Escuela Libre de Derecho

Revista de Investigaciones Jurídicas

Número
40

México, 2016

REVISTA
DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

REVISTA DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

ISSN 0185-1438

© 2016. Derechos reservados conforme a la ley

ESCUELA LIBRE DE DERECHO
Dr. Vértiz Número 12, Colonia Centro
Del. Cuauhtémoc, Ciudad de México, 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 parcial o total de los artículos sin permiso escrito de sus autores.

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

REVISTA DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

BIBLIOTECA
E L D
ESCUELA LIBRE DE DERECHO

AÑO 40 MÉXICO, 2016 NÚMERO 40

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

Junta Directiva:

Lic. Luis M. Díaz Mirón A.
Rector

Dra. Loretta Ortíz 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 Müggenburg

Lic. Gisela Oscós Said

BIBLIOTECA
ESCUELA LIBRE DE DERECHO
No de ADQ.
CLASIFICACIÓN H 340.05
R531, no. 40, 2016
EJ 3
No de Sistema 42873
Nota

CONTENIDO

DOCTRINA GENERAL

Leopoldo BURRUEL HUERTA
De la *manus iniectio* a la *lex poetelia papiria.*
De la barbarie a la civilización .. .. .11

Luis Norberto CACHO PÉREZ
Los derechos culturales y la ley de cultura .. .. .21

Susana Gabriela CAMACHO MACIEL
El federalismo legislativo y judicial, análisis desde la reforma
al Nuevo Sistema de Justicia Penal en México.. .. .. .45

Mario Simón CANTO
La justicia: entre la legitimidad de la antigüedad y la ineficiencia
en la modernidad .. .. .97

Francesco DAL CANTO
Los nuevos derechos: entre la Constitución italiana
y las cartas europeas. 115

Óscar Arnulfo DE LA TORRE LARA
Ceguera ilustrada y cultura constitucional.
Derechos Humanos, territorialidad y sujetos de la historia . .. .127

Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL
Los Acuerdos de San Andrés, veinte años depués:
Derecho insurgente 169

Gonzalo FARRERA BRAVO / Jesús Manuel NIEBLA ZATARAIN /
Victoria MEZA CHÁVEZ
Brexit: una mirada constitucional y geopolítica 209

Rodolfo Vidal Gómez Alcalá
Miguel Villoro Toranzo crítico vitalista de la razón
jurídica. A 25 años de su muerte 241

Francisco González de Cossío
Arbitraje y empresa familiar 265

Yuri González Roldán
La regla jurídica en Neracio Prisco (jurista del siglo II d.C.). 275

Ramón Hernández Cuevas
El control convencional de los intereses usurarios
como tema relevante dentro de la interpretación constitucional 295

Rodolfo Moreno Madrigal
La teoría de la argumentación jurídica
y la jurisprudencia en México. 333

Carlos Müggenburg
El aborto y su “despenalización”. Segunda parte . .. .367

Elí Rodríguez Martínez
Distinción y equiparación entre las instituciones de asilo
y refugio en el sistema interamericano 407

Luis Ariel Salanueva Brito
Panorama legal y jurisprudencial del daño moral. 439

Juan Pablo Salazar Andreu
Las constituciones del Estado Libre y Soberano de Puebla
de cara al desarrollo constitucional del Estado
mexicano (1825-1917) 457

Mario A. Téllez G. / Mariana Moranchel P.
La administración de justicia federal entre 1869 y 1910:
casos de falsificación de moneda en el primer juzgado
penal del distrito en Toluca 477

Mariana Tenreiro de Kaye / Dionisio J. Kaye
Tercerización laboral 2004 y subcontratación laboral 2012 497

Laura G. Zaragoza Contreras / Juan José Pulido Rogel
Ante la comisión del delito de desaparición forzada
de personas ¿es efectivo el juicio de amparo? 503

María Zaragoza Sigler
Derecho y Economía 517

DISCURSOS

Luis M. Díaz Mirón A.
Discurso del Rector de la Escuela Libre de Derecho,
en la Ceremonia de inauguración de cursos 2016-2017 529

Luis M. Díaz Mirón A.
Discurso para conmemorar el Décimo Aniversario de la primera
Maestría en la Escuela Libre de Derecho . .. .533

Rodolfo Vidal Gómez Alcalá
Discurso para conmemorar el Décimo Aniversario
de la primera Maestría en la Escuela Libre de Derecho 537

Roberto Romboli
Los derechos fundamentales, entre el juez y el legislador.
Conferencia para conmemorar el Décimo Aniversario
de la primera Mestría en la Escuela Libre de Derecho 541

DE LA *MANUS INIECTIO* A LA *LEX POETELIA PAPIRIA* DE LA BARBARIE A LA CIVILIZACIÓN

Leopoldo Burruel Huerta

El derecho nace para que muera la guerra
Carnelutti

Sumario: De la suerte, del azar y del destino. La primera solución a las deudas insolventes. La *manus iniectio*.

De la suerte, del azar, del destino

"Pues así fue; así pasó". Esta frase la decimos con toda seguridad cuando expresamos lo que ocurrió, pero no siempre es del todo cierta. Realmente no podemos, con nuestro punto de vista, contener todos los factores, todos los elementos, de lo que aconteció y, mucho menos, podemos afirmar con precisión las razones.

La ruina es algo inherente al ser humano. Por decir algo, sobre la antigüedad: Adán y Eva quebraron, pues perdieron el paraíso. Los nómadas dejaron de serlo para no quebrar cada vez que se movían. Todo negocio, todo propósito, tiene su riesgo. En muchas ocasiones, el riesgo aparece, ocurre y trae consigo el fracaso. El fracaso es tan antiguo como el negocio en el género humano. La mejor manera de definir el fracaso es: mala suerte.

Pero la otra parte, lo que no es ruina, el éxito, la abundancia, no es propiamente algo inherente al ser humano. El destino, las bendiciones, la obra de un ente superior o el poder que emana de un ser humano único, guapo e inteligente, son las causas del éxito. Pero, la mejor manera de definir el éxito, en realidad, es no atribuirlo a esos factores, sino a la buena suerte.

Todo lo anterior constituye una corriente de pensamiento económico y a sus seguidores se les conoce como los deterministas. Ellos pueden, con una aparente facilidad, explicar el éxito o el fracaso de un individuo basados en circunstancias que nunca dependieron de la voluntad, trabajo o esperanza del mismo, sino en su suerte. La economía es ajena a todo concepto de justicia.

La exposición magistral de estas ideas, la hace Richard A. Posner:

> Gran parte de la desigualdad de la riqueza refleja indudablemente la pura suerte, aún si nuestra dotación natural de carácter e inteligencia se considera un derecho antes que un producto de la selección aleatoria de los genes. Existe la suerte de haber nacido en un país rico y no en un país pobre, la suerte de ser un beneficiario o una víctima de los cambios impredecibles que ocurren en los mercados de demandas de los consumidores y de la mano de obra, la suerte de la herencia, la suerte de los mercados financieros, la suerte de conocer a ciertas personas, y la suerte de la capacidad y la disposición de tus padres para invertir en tu capital humano. [1]

Mala suerte o buena suerte. El azar es la constante del ser humano, como individuo o como colectividad. La incertidumbre del negocio, el riesgo. Pero nadie comparte empáticamente el fracaso si lo afecta. Los que fracasan se convierten en deudores y sus acreedores, ante la imposibilidad de cobrar, lo odian, cuando menos.

Es claro que da coraje, que molesta, que genera la claridad de haber sido despojado incruentamente de algo, de algo propio, de lo mío, de mi propiedad. Si hay fracaso, si no hay pago, buscamos la culpa. Porque no hubo involucramiento en el riesgo para el acreedor. El acreedor no dependía del éxito o del fracaso del negocio. El acreedor sólo debía ser pagado. Si el acreedor comparte el riesgo, se convierte en socio y así sería su ganancia o pérdida, pero no es así. El cumplimiento forzoso de la obligación es lo que busca el acreedor, claro que no tiene motivo para tener empatía.

Esto ha pasado siempre; porque siempre ha habido acumulación y esto se debe a los negocios.

[1] Posner, Richard A., *El Análisis Económico del Derecho*, México, FCE, 2013, p. 41.

La primera solución a las deudas insolventes

La manus iniectio

Si usted es un acreedor, va a salivar con lo que ocurría en el pasado. Pues era el gozo de la venganza, la imposición última de la condena merecida. Nada es peor a que no me paguen y merece la última pena. Este deseo suculento, se hacía realidad. Sí pasaba y por mucho tiempo fue justo, legal y correcto. Theodor Mommsen nos dice con toda puntualidad que en la Roma Antigua (época de los reyes): "La Ley trata al insolvente como si fuera un ladrón".[2] Y reduce en una frase lo que ocurría: "El contrato no engendra por sí mismo la acción, pero sí se reconoce el derecho del acreedor, se hace omnipotente".[3]

Cuando Roma obtuvo una estabilidad envidiable, se propuso crear algo que le parecía debía ser un distintivo de poder. Debía tener leyes escritas. Era un ofrecimiento a la plebe para calmar su confrontación con los patricios, los padres fundadores de la ciudad. Pero en un pueblo sin sabios, sin información, debía procurárselas de otros. Habían oído de las leyes de Grecia por sus visitantes y contrincantes nativos de allende el mar; las leyes de un señor llamado Solón, que eran famosas por lo bien escritas y acertadas disposiciones.

En un sistema político que distinguía entre nobles y plebeyos, es lógico prever que estos últimos buscarían privilegios frente a los primeros. Los nobles tratarán de imponerse y los plebeyos de defenderse. Así, como un método de control de masas, fue creado el Tribuno de la Plebe, por el senado —lugar de los patricios—, y de ahí un ofrecimiento de tentativa de igualdad: la Ley. Uno de estos Tribunos, de nombre Cayo Terentilio Arsa, en el año 462 a.C., formula la "propuesta de fijación por escrito de unas mismas normas para todos... y la embajada a Grecia para examinar la leyes de Atenas y de otras ciudades".[4] Van tres entendidos (algunos dicen que fueron cinco); se esperaba que regresaran iluminados. Quienes tuvieron la fortuna de ser comisionados para tal misión fueron Sp. Postumio Albo, A. Manlio y P. Sulpicio Camerino. Según nos refiere puntualmente Tito Livio, ellos: "debían copiar

[2] Mommsen, Theodor, *Historia de Roma*, T. I, Madrid, Aguilar, 1990, p. 194.

[3] *Ibid.*, p. 195. Cabe hacer mención que en el mismo texto Mommsen habla de la tortura. Dice: "Su ley no es cruel, no dice ni hace más que lo necesario; ordena la muerte sin rodeos; nunca en esta época, ha permitido la aplicación del tormento contra el hombre libre". Aunque hay pasajes bíblicos que señalan que sí aplicaban la tortura por medio del látigo a los extranjeros.

[4] Domingo, Rafael (coord.), *Textos de Derecho Romano*, Navarra, Aranzadi, 2002, p. 487.

las célebres leyes de Solón[5] y estudiar las instituciones de otras ciudades de Grecia, sus costumbres y derechos".[6]

Postumio, Manlio y Camerino fueron y regresaron. Era el año 301 de la fundación de Roma. El senado tomó una decisión muy particular. Debían nombrar una comisión redactora de las leyes, pero dichos redactores, al mismo tiempo, ostentarían el poder de mando. Así, resolvieron dar el mando a diez individuos, entre los que incluyeron a los amigos Postumio, Manlio y Camerino; aunque encabezados por Appio Claudio, quien ese año había sido electo cónsul, razón por la cual lo incluyeron. Permanecerían en el poder hasta concluir su labor.[7] Curioso asunto éste de que hiciera las leyes el mismo que ostentaba el poder y no un órgano diferente. No obstante, ahora ha sido algo común dotar al Poder Ejecutivo de facultades extraordinarias para legislar.

Estos varones fueron medianamente prudentes, se les llamó *decénviros* y terminaron de redactar diez leyes que transcribieron en la misma cantidad de tablas. Pero corrió el rumor (tal vez generado por el propio Appio Claudio, que seguramente no quería renunciar al poder) de que aún faltaban dos leyes y entonces se inició un proceso para elegir a los que terminarían el trabajo. Appio organizó los comicios y se encargó de que lo nombraran a él como la autoridad para nombrar a los otros nueve, quienes fueron sus incondicionales. Ahora sí, poder absoluto.

Es fácil descubrir el motivo del fracaso de estos segundos *decénviros* y su impopularidad. Entre ellos no había ningún representante del pueblo, sólo votaron por el elector. Los Tribunos no tuvieron participación alguna y se declararon (los *decénviros*) inapelables en sus decisiones, cuando era una costumbre que algunos asuntos fueren consultados a mano alzada a la plebe. Tampoco se estableció ningún papel al Senado. Eso era territorio libre para que fuesen odiados y lo fueron. Los gritos de libertad se extendieron incluso

[5] Plutarco dice que Solón fue un gran líder, aunque antes había sido un exitoso comerciante. Sin embargo, lo asombroso de sus leyes deriva de que fueron creadas inmediatamente después de las de Dracón. Este vivía cuando las leyes de Solón entraron en vigor. Solón promovió y logró que entraran en vigencia leyes como la de la "cancelación de todas las deudas". Cuestión que, en efecto, fue muy popular, pero, sobre todo, solucionó un grave conflicto que estaba por terminar con el orden público. Incluso Plutarco cuenta la picardía de unos amigos de Solón que conocieron de las leyes antes de que se presentaran y aprobaran. Con tal motivo se hicieron de gigantescas deudas y adquirieron propiedades. Esta ley se conoce como la sesacteia. Los amigos pícaros eran Conón, Clinias e Hipónico, a quienes incluso se les conoció con el apodo de "los bancarroteros". 25 siglos después se les sigue nombrando por corruptos.

[6] Tito Livio, *Historia Romana*, *Primera Década*, 6ª ed., México, Porrúa, 2006, p. 146.

[7] Aparentemente, la trampa estaba en la suspensión de los Tribunos y su posterior derogación.

a los pueblos vecinos y aliados, de los cuales dos decidieron acudir a la guerra. Pero en nada ayudó Appio, pues era un verdadero barbaján.

Ocurrieron dos eventos: la muerte del ganador de 120 batallas, Lucio Siccio Dentato y la muerte, a manos de su padre, de Virginia. Siccio era un soldado, un guerrero, sumamente popular. Campeón de batallas, fuerte e invencible. Resulta que fue hallado muerto junto a todos sus acompañantes. Él muerto,[8] en medio de todos ellos. Pero todos en dirección a él. No había rastros de envestidas de enemigos o de huida alguna. De ahí dedujeron que los suyos lo habían matado y él mató también a todos defendiéndose. Claro que la suspicacia recaía en los *decénviros* y en Appio.

Appio, por otra parte, era lujurioso. Y viendo la belleza de la hija de una esclava, la reclamó como esclava suya. Pero esta bella mujer tenía padre libre de nombre Virginio y un prometido llamado Icilio. Mas, como la condición de esclavitud era cuestión de juicio, consigue (con sometimiento del juez) hacerse del título de propiedad de la bella esclava. El padre, Virginio, mata entonces a su hija: "prefería la muerte de sus hijos a su ignominia", nos cuenta Tito. Appio queda como un malévolo pervertido y se suicida antes del deshonor de la prisión.[9] Los ejércitos desconocieron a sus generales y junto con la plebe acudieron al monte Aventino a rodear a los *decénviros*. Los *decénviros* son desterrados y los bienes de todos confiscados. Habían restituido a los Tribunos y uno de ellos, Marco Duilio, detuvo la guerra civil inminente.

La revuelta puede entenderse como que la jugada que en el fondo se pretendía, con los *decénviros* y la ley igualitaria, era verdaderamente desaparecer a los tribunos, que habían desarrollado un poder peligroso para la nobleza. La ley era el señuelo, la trampa; pero hubo ley y hubo tribunos. Esta lucha, juego político, puede afirmarse como el primer esfuerzo deliberado por suprimir la igualdad, en ánimo de que la separación prevaleciera. Fue oportunamente detenida, antes de que terminara en una masacre.

Mommsen resume este importante capítulo así:

> Así terminó esta larga lucha, comenzada en un principio, para echar abajo el poder tribunicio, le trajo la completa consagración de su derecho. En adelante los tribunos anulan a su antojo, así los actos de la administración atacados por la parte lesionada como las decisiones generales de los poderes constitucionales. Los más sobrados juramentos y las más terribles maldiciones de la religión garantizaron la inviolabilidad de su persona, la duración permanente de su institución y el mantenimiento completo de su Colegio. Nunca, desde entonces, ha intentado nadie en Roma provocar su supresión.[10]

[8] 45 heridas, cuenta Mommsen, para descartar el suicidio.

[9] Mommsen dice que murió en prisión junto a Espurio Oppio.

[10] *Ibid.*, p. 339.

Los sucesos platicados los plasmo para que podamos entender que el pueblo romano era un pueblo cuya civilización había tardado en llegar. Por ello quiero que en el contenido de una ley de estas doce encontremos la crudeza de sus dictados. Veamos incluso su humor negro, que revela una realidad. Y era una ley concursal.

Es recordado como antecedente remoto de la quiebra, la figura de la *manus iniectio*, pues precisamente ésta estaba prevista en la tercera de las Leyes de las Doce Tablas.

La Tabla III de la Ley decía:[11]

1. Si el demandado ha reconocido la deuda o ha sido condenado legítimamente, concédansele treinta días (para pagar).[12]
2. Después de dicho plazo (si no ha pagado) aprehéndasele. Llévesele ante el magistrado.[13]
3. Si no cumple la sentencia o no se presenta alguien como vindex[14] ante el magistrado, llévelo consigo, átelo con una cadena o con unos grilletes de quince libras de peso, no más o, si quiere, menos pesados.[15]

[11] Domingo, Rafael. *op. cit.*, p. 23.

[12] Es muy curiosa la coincidencia del término con el artículo 2080 del Código Civil Federal mexicano y de todos los artículos correspondientes de los Códigos locales, que indican: Artículo 2080.- Si no se ha fijado el tiempo en que deba hacerse el pago y se trata de obligaciones de dar, no podrá el acreedor exigirlo sino después de los **treinta días siguientes a la interpelación que se haga**, ya judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante un notario o ante dos testigos. Tratándose de obligaciones de hacer, el pago debe efectuarse cuando lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación.

13 Afortunadamente, el maestro Gayo, nuestro Gayo —le decía Justiniano—, transcribe las palabras que se pronunciaban para este proceso, en el Cuarto Comentario de sus Instituciones: *Per manus iniectionem aeque de his rebus agebatur, de quibus ut ita ageretur, lege aliqua cautum est. Uelut indicsti lege XII tabularum quae action talis erat: qui agebat. QVOD TV MIHI IVDICATVS siue DAMNATVS ES SESTERTIVM X MILIA QVANDOC NON SOLVISTI, OB EAM REM EGO TIBI SESTERTIVM X MILIVM IVDICATI MANVM INICIO, et simul aliquampartem corporis eius predebat; neclicebat iudicato manum sibi depellere et pro se lege agree, sed uindicem dabat, qui pro secausam agree solebat qui uindicem non dabat, domum ducebatur ab actore et uniciebatur*. Lo que traducido significa: 21. La aprehensión corporal era para ciertos casos determinados en alguna ley, por ejemplo, para la ejecución de sentencia en virtud de la Ley de las XII Tablas. Esta acción se hacía de este modo: el demandante decía: TENGO UNA SENTENCIA O CONDENA CONTRA TI POR VALOR DE DIEZ MIL SESTERCIOS, Y PUESTO QUE NO HAS PAGADO, CON ESTE MOTIVO, ME APODERO DE TI A CAUSA DE LA SENTENCIA DE DIEZ MIL SESTERCIOS, y al decir esto le agarraba con la mano. El que había sido condenado en la sentencia no podía desasirse ni defenderse por acción de la Ley, sino que tenía que presentar un defensor, que solía entablar la acción de la Ley en su nombre. Si no presentaba un defensor, el demandante se lo llevaba a su casa y le ataba con cadenas.

[14] Domingo, Rafael, *Id.* Dice el traductor que: "Este vindex es una persona que, con defensa del condenado, se compromete a demostrar en otro proceso la iniquidad del primero, sustituyendo a aquél a todos los efectos. Si en este segundo proceso la sentencia ratificaba la primera, el vindex sería condenado al doble". Dicen que era más que un garante, era un auténtico sustituto.

[15] Impresiona cómo hasta el peso de las cadenas y del alimento mínimo estaba previsto.

4. Si quiere, viva de lo suyo. Si no vive de lo suyo, quien le apresó dele una libra de pan farreo al día. Si le place, dele más.
5. Existía todavía la posibilidad legal de pactar y, si no pactaban, se les mantenía encadenados sesenta días. Durante ese tiempo eran llevados al comicio, ante el pretor, en tres mercados consecutivos donde era pregonada la cantidad de dinero por lo que estuvieran condenados. Pero transcurridos los tres mercados les daban muerte o los ponían a la venta en el otro lado del Tíber.
6. Pasados los tres mercados córtesele en partes. *Tanto si cortaron más como si cortaron menos, no se considerará que existe fraude.*

Esto último es para mí muy sorprendente. No creo, bajo ninguna circunstancia, que hubiese sido una ocurrencia del legislador que regulase que no importaran las partes en la repartición del cuerpo del deudor.

La *manus iniectio* era una práctica anterior a las XII tablas de la Ley.[16] Seguramente, habían ocurrido problemas derivados de dicha repartición de las partes del cuerpo del deudor. Imaginarse la escena es de un humor negro terrible. Solamente pensar que reclamaran el tamaño de las partes suena ridículo, pues el deudor había muerto ya. Pero el sabor de la venganza persistía.

Alvaro D'Ors duda que efectivamente hayan existido cárceles privadas: "La verdad es que, como régimen normal, no es imaginable que los acreedores tuvieran sus prisiones para retener a los eventuales deudores; la presencia de un deudor en la propia casa, sin saber muchas veces qué provecho se podía obtener de su trabajo, hubiera resultado una incómoda carga más que una seguridad; dificultades suplementarias ofrece el supuesto normal de pluralidad de acreedores".[17] Don Álvaro era un amante de la sabiduría romana y seguramente esta práctica le resultaba grotesca. Pero yo creo que la anécdota que cuenta Tito Livio —que ha sido transcrita— es tan precisa que no podemos negar que ocurriese.

De cualquier forma, podemos resumir el proceso de la siguiente manera: tras un período de espera, con una etapa de encarcelamiento privado, estando regulados los alimentos y el peso de las cadenas, sin que fuesen pagadas las deudas o se apersonara quien lo sustituyera, el acreedor llevaba al deudor al otro lado del Tíber y hacía "pedazos" al deudor, repartiendo entre los

[16] Al respecto, dice Pérez Álvarez, María del Pilar, *La bonorum venditio*, Madrid, 2000, p. 30, que: Su origen se encuentra en época precívica, en actos de justicia privada que la civitas se limitó a legalizar. Algunos autores opinan que son el producto de un desarrollo consuetudinario anterior a las XII Tablas que se extiende por todo el Lacio. Para otros autores,el origen de estos dos modi lege agendi no es consuetudinario, sino que son ritos que provenían del Derecho sagrado (fas) y que sólo en un momento posterior fueron sancionados legislativamente por las XII Tablas,sea al disciplinarles una forma, sea al someterlos a un control por parte de un magistrado jurisdiccional.

[17] Claro está que siendo muchos acreedores, la responsabilidad del mantenimiento del deudor no estaba regulada y es posible que, sin orden del juez, alguno se hubiese hecho cargo.

acreedores el cuerpo, en la medida de la deuda de cada uno.[18] Si el lector del presente artículo es un banquero, me imagino que está gozando del relato. Lo que resulta claro es que se trataba de un proceso esencialmente privado con beneficios totales a favor del acreedor y donde el orden público, el concepto de empresa y la utilidad social del comercio no importaban.

Pronto los propios romanos se percataron de la injusticia del proceso y la *Lex Poetelia* terminó con la sanción corporal del deudor.[19] El relato que hace Tito Livio es fabuloso:

> En este año, el pueblo romano recibió en cierta manera una libertad nueva con la abolición de la servidumbre por deudas; este cambio en el derecho se debió a la infame pasión y tremenda crueldad de un usurero llamado L. Papiro. Este retenía en su casa a C. Publilio que se había entregado para rescatar las deudas de su padre. La edad y belleza del joven, que debían excitar su compasión, sólo sirvieron para inflamar su inclinación al vicio y al libertinaje más odiosos. Considerando aquella flor de juventud como aumento de su crédito, trató primeramente de seducirle con obscenas palabras; y después, como Publilio, despreciándole no dada oído a sus impúdicas palabras, trató de asustarle con amenazas, poniéndole constantemente delante de los ojos su espantosa miseria: al fin, viendo que piensa más en su condición de hombre libre que en su situación presente, le hace desnudar y azotar con varas. Lacerado el joven por los golpes consigue escapar por la ciudad, que llena con sus quejas contra la infamia y crueldad del usurero; la multitud, que había engrosado compadecida por su juventud, indignada por el ultraje, animada también por la consideración de lo que le aguarda, tanto a ella como a sus hijos, marcha al foro y desde allí se dirige precipitadamente hacia la Curia. Obligados los cónsules por aquel tumulto imprevisto, habiendo convocado al Senado, a medida que los senadores entraban, el pueblo se arrojaba a sus pies, mostrándoles el lacerado cuerpo del joven. Por el atentado y violencia de un solo hombre, aquel día quedó roto uno de los lazos más fuertes de la fe pública. Los cónsules recibieron órdenes de proponer al pueblo que en adelante ningún ciudadano podría, sino por pena merecida y esperando el suplicio, quedar sujeto con cadenas o grillos; de la deuda deberían responder los bienes y no el cuerpo del deudor. Por esta razón pusieron en libertad a todos los detenidos por deudas y se tomaron disposiciones para que en adelante ningún deudor pudiese ser reducido a prisión.[20]

[18] Como lo cita Apodaca y Osuna, Francisco, *Presupuesto de la Quiebra*, México, Editorial Stylo, 1945, p. 41, nota al pie: "Tabla III, denominada de *rebus creditis*, en su párrafo 6, que dice "*Terciis nundinis partis secanto. Si plus minusve secuerint, se fraude esto*". Después del tercer día de mercado (el tercero noveno), que le partan en pedazos. Si cortan partes más o menos grandes, que no haya en ello fraude.

[19] Es conveniente leer el relato de Tito Livio sobre la *Lex Poetelia* que transcribe el maestro Cervantes Ahumada, Raúl, *Derecho de Quiebras*, México, Herrero, 1990, p. 21.

[20] Tito Livio, *op. cit.,* Libro Octavo, pp. 402-403 y 523.

No cabe duda que aquí se crea el postulado que ha llegado a la Constitución mexicana, que al final de su artículo 17 reza: "Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil". Para sorpresa nuestra, no es una frase mexicana. Fue extraída literalmente del Derecho Romano.

Pero no es solamente ese bello postulado lo que surge de la Ley Poetelia Papiria, es la invención de la civilización. Queda expuesto un principio, propio sólo de un Derecho evolucionado. Hasta el siglo XVIII en Inglaterra se condenaba a muerte al deudor insolvente. La deuda por sí sola no debe ser causa de prisión y es un elemento de justicia elemental que ha trasminado a muchas naciones. Pero no es solamente la justicia lo que se contiene en esta Ley Poetelia Papiria de *nexis*. Posteriormente, ya no se trataría de cárceles privadas, de justicia privada. De ahí en adelante todo se haría a través de instituciones. De la cosa de la ciudad, de lo civil. El Derecho a través de instituciones. La civilización, pues.

Era el año del 326 a.C.

LOS DERECHOS CULTURALES Y LA LEY DE CULTURA

Luis Norberto Cacho Pérez

Sumario: I. Comentario inicial. II. Resumen de las ponencias. III. Jurisprudencias y tesis aisladas.

I. Comentario inicial

Durante los meses de junio, julio y agosto del 2016, la Comisión de Cultura y Cinematografía de la Cámara de Diputados, del Congreso de la Unión, convocó a la celebración de una serie de audiencias públicas, con el objeto de:

> Coadyuvar con los representantes del sector cultural para escucharlos, discutir y retomar los instrumentos jurídicos, técnicos y administrativos necesarios para la construcción de la iniciativa de una Ley Reglamentaria del párrafo décimo segundo del Artículo 4° y la fracción XXIX-Ñ del Artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Participaron representantes de instituciones públicas y privadas, "creadores, especialistas, artistas y ciudadanos pertenecientes e interesados en el sector cultural".

Quien esto escribe fue invitado como ponente en las dos primeras audiencias públicas, con los temas "Principios, conceptualización y técnica legislativa para la conformación de una ley de cultura" y "derechos culturales", realizadas en Puebla (30 de junio) y la Ciudad de México (5 de julio), respectivamente. Aquí se presenta un resumen de las ponencias presentadas, tal como fueron desarrolladas en las audiencias públicas, haciendo comentarios

concretos sobre nuestro marco jurídico, sin aludir a conceptos doctrinarios. De igual forma, en la última parte de este breve comentario se incluyen varias jurisprudencias aplicables en materia de derechos culturales, en particular, y de Derechos Humanos, en lo general.

II. Resumen de las ponencias

Por Decreto publicado en el *Diario Oficial*, el 30 de abril del 2009, se adicionó un párrafo (que ahora es el décimo segundo) al Artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para establecer como garantía individual el derecho a la cultura. El texto quedó de la siguiente forma:

> *Artículo 4°.*
> Toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. El Estado promoverá los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa. La ley establecerá los mecanismos para el acceso y participación a cualquier manifestación cultural.

Las garantías individuales se consideran, en la actualidad, como Derechos Humanos, conforme a la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial* el 10 de junio del 2011. Por lo tanto, el acceso a la cultura es un Derecho Humano, igualmente protegido por los tratados internacionales en los cuales México es parte, según se prevé en los tres primeros párrafos del Artículo 1° constitucional:

> *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.

De lo anterior se desprende que a la Secretaría de Cultura, a sus órganos desconcentrados y a las entidades paraestatales coordinadas les corresponde garantizar los siguientes Derechos Humanos:

a) Acceso a la cultura,
b) Disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia y
c) Ejercicio de los derechos culturales.

El cumplimiento de los mencionados derechos culturales se hace mediante todas las actividades que realizan la Secretaría de Cultura y su sector coordinado. Cuando se otorga una beca, se permite la entrada a un museo o se organiza una función de ballet, se están respetando los derechos culturales.

Al mismo tiempo, la Secretaría de Cultura, sus órganos desconcentrados y las entidades paraestatales coordinadas tienen las siguientes obligaciones:

a) Promover los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones, con pleno respeto a la libertad creativa;
b) Establecer los mecanismos para el acceso y participación a cualquier manifestación cultural, según se señale en la ley;
c) Promover, respetar, proteger y garantizar los derechos culturales previstos en los tratados internacionales;
d) Prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos culturales, en los términos que establezca la ley.

La protección a los Derechos Humanos se efectúa conforme a lo previsto en la normatividad vigente, a través del juicio de amparo.

Los derechos culturales están previstos en el Artículo 4° constitucional y en los tratados internacionales en la materia. Con fundamento en el Artículo 133 de la Constitución, los tratados celebrados por el presidente de la República, con aprobación del Senado, son ley suprema de toda la Unión. Y siguiendo la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los tratados tienen mayor jerarquía que las leyes federales.

Conforme a esta misma jurisprudencia, un tratado internacional se aplica siempre que prevea mayor protección en materia de Derechos Humanos, de lo que se señala en la Constitución, en cumplimiento del principio *pro homine*. Sin embargo, cuando exista una prohibición expresa en la Constitución, aun cuando se determinen mayores derechos en un tratado, se debe aplicar el texto constitucional. Con esto se conserva el principio de supremacía constitucional.

La protección de los derechos culturales no corresponde a una sola autoridad federal o estatal, sino a todas las autoridades sin distinción alguna, conforme a su competencia, como se prevé en el Artículo 1° constitucional.

Existen muchos tratados internacionales donde se establecen derechos culturales, derivados de la ONU y de la UNESCO, multilaterales y bilaterales, y también de manera regional. Algunos de los principales tratados en la materia son:

a) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
b) Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador".
c) Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

Para conocer una recopilación de los derechos culturales, lo mejor es consultar la Declaración de Friburgo. Este instrumento tuvo su origen en una investigación de la UNESCO, que después fue retomada por la Universidad de Friburgo. En esta Declaración se hace un resumen de los principales derechos culturales previstos en diversos instrumentos internacionales, como tratados, convenciones y pactos, además de recomendaciones o denominaciones similares.

En el orden jurídico mexicano, sólo son obligatorios los tratados internacionales suscritos por el presidente de la República, con aprobación del Senado. Las recomendaciones o cualquier otra denominación parecida, aun cuando sean un instrumento internacional, no son obligatorias para el Estado mexicano, sino de aplicación discrecional. Por eso será importante, cuando hablemos de un derecho cultural, determinar en qué instrumento internacional se encuentra previsto, para poder derivar de ahí su aplicación o no en el ámbito jurídico mexicano.

Conforme a la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Constituyente Permanente ha determinado que el Congreso de la Unión pueda fijar un reparto de competencias en ciertas materias, denominado "facultades concurrentes", entre la Federación, las entidades federativas (incluyendo la Ciudad de México) y los municipios. Este reparto de competencias se hace, siguiendo la misma jurisprudencia de la Corte, mediante la expedición de leyes generales.

Dicha jurisprudencia dice:

> Época: Novena Época; Registro: 187982; Instancia: Pleno; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XV, Enero de 2002; Materia(s): Constitucional; Tesis: P./J. 142/2001; Página: 1042.
> FACULTADES CONCURRENTES EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO. SUS CARACTERÍSTICAS GENERALES. Si bien es cierto que el Artículo 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que: "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.", también lo es que el Órgano Reformador de la Constitución determinó, en diversos preceptos, la posibilidad de que el Congreso de la Unión fijara un reparto de competencias, denominado "facultades concurrentes", entre la Federación, las entidades federativas y los Municipios e, inclusive, el Distrito Federal, en ciertas materias, como son: la educativa (Artículos 3o., fracción VIII y 73, fracción XXV), la de salubridad (Artículos 4o., párrafo tercero y 73, fracción XVI), la de asentamientos humanos (Artículos 27, párrafo tercero y 73, fracción XXIX-C), la de seguridad pública (Artículo 73, fracción XXIII), la ambiental (Artículo 73, fracción XXIX-G), la de protección civil (Artículo 73, fracción XXIX-I) y la deportiva (Artículo 73, fracción XXIX-J). Esto es, en el sistema jurídico mexicano las facultades concurrentes implican que las entidades federativas, incluso el Distrito Federal, los Municipios y la Federación, puedan actuar respecto de una misma materia, pero será el Congreso de la Unión el que determine la forma y los términos de la participación de dichos entes a través de una ley general.
> Controversia constitucional 29/2000. Poder Ejecutivo Federal. 15 de noviembre de 2001. Once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón.
> El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy seis de diciembre en curso, aprobó, con el número 142/2001, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a seis de diciembre de dos mil uno.

Es así que, en diversas materias existen leyes generales, puesto que hay un fundamento constitucional expreso. Tenemos, por ejemplo, la Ley General de Salud, la Ley General de Educación y la Ley General de Asentamientos Humanos.

Toda vez que en el Artículo 73, fracción XXIX-Ñ constitucional se prevé que "el Congreso tiene facultad, para expedir leyes que establezcan las bases sobre las cuales la Federación, los Estados, los Municipios y el Distrito Federal coordinarán sus acciones en materia de cultura", y de ninguna manera se refiere a un reparto de competencias, la Ley que se expida con fundamento en este precepto no debe ser una ley general, sino, en todo caso, una ley federal o una ley reglamentaria del actual párrafo décimo segundo del Artículo 4° constitucional.

En la fracción XXIX-Ñ del Artículo 73 constitucional se señala:

> Artículo 73. El Congreso tiene facultad:
> XXIX-Ñ. Para expedir leyes que establezcan las bases sobre las cuales la Federación, los Estados, los Municipios y el Distrito Federal coordinarán sus acciones en materia de cultura, salvo lo dispuesto en la fracción XXV de este Artículo. Asimismo, establecerán los mecanismos de participación de los sectores social y privado, con objeto de cumplir los fines previstos en el párrafo noveno del Artículo 4° de esta Constitución.

Y, como se ha dicho, en el actual párrafo décimo segundo del Artículo 4° se prevé:

> Artículo 4°.
> ...
> Toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. El Estado promoverá los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa. La ley establecerá los mecanismos para el acceso y participación a cualquier manifestación cultural.

En la fracción XXV del Artículo 73 constitucional se establece:

> XXV. Para establecer el Servicio Profesional docente en términos del Artículo 3o. de esta Constitución; establecer, organizar y sostener en toda la República escuelas rurales, elementales, superiores, secundarias y profesionales; de investigación científica, de bellas artes y de enseñanza técnica, escuelas prácticas de agricultura y de minería, de artes y oficios, museos, bibliotecas, observatorios y demás institutos concernientes a la cultura general de los habitantes de la nación y legislar en todo lo que se refiere a dichas instituciones; para legislar sobre vestigios o restos fósiles y sobre monumentos arqueológicos, artísticos e históricos, cuya conservación sea de interés nacional; así como para dictar las leyes encaminadas a distribuir convenientemente entre la Federación, las entidades federativas y los Municipios el ejercicio de la función educativa y las aportaciones económicas correspondientes a ese servicio público, buscando unificar y coordinar la educación en toda la República, y para asegurar el cumplimiento de los fines de la educación y su mejora continua en un marco de inclusión y diversidad. Los Títulos que se expidan por los establecimientos de que se trata surtirán sus efectos en toda la República. Para legislar en materia de derechos de autor y otras figuras de la propiedad intelectual relacionadas con la misma;

Las materias señaladas en la referida fracción XXV del citado Artículo 73 constitucional, no son objeto de la Ley de Cultura. Por lo anterior, en la Ley de Cultura se deberá establecer lo siguiente:

a) Bases sobre las cuales la federación, los estados, los municipios y el Distrito Federal coordinarán sus acciones en materia de cultura.
b) Mecanismos de participación de los sectores social y privado.
c) Garantizar el derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de los derechos culturales.
d) Medios para la difusión y desarrollo de la cultura.
e) Mecanismos para el acceso y participación a cualquier manifestación cultural.

A mayor abundamiento, existe el siguiente criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

> Época: Novena Época; Registro: 172739; Instancia: Pleno; Tipo de Tesis: Aislada; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXV, Abril de 2007; Materia(s): Constitucional; Tesis: P. VII/2007; Página: 5.
> LEYES GENERALES. INTERPRETACIÓN DEL Artículo 133 Constitucional. La lectura del precepto citado permite advertir la intención del Constituyente de establecer un conjunto de disposiciones de observancia general que, en la medida en que se encuentren apegadas a lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, constituyan la "Ley Suprema de la Unión". En este sentido, debe entenderse que las leyes del Congreso de la Unión a las que se refiere el Artículo constitucional no corresponden a las leyes federales, esto es, a aquellas que regulan las atribuciones conferidas a determinados órganos con el objeto de trascender únicamente al ámbito federal, sino que se trata de leyes generales que son aquellas que pueden incidir válidamente en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado Mexicano. Es decir, las leyes generales corresponden a aquellas respecto a las cuales el Constituyente o el Poder Revisor de la Constitución ha renunciado expresamente a su potestad distribuidora de atribuciones entre las entidades políticas que integran el Estado Mexicano, lo cual se traduce en una excepción al principio establecido por el Artículo 124 constitucional. Además, estas leyes no son emitidas motu proprio por el Congreso de la Unión, sino que tienen su origen en cláusulas constitucionales que obligan a éste a dictarlas, de tal manera que una vez promulgadas y publicadas, deberán ser aplicadas por las autoridades federales, locales, del Distrito Federal y municipales.
> Amparo en revisión 120/2002. Mc. Cain México, S.A. de C.V. 13 de febrero de 2007. Mayoría de seis votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Andrea Zam-

brana Castañeda, Rafael Coello Cetina, Malkah Nobigrot Kleinman y Maura A. Sanabria Martínez.
El Tribunal Pleno, el veinte de marzo en curso, aprobó, con el número VII/2007, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veinte de marzo de dos mil siete.
Nota: En la sesión pública de trece de febrero de dos mil siete, además del amparo en revisión 120/2002, promovido por Mc Cain México, S.A. de C.V., se resolvieron los amparos en revisión 1976/2003, 787/2004, 1084/2004, 1651/2004, 1277/2004, 1576/2005, 1738/2005, 2075/2005, 74/2006, 815/2006, 948/2006, 1380/2006, y el amparo directo en revisión 1850/2004, respecto de los cuales el tema medular correspondió a la interpretación del Artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a que se refiere esta tesis aislada.

III. Jurisprudencias y tesis aisladas

Época: Décima Época
Registro: 2001622
Instancia: Primera Sala
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 1
Materia(s): Constitucional
Tesis: 1a. CCVI/2012 (10a.)
Página: 500
DERECHO A LA CULTURA. EL ESTADO MEXICANO DEBE GARANTIZAR Y PROMOVER SU LIBRE EMISIÓN, RECEPCIÓN Y CIRCULACIÓN EN SUS ASPECTOS INDIVIDUAL Y COLECTIVO. De la interpretación armónica y sistemática de los Artículos 3o., 7o., 25 y 26 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con diversos preceptos sobre Derechos Humanos de carácter internacional, adoptados por el Estado Mexicano, y conforme al Artículo 4o constitucional, deriva que el derecho a la cultura se incluye dentro del marco de los derechos fundamentales; de ahí que el Estado deba garantizar y promover la libre emisión, recepción y circulación de la cultura, tanto en su aspecto individual, como elemento esencial de la persona, como colectivo en lo social, dentro del cual está la difusión de múltiples valores, entre ellos, los históricos, las tradiciones, los populares, las obras de artistas, escritores y científicos, y muchas otras manifestaciones del quehacer humano con carácter formativo de la identidad individual y social o nacional.
Amparo directo 11/2011. Sociedad Mexicana de Directores Realizadores de Obras Audiovisuales, S.G.C. 2 de mayo de 2012. Mayoría de tres votos. Disidentes: Jorge Mario Pardo Rebolledo y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Ignacio Valdés Barreiro.

Época: Décima Época
Registro: 2001625
Instancia: Primera Sala
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 1
Materia(s): Constitucional
Tesis: 1a. CCVII/2012 (10a.)
Página: 502
DERECHO FUNDAMENTAL A LA CULTURA. El derecho a la cultura, establecido en el penúltimo párrafo del Artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es inherente a la dignidad de la persona humana, y en virtud de su naturaleza de derecho fundamental, debe interpretarse armónicamente con los principios de universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad a que se refiere el párrafo tercero del Artículo 1o. de la Constitución General de la República; debiéndose garantizar tanto su acceso, como su participación sin discriminación alguna y respetándose en su máxima expresión, tanto en lo individual como en lo colectivo. Sin embargo, como cualquier derecho humano, no es absoluto o irrestricto, pues si bien en su formulación o enunciación normativa no contiene límites internos, como todos los derechos encuentra ciertos límites de manera externa, que implica su relación con el ejercicio de otros derechos, pues carecería de legitimidad constitucional que bajo el auspicio de una expresión o manifestación cultural se atentara contra otra serie de derechos también protegidos de manera constitucional, lo cual estará, en su caso, sujeto a valoración o a ponderación en el caso particular de que se trate.
Amparo directo 11/2011. Sociedad Mexicana de Directores Realizadores de Obras Audiovisuales, S.G.C. 2 de mayo de 2012. Mayoría de tres votos. Disidentes: Jorge Mario Pardo Rebolledo y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Ignacio Valdés Barreiro.

Época: Séptima Época
Registro: 253108
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Volumen 97-102, Sexta Parte
Materia(s): Constitucional
Tesis:
Página: 144
LIBERTAD DE EXPRESION EN MATERIA DE ARTE Y CULTURA. Conforme al Artículo 6o. constitucional, la manifestación de ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público. Y es evidente que ese derecho constitucionalmente garantizado incluye toda manifestación artística o cultural, ya que el arte y la cultura son una manera de expresar también ideas y dado que, por lo mismo, todo el acervo cultural del ciudadano está protegido por la garantía

constitucional. En consecuencia, sería contrario a la libertad constitucional que las autoridades pudieran, por cualquier título, imponer patrones artísticos o culturales a los ciudadanos, como si tuviesen facultades más altas que la Constitución Federal, para decidir por los gobernados adultos qué clase de arte o de cultura les resulta conveniente asimilar, y como si los ciudadanos adultos no tuvieran el derecho, reconocido y garantizado por la Constitución de elegir ellos mismos qué clase de elementos artísticos o culturales desean asimilar. Y sería absurdo un proteccionismo pseudo nacionalista en estas materias, que impusiera a todo un pueblo la obligación de asimilar determinadas manifestaciones culturales, mediocres o no, sacrificando la garantía constitucional. Por otra parte, la protección a los ingresos pecuniarios de los músicos y ejecutantes nacionales no puede ser un valor tan alto que justifique el sacrificio de la libertad artística y cultural del pueblo mexicano, y la única manera aceptable de que se imponga el arte nacional será el superar su calidad, y el aprovechar las raíces culturales y la idiosincrasia del pueblo, las que pueden ser fomentadas, pero no impuestas, por la autoridad. Una imposición de la autoridad al respecto, a más de violar el derecho constitucional, vendría más bien a propiciar la mediocridad y la adulteración de los valores nacionales, a limitar el espíritu creativo y a reducir las capacidades de los mexicanos de estar al tanto y al nivel de las corrientes artísticas extranjeras.
PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 487/76. Música a su Servicio, S.A. 18 de enero de 1977. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Guzmán Orozco. Secretario: Mario Pérez de León E. Nota: En el Informe de 1977, la tesis aparece bajo el rubro "LIBERTAD Constitucional EN MATERIA DE ARTE Y CULTURA.".

Época: Décima Época
Registro: 2007253
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación
Libro 9, Agosto de 2014, Tomo III
Materia(s): Constitucional, Común
Tesis: (V Región) 5o.19 K (10a.)
Página: 1731
DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. SON JUSTICIABLES ANTE LOS TRIBUNALES, A TRAVÉS DEL JUICIO DE AMPARO. Acorde con los Artículos 1o., párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como de la interpretación que de este precepto realizó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Acevedo Buendía y otros (Cesantes y Jubilados de la Contraloría) contra Perú, la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos, con los económicos, sociales y culturales, conduce a concluir que deben ser entendidos integralmente como Derechos Humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello. Por tanto, la exigibilidad de estos derechos amerita que sean justiciables ante los tribunales, a través del juicio de amparo.

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO DEL CENTRO AUXILIAR DE LA QUINTA REGIÓN. Amparo en revisión 78/2014 (cuaderno auxiliar 376/2014) del índice del Primer Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito, con apoyo del Quinto Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Quinta Región, con residencia en La Paz, Baja California Sur. Marisol Verdugo Orozco. 15 de mayo de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Serratos García. Secretario: Israel Cordero Álvarez. Nota: Esta tesis es objeto de la denuncia relativa a la contradicción de tesis 120/2016, pendiente de resolverse por la Segunda Sala. Esta tesis se publicó el viernes 22 de agosto de 2014 a las 9:33 horas en el *Semanario Judicial de la Federación*.

Época: Décima Época
Registro: 2007936
Instancia: Segunda Sala
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación
Libro 12, noviembre de 2014
Tomo I; Materia(s): Constitucional
Tesis: 2a. CIX/2014 (10a.)
Página: 1190
DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. CUANDO EL ESTADO ADUCE QUE EXISTE UNA CARENCIA PRESUPUESTARIA PARA SU REALIZACIÓN, DEBE ACREDITARLO. El contenido normativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, permite concluir que la obligación estatal de proteger, respetar y promover los derechos contenidos en ese instrumento no puede desconocer la situación particular que enfrente cada país, por lo que no existirá una violación a los derechos en él tutelados, a pesar de que se acredite que un determinado derecho no ha sido realizado o alcanzado un nivel óptimo de eficacia, siempre y cuando el Estado haya demostrado que ha utilizado todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer las obligaciones establecidas en la propia convención. De ahí que no basta la simple afirmación del Estado Mexicano de que existe limitación presupuestaria para que se tenga por acreditado que ha adoptado todas las medidas "hasta el máximo de los recursos" de que disponga, para lograr la realización de los derechos consagrados en el referido Pacto, sino que para ello deberá aportar el material probatorio en que sustente su dicho. Por tal motivo, en todo asunto en el que se impugne la violación a los derechos constitucionales de la materia, los juzgadores nacionales deben distinguir entre la incapacidad real para cumplir con las obligaciones que el Estado ha contraído en materia de Derechos Humanos, frente a la renuencia a cumplirlas, pues es esa situación la que permitirá determinar las acciones u omisiones que constituyan una violación a tales Derechos Humanos.
Amparo en revisión 378/2014. Adrián Hernández Alanís y otros. 15 de octubre de 2014. Mayoría de tres votos de los Ministros Alberto Pérez Dayán, José Fernando Franco González Salas y Luis María Aguilar Morales. Ausente: Sergio A. Valls Hernández. Disidente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretaria: Georgina Laso de la Vega Romero. Esta tesis se publicó el viernes 14 de noviembre de 2014 a las 9:20 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Época: Décima Época
Registro: 2008935
Instancia: Primera Sala
Tipo de Tesis: Jurisprudencia;
Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación
Libro 17, Abril de 2015, Tomo I
Materia(s): Constitucional
Tesis: 1a./J. 29/2015 (10a.)
Página: 240

DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS TANTO POR LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, COMO EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. PARA DETERMINAR SU CONTENIDO Y ALCANCE DEBE ACUDIRSE A AMBAS FUENTES, FAVORECIENDO A LAS PERSONAS LA PROTECCIÓN MÁS AMPLIA. Acorde con lo sostenido por el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis de jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.),* las normas de Derechos Humanos contenidas en los tratados internacionales y en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se relacionan entre sí en términos jerárquicos, ya que se integran al catálogo de derechos que funciona como un parámetro de regularidad constitucional. Por tanto, cuando un derecho humano esté reconocido tanto en la Constitución Federal, como en los tratados internacionales, debe acudirse a ambas fuentes para determinar su contenido y alcance, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia; en el entendido de que cuando exista en la Constitución una restricción expresa al ejercicio de un derecho humano, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional.

Amparo directo en revisión 4533/2013. 18 de junio de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho para formular voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín. Amparo directo en revisión 4/2014. 13 de agosto de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretario: Arturo Meza Chávez. Amparo directo en revisión 1337/2014. 22 de octubre de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín. Amparo directo en revisión 2680/2014. 12 de noviembre de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín. Amparo directo en revisión 3113/2014. 28 de enero de 2015. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Julio César Ramírez Carreón. Tesis de jurisprudencia 29/2015 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada de quince de abril de 2015.

*Nota: La tesis de jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.) invocada, fue publicada en el Semanario Judicial de la Federación del viernes 25 de abril de 2014 a las 9:32 horas y en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 5, Tomo I, abril de 2014, página 202, de título y subtítulo: "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".

Esta tesis se publicó el viernes 24 de abril de 2015 a las 9:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 27 de abril de 2015, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

Época: Décima Época
Registro: 2006224
Instancia: Pleno
Tipo de Tesis: Jurisprudencia;
Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación
Libro 5, Abril de 2014, Tomo I
Materia(s): Constitucional
Tesis: P./J. 20/2014 (10a.)
Página: 202

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 transforma-

ción 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 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.
Contradicción de tesis 293/2011. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. 3 de septiembre de 2013. Mayoría de diez votos de los Ministros: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien se reservó su derecho a formular un voto concurrente; Margarita Beatriz Luna Ramos, quien se manifestó a favor de las consideraciones relacionadas con la prevalencia de la Constitución y se apartó del resto; José Fernando Franco González Salas, quien indicó que formularía un voto concurrente; Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien manifestó que haría un voto aclaratorio y concurrente para explicar el consenso al que se llegó y el sentido de su voto a pesar de que en los límites tuvo un criterio distinto; Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien se reservó el derecho de formular el voto concurrente; Luis María Aguilar Morales, con reservas respecto de las consideraciones y, en su caso, realizaría un voto concurrente; Sergio A. Valls Hernández, reservándose el derecho de hacer un voto concurrente; Olga Sánchez Cordero de García Villegas, reservándose su derecho a voto concurrente en relación con los límites; Alberto Pérez Dayán, quien se manifestó a favor del reconocimiento de la prevalencia constitucional y Juan N. Silva Meza, quien se reservó su derecho de formular voto concurrente para aclarar su posición de entendimiento constitucional del texto propuesto y, a reserva de ver el engrose, aclararía u opinaría sobre las supresiones que se pretenden hacer, sin variar su posición en el sentido; votó en contra: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta. Tesis y/o criterios contendientes: Tesis XI.1o.A.T.47 K y XI.1o.A.T.45 K, de rubros, respectivamente: "CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO" y "TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN"; aprobadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, y publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXI, mayo de 2010, páginas 1932 y 2079, y tesis I.7o.C.46 K y I.7o.C.51 K, de rubros, respectivamente: "Derechos Humanos, LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR MÉXICO SOBRE LOS. ES POSIBLE INVOCARLOS EN EL JUICIO DE AMPARO AL ANALIZAR LAS VIOLACIONES A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES QUE IMPLIQUEN LA DE AQUÉLLOS." y "JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. SU UTILIDAD ORIENTADORA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS"; aprobadas por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, y publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomos XXVIII, agosto de 2008, página 1083 y XXVIII, diciembre de 2008, página 1052. El Tribunal Pleno, el dieciocho de marzo en curso, aprobó, con el número 20/2014 (10a.), la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a dieciocho de marzo de dos mil catorce. Esta tesis se publicó el viernes 25 de abril de 2014 a las 9:32 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 28 de abril de 2014, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

Época: Décima Época
Registro: 2008584
Instancia: Pleno
Tipo de Tesis: Jurisprudencia
Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación
Libro 16, Marzo de 2015, Tomo I
Materia(s): Constitucional
Tesis: P./J. 1/2015 (10a.)
Página: 117

PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. ES APLICABLE RESPECTO DE LAS NORMAS RELATIVAS A LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS QUE SEAN TITULARES LAS PERSONAS MORALES. El Artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al disponer que en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los Derechos Humanos reconocidos en dicha Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, no prevé distinción alguna, por lo que debe interpretarse en el sentido de que comprende tanto a las personas físicas, como a las morales, las que gozarán de aquellos derechos en la medida en que resulten conformes con su naturaleza y fines. En consecuencia, el principio de interpretación más favorable a la persona, que como imperativo establece el párrafo segundo del citado precepto, es aplicable respecto de las normas relativas a los Derechos Humanos de los que gocen las personas morales, por lo que deberán interpretarse favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia, a condición de que no se trate de aquellos derechos cuyo contenido material sólo pueda ser disfrutado por las personas físicas, lo que habrá de determinarse en cada caso concreto.
Contradicción de tesis 360/2013. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo en Materia Administrativa del Séptimo Circuito y Segundo en Materia Administrativa del Cuarto Circuito. 21 de abril de 2014. Unanimidad de once votos de los Ministros Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Luis María Aguilar Morales, Sergio A. Valls Hernández, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Alberto Pérez Dayán y Juan N. Silva Meza. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretaria: Guadalupe M. Ortiz Blanco. Tesis y/o criterios contendientes: Tesis VII.2o.A.2 K (10a.), de rubro: "Derechos Humanos. LAS PERSONAS MORALES NO GOZAN DE SU TITULARIDAD", aprobada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Séptimo Circuito y publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XVIII, Tomo 3, marzo de 2013, página 1994, y el sustentado por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito, al resolver el amparo direc-

to 315/2012. Nota: De la sentencia que recayó al amparo directo 315/2012, resuelto por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito, derivaron las tesis aisladas IV.2o.A.30 K (10a.) y IV.2o.A.31 K (10a.), de rubros: "PERSONAS JURÍDICAS. SON TITULARES DE LOS Derechos Humanos Y DE LAS GARANTÍAS ESTABLECIDAS PARA SU PROTECCIÓN, EN AQUELLOS SUPUESTOS EN QUE ELLO SEA APLICABLE, CON ARREGLO A SU NATURALEZA" y "TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. EL TRATAMIENTO Constitucional DE ESE DERECHO DEBE SER IGUAL PARA PERSONAS FÍSICAS Y JURÍDICAS", publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XXIV, Tomo 3, septiembre de 2013, páginas 2628 y 2701, respectivamente. El Tribunal Pleno, el veinticuatro de febrero en curso, aprobó, con el número 1/2015 (10a.), la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veinticuatro de febrero de dos mil quince. Esta tesis se publicó el viernes 6 de marzo de 2015 a las 9:00 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 9 de marzo de 2015, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

Época: Octava Época
Registro: 207030
Instancia: Tercera Sala
Tipo de Tesis: Jurisprudencia
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo VII, Marzo de 1991
Materia(s): Constitucional
Tesis: 3a./J. 10/91
Página: 56

LEGISLACIONES FEDERAL Y LOCAL. ENTRE ELLAS NO EXISTE RELACION JERARQUICA, SINO COMPETENCIA DETERMINADA POR LA CONSTITUCION. El Artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no establece ninguna relación de jerarquía entre las legislaciones federal y local, sino que en el caso de una aparente contradicción entre las legislaciones mencionadas, ésta se debe resolver atendiendo a qué órgano es competente para expedir esa ley de acuerdo con el sistema de competencia que la norma fundamental establece en su Artículo 124. Esta interpretación se refuerza con los Artículos 16 y 103 de la propia Constitución: el primero al señalar que la actuación por autoridad competente es una garantía individual, y el segundo, al establecer la procedencia del juicio de amparo si la autoridad local o federal actúa más allá de su competencia constitucional.

Amparo en revisión 1838/89. Bufete Jurídico Fiscal, S.A. de C.V. y otros. 14 de mayo de 1990. Cinco votos. Ponente: Jorge Carpizo Mac Gregor. Secretario: José Juan Trejo Orduña. Amparo en revisión 3776/89. Carrancedo Alimentos, S.A. de C.V. 18 de junio de 1990. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Sergio Hugo Chapital Gutiérrez. Secretario: Francisco Javier Cárdenas Ramírez. Amparo en revisión 252/90. Direvex, S.A. de C.V. 18 de junio de 1990. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Sergio Hugo Chapital Gutiérrez. Secretario: Francisco Javier Cárdenas Ramírez. Amparo en revisión 2118/89. Constructora Copan, S. A. de C.V. 6 de agosto de 1990. Cinco votos.

Ponente: Sergio Hugo Chapital Gutiérrez. Secretario: Francisco Javier Cárdenas Ramírez. Amparo en revisión 2010/90. Sales del Bajío, S. A. de C.V. 13 de agosto de 1990. Cinco votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot. Tesis de Jurisprudencia 10/91 aprobada por la Tercera Sala de este alto Tribunal en sesión privada celebrada el once de marzo de 1991. Por unanimidad de cuatro votos de los señores ministros: Presidente Salvador Rocha Díaz, Mariano Azuela Güitrón, Sergio Hugo Chapital Gutiérrez y José Llanos Duarte.

Época: Décima Época
Registro: 2006533
Instancia: Primera Sala
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación
Libro 6, Mayo de 2014, Tomo I
Materia(s): Constitucional
Tesis: 1a. CCXVI/2014 (10a.)
Página: 539

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. SUS DISPOSICIONES, INVOCADAS AISLADAMENTE, NO PUEDEN SERVIR DE PARÁMETRO PARA DETERMINAR LA VALIDEZ DE LAS NORMAS DEL ORDEN JURÍDICO MEXICANO, AL NO CONSTITUIR UN TRATADO INTERNACIONAL CELEBRADO POR EL EJECUTIVO FEDERAL Y APROBADO POR EL SENADO DE LA REPÚBLICA. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis 1a. CXCVI/2013 (10a.),1 sostuvo que de la interpretación sistemática del Artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con el numeral 4o. de la Ley sobre la Celebración de Tratados, se advierte que son de observancia obligatoria para todas las autoridades del país los Derechos Humanos reconocidos tanto en la Constitución como en los tratados internacionales, suscritos y ratificados por nuestro país, al ser normas de la unidad del Estado Federal. De ahí que, no obstante la importancia histórica y política de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, y de que sus principios han sido fuente de inspiración e incorporados a tratados universales y regionales para la protección de los Derechos Humanos, se concluye que sus disposiciones, invocadas aisladamente, no pueden servir de parámetro para determinar la validez de las normas del orden jurídico mexicano, al no constituir un tratado internacional celebrado por el Ejecutivo Federal y aprobado por el Senado de la República en términos de los Artículos 89, fracción X, y 76, fracción I, de la Constitución Federal; lo anterior, sin perjuicio de que una norma internacional de Derechos Humanos vinculante para el Estado Mexicano pueda ser interpretada a la luz de los principios de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, esto es, los principios consagrados en ésta pueden ser invocados por los tribunales para interpretar los Derechos Humanos reconocidos en los tratados internacionales incorporados a nuestro sistema jurídico.

Amparo directo en revisión 4102/2013. BQM Laboratorios, S.A. de C.V. 2 de abril de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Ricardo Manuel Martínez Estrada.
*Nota. La tesis aislada 1a. CXCVI/2013 (10a.) citada, aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XXI, Tomo 1, junio de 2013, página 602, con el rubro: "Derechos Humanos. LOS TRATADOS INTERNACIONALES VINCULADOS CON ÉSTOS SON DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA PARA TODAS LAS AUTORIDADES DEL PAÍS, PREVIAMENTE A LA REFORMA CONSTITUCIONAL PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011".
Esta tesis se publicó el viernes 30 de mayo de 2014 a las 10:40 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Época: Novena Época
Registro: 164509
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo XXXI, Mayo de 2010
Materia(s): Común;
Tesis: XI.1o.A.T.45 K
Página: 2079
TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN. Los tratados o convenciones suscritos por el Estado mexicano relativos a Derechos Humanos, deben ubicarse a nivel de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque dichos instrumentos internacionales se conciben como una extensión de lo previsto en esa Ley Fundamental respecto a los Derechos Humanos, en tanto que constituyen la razón y el objeto de las instituciones. Por lo que los principios que conforman el derecho subjetivo público, deben adecuarse a las diversas finalidades de los medios de defensa que prevé la propia Constitución y de acuerdo con su Artículo 133 las autoridades mexicanas deben respetarlos, por lo que bajo ninguna circunstancia pueden ser ignorados por ellos al actuar de acuerdo a su ámbito competencial.
PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS ADMINISTRATIVA Y DE TRABAJO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 1060/2008. 2 de julio de 2009. Mayoría de votos. Disidente: Hugo Sahuer Hernández. Ponente: Juan García Orozco. Secretario: Víctor Ruiz Contreras. Nota: Esta tesis fue objeto de la denuncia relativa a la contradicción de tesis 293/2011, de la que derivaron la tesis jurisprudenciales P./J. 20/2014 (10a.) y P./J. 21/2014 (10a.) de rubros: "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" y "JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA", respectivamente.

Época: Novena Época
Registro: 192867
Instancia: Pleno
Tipo de Tesis: Aislada;
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo X, Noviembre de 1999
Materia(s): Constitucional
Tesis: P. LXXVII/99
Página: 46
TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "... serán la Ley Suprema de toda la Unión ..." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del Artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio Artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como

consecuencia de lo anterior, la interpretación del Artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el Artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.". No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA"; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.

Amparo en revisión 1475/98. Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo. 11 de mayo de 1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiocho de octubre en curso, aprobó, con el número LXXVII/1999, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve. Nota: Esta tesis abandona el criterio sustentado en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Número 60, Octava Época, diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA".

Época: Décima Época
Registro: 2008815
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: XXVII.3o. J/14 (10a.)
Página: 1451

DERECHOS HUMANOS Y SUS GARANTÍAS. SU DISTINCIÓN. Antes de las reformas constitucionales de 6 y 10 de junio de 2011, las voces "Derechos Humanos y sus garantías", eran términos que solían confundirse, ambigüedad que posiblemente derivaba de la anterior denominación del capítulo I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, titulado "De las garantías individuales". Sin embargo, el Poder Reformador de la Constitución, con las citadas reformas, elevó a rango constitucional su distinción, como deriva de las siguientes menciones: i) el capítulo I cambió su denominación a "De los Derechos Humanos y sus garantías"; ii) en el Artículo 1o. se especificó que todas las personas gozarán de los Derechos Humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales "así como de las garantías para su protección"; y iii) en el numeral 103, fracción I, se especificó que los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite por infracción a los Derechos Humanos y las "garantías otorgadas para su protección". Luego, para el Constituyente Permanente los derechos y sus garantías no son lo mismo, ya que éstas se otorgan para proteger los Derechos Humanos; constituyen, según Luigi Ferrajoli, los "deberes consistentes en obligaciones de prestación o en prohibiciones de lesión, según que los derechos garantizados sean derechos positivos o derechos negativos", es decir, son los requisitos, restricciones, exigencias u obligaciones previstas en la Constitución y en los tratados, destinadas e impuestas principalmente a las autoridades, que tienen por objeto proteger los Derechos Humanos; de ahí que exista una relación de subordinación entre ambos conceptos, pues las garantías sólo existen en función de los derechos que protegen; de tal suerte que pueden existir derechos sin garantías pero no garantías sin derechos. Así, a manera de ejemplo, puede decirse que el derecho humano a la propiedad tiene, entre otras garantías, las de audiencia y legalidad, pues prohíbe a la autoridad molestar a un particular sin mandamiento escrito en el que funde y motive la causa legal del procedimiento, y que los gobernados sean privados de la propiedad sin previa audiencia.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO SÉPTIMO CIRCUITO. Amparo en revisión 126/2014. Gladys Etelvina Burgos Gómez. 29 de mayo de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Livia Lizbeth Larumbe Radilla. Secretario: José Francisco Aguilar Ballesteros. Queja 104/2014. María de Fátima Amaro Baeza. 12 de junio de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Livia Lizbeth Larumbe Radilla. Secretario: José Francisco Aguilar Ballesteros. Amparo en revisión 143/2014. 12 de junio de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Ramón Rodríguez Minaya. Secretario: Samuel René Cruz Torres. Amparo en revisión 145/2014. Stewart Title Riviera Maya, S.A. de C.V. 2 de julio de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Ramón Rodríguez Minaya. Secretario: Samuel René Cruz Torres. Queja 124/2014. Andrea Lotito. 2 de julio de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Ramón Rodríguez Minaya. Secretaria: Claudia Luz Hernández Sánchez. Esta tesis se publicó el viernes 10 de abril de 2015 a las 9:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 13 de abril de 2015, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

*Nota: La tesis de jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.) citada, aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación del viernes 25 de abril de 2014 a las 9:32 horas y en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 5, Tomo I, abril de 2014, página 202, con el título y subtítulo: "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".

Esta tesis se publicó el viernes 25 de septiembre de 2015 a las 10:30 horas en el *Semanario Judicial de la Federación*.

Época: Décima Época
Registro: 2003350
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.9 K (10a.)
Página: 2254

PRINCIPIOS DE UNIVERSALIDAD, INTERDEPENDENCIA, INDIVISIBILIDAD Y PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. EN QUÉ CONSISTEN. El tercer párrafo del Artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone, entre otras cuestiones, que 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, los que consisten en lo siguiente: i) universalidad: que son inherentes a todos y conciernen a la comunidad internacional en su totalidad; en esta medida, son inviolables, lo que no quiere decir que sean absolutos, sino que son protegidos porque no puede infringirse la dignidad humana, pues lo razonable es pensar que se adecuan a las circunstancias; por ello, en razón de esta flexibilidad es que son universales, ya que su naturaleza permite que, al amoldarse a las contingencias, siempre estén con la persona. En relación con lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso de la "Masacre de Mapiripán *vs*. Colombia) ha señalado que los tratados de Derechos Humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales, interpretación evolutiva que es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el Artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. De ahí que dichos derechos, dentro de sus límites, son inalterables, es decir, que su núcleo esencial es intangible; por ello, la Norma Fundamental señala que ni aun en los estados de excepción se "suspenden", pues en todo caso, siempre se estará de conformidad con los principios del derecho internacional humanitario; ii) interdependencia e indivisibilidad: que están relacionados entre sí, esto es, no puede hacerse ninguna separación ni pensar que unos son más importantes que otros, deben interpretarse y tomarse en su conjunto y no como elementos aislados. Todos los Derechos Humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes; debe darse igual atención y urgente consideración a la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; esto es, complementarse, potenciarse o reforzarse recíprocamente; y iii) progresividad: constituye el compromiso de los Estados para 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 económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, principio que no puede entenderse en el sentido de que los gobiernos no tengan la obligación inmediata de empeñarse por lograr la realización íntegra de tales derechos, sino en la posibilidad de ir avanzando

gradual y constantemente hacia su más completa realización, en función de sus recursos materiales; así, este principio exige que a medida que mejora el nivel de desarrollo de un Estado, mejore el nivel de compromiso de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 184/2012. Margarita Quezada Labra. 16 de agosto de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Aideé Pineda Núñez.

EL FEDERALISMO LEGISLATIVO Y JUDICIAL, ANÁLISIS DESDE LA REFORMA AL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN MÉXICO*

Susana Gabriela Camacho Maciel**

La constitución pluralista presenta la estructura de un pacto en el que cada una de las partes implicadas introduce aquellos principios que corresponden con sus ideales de justicia. De este modo, dichos principios vienen rescatados del ámbito de lo prejurídicoe insertados plenamente como tales en derecho. Esta operación es un elemento tan relevante para las concepciones jurídicas que constituye incluso la condición del éxito de la propia obra del constituyente como obra de todos y no como imposición unilateral de una parte sobre otra.

Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*

Sumario: Introducción. Capítulo I. Conceptos de federalismo y contexto en México. Capítulo II. Antecedentes históricos del federalismo y la evolución del concepto en México. Capítulo III. La reforma de justicia penal y el federalismo. Capítulo IV. Federalismo y Poder Judicial en México. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

En México estamos viviendo un importante reacomodo en la distribución de poderes resultado de un proceso de alternancia en el gobierno, pero también de una sociedad civil cada vez más activa con capacidades para establecer

* Este trabajo fue presentado para obtener la especialización en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de Derechos en la Universidad de Pisa, Italia, bajo la tutoría de la Maestra Ana Carmona Contreras de la Universidad de Sevilla, España.

** Egresada de la Escuela Libre de Derecho. Directora de Proyectos Normativos de PROJUSTICIA, USAID.

agendas concretas en algunos temas. Instituciones, como la organización de tipo federal, están sufriendo cambios importantes resultado de nuevos factores políticos y jurídicos que por mucho tiempo permanecieron inmutables.

El federalismo fue motivo de serios conflictos al interior de México y discusión central desde la consumación de su independencia en 1821 y en las discusiones de los congresos constituyentes de 1824, 1836 y 1857. Para 1917 —un siglo después del movimiento independentista— cuando se expidió la constitución vigente, el federalismo continuaba siendo piedra angular del sistema político y jurídico mexicano, por lo que se establece sin más como principio irreductible de la organización política del país.

Pero los motivos que llevaron a la adopción de esta forma de organización de los poderes públicos, parecen distantes a la luz de la forma en que actualmente se materializa su ejercicio. El contexto político y social que llevó a México a la adopción del federalismo ha cambiado y con ello su conceptualización y ejercicio. Esto resulta más evidente desde el análisis de las reformas constitucionales que se han realizado en los últimos años respecto a la distribución de competencias entre federación, estados y municipios.

El estudio del federalismo en nuestro país ha sido abordado frecuentemente desde la perspectiva de la distribución de presupuesto. Lo cual es clave porque explica la forma en que se fortalece en mayor o menor medida, a través de la distribución de recursos, el papel de las entidades federativas y municipios frente al gobierno federal. La asignación del capital, al final del día termina por transformarse en una tendencia determinada sobre la influencia predominante del poder central o de las entidades federativas y municipios según la materia que se trate.

En este trabajo, optamos por explorar el federalismo desde el punto de vista de las fuentes del Derecho en cuanto a la distribución de competencias estatales y federales de legisladores y jueces. En particular se analizará la forma en que se están elaborando leyes y su interpretación en materia de seguridad pública y justicia penal, ya que en ésta se presentan novedades importantes en cuanto a su formación política y contenidos. El ejercicio del federalismo en esta materia nos puede dar un panorama que parece repetirse en otras áreas como las reformas educativa, electoral, de transparencia, energética, entre otras.

Así, por ejemplo, en cuanto al ejercicio de las facultades legislativas, la denominada reforma al sistema de justicia procesal penal se originó en 2003 en los estados y no en los poderes federales; además de haber sido fuertemente impulsada desde sus inicios por la sociedad civil y sólo después por

el gobierno. Aquí empezamos a vislumbrar cómo la constitución del país, en sentido político, termina impactando en las instituciones formales, como es el propio texto constitucional. Este génesis de iniciativas legales representa para México una forma sin precedentes de toma de decisiones políticas, que prácticamente no se manifestó durante el siglo XX.

De dicho análisis se pretende entender la configuración del papel del Congreso de la Unión frente a las legislaturas estatales, y que en realidad ha sido poco discutido desde los propios órganos involucrados. Así podríamos empezar a plantear la discusión abierta: ¿Cuál es la función actual del legislador federal y la del local? ¿Esto cómo debería influir en la estructura y contenido de las leyes? ¿Cómo se han de comportar los jueces ante un marco legislativo con las características que van adquiriendo las leyes en este nuevo contexto? ¿Qué características adquieren las reformas constitucionales en este contexto? ¿Para qué sirve el federalismo en este nuevo contexto?

En cuanto al poder judicial también es interesante empezar a analizar la distribución de competencias y si los jueces están asumiendo su papel como generadores de derecho. Por muchos años, y aún es una tendencia, los jueces mexicanos se han visto a sí mismos como intérpretes estrictos del texto de la ley. Pero es interesante observar que a raíz de modificaciones al texto constitucional —y no porque lo vean como parte de su papel o de la evolución del rol del poder judicial— ahora los jueces mexicanos se ven obligados a realizar la labor interpretativa de la constitución desde los tratados internacionales sobre Derechos Humanos por medio de un control difuso, y no concentrado como estaban acostumbrados.

En este sentido también la materia penal, constituye un cambio de paradigma para los jueces, ya que con la introducción de juicios acusatorios y orales en México en teoría se fortalece la autonomía de la primera instancia. En ese esquema el papel del juez federal competente para conocer del juicio de amparo, también cumple otras funciones.

Lo que actualmente se aprecia en las audiencias públicas, orales y sujetas a contradicción bajo el nuevo sistema procesal penal mexicano es precisamente que para muchos jueces esa forma tan exegética y formalista de interpretar el derecho no ha cambiado. Pero en principio tendría que ir evolucionando al enfrentar al juez ante la comunidad que exige respuestas a casos concretos en los están obligados a ser conscientes de su papel como generadores de derecho e incluso de políticas públicas.

En el Capítulo I se revisarán algunos conceptos de doctrinarios clásicos del federalismo y la influencia que estos han tenido en el derecho positivo y la doctrina en México. También se identificará el desarrollo de elementos

claves para el federalismo como son las facultades expresas, concurrentes e implícitas, así como las características del órgano que dirime controversias en materia competencial, etcétera.

El Capítulo II está dedicado a una descripción histórica sobre el ejercicio del federalismo en México desde sus orígenes en el siglo XIX hasta la actualidad, principalmente desde la perspectiva legislativa y judicial. El estudio de esta evolución permitirá identificar los actores que en esta evolución han cobrado importancia y, en función de ello, el rumbo que ha tomado el ejercicio del federalismo en sus diversas etapas.

En el Capítulo III se hace un recuento de los orígenes y desarrollo de la reforma al sistema de justicia penal en la última década. Así como de las características de dicha reforma que reflejan el sentido actual de la distribución de competencias locales y federales de legisladores y jueces. En este apartado se analiza en particular la categoría legislativa de "leyes únicas" que no existían en México y que permite plantear algunos cuestionamientos sobre la distribución de facultades entre la unión y los estados.

En el Capítulo IV se plantean algunos de los retos que tienen los jueces frente a dos reformas constitucionales relativamente recientes: la de Justicia Penal (2008) y la de Derechos Humanos (2011). Estas reformas implicarán una transformación del papel que asumen los propios jueces sobre sus funciones. Pero sobre todo, ambas reformas rompen el control centralizado del ejercicio de la jurisdicción, por lo que también terminará impactando en la forma en que se ejerce el federalismo.

CAPÍTULO I

Conceptos de federalismo y contexto en México

El federalismo puede ser definido desde sus aspectos jurídico-positivos, pero ello nos haría perder de vista su caracterización en el ámbito político e histórico del cual se nutre desde su nacimiento. Los estudios actuales sobre constitucionalismo enfatizan las consideraciones históricas y políticas que originan a la constitución (no formal) de una sociedad o comunidad.[1] Así el contenido de los órdenes positivos, se analiza dentro del contexto en el que surgen o son interpretados. Principios, reglas y formas de organización del

[1] Gil Rendón, Raymundo, *El Neoconstitucionalismo y los Derechos Fundamentales*.

Estado plasmadas en textos constitucionales y leyes se vinculan con el momento y lugar de su origen.[2]

En ese sentido, el análisis del federalismo se ha visto enriquecido, precisamente por su naturaleza y esencia política, y sus bases terminan plasmadas en fórmulas constitucionales.

Por muchos años, se hizo un gran esfuerzo por definir al federalismo partiendo de ciertas premisas positivistas en tanto que se alejaba o acercaba al modelo originario estadounidense. Es decir, se medía el "nivel de federalismo" si existía un pacto entre entidades federativas y gobierno central en la constitución, la existencia de una constitución rígida, un órgano jurisdiccional o más bien constitucional que dirimiera contradicción entre estos, los principios que regulan la distribución de facultades y competencias, etcétera.[3]

Sin duda, para entender el federalismo es necesario acudir a sus orígenes en Estados Unidos, en particular las discusiones que dieron paso a esta forma de ejercicio del poder. Pero sin lugar a dudas, actualmente de este análisis no se puede desprender "el" modelo de federalismo. Aunque de la experiencia norteamericana se han tratado de extraer ciertas características formales para comparar el grado de federalismo en otros países, o su contraposición a formas de gobierno centralizadas, "el federalismo es algo demasiado mudable y fluido para que se pueda intentar analizar su naturaleza en términos estáticos",[4] y reducirlo al modelo estadounidense hoy en día es insuficiente.

El federalismo ha sido estudiado desde la ciencia política y, en ciertas épocas, desde la perspectiva jurídica de manera separada. Actualmente en cambio, la tendencia de los estudios jurídicos del federalismo parecen ir en el sentido de considerar también los procesos históricos y políticos de cada país, aceptando que es una forma de organización que se adapta a las condiciones de cada uno.

No es propósito de este capítulo hacer un recuento de la historia y experiencias comparadas de los estados federales paradigmáticos, ya que el tema ha sido ampliamente estudiado por otros autores.[5] Lo que interesa a este estudio es simplemente retomar conceptos básicos aportados por tratadistas internacionales que han estudiado el fenómeno del Estado federal, para exponer cómo se traducirían al contexto de México y la postura de algunos doctrinarios desde la óptica del desarrollo histórico y político nacional.

[2] Zagreblesky, Gustavo, *El Derecho Dúctil*.
[3] Arteaga, Elisur, *El sistema federal mexicano*, p. 14.
[4] La Pergola, Antonio, *Los nuevos senderos del federalismo*, p. 22.
[5] Ver Groppi, Tania, *La reforma constitucional en los Estados Federales, de la Teoría a la Praxis*, y Finner, German, *Teoría y práctica del gobierno moderno*.

1.1 *Doctrina internacional*

El federalismo como orden jurídico que admite la convivencia de dos órdenes jurídicos diferenciados que se articulan, es definido por Hans Kelsen en los siguientes términos:

> El Estado Federal se distingue de un Estado unitario relativamente descentralizado, organizado en provincias autónomas, precisamente en esta autonomía constitucional de los Estados miembros, aunque tal autonomía sea limitada. Si las provincias son consideradas solamente como provincias autónomas y no como Estados miembros, ello se debe no solamente a que su competencia, especialmente tratándose de la legislación provincial, se encuentra relativamente restringida, sino también que tales provincias no tienen autonomía constitucional, porque sus Constituciones les son prescritas por la Constitución del Estado considerado en su totalidad, y sólo pueden ser cambiadas mediante una modificación de dicha Constitución. La legislación en materias constitucionales se encuentra aquí completamente centralizada, mientras que en el Estado federal sólo está incompletamente centralizada, es decir, se encuentra hasta cierto punto descentralizada.[6]

Desde este punto de vista, en efecto la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos garantiza a los estados autonomía para darse sus propias constituciones,[7] siempre y cuando éstas se sujeten a ciertas normas básicas establecidas la propia Constitución federal.[8]

Para Mouskheli *lo que caracteriza al Estado federal es el poseer un doble rostro: en ciertos aspectos se nos aparece como un Estado unitario, y si no tuviese otra cara se confundiría con él; pero en otros aspectos se nos presenta como una agrupación federativa de colectividades inferiores, descentralizadas hasta el más alto grado, y que toman parte en la formación de la voluntad del Estado*.[9]

Este autor analiza los orígenes de los Estados federales desde las fuentes positivas del Derecho, agrupándolos en aquellos que se originan en una ley interna (desconcentración) o un tratado internacional (unión).[10] Desde el punto de vista de Mouskheli dos son los elementos esenciales que caracterizan al Estado federal:[11] la autonomía constitucional legislativa y ejecutiva de los miembros y, aún más relevante, la participación de los estados-miembros

[6] Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, pp. 376 y 377.
[7] Artículo 115.
[8] Artículo 116.
[9] Mouskheli, M., *Teoría Jurídica del Estado Federal*, pp. 149.
[10] *Ibidem*, pp. 271 a 319.
[11] *Ibidem*, p. 279.

en la creación de la voluntad federal. Esta última característica a su vez se realiza de dos formas: directamente, por una Cámara en la que los Estados miembros están directamente representados; indirectamente, por su participación en la revisión de la Constitución federal. En su concepto:

> El Estado federal es un estado que se caracteriza por una descentralización de forma especial y del grado más elevado; que se compone de colectividades-miembros determinadas por él, pero que poseen autonomía constitucional y participan en la formación de la voluntad federal, distinguiéndose de este modo de todas las demás colectividades públicas inferiores.[12]

En el caso de México el propio autor[13] lo refiere como un nacimiento atípico de Estado federal que proviene de una ley interna. Desde los primeros esbozos de actas constitutivas que se desarrollaron en México se advierte como objetivo fundamental, evitar que el territorio que integraba la Nueva España continuara disgregándose en múltiples entidades nacionales.[14]

En cuanto a la autonomía constitucional legislativa y ejecutiva de las entidades federativas, se encuentran aseguradas por la propia Constitución federal,[15] que establece que la República mexicana representativa, democrática, federal, estará compuesta de estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior. En cuanto a la participación directa en la voluntad federal mediante una Cámara, el Senado se erige como cuerpo en el que se atiende la representación de las 32 Entidades Federativas.[16] Respecto a su participación en la revisión constitucional, además de que las reformas han de ser aprobadas por el Congreso, también se requiere que sea votadas por la mayoría de las legislaturas estatales.[17]

Friedrich,[18] en cambio, propone el análisis del federalismo más como un fenómeno ligado a la organización territorial de un Estado y no a partir de categorías como la soberanía preexistente de estados que la comparten o renuncian a ella con el gobierno central. La soberanía, en opinión de este autor, es una categoría un tanto ingenua diseñada por los juristas. Su propuesta se vincula más con el federalismo como una forma de división territorial del poder bajo una constitución.

[12] *Ibidem*, p. 319.
[13] *Ibidem*, p.147.
[14] *Infra*, ver Capítulo II.
[15] Artículo 40.
[16] Artículo 69.
[17] Artículo 135.
[18] Friedrich, Carl J., *Constitutional Government and Democracy*, Boston, p. 188.

BIBLIOTECA
ESCUELA LIBRE DE DERECHO

Para este autor, el federalismo es una organización política diseñada para comunidades donde territorialmente existen patrones diversificados de objetivos, intereses y tradiciones, que efectivamente pueden implementar por la conjunción de esfuerzos la persecución de objetivos e intereses comunes así como el fomento de tradiciones también comunes.[19] Señala que la organización federal también puede surgir cuando existen conflictos de intereses, tradiciones o propósitos en una unidad que no resultan los suficientemente fuertes para sostener la unión.

En cuanto a los aspectos organizacionales de la federación, Friedrich propone la participación de los miembros mediante asambleas representativas igualitarias, un ejecutivo común que en particular represente a los miembros en cuestiones relacionadas con el exterior, y un órgano judicial o arbitral que dirima controversias entre federación y miembros, o entre estos.[20] La representación se caracteriza por la igualdad de representación de todos los miembros.

La descripción de este autor en cuanto a que el federalismo puede surgir de la necesidad de reconocer características comunitarias diversas dentro de un territorio amplio, que a la vez requiere de un gobierno central que canaliza intereses comunes de dichas comunidades, coincide plenamente con la historia del nacimiento del federalismo en México.[21] Al margen de analizar con mayor detenimiento el proceso histórico del federalismo en México, puede resumirse en que formalmente "fue adoptado por primera vez en el acta constitutiva del 31 de enero de 1824. La Constitución de 4 de octubre de 1824 lo hizo realidad. Despareció transitoriamente en 1835, fue restablecido en 1847 de forma transitoria, y en 1857 de manera definitiva".[22]

En cuanto a la representación igualitaria de los miembros, las entidades federativas están representadas por 3 Senadores (2 de mayoría y 1 de primera minoría). No obstante, dicha representación se alteró en 1998 mediante una reforma constitucional que introdujo la figura de los Senadores de representación plurinominal. Estos Senadores provienen de una lista propuesta por los partidos que no atiende al principio de representación equilibrada de los estados y constituyen una cuarta parte de esta Cámara.

[19] *Ídem*.

[20] *Ibídem*, pp. 192 a 196.

[21] Arteaga, Elisur, *El sistema federal mexicano, apuntes para una teoría general*, p. 17: "A través del recurso de descentralizar se estuvo en posibilidad de delegar parte del poder, su adopción permitió gobernar el gran territorio heredado de la colonia, detectar necesidades de poblaciones numerosas con costumbres e, incluso, con lenguas diferentes, También impidió la desmembración del territorio nacional".

[22] *Ídem*.

Hasta aquí los autores invocados caracterizan al Estado Federal bajo ciertos requisitos formales que en el sistema mexicano es fácil identificar. Pero un poco más difícil es analizar bajo la perspectiva de quienes estudian al federalismo desde sus vínculos con el ejercicio de un Estado democrático de derecho (el caso de México).

Zagrebelsky, propone el estudio del federalismo más allá de la distribución política de competencias entre gobierno central y miembros, sino atendiendo a la pluralidad de individuos y comunidades que componen al Estado:

> La Constitución del Estado democrático pluralista es el resultado de un acuerdo entre fuerzas políticas y sociales, con el fin de dictar, a través de éste, un diseño económico, social integral, acuerdo respecto del cual cada una de las fuerzas representa más que un fragmento, y que, por tanto, está substraído de la posibilidad de modificaciones unilaterales. Las constituciones del Estado federal democrático-pluralista, a diferencia de las liberales del siglo XVIII, son no solamente el lugar de distribución del poder político entre el Estado central y los estados miembros, sino también un medio de integración de grupos sociales, a través de la consagración de valores compartidos, relativos no a los estados, sino a los individuos o bien a las comunidades.[23]

En el contexto mexicano, justamente se está planteando cómo arribar a ese Estado democrático pluralista, y si la forma federal —más allá de estar en un punto de equilibrio o desequilibrio respecto del reparto de poderes— contribuye a la transformación de las funciones gubernamentales, y si éstas provienen y atienden a actores políticos que van cobrando fuerza, en un país que necesita reconocer las diferencias pero también generar acuerdos para avanzar en la concreción de ciertas metas comunes.

1.2 *Doctrina nacional y federalismo en México*

Como se puede apreciar de la comparación de las definiciones anotadas y su relación en el contexto nacional, la adopción del federalismo en México tiene un sustrato jurídico político, geográfico e histórico aparentemente bien fundamentado. Pero, habrá que analizar desde el derecho positivo y la doctrina nacionales algunos conceptos en torno al federalismo, para observar las particularidades que se le imprimen en este país.

[23] En Groppi, Tania, *La Reforma Constitucional en los Estados Federales, de la Teoría a la Praxis*, p. 30.

El fundamento constitucional de la distribución de competencias entre la Federación y los estados la encontramos en el Artículo 124, que establece:

> Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.

Es decir, que las facultades de la Federación tienen que estar expresamente reconocidas en el texto constitucional, mientras que las facultades originarias sobre el ejercicio del poder corresponden a los estados, quienes sólo por derivación del pacto federal, han renunciado a algunas de ellas y deben constar en la propia Constitución. Pero reconociendo que —a diferencia de Estados Unidos donde los estados tenían un alto grado de independencia antes de unirse— las provincias en México en la época colonial funcionaban bajo gobierno de corte central que operaba desde la capital, esta forma de determinación de las facultades para la federación y los estados no parece la más adecuada según algunos autores.

En ese sentido, Elisur Arteaga sostiene que "la circunstancia de que México, en 1824, al adoptarse el sistema federal, fuera unitario y centralista, con tendencias a desmembrarse, determinó la naturaleza y el sentido del federalismo mexicano; eso lo hace diferente de su modelo y, con el tiempo, ha llevado al extremo de que en la Constitución se regulen, en algún caso al detalle, materias que en otros sistemas se han considerado son del índole local".[24] Parece reafirmar esta tesis, el hecho de que el Artículo 73 constitucional cuyo objeto es la definición de las materias que son competencia del Congreso de la Unión, es por mucho la disposición que más reformas ha sufrido desde su creación (75 de 1917 a la fecha).[25] Además de ello habrá que considerar la extensión que se ha dado a las facultades del Congreso federal a través de mecanismos como las denominadas facultades implícitas.

Hasta hace poco, el sistema jurídico nacional en el terreno legislativo los doctrinarios identificaban tres categorías de leyes atendiendo a la distribución de competencias entre congreso federal y estatales: facultades expresas, facultades concurrentes o coincidentes y facultades implícitas.

Las facultades de la federación en virtud del Artículo 124 citado son expresas, es decir devienen directamente del texto constitucional. Pero hay materias que tanto la federación como los estados pueden legislar, sin que ello implique una jerarquía entre ellas. A estas facultades la doctrina las ha denominado coincidentes. Finalmente, las facultades implícitas son aquellas

[24] Arteaga, Elisur, *op. cit.*, p. 8

[25] http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm

instrumentales que se arroga el congreso federal para ejercer alguna otra que si está expresamente señalada en la Constitución. Sobre todo estas últimas son a las que recientemente, en materia penal, ha recurrido el Congreso de la Unión para legitimar la expedición de ciertas leyes que obligan tanto a la federación como a las entidades federativas, como se analizará más adelante.

Por ahora, basta mencionar algunos antecedentes de dichas facultades que han influido en la doctrina y el marco jurídico mexicanos.

Desde los padres del federalismo norteamericano ya se invocaba la necesidad de reconocer a los órganos centrales facultades que sin estar positivamente plasmadas en el texto constitucional se entendían necesarias para garantizar los fines que perseguía la propia confederación. Según Madison:

> Sería fácil demostrar, si fuese necesario, que ningún poder importante de los que delegan los artículos de la confederación ha sido o puede ser ejercido por el Congreso sin recurrir más o menos a la doctrina de la interpretación de lo implícito… Ningún axioma se halla asentado más claramente en la ley o en la razón que el que dice que donde se hace obligatorio el fin, están autorizado los medios; dondequiera que se concede un poder general para hacer una cosa, queda incluida toda la facultad que sea necesaria para efectuarla.[26]

Esta teoría de las facultades implícitas fue confirmada por jurisprudencia norteamericana en el caso McCulloch *vs*. Maryland.[27] El hecho de que esta legitimación de las "facultades implícitas" proviniera de un órgano jurisdiccional, confirma que se trata de un Estado en el que el control constitucional a final de cuentas se deja a cargo del Poder Judicial, en contraposición a los sistemas parlamentarios.[28]

En el caso mexicano las facultades implícitas encuentran su fundamento en el Artículo 73 fracción XXX que establece que el Congreso de la Unión tendrá facultad "para expedir las leyes que sean necesarias, a objeto de hacer efectivas las facultades anteriores, y todas las otras concedidas por esta Constitución a los Poderes de la Unión".

[26] Hamilton, A., Madison, S. y Jay, J., *El Federalista*, p. 192.

[27] Finer, Herman, *Teoría y práctica del gobierno moderno*, p. 182: "La cuestión era : el congreso había dictado una ley en 1816 regulando el Banco de los Estados Unidos. Se estableció una sucursal en el Estado de Maryland que imponía una tasa sobre los créditos de cualquier banco o sucursal que se hubiese establecido sin su autoridad. McCulloch, el cajero de la sucursal de Maryland apelaba contra el fallo de los tribunales de Maryland. El Tribunal Supremo, hablando por mediación del juez principal Marshall, falló que el Congreso tenía derecho de nombrar dicho banco, y, por consiguiente, los Estados no podían disminuir el uso de este poder imponiendo tasas. En la Constitución no se establecía ningún poder especial de los Estados Unidos para establecer dicho banco. Pero esto se debía sólo a que todo lo podía quedar debidamente expresado en la Constitución. Tampoco quedaban excluidos de las constitución los poderes incidentales o implícitos".

[28] *Íbidem*, pp. 184 y 185.

En cuanto al ejercicio de facultades implícitas, el sistema mexicano sigue idéntica fórmula que el norteamericano, pero en la práctica son distantes. Mientras que en Estados Unidos la interpretación constitucional termina recayendo en el aparato judicial, en México el presidencialismo durante el siglo pasado pesó demasiado sobre el ejercicio de la judicatura, por lo que la generación de jurisprudencia al respecto fue muy parca. Hasta 1994, año en que se reformó la Constitución en el apartado del Poder Judicial Federal, que empezó a despuntar la participación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de manera autónoma del Ejecutivo.[29] Cabe mencionar, que dicho órgano a demás de la justicia ordinaria federal tiene a cargo la función de Justicia Constitucional.

Como limitante al uso de las facultades implícitas por parte del Congreso Federal, se ha mencionado que debe existir una facultad expresa en la Constitución de la cual derivar aquéllas[30] y su interpretación tienen que ser lo más restrictiva posible.[31] Esto es porque la invocación de dichas facultades no puede tener otro efecto "que la proyección del poder central sobre los ámbitos locales y, a su vera, la legitimación del traslape que se consuma con el reconocimiento judicial al ejercicio del poder federal, el cual se efectúa sin apoyo normativo expreso".[32]

CAPÍTULO II

Antecedentes históricos del federalismo y la evolución del concepto en México

Por mucho tiempo, incluso en la actualidad, muchos autores cuestionan el proceso histórico de la adopción del federalismo en México, aduciendo que se trató de una simple copia de la constitución norteamericana que no atendió

[29] Morales-Paulín, Carlos A., *Justicia Constitucional*, México, p. 4.

[30] Gaxiola, Francisco Jorge, *La crisis del pensamiento político y otros ensayos*, p. 81: "en virtud de esta disposición (73, fracción XXX), el Congreso queda facultado, no para crearse nuevas atribuciones o aplicar las que tiene a casos no previstos por la Constitución, sino para dar a sus propias facultades, por medio de leyes, los medios de llevarlas a cabo, con toda la amplitud indispensable a su eficacia, siempre y cuando no se trate de un nuevo poder sustantivo e independiente, sino que se limite a realizar una facultad expresamente concedida".

[31] Díaz y Díaz, Martín, *México en la Vía del Federalismo Cooperativo. Un análisis de los problemas en torno a la distribución de competencias*, p. 150.

[32] *Ibídem*, p. 151.

el contexto político nacional.[33] Esta visión ha sido muy difundida, al grado que actualmente las deficiencias en el ejercicio de dicha forma de reparto de competencias se sigue achacando al momento original de su adopción.[34]

En cuanto a los procesos que pueden dar paso al federalismo, teóricamente se han identificado dos tipologías, y a su vez de éstas se han derivado algunas características sobre su ejercicio. El primer prototipo es el de estados que se unen bajo un gobierno central, mientras que el segundo parte del desmembramiento de un estado unitario.[35] El acontecer histórico de México en el siglo XIX permite verificar que si bien el proceso federalista no se dio para unir estados como el sistema norteamericano; el federalismo en México sí fue la fórmula de solución para evitar la dispersión de territorios que estaban unidos bajo el territorio colonial de la Nueva España.

En ese sentido la Constitución del país, entendida ésta en términos socio políticos, sí tuvo una raíz federalista, pues se veía a esta forma de organización como una garantía de autonomía para las comunidades que no estaban cerca de la capital en un territorio sumamente extenso.

[33] Hernández Chávez, Alicia, coord., *¿Hacia un nuevo federalismo?*, p. 15: "Los estudios históricos alusivos al federalismo mexicano son escasos y reflejan el relativo interés que caracteriza a la historiografía mexicana por el estudio de las instituciones políticas y, en especial, el desinterés por estudiar las relaciones que se establecen entre las instituciones y losmous actores políticos y sociales. El resultado es la persistencia de una imagen estereotipada según la cual las instituciones son realidades formales y lo que realmente cuenta es cómo se organizan los actores políticos y sociales para defenderse del poder del Estado. Este tipo de aproximación historiográfica desciende de una ideología populista en donde el poder y, por tanto,, las instituciones son impuestos a la sociedad por una minoría preocupada por defender sus intereses particulares y genera, por consiguiente, la oposición a las instituciones por parte de los actores políticos y sociales. De allí la abundancia de estudios en torno a revueltas, levantamientos y conflictos políticos y la ausencia de estudios sobre los procesos institucionales. Esta excesiva concentración de estudios acerca de los conflictos ha terminado por descuidar la comprensión de la otra vertiente: la de la colaboración, que es la que se manifiesta en la creación y transformación de las instituciones en la construcción del orden constitucional".

[34] Díaz y Díaz, Martín, p. 145: "En un sistema federal los flujos continuos de poder entre el centro y la periferia son inevitables. En algunos casos, se trata de la construcción de un núcleo de poderes centrales a partir de entidades soberanas preexistentes; en otros por el contrario, existe previamente un poder unificado que decide su descentralización y, bajo este supuesto, la tarea principal consiste en dotar de entidad regional a ciertos órganos de ejecución limitada, abriendo nuevos espacios políticos para la decisión y el ordenamiento de la vida comunitaria. Además de estas dos variables principales, se suscitan otras derivadas de las modernidades mentirosas de ciertos Estados como el nuestro (México), que asumen los perfiles constructivos de un federalismo de tipo pacticio, sin que posean los rasgos históricos para darle realidad a ese pretendido pacto de origen. Manejar el federalismo en un plano aparente y encubrir con su perfil un ejercicio centralizado acarrea distorsiones que después muy difícilmente podrán enmendarse en beneficio de una institución sana". En el mismo sentido Matos Escobedo, p. 10.

[35] Arteaga, Elisur, *op. cit.*, p. 14.

2.1 *Evolución del federalismo en el siglo XIX, sus orígenes*

Al respecto vale la pena hacer una breve síntesis de los acontecimientos históricos en México durante el siglo XIX que resultaron claves en la definición del sistema federal:

La independencia de la Nueva España se consumó en 1821. Entre 1822 a 1847 en México se convocó a siete congresos constituyentes, que emitieron un acta constitutiva, tres constituciones y un acta de reforma. En 1822 se reunió el primer Congreso del México independiente que debía constituir la nación organizando una monarquía moderada, que llamará a un príncipe de la casa real de España.

El movimiento de independencia en un primer momento, en efecto, fue impulsado por fuerzas que apuntaban a la conservación de la estructura virreinal. Los intereses de la sociedad virreinal en México gobernaban desde el centro, con la posibilidad de adueñarse del poder desde la capital. Pero en las provincias reinaba un espíritu liberal que se extendía por todo el país y sólo el régimen federal era la opción para reconocer la soberanía de los estados que podrían combatir los elementos coloniales centralizadores.[36]

Llega al poder Agustín de Iturbide, un militar de la Independencia, y contrario a las tendenciales liberales de las provincias, se terminó proclamando emperador de México. Este Imperio resultó absurdo "y los absurdos políticos sólo pueden sostener su vida efímera por medio de la fuerza: Iturbide disolvió el Congreso".[37] Iturbide entonces convocó a la Junta Instituyente que pretendía congregar a los representantes de las provincias. Pero esta representación fue ficticia, de tal suerte que en menos de un año varias provincias empezaron a declarar su independencia.

Así que a pesar de que ya se había convocado a un nuevo congreso constituyente, se apremió a que el congreso existente votará por la institución de la República Federal. El nuevo constituyente, para evitar la disgregación de las provincias que habían empezado a emitir declaratorias de independencia,[38] en menos de dos meses emitió un Acta Constitutiva que daría lugar al primer texto constitucional de 1824. En ese contexto el sistema federal fue resultado de la imposición de las provincias. Pero en cuanto se publicó la Constitución, las legislaturas estatales comenzaron a proponer reformas sin las cuales amenazaban de separación de la federación.

[36] Reyes, Heroles Jesús, *El liberalismo mexicano*, p. 32.
[37] Rabasa, Emilio, *Op. cit.*, p. 4.
[38] Campeche, Yucatán, Oaxaca, Querétaro, Celaya y San Miguel el Grande, Zacatecas, Nueva Galicia, Nueva Santander, Guatemala.

Esta Constitución de 1824 tuvo importantes opositores en el clero y el ejército porque el sistema federal implicaba libertades públicas que no se querían reconocer. Entre 1824 y 1835 se empezaron a identificar dos tendencias: conservadores (clero y milicia) y liberales (federalistas).

En 1835 el congreso en turno determinó acabar con el sistema federal y dictar una nueva constitución, que se emitió en 1836 de corte centralista. En palabras de Rabasa "su base es, pues, la más original que pueda darse: un golpe de Estado parlamentario".[39] Esta Constitución es muy particular ya que subordina a las provincias, al congreso, al poder judicial, al ejecutivo; respecto de un Supremo Poder Conservador. Posteriormente se propusieron reformas para atenuar al Poder Conservador, pero obviamente como éste tenía todo el poder, la iniciativa terminó por fracasar.

En 1840 se presenta un proyecto de nueva constitución que también es rechazado. Para 1843 se logra expedir una nueva Constitución de corte centralista, en la que el Gobierno central lo es todo. Por ejemplo, el presidente puede vetar de manera absoluta las decisiones del congreso, y en las provincias lo mismo pueden hacer lo propio los gobernadores respecto a las legislaturas o congresos locales.

Para 1846 el Plan de la Ciudadela convoca a un nuevo congreso constituyente para restablecer la Constitución de 1824. El entonces presidente Santa Anna no tiene otra opción más convocar a nuevas elecciones y en 1847 sanciona la nueva Constitución que tenía como elemento fundamental la organización federalista.

Este recuento sobre las constituciones mexicanas del siglo XIX, permiten observar que la definición del federalismo o centralismo fue una cuestión que se volvió un punto medular para determinar la organización política de la nación mexicana, pues fue el elemento clave de negociación que evitó la disgregación de las provincias.

En ese sentido, el análisis de los argumentos y arduas discusiones que vertieron diversos personajes históricos de la política mexicana en los congresos constituyentes —que si bien estuvieron influidos tanto por los padres del federalismo norteamericano (Madison), como por parte de Europa de Montesquieu, entre otros—, nos permite advertir que la adopción del federalismo en México no fue una simple imitación de los Estados Unidos Americanos,

[39] Rabasa, Emilio, *op. cit.*, p. 9.

sino que realmente tenía una base social y política que apoyaba esta forma de organización, en palabras de Reyes Heroles "el federalismo resultó la forma y el instrumento de la integración nacional".[40]

Así, por ejemplo, se advierte que mientras que en el caso estadounidense el federalismo surgió, entre otras razones, con miras a formar una defensa fuerte de amenazas externas; en México se dio como garantía en contra de amenazas de la unidad interna.[41]

De los autores que han analizado el origen del federalismo mexicano, Emilio Rabasa ya desde 1912 sintetizaba muy claramente esta idea:

> La imposición del sistema federal por las provincias, sobre un gobierno que lo repugnaba, no pudo ser obra ciega de la ignorancia, como se asentó por escritores de la época. Las provincias confiaban más en sí mismas que en gobierno central, y el espíritu de independencia que en ellas había dejado la guerra de separación las impulsaba a obtener la mayor suma de libertades posibles para atender su propio desenvolvimiento político; pero, por otra parte, no debió de influir poco en su actitud resuelta y amenazadora el afán de sus grupos directores de tener la mayor suma de poder que fuera dable dentro de la unidad de gobierno que era temerario alcanzar.

Para Reyes Heroles, por ejemplo, el federalismo fue un tema de intenso debate en los diversos constituyentes porque se veía en éste a un principio que mitigaría las desigualdades eliminando privilegios, principalmente del clero y la milicia.[42] Como ya se mencionó en la síntesis histórica de las constituciones, el enfrentamiento de las posturas centralistas y federalistas durante el siglo XIX, se identifica a estos últimos como los liberales.[43] De acuerdo a este autor "el liberalismo mexicano postuló y logró el gobierno de las clases intermedias con el apoyo popular, anticipándose en la formulación del programa a los intereses del pueblo".[44]

[40] *Ibidem*, p. 395.
[41] Reyes Heroles, Jesús, *op. cit.*, p. 362.
[42] *Ídem*.
[43] *Ibidem*, XIV: "La evolución que analizamos se caracteriza por la existencia de un liberalismo beligerante en torno a unos cuantos principios: federalismo, abolición de los privilegios, supremacía de la autoridad civil, separación de la Iglesia y el Estado o, al menos, ejercicio unilateral del patronato por parte del Estado, secularización de la sociedad, ampliación de las libertades, gobierno mayoritario, etcétera Frente a ellos a la inversa, están centralismo, mantenimiento o ampliación de los privilegios legales, mantenimiento del patronato no arreglado o previo concordato, restricción de las libertades. En cuanto a las fuerzas e intereses, de un lado alto clero y jefes del ejército, aristocracia territorial, todos ellos con intereses centralizados, defendiendo privilegios consignados o no legalmente. De otro 'clases intermedias' diseminadas en los Estados, defendiendo un federalismo que garantiza su acceso al poder y que figura en la ley de leyes".
[44] *Ibidem*, p. XV.

2.2 *Evolución del federalismo en el siglo XX*

Para los debates de los congresos constituyentes de 1857 y 1917 (hoy vigente) el tema federal se daba por sentado, es decir, era una cuestión de principio ya resuelta en el texto constitucional. En ese sentido, es interesante notar que si bien hay muchos recuentos históricos sobre los vaivenes del federalismo en el siglo XIX; sin embargo durante el siglo XX, los estudios históricos sobre este tema son pocos.

Los análisis en torno al sistema federal mexicano en el siglo pasado, más bien se plantean respecto a competencias específicas concedidas desde el texto constitucional, es decir, se analiza desde el punto de vista formal, pero desligado del acontecer político. En particular los estudios del federalismo en el siglo XX se centran en la distribución de competencias en materia impositiva, por ser el tema de la asignación de recursos una cuestión clave para fortalecer o debilitar a la Federación, los estados o los municipios.

En ese sentido, se perdió un eslabón importante de comunicación entre lo que acontecía en las comunidades y la evolución de las estructuras gubernamentales, en cuanto al reparto de competencias. Desde el punto de vista de los juristas el estudio sobre federalismo se centró en cuestiones formales, lo cual arreciaba todavía más las críticas y la incomprensión sobre los orígenes de este sistema de organización en México, pues cada vez parecía confirmar el error histórico de haber "copiado" sin meditar el sistema federalista norteamericano.

Durante la mayor parte del siglo XX, época en la que gobernó un partido hegemónico durante setenta años, al parecer las diferencias culturales, sociales, económicas de las entidades federativas que se adujeron para la adopción del federalismo, paulatinamente se fueron diluyendo bajo el dominio de un gobierno presidencialista que operaba políticas públicas desde el centro. Esta situación revivió la idea de que el federalismo mexicano es artificial, frente a una realidad centralizadora.

Obviamente, esto no quiere decir, que las disimilitudes en las realidades estatales fuesen eliminadas, simplemente se ignoraron. En la práctica estas diferencias estatales supervivieron en un contexto en el que los esfuerzos "homologadores" provenientes del Ejecutivo central establecían algunas políticas públicas que, dependiendo de cada comunidad, adoptaban sus propias características. Parte de este entramado fue la sumisión de los congresos y jueces estatales en primer término hacia los ejecutivos estatales, es decir, los gobernadores; pero por encima de estos a la figura del presidente. Paradóji-

camente, en esta etapa de la historia de México, en la que el federalismo era una fórmula constitucional consolidada, pierde vitalidad el protagonismo de los miembros de la Federación.

En el plano formal desde el punto de vista de las competencias legislativas esta tendencia hacia la centralización se observa en el quehacer de las legislaturas estatales, quienes simplemente copiaban las leyes federales en materias concurrentes, sin hacer un solo cambio aunque no aplicara a su realidad concreta.

Los congresos estatales, a semejanza de los poderes federales, estaban completamente subordinados al Ejecutivo. En este sentido se han realizado algunos estudios sobre la incidencia de los gobernadores en las agendas legislativas en estados con y sin alternancia política y gobiernos divididos. El resultado es que los Estados en que los gobernadores y la mayoría en los congresos son del mismo partido las iniciativas del Gobernador, el nivel de discusión es muy bajo (aunque esto también tiene sus variantes dependiendo del partido de que se trate).[45]

2.3 *Evolución del federalismo en el siglo XXI*

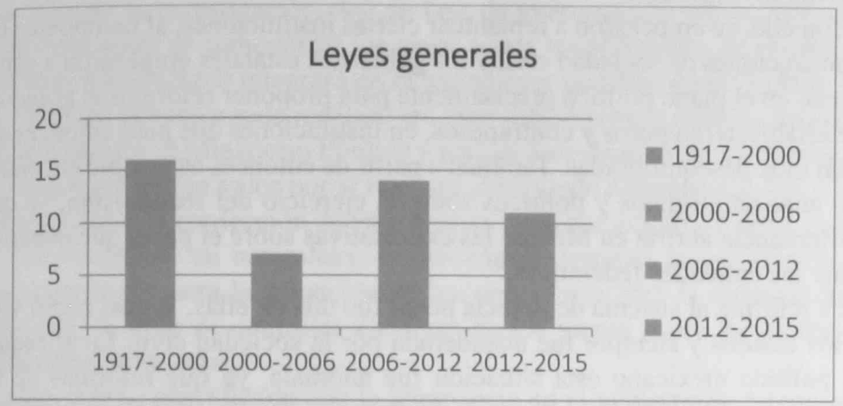
Es hasta que se da la alternancia política en algunas entidades federativas que, en la década de los noventa del siglo pasado, otra vez se empiezan a ventilar posibles diferencias entre los poderes estatales y el federal. En ese sentido, el análisis político del federalismo, entre otras instituciones que se relacionan en con la democracia, se retoma con optimismo ante la posibilidad de resurgimiento del liderazgo de las entidades federativas.[46]

Pero habrá que revisar en la práctica qué tanto los estados están incidiendo en la vida política del país.

Así por ejemplo, en el ámbito legislativo existe una categoría de leyes denominadas "generales" expedidas por el Congreso Federal que establecen el marco para la regulación de una materia al cual los estados tienen la obligación de ajustarse. Desde 1917 y hasta antes del 2000 (año en que por primera vez se da la alternancia política en la Presidencia), se emitieron un total de 16 leyes de esta categoría. Entre 2000 a 2006 se sumaron otras 7. En el sexenio que fue de 2006 a 2012 se "generalizaron" otras 14 materias. Y en lo que va del actual gobierno se han expedido 11 leyes con esta característica.

[45] López Lara, Álvaro, *Control de Agenda en los Congresos Estatales*.
[46] Carbonell, México, *El federalismo en México: principios generales y distribución de competencias*.

Lo que implica que una materia sea objeto de una ley general o nacional (más recientemente), es que constitucionalmente se elimina la facultad "originaria" de los Estados, por necesidades de coordinación o implementación de una política pública a nivel nacional se faculta al Congreso Federal para que establezca las bases sobre las cuales los estados respecto de cuestiones puntuales podrían legislar, en el caso de las generales; y respecto de las nacionales, de plano se expropia esa materia a los estados. Es decir, que en los últimos 15 años se han emitido el doble de leyes generales y nacionales (36), que en el periodo de 83 años en que no se dio la alternancia de partidos (16).



Pareciera contradictorio que a partir de que se empiezan a abrir ciertos canales democráticos en el país, es cuando los estados empiezan a ceder más facultades legislativas mediante este mecanismo de leyes generales o nacionales. Como se mencionó anteriormente, este fenómeno podría explicarse en virtud de que en el siglo XX la forma en que operaba el Ejecutivo federal permitía llegar a todo el país, anulando las realidades sociales de las comunidades, con políticas públicas diseñadas y financiadas desde el centro, éstas no requerían de una vía legal para su implementación pues todas estaban alineadas.

A partir de la alternancia y la concurrencia de gobiernos de diferentes partidos es necesario establecer cauces para articular políticas de carácter nacional. Lo interesante será la definición de aquellas materias que realmente ameritan ser objeto de leyes que unifiquen políticas. La pregunta que cabría entonces es ¿cuál es la razón de mantener el sistema federal? ¿Realmente es la necesidad de prestar servicios uniformes en todo el país?

CAPÍTULO III

La reforma de justicia penal y el federalismo

3.1 *Antecedentes*

En el año 2000, después de setenta años en que gobernó la presidencia el mismo partido en México (Partido Revolucionario Institucional, PRI), ganó por primera vez la elección presidencial un partido de la oposición. Mismo fenómeno de alternancia se dio en algunas entidades federativas en los años noventa del siglo XX.

Con ello, se empezaron a replantear ciertas instituciones, al tiempo que las organizaciones de sociedad civil y los gobiernos estatales empezaron a ganar terreno en el plano político precisamente para proponer reformas al gobierno que establecieran pesos y contrapesos, en instituciones que para entonces estaban muy desequilibradas. También a partir de entonces es posible encontrar más análisis jurídicos y políticos sobre el ejercicio del federalismo, ya que la alternancia abriría en México las expectativas sobre el papel que deberían tomar las entidades federativas.[47]

La reforma al sistema de justicia penal fue una de ellas, la cual cobró vida en los estados y siempre fue abanderada por la sociedad civil. En el esquema político mexicano esta situación fue anómala, ya que reformas de tal calibre normalmente hubieran sido iniciativas provenientes de autoridades del gobierno dictadas desde el centro. Esta reforma si bien tenía como lema la transición de un sistema inquisitivo o mixto a uno acusatorio, a final de cuentas lo que realmente proponía era generar contrapesos a una institución que durante el siglo XX acaparó todo el proceso con las correspondiente debilidad de las demás: el Ministerio Público.

En un régimen dominado por el Ejecutivo, el Ministerio Público —como su brazo operador en temas de justicia— bajo la forma de Procuradurías federal y estatales que eran parte del equipo de gobierno del presidente y de los gobernadores, se convirtieron en entes burocráticos con todo el peso de dar respuesta a la ciudadanía en cuestiones de seguridad pública y justicia penal. Para ello se le dotó de extraordinarios poderes que mermaron la participación de policías, defensores y jueces, no sólo en el proceso penal sino en la definición de políticas públicas en materia de justicia penal.

[47] Carbonell, Miguel, *op. cit.*

Así, por ejemplo, bajo el pretexto de que el Ministerio Público tiene el monopolio de la acción penal se reformó la Constitución para establecer que tendría una policía bajo su mando directo, y que ésta sería la única con capacidad de investigar bajo instrucciones de aquél. Ello terminó por debilitar a las policías estatales y municipales, en tanto que si su función no era la investigación, entonces el nivel de actividades y de perfiles de los mismos podría ser ínfimo.

Frente al poder judicial y la defensa, el Ministerio Público también contaba con una herramienta que le permitía de manera unilateral mantener el dominio de todo el proceso judicial: la fe pública de las actuaciones realizadas durante la investigación. Así en fase de averiguación previa, investigación, aún antes de judicializar los casos todos los elementos de prueba que el Ministerio Público integrará en el expediente gozaban de fe pública. Una vez llegado el caso a sede judicial, era muy difícil para la defensa revertir lo sustentado por el Ministerio Público y para el juez desestimar elementos que formalmente tenían valor por sí mismos. Aparejado a lo anterior, los juicios se traducían a la confección de expedientes a los que era difícil tener acceso.

Un sistema de tal naturaleza, evidentemente terminó por generar incentivos perversos para la actuación de los operadores ante la secrecía de los procesos, la falta de controles efectivos de los jueces sobre las partes y el desequilibrio de éstas.

Para 2004, coincidiendo con la alternancia en el gobierno se propuso por primera vez en los Estados de Oaxaca y Chihuahua, una reforma al sistema de justicia que fuera similar a las que se habían gestado por toda Latinoamérica desde los años ochenta, en el sentido de transitar a un sistema acusatorio de tipo adversarial. En ese mismo año el Ejecutivo Federal también presentó una iniciativa de reformas constitucionales y un paquete legislativo que iba en el mismo sentido. Dicha reforma no fructificó, pero abrió el debate para que años después, en 2008,[48] se reformara finalmente la Constitución y se sentaran las bases de un nuevo sistema de justicia en materia penal que obligase a la Federación y a los estados a su adopción.

Los debates que se abrieron en el Congreso Federal duraron poco más de un año y su aprobación por 19 de 31 congresos estatales demoró dos meses aproximadamente.[49] Es importante mencionar que antes de la reforma

[48] *Diario Oficial de la Federación*, 18 de junio de 2008.

[49] De acuerdo al Artículo 135 de la Constitución Política de los Estados unidos Mexicanos las reformas a la misma requieren la aprobación de dos terceras partes de los presentes y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los estados, es decir al menos 16 congresos estatales. El proceso de aprobación por el Congreso Federal se dio entre diciembre de 2006 a marzo de 2008, la aprobación por parte de 19 estados se dio entre marzo y mayo de 2008.

constitucional, y durante todo el proceso de discusión de ésta, un factor decisivo fue la participación de organizaciones de sociedad civil,[50] con la capacidad política y técnica de presentar propuestas concretas en esta materia.

El resultado de esta reforma constitucional, fue la obligatoriedad de adoptar un sistema de justicia penal de tipo acusatorio tanto para la Federación como las entidades federativas en un lapso de 8 años, es decir, el 18 de junio de 2016. En cuanto a su contenido, se advierte que la reforma constitucional fue "negociada" desde dos ángulos distintos: un régimen para delincuencia organizada que seguiría teniendo características del sistema inquisitivo; y otro general para el resto de los delitos al que aplicarían las nuevas garantías reconocidas en la Constitución e instituciones procesales inmersas en la transición a un sistema de tipo adversarial.

Esta reforma constitucional implicaba que cada entidad federativa había de emitir una nueva legislación procesal penal conforme al nuevo texto constitucional.

Cabe hacer un paréntesis sobre los orígenes de esta reforma constitucional para analizar los factores políticos que influyeron en su concepción. Desde antes de la reforma algunos estados habían realizado reformas a sus procesos penales en diversos grados de profundidad. Nuevo León fue el pionero en introducir algunos elementos de oralidad a su código procesal[51] inquisitivo. Dicha reforma consistió simplemente en introducir un capítulo de "juicios predominantemente orales" para delitos de mínima gravedad. Este esquema de reformas parciales a los códigos también fue acogido por los Estados de México[52] y Veracruz[53]. Sin embargo este tipo de reformas no cambiaron la dinámica del proceso inquisitivo.

Poco después Chihuahua[54] y Oaxaca[55] decidieron que para transitar verdaderamente a un sistema acusatorio era necesario redactar nuevos códigos procesales penales completos, similares a los códigos latinoamericanos de las décadas de los ochentas y noventas. A Chihuahua y Oaxaca, siguieron los códigos de los estados de Zacatecas,[56] Morelos[57] y Baja California,[58] a los que se les ha denominado "de primera generación".

[50] Se integró una "Red a Favor de los Juicios Orales", que a su vez se compone de varias organizaciones de sociedad civil.
[51] *Periódico Oficial de Nuevo León*, 7 de diciembre de 2005.
[52] *Periódico Oficial del Estado de México*, 2 de enero de 2006.
[53] *Periódico Oficial del Estado de Veracruz*, 2 de agosto de 2007.
[54] *Periódico Oficial de Chihuahua*, 9 de agosto de 2006.
[55] *Periódico Oficial del Estado de Oaxaca*, 9 de septiembre de 2006.
[56] *Periódico Oficial de Zacatecas*, 15 de septiembre de 2007.
[57] *Periódico Oficial de Morelos*, 22 de noviembre de 2007.
[58] *Periódico Oficial de Baja California*, 19 de octubre de 2007.

Estas entidades se cobijaron en un texto constitucional que había sido durante muchos años el marco para los códigos inquisitivos, y de alguna manera resolvieron que también lo fuera para los nuevos códigos acusatorios.

Los códigos de primera generación tomaron un modelo apoyado en las recomendaciones técnicas de consultores mexicanos principalmente, pero también expertos latinoamericanos y sobre sistemas de países con tradición de *common law* (Estados Unidos y Reino Unido).

Como documentos base que sirvieron para elaborar estos primeros códigos mexicanos están los siguientes: Anteproyecto de Código Procesal Penal de Panamá; Anteproyecto de Código Procesal Penal de Neuquén, Argentina; Código Modelo para Iberoamérica (1989); Código Procesal Penal de Bolivia (1999); Código Procesal Penal de Chile (2000); Código Procesal Penal de Chubut, Argentina (2003); Código Procesal Penal de Costa Rica (1999); Código Procesal Penal de Guatemala (1992 con reformas al 2000); Código Procesal Penal de Honduras (1999); Código Procesal Penal de Paraguay (1998); Código Procesal Penal de la República Dominicana (1999); Código Procesal Penal de Venezuela (2001); y Ley de Enjuiciamiento Criminal de España (LECE).

En realidad la reforma constitucional de 2008, provino de la presión que ejercieron grupos de la sociedad civil para que el modelo de sistema acusatorio que estaba surgiendo en las entidades federativas mencionadas, fuera obligatorio en todo el país. Si bien a las entidades federativas con "códigos de primera generación" les beneficiaría que se reconocieran nuevos principios constitucionales que fortalecieran la transición hacia un nuevo sistema procesal penal, éstas ya habían resuelto a través de la legislación secundaria la forma en que podía interpretarse el texto constitucional para transformar el proceso penal.

Fue así que el 18 de junio de 2008 se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* las mencionadas reformas a la Constitución, lo que terminó por detonar los procesos reformistas en los Estados. Ese mismo año Durango[59] emitió su código procesal bajo los nuevos parámetros constitucionales. Los Estados que ya habían emitido nuevos códigos procesales antes de la reforma constitucional sólo hicieron ajustes mínimos.

Bajo el nuevo marco constitucional, la Comisión Nacional de Tribunales Estatales (CONATRIB)[60] se dio a la tarea de diseñar un Código Modelo para las entidades federativas que, además de aprovechar la experiencia de los

[59] *Periódico Oficial de Durango*, 5 de diciembre de 2008.
[60] *Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación*, p. 279.

Estados, cumpliera con los nuevos estándares constitucionales. Paralelo a la elaboración de dicho proyecto, el Estado de México[61] comenzó los trabajos de redacción de un código procesal penal completamente nuevo. Esta iniciativa de los Tribunales Estatales también tomó por sorpresa al tradicional sistema político centrado en los poderes ejecutivos como impulsores de agendas legislativas.

El Código Modelo diseñado por CONATRIB sirvió de base para la discusión de los códigos procesales de algunos Estados como Guanajuato,[62] Yucatán,[63] Chiapas,[64] Tamaulipas,[65] Tabasco,[66] Michoacán,[67] Quintana Roo[68] y Sonora.[69] El de Michoacán también partió de la base de los documentos utilizados para la elaboración de los códigos de Chihuahua y Oaxaca. Aunque los códigos de Estado de México, Guanajuato y Michoacán tuvieron influencia de los códigos antecesores y del de CONATRIB, es notorio que en los debates para su aprobación se incorporaron ciertas innovaciones,[70] que no habían considerado los otros códigos hasta el momento.

Por su parte Puebla[71] siguió el modelo del Estado de México, aunque después de publicado y antes de entrar en vigor, sufrió importantes modificaciones apoyadas técnicamente por expertos que habían participado en los códigos de primera generación. Por su parte los nuevos códigos de Nuevo León[72] e Hidalgo[73] también se basaron en los códigos de Chihuahua, Oaxaca y Baja California, e incorporaron nuevas figuras como las medidas cautelares anticipadas y los servicios previos a juicio.

Para septiembre de 2011,[74] el entonces presidente Felipe Calderón envió al Congreso una iniciativa de Código Federal de Procedimientos Penales que

[61] *Periódico Oficial del Estado de México*, 30 de julio de 2009.
[62] *Periódico Oficial del Estado de Guanajuato*, 3 de septiembre de 2010.
[63] *Periódico Oficial del Estado de Yucatán*, 8 de junio de 2011.
[64] *Periódico Oficial del Estado de Chiapas*, 17 de mayo de 2012.
[65] *Periódico Oficial del Estado de Tamaulipas*, 4 de julio de 2012.
[66] *Periódico Oficial del Estado de Tabasco*, 29 de agosto de 2012.
[67] *Periódico Oficial del Estado de Michoacán*, 13 de enero de 2012.
[68] *Periódico Oficial del Estado de Quintana Roo*, 17 de febrero de 2012.
[69] *Periódico Oficial del estado de Sonora*, 30 de enero de 2012.
[70] A modo de ejemplo, el Código del Estado de México estableció la apelación tradicional como recurso contra la sentencia (aún cuando esto es propio del sistema inquisitivo) y el procedimiento abreviado es regulado como derecho del imputado; el Código de Guanajuato no contempla el caso urgente y eliminó el arraigo; el Código de Michoacán introduce un concepto de fundamentación y motivación en audiencias, establece expresamente la prohibición de lectura en audiencias y no distingue entre investigación formalizada y no formalizada.
[71] *Periódico Oficial del Estado de Puebla*.
[72] *Periódico Oficial del Estado de Nuevo León*, 5 de julio de 2011.
[73] *Periódico Oficial del Estado de Hidalgo*, 14 de marzo de 2011.
[74] Cámara de Diputados *Gaceta parlamentaria*, año XIV, No. 3353-II, 22 de septiembre de 2011.

aunque no prosperó en la Cámara de Diputados, fue difundida entre las entidades federativas. Los estados que emitieron códigos procesales emulando a la iniciativa federal fueron Coahuila,[75] Tlaxcala,[76] Veracruz,[77] San Luis Potosí[78] y Sinaloa.[79] Entre 2011 a 2014 se publicaron un total de 20 nuevos códigos estatales, que sumados a los 8 expedidos entre 2006 a 2010 sumaban la mayoría de las entidades federativas.

De acuerdo a los antecedentes expuestos sobre los "modelos" que siguieron las entidades federativas se puede resumir lo siguiente:

Códigos de primera generación y derivados	Código Modelo CONTARIB	Redacción Propia	Iniciativa Código federal
Baja California Chihuahua Durango Hidalgo Morelos Nuevo León Oaxaca Puebla Zacatecas	Chiapas Quintana Roo Tabasco Tamaulipas Yucatán Sonora	Estado de México Guanajuato Michoacán	Coahuila Tlaxcala Veracruz Sinaloa San Luis Potosí

La agrupación de los códigos en los modelos que se propone no se traduce en que los textos estatales sean idénticos, sino que se es posible advertir que dan el mismo tratamiento a ciertas figuras centrales en el nuevo proceso penal, aunque también tienen características que los individualizan. Estas últimas se derivan de los ajustes que cada entidad ha considerado necesarios conforme a la evolución de sus propios procesos de implementación.

Los "modelos" mencionados comparten entre sí cierta estructura e instituciones, pero también establecen ciertas particularidades que inciden en el funcionamiento de figuras jurídicas esenciales en un sistema acusatorio, que es lo que precisamente nos permite derivar la categorización anterior. A modo de ejemplo, entre las figuras que podemos identificar con un trato particular están las siguientes:

[75] *Periódico Oficial del Estado de Coahuila*, 17 de febrero de 2012.
[76] *Periódico Oficial del Estado de Tlaxcala*, 30 de mayo de 2012.
[77] *Periódico Oficial del Estado de Veracruz*, 6 de septiembre de 2012.
[78] *Periódico Oficial del Estado de San Luis Potosí*, 16 de octubre de 2012.
[79] *Periódico Oficial del Estado de Sinaloa*, 25 de enero de 2013.

a) Códigos de primera generación
  i. Investigación flexible.
  ii. Procedimiento abreviado como herramienta de persecución penal del Ministerio Público.
  iii. Sistema de recursos basado en la casación.
b) Código Modelo CONATRIB
  i. Procedimiento abreviado como derecho del imputado.
  ii. Tratamiento de la participación de la víctima.
c) Iniciativa federal SETEC
  i. Investigación formalizada.
  ii. Restricciones al procedimiento abreviado.
  iii. Etapas espejo al actual sistema inquisitivo.
  vi. Sistema de recursos basado en la apelación.

No obstante lo anterior (ya 28 estados tenían códigos procesales acusatorios, de los cuales 17 ya habían entrado en vigor) y que al parecer por primera vez en México una reforma que pretendía transformar de raíz el sistema de justicia se originaba en los estados y al interior de estos, los poderes judiciales tomaban el liderazgo, además de ser apoyados por la sociedad civil; para 2012 la idea de un código único que abrogase a los estatales, empezó a cobrar auge.

En este proceso otra vez se volvió a la centralización de la toma de decisiones por parte del Poder Ejecutivo, pero con un nuevo componente: el acompañamiento de organizaciones de sociedad civil. Ante la diversidad de códigos procesales estatales empezó a generarse la inquietud de que a la larga se viviría un ambiente de inseguridad jurídica. Por ello algunas organizaciones de sociedad civil empezaron a promover esta idea de centralizar en el Congreso federal la facultad de regular la materia procedimental penal.

Aprovechando el cambio de gobierno en 2012, se propuso al entonces candidato a la presidencia Enrique Peña Nieto que se unificara esta legislación, lo cual requería una reforma constitucional que otorgase dichas facultades al Congreso de la Unión. Además esta idea no era tan ajena al candidato del partido que gobernó durante setenta años en México y que de alguna manera tenía la visión de que las políticas públicas de esta naturaleza debían dictarse desde el centro.

En este ambiente tendiente hacia la homogeneidad legislativa en materia penal, el 25 de abril de 2013 algunos Senadores presentaron un dictamen con propuesta de reformas al Artículo 73 fracción XXI que partió del

análisis de tres iniciativas que proponían, entre otros temas, la unificación de la legislación procesal penal. Dicho dictamen fue aprobado prácticamente por abrumadora mayoría,[80] en la siguiente sesión del pleno del Senado, es decir, el 29 de abril de 2013.

En tan sólo cinco meses (entre que se presentó la primera iniciativa de tipo federal, en noviembre de 2012, y la primera iniciativa de código único, en abril de 2013) se cambió el rumbo de las iniciativas federales hacia la centralización de dicha facultad en el Congreso de la Unión. También de manera muy expedita, el dictamen con iniciativa de reforma constitucional fue aprobada por el Senado apenas cuatro días después de su presentación, prácticamente sin debate al respecto.[81]

Lo anterior, a pesar de ser "la reforma de justicia penal más relevante del último siglo" y que la mayoría de las entidades federativas tenían codificaciones propias. Incluso en la sesión del Senado en que se aprobó dicha iniciativa, el ejercicio de facultades por parte de los estados en esta materia fue calificado[82] como un "verdadero galimatías nacional" el cual era necesario superar.

La dinámica de estas iniciativas en el Congreso, en tan breve periodo de tiempo, es un indicativo de que el tema del federalismo en cuanto a la cesión de facultades por las entidades federativas hacia el gobierno central, no ha sido un obstáculo o un tema de amplia preocupación y debate. Las discusiones sobre la expedición del código, los temas más bien se han centrado en el contenido y regulación de figuras específicas.

La característica de los gobiernos de corte federal, en tanto que implican constituciones formales rígidas que sólo pueden ser reformadas por procesos complejos en el que se requiere la intervención activa de los estados que forman parte de la unión, en México hasta cierto punto se ha trivializado. Pues como se puede observar, las reformas constitucionales en México son muy frecuentes, y la participación activa de los estados a través de sus congresos es menor. Se pudiera pensar que la aprobación de los estados es relativamente sencilla, una vez que su voluntad ha sido representada en las Cámaras, en especial el Senado, pero en el debate se observa en éstas parecería que pudieran responder más a intereses de los partidos políticos que a los estatales.

[80] 103 votos a favor y 6 en contra.

[81] *Diario de los Debates* de la Cámara de Senadores del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, Año I, Segundo periodo ordinario, LXII Legislatura, Num. 31, Sesión 29 de abril de 2013 en http://www.senado.gob.mx/content/sp/dd/content/cale/diarios/62/1/SPO/PDF-WEB/D31-29-ABRIL-2013.pdf

[82] Senador Pablo Escudero, *Diario de los Debates*, p. 777.

Los debates en el Congreso de la Unión sobre la trascendencia e implicaciones de la unificación del código en el contexto específico de implementación de la reforma no han hecho hincapié en problemas prácticos y diferenciados sobre la implementación que existen en los fueros local y federal con fundamento en evidencia empírica.

A manera de ejemplo, mientras que a nivel federal la mayor incidencia delictiva recae en delitos en que el denunciante es un actor institucional,[83] en los delitos de fuero común si hay personas perfectamente identificadas como víctimas u ofendidos que regularmente son los denunciantes. Esta característica, necesariamente habrá de tener impacto en la operación de nuevas figuras del sistema acusatorio como los mecanismos de justicia alternativa, la suspensión condicional del proceso, la aplicación de criterios de oportunidad y de manera importante, la forma de procesamiento de las denuncias. Estas consideraciones no se han visto reflejadas al momento de discutir la reforma constitucional.

La centralización de decisiones legislativas en materia penal sin duda puede ofrecer ventajas en tanto que brinda seguridad jurídica sobre los procesos, pero el riesgo que se corre es que desde problemáticas federales o aisladas se reforme el código procesal penal que aplica a todo el país sin considerar las realidades estatales.

Surge entonces la pregunta sobre las características que leyes nacionales tendrían que desarrollar para realmente abarcar y normalizar las distintas realidades de todo el país.

3.2 *Reforma constitucional y "leyes nacionales"*

La reforma constitucional que faculta al Congreso de la Unión para emitir el Código Nacional de Procedimientos Penales y otras de carácter nacional, establece lo siguiente:

> Artículo 73. El Congreso tiene facultad:
> ...
> XXI. Para expedir:
> *a)* Las *leyes generales* en materias de secuestro y trata de personas, que establezcan como mínimo, los tipos penales y sus sanciones.

[83] En 2012 casi el 70% de los delitos federales fueron contra la salud (25%), sobre el patrimonio federal (13%), financieros (4%), fiscales (6%), ambientales (1%), de servidores públicos (3%), armas de fuego (14%), delincuencia organizada (1%), ley general de población (1%) y electorales (3%). Fuente: Sistema Institucional de Información Estadística.

> Las leyes generales contemplarán también la distribución de competencias y las formas de coordinación entre la Federación, las entidades federativas, el Distrito Federal y los municipios;
> *b)* La *legislación que establezca los delitos y las faltas contra la Federación* y las penas y sanciones que por ellos deban imponerse; así como legislar en materia de delincuencia organizada;
> *c)* La *legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas* que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común.
> Las autoridades federales podrán conocer de los delitos del fuero común, cuando éstos tengan conexidad con delitos federales o delitos contra periodistas, personas o instalaciones que afecten, limiten o menoscaben el derecho a la información o las libertades de expresión o imprenta.
> En las *materias concurrentes previstas en esta Constitución, las leyes federales* establecerán los supuestos en que las autoridades del fuero común podrán conocer y resolver sobre delitos federales...[84]

Según este texto, el Congreso de la Unión estaría facultado para expedir tres tipos de legislación:

a) Leyes generales en materia de:
- Secuestro.
- Trata de personas.

b) Leyes federales:
- Delitos y faltas contra la Federación (Código Penal Federal).
- Delincuencia organizada.

c) Legislación "nacional":
- Materia procedimental penal.
- Mecanismos alternativos de solución de controversias.
- Ejecución de penas.

Derivado de esta reforma constitucional y después de un año de debate, principalmente en el Senado de la República, se emitió el Código Nacional de Procedimientos Penales y la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias. A la fecha está pendiente la conclusión del debate para la Ley Nacional de Ejecución Penal. A esta lista de leyes nacionales, producto de otra reforma constitucional publicada el 3 de junio de 2015, el Congreso Federal también tiene pendiente la aprobación de la Ley Nacional de Justicia para Adolescentes.

[84] *Diario Oficial de la Federación,* 8 de octubre de 2013.

El problema que jurídicamente, y desde el ámbito de la distribución de competencias, implican las leyes "nacionales" aún no ha sido explorado a fondo. Hasta antes de estas reformas al Artículo 73 en el contexto jurídico mexicano sólo existía la categoría de leyes "generales" como forma de coordinación entre federación y estados para articular materias que requieren de una política pública nacional.[85]

Esta nueva categoría de "leyes nacionales" en la práctica legislativa ha planteado algunos cuestionamientos, que paulatinamente se están resolviendo, pero sin consistencia genérica. Estamos ante un panorama en que los congresos estatales y federal no tienen muy claras sus respectivas limitaciones competenciales, y por su parte la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como órgano de interpretación constitucional, no se ha pronunciado respecto a las implicaciones que ello trae aparejado en el ejercicio del federalismo.

Así, por ejemplo, en estas leyes nacionales se han introducido reglas de carácter administrativo, sustantivo y orgánico que quedaban en la esfera de la normatividad estatal. La pregunta es si en uso de la facultad del para emitir legislación nacional en materia procedimental resulta admisible que el Congreso Federal incorporen normas de naturaleza no estrictamente procesal que en el Código Nacional de Procedimientos Penales. A continuación se presentan algunos casos que ilustran la controversia que se menciona.

3.3 *Controversias latentes*

CASO 1: Ley de Medidas Cautelares del Estado de Oaxaca

El 7 de mayo de 2015 se publicó en *Periódico Oficial del Estado de Oaxaca* la Ley de Seguimiento y Evaluación de Medidas Cautelares en Materia Penal del Estado de Oaxaca. El objeto de esta ley es regular derechos, principios, órganos y procedimiento para que el Ministerio Público y la defensa cuenten con la información necesaria para debatir sobre la imposición o modificación de medidas cautelares en los procesos penales.

Por su parte el Código Nacional de Procedimientos Penales también establece principios que rigen las medidas cautelares, algunas reglas sobre el procedimiento para evaluar el riesgo de los imputados y establece la existencia de una "autoridad de supervisión de medidas cautelares". De esta manera el Congreso de la Unión estableció la obligación a los Estados de

[85] Ver *Supra.*

crear orgánicamente una "autoridad de supervisión de medidas cautelares". Incluso en una iniciativa de reformas al Código, que no ha sido aprobada, se propuso que dicha autoridad estuviera adscrita a dependencias policiales.

En este caso surgen dos preguntas: ¿El congreso federal puede incluir normas de carácter organizacional en leyes nacionales? Y si por su parte ¿los congresos estatales pueden legislar sobre procesos específicos en materia penal que no están detallados en la ley nacional?

Elisur Arteaga[86] sostiene que la Constitución mexicana admite el ejercicio de facultades en coordinación de la Federación y estados. Estas facultades parten de la necesidad de ejercer acciones comunes, en los ámbitos centrales y locales, por las dependencias respectivas, con la finalidad primordial de evitar duplicidad de esfuerzos. Pero de ninguna manera ello podría implicar que el Congreso de la Unión "pueda determinar la estructura y funcionamiento de la dependencia local responsable de la prestación del servicio, por ejemplo, carece de competencia para obligar a un estado a que lo preste a través de una secretaría y no de una dirección general".[87]

Desde el punto de vista de las entidades federativas, el Congreso de la Unión podría estar invadiendo las facultades estatales de determinación orgánica de unidades administrativas, como lo sería la autoridad de supervisión de medidas cautelares. Pero desde la perspectiva del Congreso de la Unión se podría justificar que la regulación de cuestiones orgánicas está fundamentada en ejercicio de facultades implícitas. De tal manera que si la creación orgánica de estas "autoridades" es indispensable para la aplicación del Código Nacional de Procedimientos Penales, la cual es una facultad expresa, el Congreso de la Unión si estaría facultado para ello.

Para el análisis de la Ley oaxaqueña, se tendría que partir de una categorización de las reglas que la componen para identificar aquéllas que podrían implicar una controversia con el poder legislativo federal. Así, la competencia para legislar sobre derechos y principios en el procedimiento penal, parecería ser competencia del Congreso de la Unión, lo mismo que las normas procesales. Pero por otro lado, habría que analizar si los procesos que regula la ley de Oaxaca son de índole administrativo o jurisdiccional. Si se les identifica como jurisdiccionales, tendrían que estar desagregados en el Código Nacional (que no lo están); por el contrario si son de carácter administrativo entonces sí podrían ser materia de legislación local.

[86] Elisur Arteaga, *op. cit.*, pp. 90 y 91.
[87] *Ídem.*

En este punto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Acción de Inconstitucionalidad 107/2014,[88] se ha pronunciado respecto a la ley estatal de bienes asegurados del estado de Hidalgo, en el sentido que el legislador federal es el único facultado para regular todo lo relacionado con la implementación de la reforma al sistema de justicia penal:

> En términos de este precepto, al facultarse constitucionalmente al Congreso de la Unión para establecer, mediante una ley única en proceso penal y demás supuestos supracitados, se privó a los Estados la atribución con la que anteriormente contaban, en términos del artículo 124 de la Constitución Federal, para legislar en relación con esa materia.
> La citada reforma constitucional, tiene como finalidad la unificación de las normas aplicables a todos los procesos penales a fin de hacer operativo el nuevo sistema de justicia penal a nivel nacional.[89]

En la práctica esta decisión puede tener implicaciones serias, pues entonces el Código Nacional tendría que ser el instrumento normativo que integrase todo tipo de normas, aun en la esfera administrativas siempre que se relacionen con el proceso penal.

CASO 2: Ubicación orgánica de los Centros de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias

Una discusión similar se dio cuando en la elaboración de la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias se planteaba la necesidad de incluir normas relativas a la ubicación orgánica de los Centros de Mediación, ya sea dentro de las procuradurías o de los poderes judiciales. La regulación terminó haciendo obligatorio para las procuradurías contar con dichos Centros, y potestativo para los Poderes Judiciales. Pero en realidad no se profundizó, sobre si el Congreso Federal tenía facultades para obligar a los estados en la esfera orgánica.

En este debate precisamente se observó que el posicionamiento sobre que los Centros fuesen sólo ubicados dentro de las procuradurías venía de autoridades federales, en particular de la Procuraduría General de la República. Y por su parte la realidad estatal demostraba que los poderes judiciales no sólo tenían la capacidad de albergar dichos Centros, sino que ya tenían experiencia

[88] http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=174831
[89] *Ibidem*, p. 15.

en el rubro. El tema que no se debatió era si el Congreso Federal podía, desde una ley nacional, asignar orgánicamente la ubicación de estos Centros. Facultad que ya venían ejerciendo los estados.

En estos ejemplos sobre el debate legislativo y el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación señalado, confirman la tendencia a permitir que el Congreso Federal regule cuestiones orgánicas obligatorias para los estados a través de leyes nacionales.

CASO 3: Figuras específicas en códigos procesales de los estados frente a los contenidos del Código Nacional de Procedimientos Penales (Guanajuato)

Como se explicó, algunos estados como Guanajuato ya contaban con códigos procesales propios antes de la expedición del Código Nacional. Estos códigos estatales que tendrían que ser abrogados en cuanto entre en vigor la legislación nacional, dan a ciertas figuras procesales un tratamiento más benigno que el mencionado Código.

Por ejemplo, la omisión del caso urgente. Esta figura prevista en la Constitución Federal legitima detenciones fuera de los supuestos de flagrancia y de órdenes judiciales, cuando el Ministerio Público por razón de lejanía para solicitar órdenes de aprehensión y ante la urgencia de que la persona se evada del proceso realice detenciones con un control judicial *ex post*.

El Código de Guanajuato eliminó este supuesto argumentando, que si bien dicha figura constituía una excepción a la garantía de libertad de rango constitucional, mediante la legislación secundaria era legítimo ampliar garantías. Desde que entró en vigor el Código de Guanajuato, en la práctica no han extrañado dicha figura, ya que las comunicaciones entre los jueces y Ministerios Públicos para solicitar órdenes de aprehensión han sido modernizadas, al admitirse su solicitud y resolución judicial por vía electrónica o telefónica. De tal suerte que no ha sido necesario invocar el caso urgente.

Por otra parte el Código Nacional de Procedimientos Penales, que entrará en vigor próximamente en Guanajuato establece el caso urgente. En el criterio de los jueces estatales, consideran que de presentarse un supuesto de esta naturaleza estarían legitimados para desaplicar el Código Nacional. Esto es, porque en Guanajuato ya es un derecho adquirido de los ciudadanos no ser detenidos por caso urgente y en aplicación del principio pro persona reconocido ahora constitucionalmente en el Artículo 1° se tendría que aplicar la ley más benigna, es decir, el código de Guanajuato y no el nacional.

Esta interpretación podría ser materia de revisión constitucional en tanto que plantea la posibilidad de una controversia competencial para que los estados puedan ampliar garantías mediante legislación secundaria.

CASO 4: Delincuencia organizada

La Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada se publicó en 1996. Hasta entonces la materia de delincuencia organizada era una facultad concurrente en los dos órdenes de gobierno, federal y estatal. Así que era posible que los estados en uso de facultades originarias legislaran al respecto, y a partir de que se dio facultad expresa al congreso Federal éste también podía hacer lo propio. La disyuntiva se presentó cuando en el paquete de reformas constitucionales de junio de 2008, además de las reformas para transitar a un sistema acusatorio, también se introdujeron en el texto constitucional reglas sobre delincuencia organizada y se reformó el Artículo 73 para que sólo el Congreso Federal legislara en forma exclusiva la materia, además de centralizar su investigación, persecución y procesamiento por autoridades federales.

Después de esta reforma constitucional al Artículo 73, el Congreso Federal no emitió una ley nueva, y las autoridades federales siguieron operando bajo la anterior Ley Federal. De tal manera que, simplemente por la reforma constitucional, y sin necesidad de que el Congreso realizara ningún acto, las leyes estatales en materia de delincuencia organizada dejaron de ser vigentes. Sin embargo, al no haber emitido el Congreso Federal una ley posterior a la reforma constitucional, algunos Estados siguieron legislando en la materia.

Finalmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció en el sentido de que a partir de las reformas de junio de 2008, el facultad exclusiva la Federación legislar sobre delincuencia organizada.[90]

Al margen de la actual distribución de competencias en materia de delincuencia organizada y las interpretaciones judiciales al respecto, han surgido algunas voces en el sentido de que si bien la facultad legislativa se puede centralizar en el Congreso de la Unión; las facultades para investigar, perseguir y juzgar podrían distribuirse entre autoridades estatales y federales. En la práctica, casos de delincuencia organizada, que requerirían de algunas herramientas jurídicas especiales para su investigación y persecución, no son atraídos por autoridades federales y terminan en manos de autoridades locales que no pueden aplicar la normatividad de delincuencia organizada por ser de uso exclusivo de autoridades federales.

[90] DELINCUENCIA ORGANIZADA. EL CONGRESO DE LA UNIÓN Y LOS CONGRESOS LOCALES CONTABAN CON FACULTADES CONCURRENTES PARA LEGISLAR EN ESTA MATERIA (CON ANTERIORIDAD A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 18 DE JUNIO DE 2008). Primera Sala, Tomo XXXII, Diciembre de 2010, p.166, Tesis aislada.

CASO 5: Administración de bienes asegurados

El Código Nacional de Procedimientos Penales establece todo un capítulo de reglas sobre el aseguramiento de bienes producto de un delito (Artículos 230 a 248). Estas normas son un tanto extrañas en el contexto del proceso penal, ya que si se analizan la mayoría son de naturaleza administrativa. De su análisis, parecieran confundirse las reglas sobre cadena de custodia (bienes que pueden ser objeto de la investigación y del proceso penal), con el aseguramiento administrativo a cargo del ejecutivo (bienes producto del delito, a los que correspondería la toma de medidas como el embargo). Por su parte, en el ámbito estatal también encontramos leyes sobre administración de bienes asegurados. Constitucionalmente es insólito que reglas de un mismo procedimiento se tengan que buscar al mismo tiempo en una ley nacional y leyes estatales.

Si bien, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció en la Acción de Inconstitucionalidad 107/2014 sobre la incompetencia del Congreso local de Hidalgo para legislar sobre el proceso a que son sujetos de bienes asegurados, dicha resolución sólo consideró los argumentos que justificaron la introducción de leyes nacionales, sin analizar de fondo el alcance de éstas, es decir, ¿hasta dónde pueden llegar las leyes nacionales? ¿Es viable que en uso de facultades para legislar en materia procedimental penal, se regulen cuestiones de carácter administrativo? En la mencionada Acción de Inconstitucionalidad se recurre a la interpretación de los motivos que llevaron al constituyente permanente a unificar esta materia a nivel nacional. En particular se citan argumentos vertidos en el Senado al respecto:

Dictamen de la Cámara de Senadores (origen):

> ...A la fecha, la diversidad de ordenamientos penales, en particular en el aspecto procedimental, obedece al hecho de que, tanto la Federación, como los Estados y el Distrito Federal, cuentan con la facultad para legislar en esta materia en el ámbito de sus respectivas competencias, lo que ha generado estructuras y modos diferentes para llevar a cabo el enjuiciamiento penal, la aplicación de los mecanismos alternativos de solución de controversias, así como en la ejecución de las penas.
> En vista de lo anterior, estas Comisiones Dictaminadoras coinciden con lo expuesto en la iniciativa, cuando señala que resulta necesario que las instituciones de procuración e impartición de justicia cuenten con un sistema de justicia penal acorde con

> la realidad del país, armónico y homogéneo en cuanto al diseño procedimental, a fin de generar una mayor uniformidad y coherencia en la forma en que se desahogan los procedimientos penales, en la aplicación de mecanismos alternativos de solución de controversias, así como en la ejecución de las penas.[91]

El principal argumento utilizado tanto por el Congreso como por la Suprema Corte para la extracción de facultades legislativas de los estados en favor de la federación, se fundamenta en la necesidad de prestar servicios armónicos y homogéneos en materia de justicia penal en todo el país.

Por parte de los estados, en realidad no ha habido oposición hacia la centralización de facultades legislativas ni en esta, ni en otras materias (materia electoral, educativa, transparencia, energía, cultura). Actualmente bajo el argumento de crear "sistemas nacionales" las facultades legislativas se están concentrando cada vez más en el Congreso Federal. Esto también ha de influir en los contenidos de estas leyes que pretenden abarcar las distintas realidades a las que se enfrentan el gobierno federal y los estatales, y de estos entre sí, es decir, deben ser lo suficientemente genéricas para poder moldearse a las peculiaridades de cada una.

3.4 *¿Único = Federal?*

Como se mencionó la categoría de leyes "únicas" no tiene antecedentes en el sistema jurídico mexicano. Cuando recién se planteó la idea de un código expedido por el Congreso de la Unión que rigiera tanto los procesos locales como el federal, se trató de hacer un paralelismo con la Ley Federal de Trabajo. Esta Ley, emitida por el Congreso Federal, contiene normas de carácter procesal e incluso orgánico que rigen los juicios en materia laboral y la organización de las juntas de conciliación y arbitraje, y que resultan obligatorias en el fuero federal y local.

Sin embargo, dicha comparación tiene sus limitantes respecto del código procesal penal, ya que los juicios laborales son formalmente de carácter administrativo, y lo mismo puede decirse de las autoridades que intervienen en estos. El proceso penal, por su parte, es más complejo ya que involucra a distintas autoridades tanto de los poderes ejecutivos, como de los judiciales. En tanto que la materia laboral, incluso la jurisdicción, constitucionalmente ha quedado en manos del Ejecutivo. La Constitución en su Artículo 123 es

[91] ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD 107/2014. En http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=174831

clara en cuanto a que "El Congreso de la Unión, sin contravenir las bases siguientes deberá expedir leyes sobre el trabajo". Esto implica que las entidades no tienen facultad para legislar en esta materia, quedando reservada al Poder Federal.

Si se pensara que la legislación "única" tuviese efectos análogos a los de una ley federal (en el entendido que el Congreso tendría la facultad exclusiva para regular la materia, que obligase a las autoridades de los tres niveles de gobierno), además de la uniformidad de reglas procesales, también estaría subyacente el establecimiento de normas de carácter orgánico[92] que las entidades federativas tendrían que acatar.

En la hipótesis de asimilar la legislación "única" con la "federal", el Congreso de la Unión estaría facultado de manera exclusiva para emitir la "legislación en materia procedimental penal", es decir que no se limitaría a la expedición del código procesal penal, sino a cualquier otra norma relacionada con la materia, quedando vedada para los Estados dicha materia. Este supuesto impediría el establecimiento de facultades concurrentes o coincidentes[93] de la Federación y las entidades federativas. La tendencia sería entonces la centralización legislativa de la materia procesal penal, posiblemente argumentando el uso de las facultades implícitas del Congreso de la Unión.

En este mismo supuesto, también habría que considerar las características del régimen transitorio para establecer a partir de qué momento las entidades federativas tendrían que ceder esta facultad a favor de la Federación. El artículo segundo transitorio de la iniciativa simplemente remite a la legis-

[92] Aún cuando en el código se tratara de limitar el establecimiento de figuras orgánicas a las que refiere la Constitución Federal (ministerio público, juez de control, tribunal de juicio, juez de ejecución de sanciones), en el ánimo de no invadir facultades de los entidades federativas en materia orgánica, es ineludible que el código procesal refiera ciertas funciones y formas de organización que tendrán que ser asumidas por instituciones federales o estatales pre existentes o de nueva creación que no necesariamente están en la Constitución —y que no tendrían por qué estarlo—, pero que resultan indispensables para la operación eficiente del nuevo sistema. Por ejemplo: órganos administrativos de tribunales para la gestión de audiencias, asignación de jueces de control por turno y no por causa, unidades u oficinas de seguimiento de medidas cautelares, unidades u oficinas de seguimiento de acuerdos reparatorios, unidades de evaluación de riesgos para la imposición de medidas cautelares y para su seguimiento, unidades de atención temprana o recepción de denuncias, policías científicas o periciales, policías procesales, centros de justicia alternativa, bodega de evidencias, organización de defensoría pública penal, entre muchos otros que seguramente se irán identificando y creando al interior de las instituciones para hacer operativo el nuevo proceso.

[93] ARTEGA NAVA, Elisur, *Derecho constitucional*, p. 391, "En un sistema federal no es admisible que las dos fuentes de autoridad actúen en relación con la misma materia. Este principio es válido en términos generales, excepto en el caso de jurisdicción dual o facultades coincidentes, en éste, por excepción, una facultad puede ser ejercida indistintamente, en forma válida, por los poderes federales y locales sin que exista invasión de jurisdicción".

lación que emita el Congreso de la Unión,[94] es decir, al Código Procesal Penal. Sin embargo sería cuestionable, si la entrada en vigor de una norma constitucional se podría dejar a la potestad del legislador ordinario. Si la respuesta es negativa, se debería incorporar el régimen transitorio de vigencia para las entidades federativas en la propia Carta Magna. Por el contrario, si la respuesta es afirmativa —en tanto que sería el propio constituyente quien facultaría al Congreso para emitir dicha norma, y por lo tanto no podría ser tachada de inconstitucional—, lo que estaría prohibido es que a su vez en el código procesal penal expedido por el Congreso Federal se remitiera a la legislación estatal o autoridades locales para definir la entrada en vigor de la reforma constitucional al Artículo 73.

3.5 *¿Única = General?*

En otro escenario, si se tratara de asemejar la legislación "única" a una ley general, en efecto cabría la posibilidad de que las legislaturas estatales dentro del marco general emitiera las normas que le permitieran instrumentalizarla. Pero, de acuerdo con la reforma constitucional aprobada por el Senado y la exposición de motivos, no se infiere que ésta sea la intención, ya que de lo contrario se habría ubicado a esta facultad del Congreso en el inciso a) de la fracción XXI del Artículo 73.

Además, el problema de identificar a la legislación "única" con una ley "general", es que desde el texto constitucional se tendría que especificar cuáles son los temas que debe regular el legislador federal en "materia procedimental penal", para que en términos del Artículo 124 constitucional todo lo demás se entendiese como facultad originaria de los Estados.

[94] *TRANSITORIOS*
PRIMERO. ...
SEGUNDO. La legislación única en las materias procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas que expida el Congreso de la Unión conforme al presente Decreto, entrará en vigor en toda la República a más tardar el día dieciocho de junio de dos mil dieciséis.
La legislación vigente en las materias procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas expedida por el Congreso de la Unión, las legislaturas de los Estados y la Asamblea Legislativa del Distrito Federal continuará en vigor hasta que inicie la vigencia de la legislación que respecto de cada una de dichas materias expida el Congreso de la Unión conforme al presente Decreto.
TERCERO. Los procedimientos penales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la legislación procedimental penal que establece el presente Decreto, serán concluidos conforme a las disposiciones vigentes al momento de iniciarse dichos procedimientos."

Si la reforma al Artículo 73 se hubiera limitado a facultar al Congreso de la Unión a emitir el código procesal penal, y no extenderlo a toda la "materia procedimental penal", sería más sencillo determinar que la facultad que queda a cargo de la Federación es sólo la expedición del código; pero con una expresión tan amplia permanecen latentes conflictos de competencia entre la Federación y las entidades federativas sobre si una norma determinada es materia o no de una ley procesal penal, máxime que en este tema abundarán normas de carácter administrativo federales y locales que hagan operativo el proceso penal en todas sus facetas.

3.6 *Definición de ley única*

Como se puede observar, la asociación de la legislación "única" con leyes "federales" o "generales", tiene ciertos problemas si consideramos que justamente la norma secundaria que se pretende fundamentar, es el código procesal penal. Por ello es conveniente proponer un concepto de ley "única". Es necesario aclarar que, como es la primera vez que se plantea esta categoría de normas en la Constitución y se da en el contexto muy concreto de la necesidad de emitir normas de carácter procesal penal, la interpretación de la norma constitucional estará muy ligada al fin que se pretende.

Los cuatro tipos de legislación única que podría emitir el Congreso de la Unión, de acuerdo con las reformas constitucionales correspondientes, están relacionadas con la materia adjetiva penal: los procedimientos penales, los mecanismos alternativos de solución de controversias, la ejecución penal y la justicia penal para adolescentes. Todas ellas normas de carácter adjetivo. En ese sentido podría interpretarse que la intención del constituyente es generar un marco nacional para la homologación de los procesos cuya fuente será el Congreso de la Unión. Por lo que, todos aquellos temas que no fueran materia adjetiva seguirían estando dentro de la esfera de legislación originaria de competencia de las entidades federativas, además de las facultades para expedir normatividad administrativa que conservarían el resto de los poderes (ejecutivo y judicial) en ambos fueros (federal y estatal).

No obstante, bajo este concepto, seguiría siendo posible el surgimiento de controversias entre la Federación y las entidades federativas, ya que la expresión "legislación procedimental penal" es muy extensa y no queda del todo definido qué materias podrían regular las entidades federativas sin incurrir en una invasión de facultades, aún cuando las facultades del Congreso de la Unión las limitásemos a normas "adjetivas".

Como se ejemplificó con algunos casos, las posibles controversias legislativas y normativas que están surgiendo en México pueden ser múltiples. Pero más allá de la forma en que de manera particular se resuelva cada una de ellas, esta arena de controversias lo que nos indica es que la alternancia de partidos en el poder, la pluralidad de gobiernos en los estados provenientes de diferentes partidos, el activismo de las organizaciones de la sociedad civil, las diferentes realidades estatales, la necesidad de generar sistemas de servicios más o menos homogéneos están cambiando la forma de ejercer el pacto federal mexicano. Antes de la alternancia política, no había tantas diferencias por lo tanto no había necesidad de pronunciarse. Ahora si las hay, y la tendencia es hacia el fortalecimiento de la autoridad central en el terreno legislativo.

3.7 *¿Cuál será el papel de los Congresos estatales?*

De acuerdo a la descripción anterior sobre el avance de la tendencia a la centralización legislativa, cabría preguntarse si las facultades legislativas que se están dejando a los estados sólo en materia de organización para ajustar la estructura de las instituciones al procedimiento penal (siempre y cuando no se decidan desde el Congreso Federal), se tornan más hacia el ejercicio de facultades administrativas, en tanto que simplemente organizan las funciones que desde el congreso central se dictan para su ejercicio a los ejecutivos estatales.

En este sentido, se podría plantear que la función del federalismo actualmente sería evitar abusos del gobierno central. Por ejemplo, que los estados se opusieran a la regulación en el Código Nacional de instituciones jurídicas diseñadas desde una visión sólo de los problemas federales, sin atender realidades estatales. Pero esto implicaría un mayor activismo de los estados, el cual ha sido poco representativo. Por otra parte, quien ha jugado un papel más relevante en la definición del ejercicio de potestades legislativas ha sido la sociedad civil organizada que reclama certeza jurídica y homologación de procesos en todo el país.

A pesar de los esfuerzos por estandarizar los procesos penales, en la práctica las diversas formas de implementación de la reforma al sistema de justicia penal que se terminan imponiendo son clara expresión de comunidades distintas. Así por ejemplo, se han realizado importantes esfuerzos por emitir protocolos o directrices de actuación y operación para policías y fiscales que

se pretenden ser aplicados de manera homogénea en todo el país.[95] Aunque los protocolos y directrices provienen del ejecutivo, se debe considerar a estos instrumentos como fuentes importantes de derecho, en tanto que a través de ellos se busca hacer operable las disposiciones del código procesal nacional en cuestiones eminentemente prácticas.

El problema al que se han enfrentado estos intentos de homologación es que justamente el diseño de políticas desde órganos centrales a veces no necesariamente responde a las necesidades y capacidades de todas y cada una de las entidades federativas. Aunado a ello al momento de confeccionar tales instrumentos es necesario considerar el grado de detalle al que se llega para garantizar la homogeneidad de ciertas actuaciones de policías o fiscales en todo el país, ya que si bien existen algunos lineamientos que son básicos, otros se tienen que adaptar al contexto en el que se aplican, bajo el riesgo de que si no se realizan dichas adaptaciones el instrumento simplemente resulte inaplicable o entre en desuso general, incluso de aquello que podría considerarse básico.

Ahora bien, si estos instrumentos no se consideran moldeables, su contenido tendría que ser tan genérico que tampoco cumplan con su finalidad de normalizar actuaciones concretas de policías y fiscales. Por el contrario al dejar abierta su adaptación, además de permitir su interiorización por las autoridades de cada entidad federativa, permitiría entrar en detalles de operación que es justamente la finalidad que se busca con este tipo de instrumentos de normalización de operaciones.

Si bien en el plano legislativo en materia de seguridad pública y justicia penal la tendencia es que los Estados cedan facultades, en donde se esperaría que el federalismo se empiece a recargar a favor de estos es en la implementación y operación de la reforma al sistema de justicia penal, es decir, en el ejercicio del ejecutivo y del poder judicial. Por ejemplo, en el caso de las procuradurías en la definición de los lineamientos para el ejercicio de los criterios de oportunidad de acuerdo al contexto de política de persecución criminal que exija la realidad de cada entidad federativa. Por su parte en el poder judicial, sin duda tendrá una tarea importante al interpretar la normatividad nacional al caso concreto.

[95] Los acuerdos para adoptar estos protocolos se realizan a través de órganos como la Conferencia Nacional de Procuración de Justicia y la Conferencia Nacional de Secretarios de Seguridad Pública.

CAPÍTULO IV

Federalismo y Poder Judicial en México

Para el desarrollo de este capítulo es necesario comprender la transición en la que está inmiscuida actualmente la Constitución mexicana respecto a los principios del sistema acusatorio en materia penal y los Derechos Humanos (reformas de junio de 2008 y junio de 2011, respectivamente).

El sistema judicial mexicano se encontraba centralizado en el Poder Judicial Federal en buena medida por el alcance que se le dio durante el siglo pasado a la en figura del amparo. Actualmente, en cambio, se establece desde la Constitución la base para el control difuso de todos los operadores judiciales tratándose de Derechos Humanos. Por su parte, en materia penal el sistema inquisitivo se caracterizaba por su jerarquización y acento en la escritura; mientras que el sistema acusatorio fortalece a la primera instancia y se caracteriza por su oralidad y publicidad.

4.1 *Sistema centralizado (amparo)*

La figura del amparo —de competencia exclusiva de los jueces federales— fue ganando terreno como etapa culminante de cualquier proceso ya sea del fuero común o federal y en todas las materias. A través de esta figura la justicia federal terminaba subordinando a los tribunales estatales, en tanto que el amparo era la instancia final en la decisión de cualquier proceso. Lo anterior, bajo la premisa de que el Poder Judicial Federal tenía la exclusividad para interpretar la constitucionalidad de las leyes.

Así mediante el juicio de amparo, los jueces federales podían mandar a reponer por completo las sentencias en el sentido que estimasen, obligando a los jueces estatales como si fueran subordinados (y no en condición de pares que sólo se distribuyen competencias excluyentes). La Justicia Federal también terminó centralizando los criterios de interpretación legal.

Lo cierto es que, por ejemplo, en materia penal la forma de operar el amparo era perfectamente congruente con un sistema escrito en el que los jueces de primera instancia y alzada también decidían los asuntos con base meramente en el análisis de los expedientes. Por lo que la revisión de los casos mediante el amparo, también vía expediente, simplemente se convirtió en una instancia superior a la cual indefectiblemente se había de recurrir. De esta manera se fue desnaturalizando el amparo, pues de ser pro excelencia el juicio de garantías, terminó por convertirse en instancia superior.

4.2 *Reformas sobre el control difuso*

Casi exactamente tres años después de las reformas constitucionales al apartado de garantías penales, se publicaron[96] reformas al Artículo 1º constitucional que cambiaron de manera radical la visión de los Derechos Humanos, la jerarquía de fuentes y la labor de interpretación de todos los jueces en México. Dicha reforma básicamente se puede resumir en los siguientes puntos: 1. Se reconocen en la misma jerarquía los Derechos Humanos previstos no sólo en la propia Constitución, sino también en tratados internacionales; 2. Se establece como principio de interpretación de dichos derechos, aquélla que resultase en una protección más amplia de la persona; y 3. Es obligación de todas las autoridades (locales y federales) promover, respetar, proteger y garantizar los Derechos Humanos.

Para César Astudillo,[97] esta reforma abre un espacio completamente para lo que denomina *Constitución de Derechos*. Con esta reforma la Constitución pasa de fuente única de derechos a fuente de las fuentes de derechos, de una fuente rígida a una fuente flexible, de fuente estática a fuente caracterizada por su apertura, de fuente cierta y determinada de derechos a un bloque indeterminado en su extensión pero puntual en su contenido, de un parámetro aristocrático a uno democrático, de un bloque formal de derechos a un bloque material, de un bloque de contenido político homogéneo a uno ideológicamente heterogéneo.

Desde el punto de vista que venimos analizando en cuanto a la competencia de jueces federales y estatales sobre la aplicación directa de la Constitución, que estaba reservada a los primeros, el cambio a un control difuso o como lo denomina Astudillo "parámetro democrático" es el que rompe el control concentrado o aristocrático[98] de la interpretación constitucional y

[96] *Diario Oficial de la Federación*, 10 de junio de 2011.

[97] Astudillo, César, *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México*, pp. 137 a 143.

[98] *Ibidem*, p. 138, La directriz jurisprudencial que por un largo periodo de tiempo negó el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad, propició que el parámetro de constitucionalidad se sometiera progresivamente a un uso aristocrático derivado del reducido número de operadores jurídicos que podían aplicarlo con efectos vinculantes. El punto de inflexión generado por el caso Rosendo Radilla Pacheco vs. México, y los alcances que para el sistema judicial le reconoció la SCJN en el expediente 912/2010, habilitaron nuevamente el control difuso de constitucionalidad, y reintegraron plenas atribuciones de interpretación y aplicación vinculante a todos los jueces del Estado mexicano. Con este trascendente paso, la Constitución pasó de considerarse un instrumento aristocrático en manos de unos pocos, a convertirse en una carta democrática que puede ser legítimamente empleada por una pluralidad creciente de intérpretes constitucionales. La democratización de la aplicación judicial de la Constitución no es óbice para reconocer, sin embargo, que la racionalización y certidumbre jurídica, imprescindibles en un estado Democrático de Derecho, rememoran la importancia de contar con una instancia de cierre que establezca la interpretación definitiva y vinculante de la Constitución.

abre paso al control difuso por parte de todos los jueces.[99]

La descentralización de la interpretación constitucional parecería fortalecer a los jueces de primera instancia. Pero también habrá que esperar la interpretación sobre los alcances de que representa el control difuso por los propios jueces de primera instancia y la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En este punto habrá de ser cuidadosos con la interpretación que emita la Suprema Corte, pues como sostiene Zagrebelsky, el problema se puede revertir cuando el intérprete máximo de la Constitución establece la forma definitiva una interpretación de un principio, perdiendo la flexibilidad que podría exigir un caso que requiera de un sentido y valor distinto al establecido.[100]

4.3 *Sistema inquisitivo (recurso)*

En el tránsito hacia un sistema de justicia penal acusatorio, una de las premisas fundamentales es el fortalecimiento de la primera instancia, ya que es en ésta donde los jueces de manera directa perciben las pruebas y deciden públicamente sobre ellas. Ello implicó en México una transformación de fondo del sistema recursivo. Así resulta congruente con el sistema acusatorio el recurso de casación, y no el de apelación como en el inquisitivo.

En el sistema inquisitivo por vía de apelación contra la sentencia el tribunal de segunda instancia podía mandar reponer el proceso, incluso en cuanto al sentido en que se debía valorar una prueba. El sistema acusatorio por el contrario parte del principio de inmediación del cual se desprende que sólo los órganos judiciales que tienen a la vista el desahogo probatorio son los que en definitiva pueden hacer la valoración correspondiente, de tal forma que el recurso se concreta al análisis jurídico, mas no fáctico, de lo acontecido en el proceso penal.

[99] *Ibidem*, p. 17: "El cambio de función adquirido por la Constitución es evidente. De fuente única y exclusiva de los derechos se ha convertido en fuente de reconocimiento de las fuentes de derechos, lo que confirma su indudable vocación de apertura y progresividad. Es un paso, un gran paso, enfatizaría, en la dirección correcta, que de mano a los avances previos que han reconocido la obligación de los jueces de realizar un control integral y ex officio, de constitucionalidad/convencionalidad, difuso o concentrado, abstracto o concreto, según corresponda, y de aproximarse al sentido de los derechos a partir de la hermenéutica constitucional, constitucionalmente adecuada, mediante la interpretación progresista y evolutiva, la interpretación conforme con el bloque de constitucionalidad, el principio pro persona, la técnica de ponderación y el principio de proporcionalidad, nos ponen en la ruta correcta para materializar el nuevo paradigma de los derechos en el ordenamiento mexicano".

[100] ZAGREBELSKY, Gustavo, *op. cit.*, pp. 131 a 151.

4.4 *Reformas procesales penales y su implicación judicial*

En materia penal, de acuerdo a la reforma constitucional que hemos desarrollado, las decisiones judiciales se deben dictar en audiencias públicas, lo que ha de influir en la conciencia judicial sobre la responsabilidad social de pronunciarse ante la comunidad. Esto a larga tendría que implicar que la formación y criterios formalistas a los que estaban acostumbrados los jueces mexicanos, sean sustituidos paulatinamente por decisiones más apegadas a realidades y soluciones concretas exigidas por el entorno comunitario.

El juez dejará de verse como un autómata aplicador del texto legal, y tendrá que responsabilizarse de interpretaciones congruentes con las expectativas sociales. Además, frente a leyes nacionales, que por su mismo carácter tienen que ser lo suficientemente generales para contener la realidad de todo el país, el panorama interpretativo de los jueces se antoja más amplio. En este sentido, la materia penal es punta de lanza para cuestionar el perfil de los jueces y sus criterios, con la perspectiva de que deberán dar un salto del positivismo hacia una visión de la labor jurisprudencial más práctica.[101]

Otro elemento sustancialmente diferente en el sistema tradicional o inquisitivo penal es el relativo a las pruebas. Mientras que en éste la prueba tasada tenía cabida; el sistema acusatorio se rige por la libertad probatoria y la libertad de valoración, lo cual también exigirá mucho más de los órganos jurisdiccionales de primera instancia.

En el proceso de la implementación de la reforma penal también ha jugado un papel importante que los jueces locales llevan ventaja a los federales en el conocimiento del sistema acusatorio. Si bien al principio los estados en los que se había implementado el nuevo sistema tenían que lidiar con jueces de amparo, que por ejemplo, exigían la transcripción entera de las audiencias de primera instancia en vez de consultar los registros digitales, paulatinamente fueron entablando un diálogo para explicar la lógica del nuevo sistema. De tal modo que hoy en día jueces estatales son los que capacitan a los jueces federales.

[101] ZAGREBELSKY, Gustavo, *op. cit.*, p. 132.

4.5 *Conjugación del control difuso y del sistema acusatorio, la perspectiva del federalismo desde fuentes jurisprudenciales*

En el caso de México, donde los jueces están acostumbrados a aplicar taxativamente el texto de la ley o, en su caso, esperar las interpretaciones jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para ajustar sus criterios a lo que establece la federación; se enfrentan a una nueva facultad donde ellos tendrán la responsabilidad de interpretar la Constitución y los tratados cuando se trate de Derechos Humanos, y en el caso de la materia penal, en un ambiente de exhibición pública como lo exige el nuevo sistema acusatorio.

Conclusiones

Desde su nacimiento como país independiente, México adoptó el sistema federal como forma política de organización. Formalmente la Constitución Política de México (Artículos 40, 69, 124, 135) cumple con las características que diversos autores han señalado como prototípicas del federalismo: que las provincias tengan autonomía constitucional (Hans Kelsen), que su origen se encuentre ya sea en una ley interna o un tratado, que los miembros participen de la voluntad estatal (Mouskheli), que dicha participación sea igualitaria, que exista un poder ejecutivo común a los miembros, que exista un órgano judicial que dirima controversias entre federación y miembros, o entre estos (Friedrich). Sin embargo, al momento de analizar la efectividad del federalismo como instrumento de equilibrio político entre federación y estados, la historia nos demuestra que no siempre se ha cumplido dicha finalidad.

Esto se explica por en los antecedentes históricos del federalismo en México. Si bien es innegable la influencia de la experiencia constitucional estadounidense, su origen difiere del mexicano en tanto que el federalismo en dicho país surgió de un pacto que unía a los estados para hacer frente en común a la comunidad internacional, y no para evitar el desmembramiento como lo fue el caso mexicano.

Algunas normas de la constitución norteamericana se trasladaron a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de tal manera que por ejemplo, el artículo que distribuye competencias entre federación y estados es prácticamente el mismo. Así las facultades originarias corresponden a los estados, por lo que la federación sólo puede realizar aquello que expresamente le está encomendado por la propia Constitución (Artículo 124).

Derivado del texto del Artículo 124 constitucional se han derivado tres tipos de facultades: expresas, coincidentes o concurrentes e implícitas. En particular, por medio de las facultades implícitas (Artículo 73, fracción XXX) el Congreso de la Unión, puede ampliar las materias a legislar. Estas facultades deben ser instrumentales para ejercicio de una facultad expresa y ser de interpretación restrictiva.

En la historia del federalismo en México se pueden ubicar tres momentos: siglo XIX en que se origina y debaten las bases de la distribución de competencias entre federación y entidades federativas; siglo XX consolidación en el texto constitucional, pero que en la práctica no fungió como elemento de equilibrio de los poderes centrales; siglo XXI revitalización del desempeño de los estados en la toma de decisiones políticas, derivado de la alternancia en el Ejecutivo Federal.

La transición hacia un sistema más democrático además de replantear la forma en que se debía ejercer el federalismo, también implicó la necesidad de reformar el sistema de justicia penal. Dicha reforma consistió en sustituir el proceso de carácter inquisitivo o mixto escrito, por uno de carácter acusatorio oral. La reforma al sistema de justicia penal inició en los Estados (en especial de los poderes judiciales) con un fuerte apoyo de las organizaciones de sociedad civil. Estos factores políticos escasamente se vieron antes de la alternancia.

En junio de 2008 se reforma la Constitución federal para introducir derechos y principios de un sistema procesal penal acusatorio oral que obligaba a todos los Estados y a la federación a emitir códigos procesales nuevos. Para 2013, a pesar de que 27 de las 32 entidades federativas ya tenían sus propios códigos, éstas ceden la facultad legislativa al Congreso de la Unión para regular la materia procedimental penal, ejecución penal y mecanismos alternativos de solución de controversias a través de leyes nacionales. A estas materias se suma recientemente (a partir de junio de 2015), la reforma constitucional que también faculta al Congreso de la Unión para legislar sobre justicia penal para adolescentes.

Las "leyes nacionales" constituyen una nueva categoría dentro del ordenamiento jurídico mexicanos, que todavía está en proceso de definición. Por ejemplo, si a través de estas leyes, en uso de facultades implícitas, se podría derivar que el Congreso de la Unión imponga a los Estados normas de carácter administrativo y orgánico. En el fondo lo que estas leyes obligarán en algún momento es a reflexionar sobre los equilibrios necesarios en la distribución de competencias entre Federación y estados en el terreno legislativo.

Resulta indispensable considerar la necesidad de contar con un marco normativo que sea lo suficientemente flexible para comprender la problemática a la que se enfrenta cada una de las 32 entidades federativas y el propio gobierno federal.

Aunque en el ámbito legislativo las fuentes de derecho se están concentrando en el Congreso de la Unión, por el contrario la fuente jurisdiccional tiende a descentralizarse. He aquí donde el ejercicio del federalismo puede empezar a concretarse en forma más efectiva, de tal modo que en la labor jurisprudencial se puede encontrar una vía para equilibrar la distribución de competencias.

Las reformas en materia penal replantean la función judicial en un entorno más democrático en el que todos los jueces tienen la responsabilidad de aplicar la constitución y los tratados internacionales obedeciendo el principio pro persona en materia de Derechos Humanos. En los próximos años seremos testigos de la forma en que se ejercerán dichas facultades.

La definición del federalismo en México como garantía de equilibrio entre poderes, ya no obedece solamente a la distribución formal de competencias entre entidades federativas y Estados, sino a otros factores que de manera decisiva están interviniendo en la determinación de la democracia, como lo es la sociedad civil organizada y la mayor capacidad de acción y responsabilidad de los jueces, en particular en materia penal.

La democracia en México requiere para su consolidación la generación o reforzamiento de mecanismos que garanticen a los ciudadanos el equilibrio en el ejercicio del poder. Sin duda el federalismo y el sistema de justicia penal, tendrán que abonar a ello. A las generaciones actuales nos corresponderá ser parte de esos cambios indispensables y en esa medida nuestra responsabilidad será seguir cuestionando como alcanzar esa meta.

Bibliografía

Arteaga Nava, Elisur, *El sistema federal mexicano, apuntes para una teoría general*, México, Porrúa, 2013.

_____, *Derecho constitucional*, Oxford, Segunda Edición, México, 1999.

Astudillo, César, *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México*, México, Tirant Lo Blanch México, 2014.

Bobbio, Norberto y Matteucci, Nicola, (dir. por), *Diccionario de Política* A-J, México, Siglo Veintiuno editores.

Carré De Malberg, *Teoría General del Estado*, José Lion Depetre (trad.), México, Fondo de Cultura Económica, 1948.

Díaz y Díaz, Martín, *México en la Vía del Federalismo Cooperativo. Un análisis de los problemas en torno a la distribución de competencias*, México, Editorial Themis.

Esbobedo, Matos, *La crisis política y jurídica del federalismo*, México, Editorial Veracruzana, 1944.

Finer, Herman, *Teoría y práctica del Gobierno Moderno*, Madrid, Editorial Tecnos, 1964.

Fix-Zamudio, Héctor, *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 4ª reimpresión, 2004.

Friedrich, Carl J., *Constitutional Goverment and Democracy*, Boston, Litlle Brown and Company, 1941.

Gaxiola, Jorge, *Algunos problemas del Estado Federal*, México, Editorial Cultura, 1941.

González Manterola, Carlos y José Ignacio (coord.), *Historia General de México*, México, Colegio de México, 2010.

Groppi, Tania, *La reforma Constitucional en los Estados Federales, de la Teoría a la Praxis*, México, FUNDAp, 2003.

Hamilton, A., Madison, S. y Jay, J., *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, tercera reimpresión, 1982.

Hernández Chávez, Alicia, *¿Hacia un nuevo federalismo?*, México, El Colegio de México, 1997.

La Pergola, Antonio, *Los nuevos senderos del federalismo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

López Lara, Álvaro, *Control de Agenda en los Congresos Estatales*, México, Instituto Belisario Domínguez del Senado de la República, 2011.

Morales-Paulín, Carlos A., *Justicia Constitucional*, México, Editorial Porrúa, 2002.

Mouskheli, M., *Teoría Jurídica del Estado Federal*, México, Editora Nacional, 1981.

Rabasa, Emilio, *La Constitución y la Dictadura,* México, Editorial Porrúa, 2006.

Reyes Heroles, Jesús, *El liberalismo mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1982.

Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho Dúctil*, Madrid, editorial Trotta, 2011.

Fuentes en internet y hemerografía

Carbonell, México, *El federalismo en México: principios generales y distribución de competencias*, disponible en: http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2003/pr/pr21.pdf

Galeana, Patricia, *Desarrollo Histórico de la Cámara de Senadores*, disponible en: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3136/3.pdf

Gil Rendón, Raymundo, *El Neoconstitucionalismo y los Derechos Fundamentales*, disponible en: http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/12/cnt/cnt3.pdf

Serna de la Garza, *Elementos conceptuales para el análisis del Estado Federal Mexicano*, disponible en: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2921/22.pdf

Hemerografía

Cámara de Diputados, *Gaceta Parlamentaria*, año XIV, número 3353-II, jueves 22 de septiembre de 2011.

Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación, CONATRIB y Fondo Jurica, Concepto Editorial Tríada Diseño, México, 2009.

Diario Oficial de la Federación, 18 de junio de 2008 y 8 de octubre de 2013.

Periódico Oficial de Baja California, 19 de octubre de 2007.

Periódico Oficial de Chihuahua, 9 de agosto de 2006.

Periódico Oficial de Durango, 5 de diciembre de 2008.

Periódico Oficial de Morelos, 22 de noviembre de 2007.

Periódico Oficial de Nuevo León, 7 de diciembre de 2005.

Periódico Oficial de Zacatecas, 15 de septiembre de 2007.

Periódico oficial del Estado de Chiapas, 17 de mayo de 2012.

Periódico Oficial del Estado de Coahuila, 17 de febrero de 2012.

Periódico Oficial del Estado de Guanajuato, 3 de septiembre de 2010.

Periódico Oficial del Estado de Hidalgo, 14 de marzo de 2011.

Periódico Oficial del Estado de México, 2 de enero de 2006 y 30 de julio de 2009.

Periódico Oficial del Estado de Michoacán, 13 de enero de 2012.

Periódico Oficial del Estado de Nuevo León, 5 de julio de 2011.

Periódico Oficial del Estado de Oaxaca, 9 de septiembre de 2006.

Periódico Oficial del Estado de Quintana Roo, 17 de febrero de 2012.

Periódico Oficial del Estado de San Luis Potosí, 16 de octubre de 2012.

Periódico Oficial del Estado de Sinaloa, 25 de enero de 2013.

Periódico Oficial del estado de Sonora, 30 de enero de 2012.

Periódico Oficial del Estado de Tabasco, 29 de agosto de 2012.

Periódico Oficial del Estado de Tamaulipas, 4 de julio de 2012.

Periódico Oficial del Estado de Tlaxcala, 30 de mayo de 2012.

Periódico Oficial del Estado de Veracruz, 2 de agosto de 2007 y 6 de septiembre de 2012.

Periódico Oficial del Estado de Yucatán, 8 de junio de 2011.

LA JUSTICIA: ENTRE LA LEGITIMIDAD DE LA ANTIGÜEDAD Y LA INEFICIENCIA EN LA MODERNIDAD

Mario Simón Canto*

La Justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo suyo
Ulpiano

No está la justicia en las palabras de la Ley
Alonso de la Torre

Sumario: 1. Introducción. 2. Definición de Justicia. 3. Javier Hervada. 4. Evolución del pensamiento jurídico de la justicia. 5. Nuestra primera hipótesis para una nueva definición de justicia. 6. La justicia y el Derecho. 7. Nuestra segunda hipótesis para una nueva definición de justicia. 8. Pensamiento de John Rawls. 9. Nuestra tercera hipótesis para una nueva definición de justicia. 10. Nuestra propuesta de una nueva definición de justicia. Bibliografía

1. Introducción

De estas célebres frases al rubro citadas, la primera del jurista romano de origen fenicio, Ulpiano, y la segunda del afamado periodista español contemporáneo, Alonso de la Torre, podemos deducir la enorme evolución que ha sufrido el concepto de Justicia a través del tiempo: desde el pensamiento de Aristóteles, pasando por los antiguos romanos y por Tomás de Aquino, hasta el pensamiento que del mismo se concibe en el siglo XXI. La justicia

* Licenciado en Derecho, Universidad de las Américas, Ciudad de México. Maestro en Derecho, Universidad Anáhuac México Sur. Doctorando en Derecho, Universidad Panamericana.

ha pasado, de un principio casi puro que envolvía los intereses más primigenios del hombre: la moral, el derecho y hasta las creencias religiosas, a ser considerado prácticamente un "sustantivo" del cual muy pocas personas encuentran una utilidad práctica. La justicia, en la época actual, ha perdido irremediablemente su legitimidad y, por ende, ya no es aceptada tan fácilmente como una "virtud" por los gobernados, ni aplicada con tanta exactitud por los gobernantes, como sucedía en la antigüedad.

La justicia, a nuestro parecer, ya no es concebida como un principio de armonía y equidad. ¿Cuántas veces hemos escuchado decir frases como: "la justicia es cara"; "la justicia sólo sirve al poderoso" o "la justicia sólo se compra"? No obstante lo anterior, con el afán de demostrar lo contrario, el tema de la justicia —tanto en el ámbito académico como en su aplicación en la práctica cotidiana profesional— ha sido objeto de estudio y atención particular por un sin número de jurisconsultos y académicos expertos en la materia, que han tratado —muchos de ellos con gran maestría y pericia— de abordar este precepto jurídico y filosófico con el fin de encontrar un punto medio para su justificación y aplicación, siendo que la misma ha dejado de tener ese grado de "eficacia" con el que se aplicaba, por ejemplo, en el antiguo mundo romano o en la época del Medioevo. Como hemos mencionado, al ir perdiendo su eficacia, ha perdido también su legitimidad, de modo que, a nuestro parecer, el precepto de justicia y todo lo que el mismo conlleva ha sufrido una especie de crisis, en la cual su capacidad para crear orden y equidad, en una determinada sociedad, se ha puesto en entredicho. Así pues, a través de este ensayo se pretende encontrar, en lo posible, un punto medio a través del cual puedan coexistir armónicamente —al menos en lo que a la acepción de justicia se refiere— los pensamientos jurídicos por medio de los cuales se concebía la justicia en la antigüedad y aquellos por los que se concibe en nuestros días; haciendo la aclaración de que los pocos aciertos que se puedan obtener de este ensayo se deberán a las grandes obras e ingeniosas ideas de jurisconsultos y académicos expertos en la materia consultados, el resto será de mi entera responsabilidad.

2. Definición de Justicia

Han sido muchas las definiciones que se han dado de justicia. Etimológicamente, el término justicia deriva del latín *justicia*, el que a su vez deriva de *Jus*, derecho, en su acepción propia que significa "lo justo". Sin embargo, no hay una opinión homogénea sobre el origen etimológico de esta palabra:

> Según algunos deriva de la raíz sánscrita Yu, que implica la idea de vínculo obligatorio y, según otros, deriva de la raíz sánscrita Yoh, que representa algo sagrado, procedente de la divinidad. Esta raíz también se vincula con términos de claro origen y significado religioso como Iovis o Iupiter. De aquí que para los antiguos y especialmente los romanos el Derecho fuera un regalo de la divinidad y la jurisprudencia la ciencia de las cosas divinas y humanas. Sin embargo cabe destacar que ya los romanos distinguieron perfectamente el ámbito propiamente religioso o moral, del estrictamente jurídico...[1]

Filosóficamente hablando, la justicia se identifica con la ética de quien debería recibir beneficios y cargas. En su acepción de justicia, la *Enciclopedia de Oxford de Filosofía* hace un análisis muy interesante con respecto al bien y el mal, sin dejar de lado el tema legal. De acuerdo con ella, aún cuando el discurso sobre la justicia está a menudo influido por modelos legales, la ética de la justicia constituye de por sí una materia independiente. Recibir un beneficio o una carga es tener con la justicia alguna relación más concreta que cabe extraer de un amplísimo repertorio, pues no sólo pueden ser relevantes al respecto la propiedad legal o cualquier otro título jurídico, sino también materias o cuestiones no legales. El disfrute de una experiencia, el tener acceso a múltiples oportunidades, el obtener protección de un riesgo o ser expuesto a él, pueden tener igualmente relevancia.[2]

Como también hemos podido observar, el término "justicia" ha sido identificado desde tiempos remotos como una especie de vínculo que obliga a una persona a una determinada acción, hasta representar un aspecto religioso o moral. No obstante lo anterior, el término justicia ha sido fuertemente relacionado con el Derecho y, por ende, con la fuerza y la obligatoriedad del mismo. Sin embargo, es bien sabido que no todo el derecho es justo, ni la justicia estará siempre al servicio del Derecho, ya que los conceptos de Derecho y Justicia se han visto influenciados fuertemente por las tendencias ideológicas y filosóficas que se van presentado en lugares y momentos históricos determinados. Consideramos entonces que el jurista se tendrá que ir adecuando a la forma de justicia que se vaya presentando en una determinada sociedad, para poder responder así a las exigencias jurídicas y sociales de las cuales las personas son objeto.

[1] Ver *Enciclopedia Oxford de Filosofía*, p. 681.
[2] *Cfr. Ibid.*, p. 576.

3. Javier Hervada

Así es como lo ha establecido el maestro y jurista español, Javier Hervada, al escribir lo siguiente:

> El oficio del jurista tiene íntima relación con la justicia. Está en el orden de saber ser justo. Ciertamente el jurista no se confunde con el hombre justo, con la persona que debe obrar la acción justa o acción de dar al otro lo suyo. Sin duda alguna el jurista, para ser fiel a su oficio y no corromperlo, necesita ser personalmente justo, en el sentido de amante de la justicia, pues de lo contrario dará oídos a la injusticia y sustituirá la prudencia del derecho por la falsa prudencia de la injusticia; se habrá corrompido. Con razón decía Tomás de Aquino que la corrupción de la justicia tiene dos causas: la falsa prudencia del sabio y la violencia del poderoso… Tener en cuenta esta peculiar y típica relación del jurista con la justicia es importante para advertir que la virtud específica del oficio del jurista no es la justicia sino la prudencia. El jurista no es el justo, sino el jurisprudente. Lo propio del jurista es un arte o ciencia práctica…[3]

De esta brillante interpretación acerca de la relación que guarda la justicia con el derecho, se desprende efectivamente la necesidad de contar con juristas "prudentes", antes que "justos"; y esto sólo se podrá lograr con personas que por su propia naturaleza amen la justicia y que hagan de este sentimiento un arte. De esta manera, se evitaría, según el maestro Hervada, la corrupción y la injusticia. Aunque coincidimos plenamente con el pensamiento de Hervada, cabría hacer la siguiente pregunta: ¿Un jurista puede ser personalmente justo, sin importar las circunstancias y la ideología de una cierta sociedad ubicada en un lugar y un momento histórico determinado? A nuestro parecer, el jurista ha tenido que evolucionar a la par que ha evolucionado el Derecho, mismo que no ha podido permanecer estático ante la forma de pensamiento de los tiempos modernos y, menos aún, ante la llamada "globalización", la cual ha envuelto a la mayoría de los países en el mundo, resultando en una unión de idiosincrasias jurídicas, políticas, sociales y hasta económicas. De esta manera, el "saber ser justo" no podría concebirse de la misma forma en la antigua Roma, en la Edad Media o en la época actual, ya que la idea de justicia, a nuestro juicio, resulta aún más cambiante o inestable que el propio concepto de Derecho y sus Leyes.

Encontramos pues, que el concepto de justicia, ya sea en sentido etimológico, filosófico o en relación con lo jurídico, ha evolucionado drásticamente a través del tiempo. Precisamente en la época actual es que encontramos una disparidad muy evidente entre los distintos conceptos de justicia, ya que la

[3] Hervada, Javier, *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho*, p. 90.

misma se maneja, desafortunadamente, según operen los grupos o facciones políticas y económicas que detentan el poder, ya sea en su función ejecutiva, legislativa o judicial, sufriendo además la influencia de los cambios que se dan en el seno de la población, misma que conforma el elemento más importante del Estado.

4. Evolución del pensamiento jurídico de la justicia

Para comprender a fondo la crisis por la que está pasando el concepto de justicia en nuestros días, es imprescindible, a nuestro juico, explicar brevemente el contexto histórico y la evolución que este precepto ha tenido en el pensamiento jurídico de algunos de los más importantes filósofos y juristas que han dedicado su vida y obra al estudio de dicho concepto:

4.1. *Aristóteles*

Como hemos mencionado anteriormente, tanto el concepto de Justicia como el de Derecho, han evolucionado considerablemente a través del tiempo. Es así como encontramos el pensamiento de Aristóteles (384-322 a. de C.) con respecto a la justicia. Este ancestral filósofo oriundo de Macedonia, Grecia, nos ofrece un extenso tratado titulado "De la Justicia", que se encuentra en el libro V de la llamada *Ética Nicomaquea*. El tratamiento que Aristóteles lleva a cabo en esta obra, muestra un carácter de tipo provisorio y ensayístico, tratando de establecer distinciones conceptuales que se aplicaban a la tradición jurisprudencial de esa época. Al efecto, en primer lugar establece una distinción lingüística, hablando de justicia en dos sentidos diferentes, pero referidos a las relaciones de las personas entre sí. Veamos el siguiente cuadro sinóptico para conceptualizar claramente el pensamiento de Aristóteles:

<table>
<tr><td colspan="3">Primer campo de aplicación</td></tr>
<tr><td>Todas las relaciones que tienen lugar dentro de una comunidad</td><td>Es un sentido Normativo</td><td>Se trata de Justicia total</td></tr>
<tr><td colspan="3">Segundo campo de aplicación:</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Acciones cuyo objeto es la distribución e intercambio de bienes</td><td rowspan="2">Es un sentido de Igualdad</td><td>Se trata de Justicia Particular</td></tr>
<tr><td>Distributiva o Correctiva)</td></tr>
</table>

La Justicia Distributiva comprende un conjunto de acciones que tenían una especial importancia en el Estado antiguo y que prácticamente han desaparecido. Sólo se conservan como restos en el Estado moderno. Se trata, fundamentalmente, de la distribución de bienes y cargas. A este respecto, Aristóteles escribe que *lo justo es lo proporcional, siendo ésta una de las dos formas de lo justo*. La Justicia Correctiva es definida por Aristóteles como aquella que tiene lugar en las relaciones entre personas. El término griego para estas relaciones abarca tanto las transacciones civiles, tales como contratos, préstamos y garantías, como aquellas otras que son más bien acciones de tipo criminal. En efecto, las transacciones involuntarias comprenden las fraudulentas y violentas, como el hurto y el homicidio.[4]

Es necesario también mencionar un tercer tipo de justicia que los autores modernos separan estrictamente de los dos anteriores. En el famoso capítulo 8, Aristóteles califica a la "reciprocidad" como una forma de justicia en las relaciones de intercambio. El capítulo ha sido, y continúa siendo aún hoy, motivo de intensa polémica, fundamentalmente en lo que se refiere a la intención de Aristóteles y a la solución que ofrece. Los comentaristas medievales solían tomar el capítulo como un análisis y una exposición detallada del problema de cómo fijar el valor justo de una mercadería. Quizá se pueda decir, sin exagerar, que la misma noción de valor justo o precio justo tiene su punto de partida en este texto.[5]

Para una definitiva comprensión de lo expuesto por Aristóteles, transcribimos a continuación una muy puntual síntesis que ha escrito Javier Hervada, en donde recopila las ideas principales que interesaban a este filósofo con relación al concepto de justicia:

> 1° La justicia es una virtud y como la virtud es una cualidad que consiste en una disposición o hábito, la justicia es la disposición o hábito de practicar lo justo.
> 2° Distingue dos clases o tipos de justicia: la justicia total y la justicia parcial. La primera es la virtud de cumplir las leyes —más tarde se llamó justicia legal—. La justicia total es la virtud general o suma de virtudes.
> 3° Habla de la justicia parcial, también llamada justicia particular. Ésta es una parte de la virtud total, esto es, una de las virtudes que consiste en la recta distribución de bienes y la correcta regulación de los modos de trato, sean voluntarios como la compraventa, el préstamo, la fianza y el depósito, o involuntarios como es el caso de los crímenes y el delito.

[4] Ver "De Legis", *La Justicia en Aristóteles*, disponible en: www.balsavirtual.com Consultado en febrero de 2009.
[5] *Id.*

> Esta justicia parcial es la justicia en sentido propio y estricto, la justicia de los juristas, aquella que es una de las cuatro virtudes cardinales.
> 4° Distingue con claridad entre justicia y lo justo —*dikaiosyne y díkaion*—, sin confundir ambas cosas. La justicia es la virtud o el hábito, mientras que lo justo es aquello que se obra o practica por el hombre en función de la virtud, esto es, el objeto de la justicia.
> 5° Encontramos una definición de justicia, justicia particular, en su obra Retórica, donde escribe: la justicia es la virtud por la cual cada uno tiene lo propio; y la injusticia cuando tiene lo ajeno…[6]

Como podemos observar, fue Aristóteles quien plasmó de manera magistral la concepción clásica de la justicia, introduciendo una serie de matices y precisiones que sentaron las bases para su estudio y análisis; mismos que serían retomados para la elaboración de nuevas teorías por filósofos y pensadores tales como Tomás de Aquino y San Cayetano.

4.2. *Santo Tomás de Aquino*

Con base en el pensamiento aristotélico ya descrito, el Doctor Angelicus[7] —mejor conocido como Santo Tomás de Aquino (1224-1274)— elaboró su obra con respecto a la justicia, dándole a ésta un sentido nuevo. El pensamiento de Tomás de Aquino se basa en el concepto de la perfección final del hombre, por lo que dentro de su naturaleza y constitución se contiene una promesa implícita de su fin verdadero, que es ver y amar a Dios, logrando de esta manera una síntesis sorprendente entre la filosofía clásica y la doctrina cristiana. Un rasgo peculiar que marca sus conceptos es que, contrariamente a San Agustín, excluye radicalmente toda posibilidad de conocimiento *a priori*, es decir, el conocimiento para Santo Tomás no inicia en los sentidos ni en la razón. Sin embargo, con respecto a la Ley, sí inicia su conocimiento con base en la razón, proponiendo una distinción tripartita de la misma: eterna, natural y humana; distinción que influenció fuertemente su concepto en torno a la justicia.

[6] *Cfr.* Hervada, Javier, *op. cit.*, pp. 101 y 102.
[7] Llamado así por edicto del Papa León XII, en 1879, cuando su obra se convirtió en base de instrucción teológica mundial.

BIBLIOTECA
ESCUELA LIBRE DE DERECHO

4.2.1 Pensamiento de Mario I. Álvarez Ledesma

El jurista Mario Ignacio Álvarez Ledesma ha descrito el pensamiento que Tomás de Aquino tuvo con respecto a la justicia de la siguiente manera:

> ... La ley es el principio regulador de las acciones humanas en vista de un bien común, en el cual va implícito el bien individual. La ley pertenece al orden de la razón porque ésta es la regla, la medida y el primer principio de los actos humanos. De donde la ley, dirá Santo Tomás, no es otra cosa que una prescripción de la razón, en vista de un bien común, promulgada por aquél que tiene a su cargo la comunidad. Siguiendo esta misma idea de la ley como prescripción de la razón, Santo Tomás dirá que la ley eterna, fuente de todas las demás leyes, es la razón eterna de Dios... Con base en esta distinción Santo Tomás concluye que las leyes son justas cuando toman de la ley eterna, de la cual derivan, el poder de obligarnos en nuestro fuero interno... También una ley es justa cuando está ordenada en vista del bien común...[8]

4.2.2 Pensamiento de Tomás D. Casares

No obstante la apreciación de Santo Tomás de Aquino sobre la justicia de la ley —la ley es justa en tanto se tome de la ley eterna—, encontramos también la apreciación que tiene de la justicia en sí misma. A este respecto, en su obra *La Justicia y el Derecho*, el abogado y filósofo argentino Tomás Darío Casares, en su momento Ministro de la Suprema Corte de Justicia de aquella nación, expone detalladamente:

> La materia de la justicia es la operación exterior según que la misma o la cosa de que se hace uso tiene respecto de otra persona la debida proporción, esto es, exacta y precisamente lo debido a esa persona: cosa, acto nuestro o cualquier otro medio de cumplir con una obligación jurídica. Y por esto el medio de la justicia, consiste en cierta igualdad y proporción entre la cosa exterior y la persona exterior. Luego, en la justicia hay un medio real. Es la relación de proporción que se establece entre la cosa con lo cual pago lo debido, y aquello que es derecho para la persona a la cual hago el pago. Toda la relación se establece fuera de mí. Por consiguiente, la disposición interior no interesa cuando se considera la perfección del acto de justicia. En la justicia hay un medio real a diferencia de lo que sucede en cualquiera de las otras virtudes, de las cuales nosotros somos el objeto. Puesto que tratan de nuestra perfección interior, el medio tiene que estar en nosotros; es, por consiguiente, un medio subjetivo. En la justicia el medio se establece fuera y con prescindencia de nosotros; es medio, es proporción, esa igualdad, es objetiva y es real...[9]

[8] *Cfr.* Álvarez Ledesma, Mario Ignacio, *Introducción al Derecho*, pp. 343 y 344.
[9] Casares D., Tomás, *La Justicia y el Derecho*, pp. 22 y 23.

A partir de estos estudios de Álvarez Ledesma y Tomás D. Casares, pareciera que existen dos vertientes un tanto complejas con respecto a la concepción que Tomás de Aquino tuvo con respecto a la justicia: la primera en el sentido de que la justicia está en la ley, sólo si proviene de la ley eterna y cuando está dirigida hacia el bien común; la segunda, mucho más exacta a nuestro parecer, consiste en la igualdad y la debida proporción de lo debido a una cierta persona, es decir, la justicia está en el cumplimiento preciso de una obligación jurídica.

4.2.3 Cátedra de Roberto Ibáñez Mariel

Consideramos que para el lector podría ser más fácil encontrar una explicación definitiva a estas dos vertientes, en la definición clásica de justicia que Tomás de Aquino propone en la llamada *Summa Theologiae*, sumario en el que estudia la justicia y la define como *el hábito por el cual el hombre le da a cada uno lo que le es propio mediante una voluntad constante y perpetua.* En dicho trabajo, clasifica a la justicia como una de las cuatro virtudes cardinales, junto con la templanza, la prudencia y la fortaleza; distinguiéndola en dos sentidos, el general y el particular. Explica que la justicia en el sentido general es la virtud por la cual una persona dirige sus acciones hacia el bien común y que es distinta de cada una de las otras virtudes.

En ese mismo estudio, Santo Tomás distingue dos especies de justicia: la distributiva y la conmutativa. La justicia distributiva implica una obligación de distribuir los bienes proporcionalmente de acuerdo con la contribución de cada persona. Gobierna la relación entre la comunidad como un todo, supervisada por el Estado en su jurisdicción y cada persona individual en la comunidad.[10]

En cambio, la justicia conmutativa gobierna las relaciones entre las personas. Depende de la igualdad básica de las partes de un acuerdo. De aquí se desprende la habilidad de intercambiar libre y abiertamente los bienes dentro de una sociedad, pero distribuyéndolos de forma justa. De esta manera, se entiende que la justicia distributiva es tanto un requisito como un resultado de la justicia conmutativa. Ésta se atribuye a la actividad mercantil y a los contratos celebrados entre particulares, pero fundamentalmente se dirige a la salvaguarda de los derechos de propiedad, misma que reconoce los deberes de pagar deudas y de cumplir con las obligaciones libremente pactadas; en su lengua original: *Pacta Sunt Servanda*. Vemos entonces, que tanto la

[10] Ibáñez Mariel, Roberto, *Temas Selectos de Filosofía y Argumentación Jurídica*, Cátedra.

justicia distributiva como la conmutativa, resultan ser dos especies distintas que se aplican en instancias particulares. Así pues, la justicia distributiva es posible sólo sobre la base de la justicia conmutativa, por lo que se asegura que la justicia conmutativa es, no sólo fundamental, sino anterior a la justicia distributiva.[11]

Ahora bien, si incluimos la justica legal de Tomás de Aquino, se completa el ámbito de todas las posibles relaciones entre la persona individual y la comunidad como totalidad. Para Tomás de Aquino, a la justicia legal le concierne, además de la ley positiva, la ley natural.[12] A este respecto, es importante no confundirse: a la justicia legal, Tomás de Aquino también la conoce como justicia general o social, la cual consiste en la virtud que dirige las acciones de uno hacia el bien común.

4.3. *La Justicia en la Doctrina Social de la Iglesia*

Esta apreciación de Tomás de Aquino queda claramente explicada a través de dos Cartas escritas por el entonces Sumo Pontífice Juan Pablo II —la primera se encuentra en el compendio llamado *Laborem Excercens*, que data del año 1981; la segunda se halla en el compendio *Sollicitudo Rei Socialis*, de 1988—, así como en el propio Catecismo de la Iglesia Católica, cuyas ideas principales se encuentran transcritas en la obra titulada *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*, publicada por el Episcopado Mexicano, misma que, por considerarla de gran relevancia, transcribimos a continuación:

> El Magisterio social invoca el respecto de las formas clásicas de la justicia: la conmutativa, la distributiva y la legal. Un relieve cada vez mayor ha adquirido en el Magisterio la justicia social, que representa un verdadero y propio desarrollo de la justicia general, reguladora de las relaciones sociales según el criterio de la observancia de la ley. La justicia social es una exigencia vinculada con la cuestión social, que hoy se manifiesta con una dimensión mundial; concierne a los aspectos sociales, políticos y económicos y, sobre todo, a la dimensión estructural de los problemas y las soluciones correspondientes.
>
> La justicia resulta particularmente importante en el contexto actual, en el que el valor de la persona, de su dignidad y de sus derechos, a pesar de las proclamaciones de propósitos, está seriamente amenazado por la difundida tendencia a recurrir exclusivamente a los criterios de la utilidad y del tener. La justicia, conforme a estos criterios, es considerada de forma reducida, mientras que adquiere un significado más pleno y auténtico en la antropología cristiana. La justicia en efecto, no es una simple convención humana, porque lo que es justo, no está determinado originariamente por la ley, sino por la identidad profunda del ser humano.

[11] *Id.*
[12] *Id.*

> La plena verdad sobre el hombre permite superar la visión contractual de la justicia, que es una visión limitada, y abrirla al horizonte de la solidaridad y del amor: Por sí sola, la justicia no basta. Más aún, puede llegar a negarse a sí misma, si no abre a la fuerza más profunda que es el amor. En efecto, junto al valor de la justicia, la doctrina social coloca el de la solidaridad, en cuanto vía privilegiada de la paz. Si la paz es fruto de la justicia, hoy se podría decir, con la misma exactitud y análoga fuerza de inspiración bíblica, "Opus Solidaritatis Pax", la paz como fruto de la solidaridad. La meta de la paz, en efecto, sólo se alcanzará con la realización de la justicia social e internacional, y además con la práctica de las virtudes que favorecen la convivencia y nos enseñan a vivir unidos, para construir juntos, dando y recibiendo, una sociedad nueva y un mundo mejor.[13]

Será quizá el talento retórico o la habilidad intelectual con que contaba Karol Józef Wojtyla —como filósofo o como máximo jefe de la iglesia católica—, pero, a nuestro juicio, es en esta brillante y definitiva obra en donde el Papa recogió los principios básicos de la justicia de Santo Tomás de Aquino. Explica que el Magisterio reconoce y respeta las formas clásicas de la justicia —con lo que la acerca a nuestros días— y llega a la conclusión de que la misma se encuentra hoy por hoy seriamente afectada y amenazada por el utilitarismo y el egoísmo o, lo que es lo mismo, los criterios del tener.

5. Nuestra primera hipótesis para una nueva definición de justicia

Encontramos, en este *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*, lo que sería nuestra primera hipótesis para alcanzar el punto medio a través del cual podrían coexistir, en lo posible, los pensamientos jurídicos de la justicia más importantes de la antigüedad y los pensamientos que se tienen de la justicia en la modernidad:

> La justicia, ya sea general o social, era considerada una "virtud" que estaba encaminada a las acciones dirigidas al bien común. En nuestros días —debido al contexto actual y a la globalización—, la justicia está encaminada más bien a regular aspectos sociales, políticos y económicos, lo cual ha provocado que la justicia ya no sea considerada una "virtud", sino un mero interés en las relaciones de poder. De tal suerte que, aún con el contexto adverso que se vive en el presente, habrá que considerar el modo en que la justicia recupere su significado auténtico, para que se convierta en un instrumento que dirija sus acciones hacia el bien común, tal y como ocurría en la antigüedad y en la antropología cristiana.

[13] Episcopado Mexicano, *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*, pp. 113 y 114.

6. La justicia y el Derecho

Ahora bien, en la actualidad es difícil concebir la justicia sin la noción del "Derecho". Sabemos que el eterno conflicto entre estas dos acepciones se puede resumir en una sola pregunta: ¿El Derecho debe ser justo? Quién mejor que Javier Hervada para exponer su concepción con respecto a que el Derecho es objeto de la Justicia:

> ...Lo suyo y su derecho son términos equivalentes, el derecho de cada uno es lo suyo. Y lo suyo de una persona es aquello que le está atribuido en el reparto de las cosas. Esa cosa que, repartida, está atribuida a una persona y que el hombre justo debe dar cuando esa cosa —sin ser suya— está en su ámbito de poder e interferencia, es justamente lo que los juristas romanos llamaron Jus o derecho, equivalente a lo justo de Aristóteles. El derecho es pues, lo que la acción justa da —dar a cada uno su derecho—, la cosa que se da, esto es, el objeto del acto propio de la justicia: el derecho es el objeto de la acción justa. Dicho en otras palabras, el derecho es la cosa que el hombre justo devuelve, restituye, entrega, respeta, etc. Y como el derecho es objeto de la acción justa, se dice también que es objeto de la justicia.
>
> ¿Qué significa que el derecho es objeto de la justicia? Significa que el derecho es aquello que respecto de la justica como virtud tiene razón de objeto... Por ser el derecho el objeto de la justicia, es obvio que el derecho es lo justo, o lo que es lo mismo, que tiene una relación trascendental con la justicia. Lo cual quiere decir que tiene una relación trascendental con el orden o armonía sociales que se generan cuando cada persona tiene lo suyo, lo que le corresponde por estarle atribuido. El derecho es lo que está legítimamente atribuido y, por lo tanto, es lo que legítimamente hay que dar. El derecho está en el orden del reparto correcto. Cuando dar la cosa, entregar, respetar, restituir, etc., aparece como pretendidamente debido en un sistema de atribuciones incorrecto o injusto o en relaciones sociales igualmente incorrectas o injustas, de modo que puede hablarse de un desorden o desarmonía por injusticia, entonces no puede decirse que la acción de dar sea justa, por el contrario, es injusta. Estaríamos en presencia de lo injusto, lo que sería tanto como no-derecho. Derecho sólo es lo justo.[14]

Continúa escribiendo Hervada:

> El derecho, como objeto que es de la justicia, tiene una relación transcendental con ella. Tener una relación trascendental supone que se trata de una relación que afecta a su ser. En tanto es, en cuanto se da esa relación. Por consiguiente, el derecho en tanto es derecho en cuanto es lo justo. Y en cuanto es injusto es tanto es no-derecho...[15]

[14] Hervada, Javier, *op. cit.*, pp. 199 y 200.
[15] *Id.*

De esta interpretación de Hervada se desprende, efectivamente, que la justicia tiene una relación con el derecho en tanto que el derecho mismo se encargue de darle a cada persona lo suyo, en el entendido de que a cada persona le está dado o atribuido algo de manera legítima. En este orden de ideas, se puede hablar de que el derecho es un instrumento "generador" de justicia y, por ende, generador del orden y de la armonía social.

No obstante, también vemos que Hervada expone la idea de que existe un "no-derecho", lo cual genera injusticia y, por consiguiente, el desequilibrio social. Sin embargo, el derecho no es todo el tiempo el objeto de la acción justa. ¿Acaso no podría existir una acción injusta que sea objeto del mismo derecho? Dicho en otras palabras, consideramos que existe un derecho justo y uno injusto, pero en ninguno de ambos casos deja de ser derecho. Nos atrevemos a hacer esta afirmación, ya que consideramos que la justicia tiene, ahora más que nunca, un fuerte carácter subjetivo; es decir, el derecho para algunos puede ser justo y para otros puede resultar injusto, dependiendo de las circunstancias —claro está— en lo que a cada uno le es atribuido el reparto o la titularidad de una determinada cosa.

Éste carácter subjetivo de lo justo a que nos hemos referido, lo podemos encontrar con mucha frecuencia en el ámbito jurisdiccional de los Estados, en donde la decisión de un juez puede resultar justa para el actor e injusta para el demandado o viceversa —dependiendo a quién le esté legítimamente atribuido el derecho—; de cualquier forma, la sentencia del tribunal seguirá siendo considerada "de acuerdo a derecho". Tan es así, que a la parte a la que le haya parecido injusta, podrá, en su caso, someter dicha sentencia a instancias superiores para su apelación o revocación.

De este modo, encontramos que la justicia difícilmente se agota en la legalidad. Podríamos pensar entonces que existe la posibilidad de encontrar un equilibrio definitivo en la ética, pero quizá no solamente en ésta, pues la justicia resulta ser, a nuestro juicio, una especie de combinación de entre lo jurídico y lo moral, lo legal y lo ético.

Decimos, entonces, que la justicia —para nosotros— es "un valor jurídico". El máximo valor jurídico con que cuenta el derecho para poder concretar y aplicar sus leyes en la sociedad y buscar, así, el equilibrio y la armonía entre sus miembros. Pero no debemos olvidar que este "máximo valor jurídico" del derecho, se ha ido transformando a través del tiempo, en la misma medida en que el propio derecho se ha transformado. De tal suerte que el significado de la justicia no lo pueden concebir igual los filósofos y académicos de la actualidad, que Aristóteles; inclusive, hay una diferencia como lo concebimos nosotros mismos en este ensayo.

6.1. *Pensamiento de Norberto Bobbio*

Como mencionamos, la justicia no se agota en lo legal ni tampoco en la moral, sino en una combinación de ambas. Para robustecer nuestra idea de combinación legal-moral con respecto a la justicia, citamos el pensamiento del destacado jurista italiano, Norberto Bobbio, ex catedrático de la Universidad de Turín y nombrado senador vitalicio de esa misma provincia, quien al respecto ha escrito lo siguiente:

> La legalidad es un criterio para distinguir los actos jurídicos de los actos no jurídicos; no sirve para formular un juicio acerca de su justicia o injusticia. Se acepta sin resistencias que un defensor de la legalidad afirme que las leyes positivas deben ser obedecidas y aplicadas porque son leyes, no porque son justas y, por consiguiente, que deben ser obedecidas aún si son injustas. El "desconsolado homenaje a las leyes sólo porque son tales", del que habló Calamandrei, y que le fuera luego reprochado varias veces por los neojusnaturalistas, no sería "desconsolado" si la legalidad coincidiese en un todo con la justicia. La concepción legalista de la justicia —la ley positiva es justa por el sólo hecho de ser ley— es en realidad, bastante rara; es muy a menudo un paradigma para los clasificadores de teorías y un blanco perfecto para los amantes de la polémica… Algo que ya no es tan raro es la teoría legalista de la justicia referida no ya al derecho positivo, sino al derecho natural; se advierte allí que también en la historia del derecho natural la definición más frecuente de la justicia es precisamente la formal. Frente a quien no se contenta con la respuesta del positivista legalista, "Esta acción es justa porque corresponde a la ley positiva" y pregunta: Pero, ¿la ley positiva es justa?, el jusnaturalista tiene la vía abierta para dos respuestas: "la ley positiva es justa porque ordena cosas justas" o bien "la ley positiva es justa porque es conforme a las leyes naturales.
>
> Cualquiera que afirme que la justicia consiste en la correspondencia con las leyes divinas o naturales, da una definición legalista de la justicia que no es distinta de la de aquel que afirma que la justicia es la correspondencia con las leyes positivas. Obsérvese aquí que en este significado más amplio, la concepción legalista de la justicias es frecuentísima. Cuando Carnelutti, por ejemplo, dice que la justicia es la conformidad con el orden del universo, da una definición puramente formal de la justicia. Esto permite comprender que la concepción formal de la justica no ha de ser repudiada ni mucho menos ridiculizada, sino más bien, tenida en cuenta en todas las discusiones acerca de lo justo y de lo injusto, porque todo ordenamiento jurídico, sea positivo o natural, divino o humano, parece no poder prescindir de aquélla.[16]

[16] Bobbio, Norberto, *El Problema del Positivismo Jurídico*, pp. 17-19.

7. Nuestra segunda hipótesis para una nueva definición de justicia

Encontramos entonces, en las líneas antes citadas, lo que sería nuestra segunda hipótesis para tratar de justificar nuestra propuesta de armonizar los conceptos de justicia que se tenían en la antigüedad, con los que se tienen en la modernidad: *La justicia, no importa el momento histórico en la que sea concebida y, más aún en la actualidad, debe permanecer como el máximo valor legal y ético del derecho, procurando que la misma no se agote solamente en los ordenamientos jurídicos; pero que tampoco se agote en la mera convicción o ética del juzgador. La justicia debe ser concebida de manera valorativa y normativa en su conjunto, evitando, en lo posible, que sea objeto de controversia o disputa entre Ius naturalistas y Ius positivistas, ya que sin importar las corrientes filosóficas o los diferentes ordenamientos jurídicos, la justicia tendrá que ser siempre la base única y fundamental para el desarrollo y la aplicación del derecho en una determinada sociedad.*

A nuestro juicio, el tema de la justicia tendrá que evolucionar para poder responder, como ya hemos mencionado, a sistemas jurídicos que han sido fuertemente influenciados —la mayoría de ellos— por la llamada "Globalización", fenómeno que se ha presentado en los últimos años y que ha venido incrementando la unión de corrientes económicas, políticas, jurídicas y sociales. Ante esta evolución, encontramos a un autor que, a nuestro juicio, ofrece uno de los últimos replanteamientos con relación al tema de la justicia y cómo ésta debe adecuarse a la sociedad moderna que, según él, está compuesta principalmente por "instituciones".

8. Pensamiento de John Rawls

Nos referimos al filósofo y político John Rawls, profesor de las Universidades de Cornell y Harvard. El maestro Rawls publicó, en el año de 1971, una obra que significaría un verdadero avance a nivel mundial sobre el tema de la justicia: A *Theory of Justice*, en donde propone la idea de "justicia como imparcialidad", lo que significa la posibilidad de que las instituciones sociales no confieran de por vida ventajas moralmente arbitrarias a algunas personas a expensas de otras. Ello condena como injustas, no sólo la discriminación racial, sexual y religiosa, sino también muchas formas de desigualdad económica y social; siendo esta concepción una forma de liberalismo fuertemente

igualitaria, en cuya base se encuentra una nueva forma de teoría del contrato social, que en su tiempo fue originalmente presentada por Locke, Rousseau y Kant. Los principios que John Rawls propone en su obra son:

1. Cada individuo ha de tener derecho a la mayor cantidad posible de libertad que sea compatible con una libertad semejante para todos.

2. Las desigualdades sociales y económicas han de estar ligadas a oficios y posiciones abiertos a todos, bajo condiciones de una justa igualdad de oportunidades. Estas desigualdades están justificadas sólo si benefician a los peor situados.

El primer principio tiene prioridad sobre el segundo y ambos están diseñados para gobernar, no detalladas elecciones políticas, sino las estructuras básicas, políticas, económicas y sociales, que determinan las oportunidades de la gente en la vida. Asimismo, Rawls se opone al utilitarismo, al decir que el máximo bien total no puede ser perseguido por medios que acarreen injustas desventajas a las minorías, incluyendo a los obreros no calificados. Dicho de modo más general, Rawls afirma que el derecho es anterior al bien e independiente de éste, y que no puede ser definido como aquello que promueve o maximiza el bien. Ciertas consideraciones relativas a las relaciones sociales entre la gente y al modo en que ésta puede ser tratada, tienen precedencia sobre la producción de resultados deseables. Esta concepción se opone a la idea de que los derechos son justamente convenciones humanas, instrumentalmente justificadas por su utilidad para promover el bienestar general.[17]

Del pensamiento de John Rawls se puede deducir su preocupación por el ser humano, por su libertad y desarrollo, llevando la idea de la justicia a un plano social muy interesante, en donde la misma tendrá que regular la competencia entre los miembros de una sociedad para poder conseguir distintas posiciones, tales como un empleo o el ingreso a una universidad. A nuestro juicio, el pensamiento de Rawls podría representar muchos problemas al "enfrentar" a los miembros de una sociedad entre sí, utilizando como base del enfrentamiento la justicia. A pesar de ello, se antoja una propuesta muy razonable, pues la concepción de justicia en las sociedades modernas tendrá que convertirse en una más agresiva para poder lidiar con los problemas y dilemas que la misma representa.

[17] *Cfr. Enciclopedia Oxford de Filosofía,* pp. 883 y 884.

9. Nuestra tercera hipótesis para una nueva definición de justicia

Encontramos una tercera hipótesis para justificar nuestra propuesta: *La justicia deberá ser concebida en un plano "social" o de grupo, más que individual.* Ésta tendrá que cobijar a las minorías más desprotegidas para otorgar oportunidades de superación "iguales para todos". La justicia será la punta de lanza para la superación de los grupos sociales peor situados en la sociedad moderna.

10. Nuestra propuesta de una nueva definición de justicia

Es así como hemos expuesto los principales pensamientos jurídicos en torno a la justicia; misma que ha ido evolucionando a través del tiempo, hasta llegar a convertirse en un verdadero concepto de debate en la actualidad, ya que la justicia ha dejado de concebirse por muchos como una "virtud". Por el contrario, muchos otros la han utilizado como un instrumento para manejar las relaciones de poder, entendiendo que el más justo es solamente el más poderoso.

Por ello, la justicia deberá replantearse para retomar su verdadero y pleno significado y aplicación; aunque, claro está, de acuerdo con las sociedades modernas que, en este último siglo, han tenido que enfrentar problemas y circunstancias que en la antigüedad estaban muy lejos de vislumbrarse.

Con base en lo expuesto hasta aquí, proponemos lo que a nuestro juicio podría servir como un análisis-concepto de justicia en donde coexistan armónicamente los pensamientos jurídicos de la antigüedad con los de la modernidad:

> La justicia, ya sea general o social, era considerada una "virtud" que estaba encaminada a las acciones dirigidas al bien común. En nuestros días —debido al contexto actual y a la globalización—, la justicia está encaminada, más bien, a regular aspectos sociales, políticos y económicos, lo cual ha provocado que la justicia ya no sea considerada una "virtud", sino un mero interés en las relaciones de poder. De tal suerte que, aún con el contexto adverso que se vive hoy en día, habrá que considerar el modo en que la justicia recupere su significado auténtico, para que se convierta en un instrumento que dirija sus acciones hacia el bien común, tal y como ocurría en la antigüedad y en la antropología cristiana. La justicia, no importa el momento histórico en que sea concebida —más aún en la actualidad—, debe permanecer como el máximo valor legal

y ético del derecho, procurando que la misma no se agote solamente en los ordenamientos jurídicos; aunque tampoco debe hacerlo en la ética o en la mera convicción del juzgador. La justicia debe ser concebida de manera valorativa y normativa en su conjunto, evitando —en lo posible— que sea objeto de controversia o disputa entre Ius naturalistas y Ius positivistas, ya que sin importar las corrientes filosóficas o los diferentes ordenamientos jurídicos, la justicia tendrá que ser siempre la base única y fundamental para el desarrollo y la aplicación del derecho en una determinada sociedad.

Finalmente, la justicia deberá ser concebida en un plano "social" o de grupo, más que individual. Ésta tendrá que cobijar a las minorías más desprotegidas para otorgar oportunidades de superación "iguales para todos". La justicia, pues, será la punta de lanza para la superación de los grupos sociales más vulnerables en la sociedad moderna.

Será importante que el ánimo de académicos y expertos en la materia se sensibilice para reconsiderar la conceptualización y aplicación de la justicia en nuestros tiempos, misma que no es otra cosa que el fruto de las sociedades modernas que claman igualdad y equidad para sus miembros. Estamos convencidos de que las sociedades necesitan de buenas leyes; que las leyes necesitan de buenos hombres y que los hombres necesitan de buenas virtudes; pero las leyes, los hombres y las virtudes necesitan solamente de una clase de Justicia.

Bibliografía

Álvarez Ledesma, Mario I., *Introducción al Derecho*, México, Mc. Graw Hill, 1995.

Bobbio, Norberto, *El Problema del Positivismo Jurídico*, México, 9ª ed., Fontamara, 2007.

Casares, Tomás D., *La Justicia y el Derecho*, Buenos Aires, 3ª ed., Abeledo-Perrot, 1997.

Episcopado mexicano, *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*, México, Editrice Vaticana, 2007.

Enciclopedia Oxford de Filosofia, Madrid, Tecnos, 2001.

Hervada, Javier, *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho*, Pamplona, 4ª ed., Eunsa, 2008.

LOS NUEVOS DERECHOS: ENTRE LA CONSTITUCIÓN ITALIANA Y LAS CARTAS EUROPEAS

Francesco Dal Canto*

Sumario: 1. La edad de los nuevos derechos. 2. Los nuevos derechos en la Constitución italiana. 3. Los nuevos derechos en la Convención Europea de Derechos Humanos. 4. Los nuevos derechos en la Carta de Derechos de la Unión Europea. 5. El diálogo entre cartas y cortes. Luces y sombras en la Unión Europea en los nuevos derechos.

1. La edad de los nuevos derechos

La protección de los derechos fundamentales en Europa ha registrado una fuerte aceleración en los últimos años, a la luz de los progresos realizados en el denominado: "*sistema de protección multinivel*".

A medida que los diferentes sistemas de protección de los Derechos Humanos (el nacional, el de la Convención Europea de Derechos Humanos y el de la Unión Europea) se han potenciado e integrado, se ha asistido a una verdadera y propia "*explosión*" de los Derechos Humanos y en el ámbito de este fenómeno, también se ha asentado lo que se conoce como la aparición de los "*nuevos derechos*".

Si el período posterior a la Segunda Guerra Mundial determinó el inicio de una época que correctamente fue definida por Norberto Bobbio como "*la era de los derechos*", con igual certeza podemos afirmar que hoy, sobre todo después de la caída del muro de Berlín, a partir de la década de los noventa del siglo pasado, se ha inaugurado una era diferente, la de los nuevos derechos.

* Universidad di Pisa

Con la expresión "*nuevos derechos*", se hace referencia a una de las más relevantes manifestaciones del principio pluralista, que se materializa en el reconocimiento y en la protección de situaciones jurídicas subjetivas de reciente afirmación, frecuentemente no reguladas de manera expresa por el derecho positivo, en estrecha colaboración con la exigencia de dar una respuesta a nuevos "*desafíos universales*", o bien a nuevos grupos de interés que asumen relevancia, signo de la evolución de la conciencia social, del progreso científico y tecnológico y de las mismas trasformaciones culturales.

La expansión progresiva de los Derechos Humanos no procede en principio por "*sustitución*" sino a través de "*estratificaciones*". Tal circunstancia es absolutamente positiva e induce a pensar en una renovación continua, potencialmente ilimitada de esas prerrogativas. También sugiere, como eficazmente se ha señalado, de mirar a los derechos como "*producto siempre actualizado y brillante*" (S. Rodotà).

Sin embargo, esto es cierto con ciertos límites, porque siempre existe el riesgo de la difícil "*convivencia*" entre los diferentes derechos, en el sentido que (como muchas veces se ha constatado en el curso de la historia) el énfasis de algunos derechos puede conducir y con frecuencia lo hace al redimensionamiento de otros.

La misma idea de los "*nuevos*" derechos supone, entonces, aquella de la historicidad de la afirmación de los mismos. Al respecto, es notorio, que es posible reconducir los derechos dentro de cuatro fases históricas bien precisas:

Los derechos de la primera generación (derechos de libertad del Estado), es decir, aquellos que se originaron de las revoluciones burguesas de finales del siglo XVII, esencialmente negativos y puestos por el legislador para la defensa del individuo así como de la defensa a su esfera de autonomía privada. Los derechos de la segunda generación (derechos de libertad en el Estado) que se establecieron en el curso del siglo XVIII, se concretizaron en derechos positivos de la participación en la sociedad. Los derechos de la tercera generación (libertad mediante el Estado) que se caracterizan por el hecho de ser el resultado de una concepción prevalentemente positiva y participativa de los derechos, dirigidos principalmente a satisfacer las necesidades de orden económico, social y político de los individuos, en la actuación del principio de igualdad sustancial. Y por último, los nuevos derechos, aquellos que corresponden a la cuarta generación, a los que se les dedicarán las presentes notas.

Los nuevos derechos viven en una dimensión suspendida entre el particularismo y la universalidad. Particularismo, porque muchas veces se traducen en

derechos de identidad, que surgen de la exigencia de protección de aspectos peculiares, a veces íntimos de la persona, relacionados con perfiles étnicos, sexuales, religiosos, éticos, por lo que este fenómeno conduce a una progresiva diferenciación y especificación en la tutela de los Derechos Humanos.

Universalidad porque la frecuente conexión de tales derechos con los datos científicos, médicos, tecnológicos exalta aquella tendencia más general, bien advertida en las últimas décadas, a desvincular la tutela de los derechos fundamentales de la dimensión de la soberanía estatal, colocándola en su lugar, en un contexto mucho mayor, que trasciende las fronteras nacionales, en contexto transnacional o incluso global.

Por último, como se ha anticipado, otra característica recurrente de los nuevos derechos, es aquella de que prevalentemente no están escritos, ni previstos expresamente en el derecho positivo nacional, aunque obviamente existen diferencias entre los ordenamientos de cada país, dependiendo del período histórico en el que fueron redactadas las respectivas cartas constitucionales y además, mirando a Europa, esos nuevos derechos son particularmente innovadores (otro problema, de hecho, es la concreta efectividad de los mismos) como son los contenidos en las constituciones de los países del Este, escritas en los años noventa del siglo pasado, a raíz de la disolución de la Unión Soviética

Sin embargo, se puede reconocer en líneas generales que en estos nuevos derechos resulta particularmente relevante la actividad interpretativa y a veces, creativa de los jueces.

2. Los nuevos derechos en la Constitución italiana

En Italia también se ha producido en las últimas décadas una progresiva apertura en relación a los nuevos derechos, lo cual se ha ido realizado a través de una interpretación más flexible de las disposiciones constitucionales dedicadas a los derechos fundamentales escritas en 1948, o gracias al fortalecimiento de las influencias provenientes del derecho internacional y en particular de la Convención Europea de Derechos Humanos y al propio ordenamiento de la Unión Europea.

Comenzando desde la perspectiva del derecho constitucional italiano, es necesario observar que la ampliación de la tutela hacia los nuevos derechos se ha podido realizar gracias a la afirmación de una lectura del Artículo 2 de la Constitución, donde se establece que "*la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre*".

Uno de los debates que más ha interesado a la doctrina italiana, fue el relativo a la alternancia entre considerar esta disposición como tipo legal cerrado, o bien como un tipo legal abierto. En particular, para algunos estudiosos, el Artículo 2 debe interpretarse como una simple fórmula de síntesis, de mero reenvío al catálogo de los derechos expresamente previsto en la Constitución de 1948, a los Artículos 13 y siguientes (libertad personal, la libertad de domicilio, etcétera). De acuerdo a esta tesis, los nuevos derechos podían entrar en la tutela ofrecida por la Constitución, sólo si los mismos pueden ser reconducidos a través de la actividad interpretativa, al interior de los derechos específicamente previstos en la ley (A. Pace).

Según otros autores en cambio, al Artículo 2 tiene que reconocérsele un carácter innovador, por lo que en virtud de dicha disposición, es posible darle relevancia constitucional también a expectativas o pretensiones no explícitamente contempladas en las puntuales previsiones constitucionales, pero ampliamente advertidas en la sociedad y maduradas en la conciencia colectiva (A. Barbera). Esta segunda tesis, como es evidente, reconoce al texto de la Constitución una mayor reactividad y flexibilidad en relación a las nuevas instancias individuales y a la evolución de la sociedad.

La jurisprudencia constitucional italiana, después de haber oscilado durante mucho tiempo entre ambas tesis, si bien con algunas dudas y siempre con cierta cautela, se orientó por la tesis que sugiere un catálogo potencialmente abierto de los derechos inviolables. En efecto, si en las decisiones más antiguas existía un claro acuerdo hacia una interpretación reductiva,[1] más recientemente, la dirección seguida fue sustancialmente lo contrario.[2]

En los últimos años, además esta tendencia hacia una lectura expansiva del catálogo constitucional de los derechos, fue acogida con frecuencia también por los jueces comunes, quienes en algunas ocasiones han utilizado la Constitución como un verdadero y propio "*passpartout*" para el reconocimiento de nuevas instancias individuales.[3]

Además la tendencia a leer el Artículo 2 como un tipo legal abierto, ha dado la posibilidad a la Constitución Italiana para recibir las influencias del Derecho internacional en tema de tutela de los derechos, a través de una fecunda circulación de los argumentos utilizados en las motivaciones de las sentencias de jueces supranacionales. En este sentido, emblemática es la sentencia del Tribunal de Casación Italiana (Artículo I, del 16 de octubre de 2007, número 21748) que definió el caso de Eluana Englaro (joven mujer en estado vegetativo permanente a cuyos padres, después de un largo y atormentado proceso judicial, el juez italiano autorizó la desconexión del aparato médico que mantenía a la joven artificialmente con vida). La sentencia utiliza referencias a jurisprudencia extranjera y de la Corte Europea de Derechos Humanos.

[1] Ver, por ejemplo, la sentencia número 98/1979, sobre el derecho a la identidad sexual.

[2] Ver por ejemplo, las sentencias número 161/1985 sobre el derecho de los transexuales, o la número 561/1987, sobre la libertad sexual, o la número 120/2001 sobre el derecho al nombre.

[3] A título de ejemplo, la jurisprudencia en materia de resarcimiento del daño no patrimonial, instituto de origen casi exclusivamente pretorio.

3. Los nuevos derechos en la Convención Europea de Derechos Humanos

Asumiendo como punto de observación la Convención Europea de Derechos Humanos, firmada en Roma en 1950 por los Estados miembros del Consejo de Europa (entonces doce, actualmente cuarenta y siete) implementada en Italia por la Ley número 221/1955, el aspecto más importante a destacar es que es un tratado internacional sobre los derechos fundamentales que contempla además instrumentos para su efectiva tutela, por medio de la acción directa de los individuos.

La Convención Europea de Derechos Humanos contiene un conciso catálogo de derechos de libertad, como el derecho a la vida, la libertad y la seguridad, a un juicio justo, al respeto de la vida privada y familiar, la libertad de pensamiento, de religión y de expresión, la libertad de reunión y de asociación, el derecho al matrimonio. A pesar de que fue redactada en su mayor parte (algunos de ellos se añadieron más tarde, con la adopción de protocolos sucesivos) hace más de sesenta años, contiene algunas formulaciones que, especialmente en la lectura que ofrece la jurisprudencia, aparecen hoy adecuadas para dar respuesta a algunos nuevos casos que se presentan. Por ejemplo, si pensamos en el derecho a la vida privada y familiar (Artículo 8) o el derecho a casarse, del cual son titulares tanto el hombre como la mujer (Artículo 12).

En el ámbito de la Convención, se creó el Tribunal Europeo de Derechos del Hombre, al cual los individuos pueden acudir directamente para hacer valer la reparación por la lesión de un derecho, lo que puede suceder una vez que se han agotado los recursos previstos a nivel nacional, en actuación del principio de subsidiariedad respecto a los sistemas de garantía interna. El juez de Estrasburgo, en particular, partiendo del caso presentado en el recurso, verifica a la luz de la protección conferida por la Convención

respecto a un determinado derecho, si un acto (una ley, una sentencia, o un acto administrativo) o un comportamiento imputable a un Estado ha violado ese derecho y en caso de así ser, puede condenar a este último al resarcimiento del daño (sin que tenga la posibilidad de anular el acto combatido).

La jurisprudencia de la Corte Europea ha demostrado ser muy sensible a la protección de los nuevos derechos. Podemos recordar dos casos recientes que representan las tendencias en curso: El primero es un caso relacionado con la fecundación asistida, el segundo se relaciona con el matrimonio entre personas del mismo sexo, dos temas ampliamente controversiales y debatidos en este tiempo de los nuevos derechos.

Algunos ordenamientos estatales europeos, entre ellos Italia, a partir del 2004 (Ley número 40/2004) han emitido leyes para reglamentar la fecundación asistida, permitiendo la "*homóloga*" (es decir, la que se da entre una pareja de padres) y prohibiendo en su lugar la "*heteróloga*" (es decir, en la que se utiliza un donante externo).

En referencia a la legislación austriaca, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos intervino recientemente (SH *vs* Austria, 2011) afirmando que la distinción entre la fecundación homóloga y heteróloga provoca discriminación entre las parejas que sufren de problemas de infertilidad y es una violación de su derecho a la vida privada y familiar, este último entendido como comprensivo del derecho a tener un hijo.

Esta decisión se basó totalmente en los nuevos derechos originados por el "*right to privacy*" (Artículo 8 del Convenio) y de la prohibición de la discriminación (Artículo 14 CEDU). Por un lado, la Corte Europea afirma la violación del principio de no discriminación, debido a que los límites impuestos por el legislador nacional sobre el acceso a ciertos tipos de fecundación artificial, conllevarían a una discriminación en contra las parejas que no pueden ejercer su derecho a tener un hijo, si no fuera recurriendo a la fecundación heteróloga; por otro lado, todos los argumentos de la Corte Europea relacionados con la discriminación entre diferentes parejas, presuponen otra afirmación de que el derecho al respeto de la vida privada y familiar implica el derecho a tener un hijo. Si la Convención no contuviera, sea implícitamente, el derecho a tener un hijo, no se podría siquiera invocar el principio de no discriminación que —por jurisprudencia constante— nunca puede ser invocado, sino en relación con otro derecho protegido por la Convención. Nunca formulado en términos explícitos para su procedencia, el derecho a tener un hijo se deriva por la actuación de la Corte, de la matriz del Artículo 8°, es decir, del derecho a la intimidad.

Hay que tener en cuenta, que Italia fue condenada en el 2012 por la Corte de Estrasburgo debido a la promulgación de la Ley número 40/2004, sobre la fecundación asistida (Costa y Pavan *vs* Italia). Dos años después de esa decisión, la prohibición de la fecundación heteróloga contenida en la Ley 40 fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional Italiana (sentencia número 162/2014) en cuanto a que es incompatible con el derecho de la persona a ser padre y a formar una familia que pueda tener hijos.

Pocos meses después de la decisión antes mencionada sobre la fecundación asistida del 2011, Austria fue destinatario de otra importante decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos (Schalk y Kopf *vs* Austria, 2011), esta vez en relación a las parejas del mismo sexo. El caso fue simple: una pareja homosexual, después de haber pedido y no obtenido a las autoridades civiles el matrimonio, agotó los recursos internos y presentó en el 2010 un recurso ante la Corte Europea de Derechos Humanos, quejándose de discriminación por no estar permitido el derecho a contraer matrimonio y constituir una familia en base al Artículo 12 de la Convención. Para la Corte Europea, la legislación nacional, si bien no vulneró el Artículo 12 de la Convención, en cuanto ésta no impone a los Estados el matrimonio de personas del mismo sexo, sin embargo, vulneró el derecho de las parejas homosexuales para formar una "familia" (Artículo 8).

Tal decisión puede ser leída como una advertencia dirigida a los Estados para inducirlos a desarrollar a nivel nacional, leyes que regulen las uniones, con el fin de asegurar el reconocimiento legal también a las parejas formadas por personas del mismo sexo.

Además, la Corte Constitucional italiana, en una sentencia de 2010 (número 138/2010) ocupándose de las parejas formadas por personas del mismo sexo, excluyó que de la Constitución derive un derecho al matrimonio, pero afirmó la existencia de un derecho a ser reconocido como una pareja.

4. Los nuevos derechos en la Carta de Derechos de la Unión Europea

Pasando ahora a examinar la perspectiva de la Unión Europea, hay que recordar que los tratados constitutivos de la Comunidad Europea, en los años cincuenta del siglo pasado, no contenían un catálogo de los derechos fundamentales, con la excepción de los que se consideraron estrictamente necesarios para la consecución de los objetivos económicos y a la realización de un mercado único (por ejemplo la libre competencia, la libertad de circulación de mercancías y capitales, etcétera).

Un cambio de tendencia comenzó a finales de los años sesenta del siglo pasado, gracias a la sensibilidad de la Corte de Justicia, por la reacción de algunas cortes constitucionales nacionales y desarrollado paralelamente con la progresiva ampliación de las competencias de la Unión Europea, en particular, la Corte de Justicia comenzó a afirmar que los derechos de las personas eran parte integral del derecho comunitario, con fundamento en un doble reenvió: a las "*tradiciones constitucionales comunes*" de los Estados miembros y a la misma Convención Europea de Derechos del Hombre, ambos utilizados por el Juez de Luxemburgo como una *fuente de inspiración* de la jurisprudencia comunitaria.

Este modelo, introducido entonces por vía judicial, fue posteriormente regulado con el Tratado de Maastricht de 1992, donde el Artículo 6 prevé que la Unión Europea respeta los derechos fundamentales garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y por las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, en cuanto que son principios generales del derecho. Posteriormente, con la promulgación de la Carta de Niza en el año 2000, se realizó un auténtico catálogo de derechos de la Unión Europea, en buena parte realizado a través de la consolidación de la jurisprudencia de la Corte de Justicia.

Es necesario hacer notar que a diferencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos (que tiene una vocación más general, pues opera en relación a cualquier situación individual que se detecta al interno de los ordenamientos de los estados contratantes) los derechos garantizados por la Unión Europea están limitados a las materias de competencia de tal ordenamiento; sin embargo, tal diferencia en el tiempo, tiende cada vez más a atenuarse en razón a la progresiva expansión de las competencias de la Unión Europea y de su creciente difusión.

Es necesario señalar además, que la aprobación de la Carta de Derechos, comportó el nacimiento de una nueva institución comunitaria, la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como un órgano no jurisdiccional, llamado a desempeñar tareas instructoras, informativas y de sensibilización en materia de los derechos fundamentales.

La Carta de Niza fue el resultado de un complejo e intenso trabajo y no está privada de originalidad. El documento consta de un Preámbulo y de cincuenta y cuatro artículos, divididos en siete capítulos, relacionados a un determinado "*principio-valor*": Dignidad (Artículos 1 a 5) Libertad (Artículos 6 a 19) Igualdad (Artículos 20 a 26), Solidaridad (Artículos 27 a 38), Ciudadanía (Artículos 39 a 46) y Justicia (Artículos 47 a 50).

La estructura de la Carta la acerca más a las constituciones nacionales de los Estados europeos, que a las convenciones internacionales sobre los derechos, como a la misma Convención Europea de Derechos Humanos, aunque presente algunas novedades respecto a las constituciones nacionales representadas por el hecho de que viene particularmente acentuado el principio de la indivisibilidad y de la igual importancia de todos los derechos fundamentales, independientemente de su reconducción en diferentes categorías y generaciones.

Por cuanto interesa a la presente investigación, el carácter innovador de la Carta de Niza respecto a las constituciones de los países europeos, se constata también en la elección de incorporar explícitamente algunos nuevos derechos, podemos poner algunos ejemplos:

En el Artículo 2 se tutela, en el capítulo dedicado a la dignidad humana, el derecho a la vida, no expresamente contemplado en la Constitución italiana, considerado una especie de valor que se presupone. El derecho a la vida contempla como corolario la obligación de los poderes públicos de preparar todos los mecanismos de seguridad para protegerla, incluyendo el derecho a recibir curas adecuadas. En la doctrina se ha discutido si tal previsión puede extenderse también a la vida del concebido, o si la misma implica alguna elección en mérito a la cuestión de la disponibilidad de la propia vida, lo que pudiera dar a entender como un eventual derecho a morir, o al contrario, como un deber del individuo a conservar su propia vida.

En el Artículo 3 se protege el derecho a la integridad de la persona y en particular, el derecho en el ámbito de la medicina y la biología, al consenso libre e informado de la persona sometida a un tratamiento terapéutico, a los cuales se relaciona la prohibición explícita de prácticas eugenésicas, o del comercio del cuerpo humano o de la clonación reproductiva. Además, de conformidad con el Artículo 7, cada individuo tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar.

Con respecto a esto último se trata de un derecho que en la Constitución Italiana no tiene un explícito reconocimiento, aunque se considera tutelado cuando se relaciona con otras situaciones protegidas, por ejemplo la libertad personal, la libertad de domicilio, el secreto de la correspondencia, etcétera. Por el contrario, en la Carta de los Derechos de la Unión Europea se asume una fisonomía autónoma. Como ha precisado la Corte de Justicia, la esfera protegida es más amplia e implica y protege también los hábitos de vida, las inclinaciones sexuales, los aspectos sanitarios de salud, perfiles profesionales, etcétera.

El Artículo 9 prevé el derecho a casarse y el derecho a constituir una familia, revelando, en fuerza a su formulación tan amplia, incluso reenviando a la elección de cada uno de los ordenamiento estatales, a la posibilidad de incluir en el ámbito de la protección también parejas del mismo sexo.

Por último, es de gran interés la parte de la carta dedicada a la exigencia de protección al ambiente, que implica un compromiso de solidaridad que está especialmente dirigido a las generaciones futuras, como se desprende del Artículo 37.

5. El diálogo entre cartas y cortes. Luces y sombras en la Unión Europea en los nuevos derechos

Los tres sistemas de protección de los Derechos Humanos fundamentales y en particular, en lo que interesa en el presente artículo, los tres sistemas de protección de los nuevos derechos han registrado en los últimos años una profunda integración.

En relación a la Convención Europea de Derechos Humanos, si bien un fecundo diálogo entre jueces ordinarios, Corte Constitucional y Corte Europea de Derechos Humanos, se ha iniciado desde hace tiempo, un verdadero avance se realizó, en la prospectiva italiana, con dos sentencias del 2007 (las números 348 y 349) de la Corte Constitucional, con las cuales se determinó el valor de la Convención como parámetro en el proceso de constitucionalidad de las leyes.

Sobre la base del Artículo 117, párrafo primero de la Constitución, la Corte Constitucional ha reconocido a las normas de adaptación de la Convención una fuerza superior a las normas primarias, atribuyendo a estas últimas y a la misma jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo, el rango de normas "*interpuestas*" entre éstas y la Constitución; es decir, como un valor sustancial de parámetro de legitimidad constitucional.

En relación a la Unión Europea, la Carta de Niza desde el principio fue utilizada por los jueces de la Unión Europea, así como por algunas cortes constitucionales, para reforzar las motivaciones en sus sentencias, por lo que la misma ha adquirido un valor jurídicamente vinculante, con el mismo rango que las normas contempladas en los Tratados Internacionales, sólo con posterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa del año 2009, con el cual se prevé incluso la formal adhesión de la Unión Europea a la Convención Europea de Derechos del Hombre, como se puede desprender del Artículo 6

del Tratado sobre la Unión Europea. Sin embargo se encuentra todavía en negociaciones, bastante difíciles, por la posición contraria de la Corte de Justicia de la Unión.

Esta última circunstancia, sin embargo, coloca en perspectiva la Convención Europea y la Corte de Estrasburgo en una posición de vértice en la ideal pirámide de las jurisdicciones europeas nacionales y aquellas europeas.

Por lo tanto, actualmente asistimos, en tema de tutela de los derechos, a una más estrecha integración e influencia entre las constituciones nacionales y las cartas europeas, cuyos protagonistas son, con más frecuencia, los respectivos sistemas judiciales.

La edad de los nuevos derechos en Europa se encuentra todavía en vías de definición y el diálogo entre las diferentes cartas de derechos, presenta, al momento, numerosas luces pero también sombras. Las luces son evidentes: en efecto, es indudable que el diálogo apenas descrito entre las cartas nacionales y aquellas europeas, con las respectivas Cortes, están determinando una fecunda: *judicial cross fertilization* de derechos individuales (la expresión es de Joseph Weiler) que está favoreciendo la tendencia hacia una protección cada vez más amplia de los mismos.

Las sombras son de dos tipos: una de tipo normativo y la otra de tipo cultural. En relación a las primeras, no se puede negar que la conexión de competencias y de jurisdicciones que caracteriza la época de la tutela multinivel de los derechos, dan lugar a algunas ineficacias y contrastes por el tema de la cosa juzgada, tema delicado por lo que se refiere a los nuevos derechos, tema muy sensible por parte de la opinión pública.

Se asiste por parte de las cortes constitucionales nacionales a una actitud a veces incierta con respecto a los Tribunales europeos en el tema de la tutela de los derechos fundamentales: por un lado, existe una cada vez más difusa tendencia a favorecer la implementación de un derecho común europeo en materia de protección de los derechos; por el otro lado, sin embargo, no faltan episodios que manifiestan una cierta desconfianza de las cortes nacionales y también del Tribunal constitucional italiano, para adecuarse a algunas tesis jurisprudenciales europeas.

En relación al segundo aspecto, de matriz cultural, éste se relaciona con una valoración a la cual hicimos referencia anteriormente. La tendencia en alargar el espacio de la tutela de los Derechos Humanos y en particular de los nuevos derechos, conlleva un riesgo e impone precauciones: por una parte, las expectativas individuales, subyacente a los nuevos derechos, tienden a multiplicarse exponencialmente, por otra, estos últimos tienden a afirmarse

como derechos absolutos, libres de limitaciones, desde el momento en que estos frecuentemente han tenido un origen jurisprudencial y escapan de aquella ponderación más compleja que es propia de las sedes de decisión política.

Las sombras ciertamente pueden ofuscar las luces: la edad de los nuevos derechos es sin lugar a dudas, un signo poderoso del progreso de la sociedad, sin embargo los Derechos Humanos están siempre interrelacionados e interdependientes entre sí, por lo que resulta necesario vigilar su efectividad, confiabilidad y sustentabilidad.

Como fue observado eficazmente con relación a algunas peculiares solicitudes de nuevos derechos la expansión del repertorio de nuevos derechos con lleva el riesgo de producir una gran aporía: *si todo es fundamental, nada es fundamental* (Danilo Zolo).

CEGUERA ILUSTRADA Y CULTURA CONSTITUCIONAL. DERECHOS HUMANOS, TERRITORIALIDAD Y SUJETOS DE LA HISTORIA

Óscar Arnulfo de la Torre de Lara*

Sumario: La conflictiva cuestión de la modernidad. Ceguera constitucional y sujeto de derecho. Territorialidad (corporalidad) indígena. Corolario.

Enarbolar una defensa jurídica eficaz de los derechos de pueblos indígenas y campesinos en México es una tarea harto complicada, ya que no basta recurrir a la legislación positiva vigente y a los Convenios y Pactos Internacionales de Derechos Humanos. Antes bien, es de suma importancia realizar una crítica profunda a las bases ideológicas que subyacen a los nuevos procesos de acumulación de capital —*acumulación por desposesión*—,[1] promovidos bajo la bandera del desarrollo y el humanismo abstracto neoliberal. Sólo así, podremos pensar vías epistemológicas, jurídicas y políticas más adecuadas para una defensa eficaz del *territorio* y la gran gama de significaciones que este concepto conlleva respecto a los Derechos Humanos, así como los procesos en la construcción y re-creación de imaginarios y prácticas del ámbito económico/político y ecológico/cultural desde diversos sujetos sociales.

En este sentido, la crítica constituye un medio para pensar procesos de democratización dentro del Estado mexicano, más allá de un canon liberal hegemónico, y para abrirnos a la experiencia de procesos reconstituyentes promovidos desde la humanidad indígena —los pueblos indios—, olímpica-

* Doctor en Derechos Humanos por la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, profesor de la Universidad Autónoma de Aguascalientes e investigador del Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat.

[1] *Cfr.* Harvey, David, "El 'nuevo' imperialismo: Acumulación por desposesión", en *Socialist Register,* 2004.

mente ninguneada por nuestra historia constitucional. Y es que, como bien dice el jurista argentino, Alejandro Medici, si bien es cierto que el Estado democrático, constitucional y social constituye un concepto central de la reflexión de lo jurídico y lo político en la actualidad, ya que el mismo configura un modelo normativo de organización del poder y de vinculación entre gobierno y ciudadanía, también es cierto que dicho modelo no se realiza en su totalidad, ya que se encuentra en tensión con poderes —públicos y privados— salvajes o neoabsolutistas (como los llama Luigi Ferrajoli); poderes que, en el contexto de *nuestra América*, están relacionados íntimamente con la persistencia de una estructura de poder anclada en la colonialidad.[2] Por esto, en nuestro contexto latinoamericano, es sustancial hacer visibles los diversos proyectos campesinos e indígenas, para así posibilitar su traducción en las esferas de la política y el Estado; tarea que supone la capacidad democrática de organizar la sociedad a nuestra imagen y semejanza —como sociedad abigarrada—, y así armar un tejido intercultural duradero y un conjunto de normas de convivencia legítimas para todos.

Es en este sentido que la visibilización del ejercicio de las autonomías indias, expresadas en diversas experiencias de autodeterminación política, económica y religiosa, dan cuenta de la modernidad y coetaneidad de los diversos proyectos indígenas, mediante las cuales retoman la historicidad propia, al tiempo que practican la descolonización de los imaginarios y las formas de representación.[3] De modo que, la *apuesta india por la modernidad* cuestiona el reconocimiento estatal condicionado y sesgado de los derechos culturales y territoriales indígenas (*Contrarreforma Indígena de 2001*); al tiempo que pugna por tener acceso a los derechos y beneficios del Estado moderno, pero desde su propia perspectiva de desarrollo. En otras palabras, la lucha jurídico política que emprenden pueblos indios y campesinos mexicanos es por autonomía —en el sentido de autodeterminación— y no por el arcaico y retrograda indigenismo y asistencialismo promovido por el Estado. Concretamente, en el plano de la filosofía del Derecho, esto supone evidenciar y combatir el iuspositivismo acrítico dominante en nuestro país, en cuanto corriente interpretativa del Derecho, que ha pretendido reducir la complejidad de lo jurídico a una unidad coercitiva y la heterogeneidad cultural a homogeneidad, por la puesta en práctica de lo que Asier Martínez de

[2] Medici, Alejandro, *La constitución horizontal. Teoría constitucional y giro decolonial*, CENEJUS, UASLP y Educación para las Ciencias en Chiapas A.C., San Luis Potosí, 2012, p. 21.

[3] Rivera Cusicanqui, Silvia, *Ch'ixinakax utxiwa. Una reflexión sobre prácticas y discursos descolonizadores*, Buenos Aires, Tinta Limón, p. 54.

Bringas llama la "falacia del anacronismo", como dispositivo que barbariza y acusa de anti-moderno y arcaico al Derecho y cultura indígenas.[4]

Por tanto, para hablar de una auténtica democracia en nuestro país, es preciso tomarse en serio el potencial de los diversos proyectos autonómicos indígenas y el pluralismo jurídico en un sentido contrahegemónico, lo cual implica rescatar de sus entrañas las posibilidades de las cosmovisiones, saberes, instituciones y derecho indígenas, así como las posibilidades y respuestas que estos encarnan como *derecho que nace del pueblo*.[5] Y es que, si en el contexto europeo o norteamericano, la crítica de los garantismos y neoconstitucionalismos se da al interior del monismo jurídico, en nuestro contexto debe darse una crítica que incorpore las herramientas del pluralismo jurídico, de la demodiversidad y del interculturalismo.[6]

La conflictiva cuestión de la modernidad

Es importante abordar lo que denominaremos la *conflictiva cuestión de la modernidad*, para así oponernos, como dice Enrique Dussel, "a la opinión hegemónica en cuanto a la interpretación de la Europa moderna —a la 'modernidad'—, ya no como un tema extraño a la cultura latinoamericana, sino, contra la opinión corriente, como problema fundamental en la definición de la 'identidad latinoamericana'".[7] Decimos *conflictiva cuestión de la modernidad*, por el hecho de que los europeos fueron capaces de difundir y establecer la perspectiva histórica de la modernidad eurocéntrica como hegemónica, dentro del nuevo universo intersubjetivo del patrón mundial de poder abierto por la conquista de América; una clara pretensión etnocentrista y provinciana autoerigida como la exclusiva productora y protagonista de la modernidad. Sin embargo, ante esta pretensión existe un conjunto de elementos demostrables que apunta a un concepto de modernidad diferente del hegemónico, que da cuenta de procesos históricos específicos. Se trata de un universo de relaciones sociales, materiales e intersubjetivas, que tiene en su centro la idea de liberación humana como interés histórico de la sociedad y, consecuentemen-

[4] Martínez de Bringas, Asier, "La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Una lectura política y jurídica desde los derechos sociales", en *Derechos y libertades*, núm. 23, época II, junio, Madrid, 2010, p. 120.

[5] De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *El derecho que nace del pueblo*, México, Porrúa, 2006.

[6] Medici, Alejandro, *op. cit.*, p. 22.

[7] Dussel, Enrique, "Europa, modernidad y eurocentrismo", en *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, Edgardo Lander (comp.), CLACSO-UNESCO, Buenos Aires, 2000, p. 45.

te también, como su campo central de conflicto. Nos referimos a la existencia y pertinencia de modernidades y procesos civilizatorios diversos al eurocéntrico colonial, a partir de los cuales se puede y se hace una construcción de Derechos Humanos situada desde un lugar de enunciación distinto al de la modernidad occidental capitalista. Como dice Aníbal Quijano:

> El hecho de que los europeos occidentales imaginaran ser la culminación de una trayectoria civilizatoria desde un estado de naturaleza, les llevó también a pensarse como los modernos de la humanidad y de su historia, esto es, como lo nuevo y al mismo tiempo lo más avanzado de la especie. Pero puesto que al mismo tiempo atribuían al resto de la especie la pertenencia a una categoría, por naturaleza, inferior y por eso anterior, esto es, el pasado en el proceso de la especie, los europeos imaginaron también ser no solamente los portadores exclusivos de tal modernidad, sino igualmente sus exclusivos creadores y protagonistas.[8]

El actual patrón de poder mundial es el primero efectivamente global de la historia conocida: sistema-mundo. En ese específico sentido, la humanidad actual, en su conjunto, constituye el primer sistema-mundo global históricamente conocido, mismo que comenzó a formarse con la *invención de América* y el *encubrimiento/negación* de la humanidad americana. Según Quijano, este sistema mundo tiene en común tres elementos centrales que afectan la vida cotidiana de la totalidad de la población mundial: la colonialidad del poder, el capitalismo y el eurocentrismo. Por supuesto que ni este patrón de poder, ni otro alguno, puede implicar que la heterogeneidad histórico-estructural haya sido erradicada dentro de sus dominios. Lo que implica esta globalidad es un piso básico de prácticas sociales comunes para todo el mundo y una esfera intersubjetiva que existe y actúa como esfera central de orientación valórica del conjunto. Por lo cual, las instituciones hegemónicas de cada ámbito de existencia social son universales para la población del mundo en tanto que modelos intersubjetivos, ya sea el Estado-nación, la familia burguesa, la empresa o la racionalidad eurocéntrica.[9]

> ...sea lo que sea lo que el término modernidad mienta, hoy involucra al conjunto de la población mundial y a toda su historia de los últimos 500 años, a todos los mundos o ex-mundos articulados en el patrón global de poder, a cada uno de sus segmentos diferenciados o diferenciables, pues se constituyó junto con, como parte de, la redefinición o reconstitución histórica de cada uno de ellos por su incorporación al nuevo y común patrón de poder mundial. Por lo tanto, también como articulación de muchas racionalidades.[10]

[8] Quijano, Aníbal, "Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina", *op. cit.*, p. 212.
[9] *Ibid.*, p. 213.
[10] *Ibid.*, p. 215.

Cuando hablamos de "la modernidad", lo importante es vislumbrar que se trata de una historia nueva y diferente; constituida con experiencias específicas y que las cuestiones que esta historia permite y obliga a abrir no pueden ser indagadas, ni contestadas, con el concepto sesgado, provinciano y eurocéntrico de modernidad. Por tanto, nos dice Quijano que afirmar que la modernidad es un fenómeno pura y exclusivamente europeo o que ocurre en todas las culturas, tendría hoy un sentido imposible. En realidad, "se trata de algo nuevo y diferente, específico de este patrón de poder mundial. Si hay que preservar el nombre, debe tratarse, de todos modos, de otra modernidad".[11] Por su parte, Enrique Dussel ha propuesto la categoría de *transmodernidad* como alternativa a la pretensión eurocéntrica de que Europa es la productora original de la modernidad. Según la propuesta del filósofo argentino-mexicano, la constitución del Ego individual diferenciado es lo nuevo que ocurre con América y constituye la marca de la modernidad, pero esto tiene lugar no sólo en Europa sino en todo el mundo —sistema-mundo— que se configura a partir de América. Por esto Dussel señala que el siglo XVI es la "llave" y el "puente", ya moderno, entre el "mundo antiguo" y la conformación acabada del paradigma del "mundo moderno" (modernidad temprana-modernidad madura). Ya en 1514, en la isla de Cuba, Bartolomé de las Casas "capta el problema central político *de toda la modernidad hasta el presente*".[12]

> Europa se abrió a un inmenso espacio exterior. En ese contexto "el Otro" (el indígena y el esclavo africano) será igualmente una Exterioridad constitutiva, de la nueva comprensión del ser humano, como su sombra, como lo ignoto, lo excluido, lo negado... El "yo conquisto" al indio americano será el antecedente *práctico-político*, un siglo antes, del "yo pienso" *teórico-ontológico* cartesiano. Por ello, la historia empírica de la conquista del Caribe, el nacimiento del mestizo y la esclavitud del afro-americano es el origen mismo de la Modernidad en cuanto tal, de la *experiencia ontológica* desde donde se entiende la nueva filosofía europea.[13]

Si se entiende que la "modernidad" de Europa será el despliegue de las posibilidades que se abren desde su "centralidad" en la Historia Mundial y la constitución de todas las otras culturas como su "periferia", se puede comprender que —aunque toda cultura es etnocéntrica— el etnocentrismo europeo moderno es el único que puede pretender identificarse con la "universalidad-mundialidad". El eurocentrismo de la Modernidad radica en haber

[11] *Idem.*
[12] Dussel, Enrique, *Política de la liberación. Historia Mundial y crítica*, Madrid, Trotta, 2007, p. 193.
[13] *Ibid.*, pp. 193-194.

confundido la universalidad abstracta con la mundialidad concreta hegemonizada por Europa como "centro". En este sentido, la modernidad —como nuevo "paradigma" de vida cotidiana, de comprensión de la historia, de la ciencia, de la religión— surge al finalizar el siglo XV, simultáneamente con el dominio del Atlántico. El siglo XVII es fruto del siglo XVI; Holanda, Francia e Inglaterra son ya el desarrollo posterior en el horizonte abierto por Portugal y España. De modo que América Latina entra en la modernidad —mucho antes que Norte América— como la "otra cara" dominada, explotada, encubierta. Es por esto, nos dice Dussel, que si se pretende la superación de la "Modernidad" será necesario negar la negación del *mito de la Modernidad*.[14] Se comprende entonces que sólo mediante la negación del mito civilizatorio y la inocencia de la violencia —fundacional— moderna, es posible reconocer la injusticia de la *praxis* sacrificial colonial. Luego entonces, es posible, igualmente, superar la limitación esencial de la "razón emancipadora" moderna. Esto es, la razón emancipadora como "razón liberadora" o el "eurocentrismo" de la razón ilustrada y la "falacia desarrollista" del proceso de modernización en su forma hegemónica. No obstante, precisa Dussel, esto sólo es posible, incluso para la razón de la Ilustración, "cuando éticamente se descubre la dignidad del Otro (de la otra cultura, del otro sexo y género, etcétera); como personas que han sido negadas por la Modernidad". De esta manera es posible trascender la razón moderna, pero no como negación de la razón en cuanto tal, sino de la razón violenta eurocéntrica, desarrollista, hegemónica. Esto es lo que Dussel plantea como *transmodernidad*.

Aunque Quijano señala que no es seguro que el *Ego individual diferenciado* sea un fenómeno exclusivamente perteneciente al periodo iniciado con América, sí acepta que existe una relación umbilical entre los procesos históricos que se generan a partir de América y los cambios de la intersubjetividad de todos los pueblos que se van integrando en el nuevo patrón de poder mundial como sistema-mundo. Son precisamente esos cambios los que llevan a la constitución de una nueva subjetividad, no sólo individual, sino colectiva; una nueva intersubjetividad. De modo que desde esa perspectiva histórica, es necesario admitir que América y sus consecuencias inmediatas en el mercado mundial y en la formación de un nuevo patrón de poder mundial, implica un cambio histórico verdaderamente enorme y que no afecta solamente a Europa sino al conjunto del mundo. En realidad se trata del cambio del mundo como tal, donde sin duda, un elemento fundante de la nueva

[14] Dussel, Enrique, "Europa, modernidad...", *op. cit.*, p. 48.

subjetividad es la percepción del cambio histórico, lo que desencadena el proceso de constitución de una nueva perspectiva sobre el tiempo y sobre la historia y, por tanto, la idea del futuro como un territorio temporal abierto. Esta nueva perspectiva de la historia es percibida ya no sólo como algo que ocurre, como algo natural o producido por decisiones divinas o misteriosas como el destino, sino como algo que puede ser producido por la acción de las personas —como sujetos de la historia—, por sus cálculos, sus intenciones, sus decisiones; por lo tanto, como algo que puede ser proyectado y, en consecuencia, tener sentido.[15]

Entonces, con América se inicia un entero universo de nuevas relaciones materiales e intersubjetivas. Pero el concepto de modernidad no se refiere únicamente a lo que ocurre en el ámbito de la subjetividad —no obstante la importancia de ese proceso—, sea que se trate de la emergencia del *Ego individual* o de un nuevo universo de relaciones intersubjetivas entre los individuos y entre los pueblos integrados o que se integran en el nuevo sistema-mundo y su específico patrón de poder mundial. Sino que el concepto modernidad da cuenta, igualmente, de los cambios en la dimensión material de las relaciones sociales, esto es, los cambios que ocurren en todos los ámbitos de la existencia social de los pueblos y, por tanto, de sus miembros individuales, tanto en la dimensión material como en la dimensión subjetiva de esas relaciones. Se trata del proceso de constitución de un entero y complejo sistema-mundo y de todo un período histórico, esto es, la Modernidad, como nuevo espacio/tiempo en términos subjetivos y materiales. En ese sentido, la modernidad fue también colonial desde su punto de partida, lo que ayuda a entender por qué fue en Europa mucho más directo e inmediato el impacto del proceso mundial de modernización ligado a las nuevas prácticas sociales implicadas en el naciente patrón de poder mundial capitalista moderno/colonial, mediante la concentración del capital y del asalariado, y la constitución del nuevo mercado mundial. De tal modo que, no sin razón, Dussel afirma que la justificación de la conquista de las culturas que vivían en el actual territorio latinoamericano —filosóficamente— *es el comienzo explícito de la filosofía moderna*, en su nivel de filosofía política global, planetaria:

> —No todavía por su método, pero ciertamente por su temática geopolítica y prematuramente moderna—. Europa debía dar razones para poder ocupar externa y moralmente con buena conciencia 'espacios' considerados 'vacíos' fuera de su propio 'espacio' histórico.

[15] Quijano, Aníbal, *op. cit.*, pp. 215-216.

A partir del siglo XVI, este discurso de ocupación moderno se irá transformando, refinando, "mejorando", a través de los siglos, a fin de intentar probar la racionalidad de la expansión colonial occidental.[16]

Así también, la nueva perspectiva abierta como experiencia e idea, requirió necesariamente la des-sacralización de las jerarquías y de las autoridades, tanto en la dimensión material de las relaciones sociales como en su intersubjetividad; esto es, la des-sacralización, el cambio o el desmantelamiento de las correspondientes estructuras e instituciones. Sólo en este contexto es donde la individuación de las personas adquiere su sentido, al plantear la necesidad de un foro propio para pensar, para dudar, para decidir. Se trata de la libertad individual, en suma, contra las adscripciones sociales —*status* o estamentos— fijadas y, en consecuencia, la necesidad de igualdad social entre los individuos, lo cual abre nuevas posibilidades que madurarán hasta llegar las ideas de la Ilustración.[17]

Al respecto nos dice Helio Gallardo:

> Contra un orden objetivo social y cósmico, y que tornaba imposible el crecimiento del comercio y la ampliación de experiencias de humanidad, el único lugar desde el que se podía levantar la lucha reivindicativa y revolucionaria, contra toda ordenación objetiva, era la *subjetividad del individuo*. Independizar la conciencia racional de la conciencia moral vigente (autonomizar política y racionalmente la conciencia humana de Dios) y levantar desde la subjetividad así liberada y potenciada la propuesta de un nuevo orden político sólo puede hacerse proclamando fueros individuales y subjetivos declarándolos sagrados o, en un movimiento inverso y que contiene sus propios conflictos, secularizando (desencantando) la historia mediante el proceso de expropiar a los expropiadores. No es raro, por tanto, que la demanda por la libertad de conciencia religiosa anteceda, como movilización social, la de la libertad de conciencia, ya ambas se condensan tardíamente en el ethos europeo de la Ilustración. En las condiciones objetivas de dominación de la antigua sociedad, el único espacio posible para hacer emerger una ideología revolucionaria y liberadora era la de la subjetividad individual a la que tendría que proyectarse como *Humanidad* debida, es decir vinculante o sagrada (iusnaturalismo y, posteriormente, idolatría de mercado). Se entiende perfectamente por qué el Derecho natural antiguo, con su énfasis en las *obligaciones objetivas*, no puede constituirse en matriz de configuración de derechos humanos modernos. Esos derechos se imaginaron contra él.[18]

[16] Dussel, *Política de la liberación...*, *op. cit.*, p. 195.
[17] Quijano, Aníbal, *op. cit.*, p. 217.
[18] Gallardo, Helio, *Teoría Crítica: Matriz y posibilidad de derechos humanos*, David Sánchez Rubio (Editor), Murcia, 2004, p. 34.

Sin embargo, las determinaciones capitalistas requerían también —y en el mismo movimiento histórico— que esos procesos sociales, materiales e intersubjetivos, no pudieran tener lugar sino dentro de unas determinadas relaciones sociales de explotación y de dominación,[19] mismas que cristalizan en "la violencia del modo capitalista de lucrar".[20] En consecuencia, la modernidad se constituye como un amplio campo de conflictos por la orientación, los fines, los medios y los límites de estos procesos. Para los controladores del poder, el control del capital y del mercado eran y son los que deciden los fines, los medios y los límites del proceso. De modo que, si bien esos enfrentamientos permiten, a los sectores no dominantes del capital y a los explotados, mejores condiciones de negociar su lugar en el poder y la venta de su fuerza de trabajo, también es cierto que —como bien recuerda Bartra, siguiendo a Marx— la tasa de explotación no es un dato económico, sino resultado de la violenta confrontación social, dado que en su voracidad el gran dinero no reconoce límites morales o biológicos. Así, la medida de la explotación remite a circunstancias histórico culturales y depende de la correlación de fuerzas: es decir, de la capacidad de resistir, presionar y negociar que en un momento se tenga, "y de ese modo la violencia irrumpe en el centro mismo de la reproducción económica del sistema".[21]

La modernidad también es una cuestión de conflicto de intereses sociales. Uno de ellos es la continuada democratización de la existencia social de las personas. En ese sentido, todo concepto de modernidad es necesariamente ambiguo y contradictorio,[22] pues la modernidad abre las condiciones para una secularización específicamente burguesa de la cultura y de la subjetividad, donde el liberalismo se configura como una de las claras expresiones de ese contexto material y subjetivo de la sociedad en la Europa Occidental. No obstante, en el resto del mundo, particularmente en América Latina, las formas más extendidas de control del trabajo son no-salariales en beneficio global del capital, lo que implica que las relaciones de explotación y de dominación tienen carácter colonial, aunque se trate de Estados formalmente independientes desde comienzos del siglo XIX.[23] Así, el eurocentrismo del capitalismo colonial/moderno fue, en ese sentido, decisivo para el destino diferente del proceso de la modernidad entre Europa y el resto del mundo,

[19] Quijano, Aníbal, *op. cit.*, p. 217.
[20] Bartra, Armando, "Preámbulo: la modernidad bárbara", en *El México bárbaro del siglo XXI*, Carlos Rodríguez Wallenius y Ramsés Arturo Cruz Arenas (coords.), UAM-X, CSH, México, 2013, p. 16.
[21] *Ibid.*, p. 17.
[22] Quijano, Aníbal, *op. cit.*, p. 217.
[23] *Ibid.*, p. 218.

donde a final de cuentas, como bien dice Bartra, "mentirosas resultaron a las postre las tres grandes promesas de la modernidad, la *libertad* derivó en crónico estado de excepción, la igualdad desembocó en acumulación primaria permanente [acumulación por desposesión] y la *fraternidad* devino biopoder".[24]

> Lo rescatable de la modernidad no son los consabidos aportes que siempre esgrimen los positivistas: los antibióticos, la comunicación a distancia… Lo rescatable de la modernidad desde la perspectiva del sujeto, es la pasión constructiva que la animó en sus tiempos heroicos y sobre todo la resistencia: lo que logramos a pesar del capitalismo, lo que hicimos a contrapelo. Incluyendo salvarlo —y salvarnos— de su compulsión suicida que lo lleva a depredar sin medida a la sociedad y a la naturaleza. Así lo entendía Karl Polanyi al señalar que el veneno produce su antídoto y que con el capitalismo nace la resistencia al capitalismo.[25]

He aquí el papel crucial de la resistencia ante esta *modernidad bárbara*, así como la pasión humana constructiva de crear y recrear mundos, dando cuenta de la ambivalencia de la subjetividad moderna, que por una parte significa sujetamiento a dispositivos de poder y, por otra, procesos de construcción de subjetividad o de subjetivación. Por esto es importante hablar de lo que se ha hecho a contramano de la modernidad capitalista —*modernidad bárbara*, como la llama Armando Bartra—, esto es, el papel de la resistencia ante "la codiciosa, mercantilista, instrumental y desencantada propuesta civilizatoria de la modernidad capitalista", y los procesos populares de nuestra América como contrapunto y afirmación de su propio proyecto jurídico, económico y político; en su negativa a consentir el sacrificio de la "forma natural" de la vida y su mundo, frente a "la actualización capitalista de las posibilidades abiertas por la modernidad".[26]

Ceguera constitucional y sujeto de derecho

Al culminar los tres siglos de colonialismo hispano en México, el reconocimiento de las desigualdades sociales por la ideología y el Derecho de la dominación hispánica se vio desplazado por una ideología y un Derecho que considera que todos son libres e iguales, social, jurídica y políticamente, dotados

[24] Bartra, Armando, *op. cit.*, p. 11.
[25] *Ibid.*, pp. 11 y 12.
[26] Echeverría, Bolívar, *La modernidad de lo barroco,* México, Era, 2011, p. 15.

de derechos por naturaleza.[27] Concepción del Derecho que choca con todos los supuestos culturales de todos los órdenes anteriores, al concebir al individuo "sujeto de derecho" por naturaleza propia. No obstante, con todo y su aparente carácter emancipador y universalista, el derecho liberal y su punto de partida de igualdad formal, en los hechos, encubren la realidad y son funcionales para un nuevo colonialismo. Precisamente el colonialismo de la segunda etapa de la modernidad —o modernidad madura—, donde la revolución industrial del siglo XVIII y la Ilustración profundizan y amplían el horizonte ya comenzado a fines del siglo XV —primera modernidad o modernidad temprana—. En esta nueva etapa colonial, Inglaterra reemplaza a España como potencia hegemónica,[28] cuya dilatación jurídica se manifiesta de manera visible en el constitucionalismo demoliberal de América Latina en los siglos XIX y XX; especialmente sus versiones liberal y conservadora, mismas que, pese a sus diferencias, coincidían en su paternalismo y desconfianza frente al ejercicio de la soberanía popular como poder constituyente y como poder constituido. Esta desconfianza no provenía únicamente de un puro elitismo político, sino más bien de una ideología que se nutría de la naturalización y justificación seudocientífica que proveía el discurso racista a la matriz de colonialidad del poder.[29]

Como explica Dussel, el pensamiento político de la modernidad eurocéntrica, instaurado en estas tierras con la invasión y posterior conquista de América en 1492, ha definido por lo general el poder como dominación.[30] En este sentido, el Estado Territorial Moderno —invención genuinamente europea y constitutiva del mundo moderno/colonial— nació como un poderoso instrumento de control y dominación, cuyos límites fronterizos delimitan su soberanía. Así, la *razón de Estado* moderno/colonial se colocó —mediante la violencia física y epistémica— por encima de los hombres y las mujeres comunes, instaurando un derecho que se pretende universal y por encima del derecho de los pueblos dominados.[31] Este proceso histórico que desemboca, en nuestra región, en los nacientes estados latinoamericanos, trajo profundas

[27] De la Torre Rangel, Jesús Antonio, "Derechos de los pueblos indígenas", en *Ixtus. Espíritu y cultura. «Con los pies en la tierra o la fuerza de la localidad»,* año XI, núm. 42, México, 2003, p. 70.
[28] Dussel, "Europa, modernidad…", *op. cit.*, p. 47.
[29] Medici, Alejandro, "Los poderes innominados del constitucionalismo latinoamericano. La necesidad de un nuevo marco de comprensión y comparación crítico situado", en *Redhes. Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales,* año IV, núm. 8, Julio-Diciembre, San Luis Potosí, 2012, p. 61.
[30] Dussel, Enrique, *20 tesis de política,* México, Siglo XXI, 2006, p. 13.
[31] Porto Gonçalves, Carlos Walter, "Da geografia às geo-grafias: um mundo em busca de novas territorialidades", en *La guerra infinita. Hegemonía y terror mundial*, Ana Esther Ceceña y Emir Sader (comps.), CLACSO, Buenos Aires, 2002, p. 224.

repercusiones no sólo en el ámbito epistemológico, sino también en el jurídico-político, ya que el modelo de estado constitucional adoptado por las nacientes repúblicas tiene que ver, sin duda, con una pretensión emancipatoria de la modernidad, que es, desafortunadamente, ciega a la colonialidad. Esto significa que su componente jurídico —el Derecho como lenguaje normativo del Estado—, medio de organización con pretensión legitima y legal de violencia, se construirá sobre premisas epistemológicas coherentes con el carácter moderno/colonial.[32] Bajo este esquema, como dice Bartolomé Clavero, "la negación del derecho del colonizado comienza por la afirmación del derecho del colonizador", lo que constituye la manifestación paradigmática de toda una cultura —o bloque de 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 "afortunados individuos" que responden a la concepción liberal de humanidad; naturaleza humana que resulta de una apreciación de lo que serían los individuos humanos con entera independencia de sus relaciones sociales y sus contextos de vida.[33] Así, se consideran seres humanos aquellos que encajan en la nueva subjetividad abstracta y hegemónica: varón, blanco, padre de familia, propietario, letrado y heterosexual.

> El derecho y la formación histórica moderna de lo que se conoce como "espacio público", tienen en Europa un anclaje renacentista e ilustrado a través del cual re-nace el ser humano como Sujeto Universal (y masculino) de la noción misma de "derecho". No otra cosa significa el que los "derechos humanos" de hoy, hayan sido llamados en el siglo XVIII, "derechos del hombre" (droits de L'homme). A esto se han referido autores como Derrida y Butler, que nos hablan de una versión "falogocéntrica" del Sujeto de la modernidad, el individuo ilustrado. Esta versión estaría inscrita en la historia de occidente y habría sido proyectada al mundo en los últimos siglos, a través de multiformes procesos de hegemonía política, militar y cultural.[34]

Clavero señala que el término individuo no es anterior al siglo XVIII y no equivale entonces a *persona*; surge precisamente para significar algo distinto. Con esta nueva expresión, ahora resulta que la mujer o el trabajador son *personas*, pero no *individuos*; cuentan como ubicación propia del *status* de subordinación doméstica, pero no tienen acceso a la condición de sujetos de libertad, condición que se hace extensiva sólo a todas aquellas *personas* que

[32] Medici, Alejandro, *La constitución horizontal..., op. cit.*, p. 31.
[33] Clavero, Bartolomé, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, México, Siglo XXI, 1994, p. 21.
[34] Rivera Cusicanqui, Silvia, *Violencias (re) encubiertas en Bolivia*, La Paz, Piedra Rota, 2010, p. 203.

respondan a los requerimientos de la concepción eurocéntrica de los derechos de libertad y propiedad.[35] Se trata de una nueva subjetividad hegemónica en la que —evidentemente— no encajan los indios americanos —y mucho menos las indias—:

> El indígena que permanece en su cultura y en su comunidad, con su lengua y sus costumbres, es sujeto, pero no puede serlo. No puede serlo para un ordenamiento en el que no caben tales cosas. Lo es, podrá serlo, si las abandona. De no hacerlo, cubre ahora incluso menos requisitos. No hay espacio realmente constitucional para el estado de etnia.[36]

La modernidad occidental gesta la idea del individuo humano como sujeto de derecho sin necesidad de pasar por la persona, esto es, por la categoría tradicional que significaba capacidad jurídica conforme a *status* en la sociedad. Con ello empezó a concebirse que el individuo pudiera tener, sin más, por propia naturaleza, algún derecho no dependiente del orden constituido.[37] Así también se concibe y nace la cultura constitucional y se expande a nuestra *América*, como todo un bloque de cultura —la cultura constitucional— que habla de derechos de los individuos y de una libertad individual identificada con la propiedad privada. Estamos ante la cultura del *individualismo* posesivo que quiere hacerse constitutivo de toda la sociedad humana,[38] reduciendo el fenómeno de lo jurídico al canon liberal de producción normativa que, en términos constitucionales, sienta las bases para el reparto social de los bienes y la palabra, otorgando el monopolio del normar y el nombrar al colonizador. Es en atención a este canon de producción del Derecho y organización política que se sientan las bases de un *Estado aparente* —usando la expresión acuñada por René Zavaleta—; esto es, un Estado que presenta una estructura colonial y patrimonialista, misma que es centralista, monocultural, monorganizativa y excluyente.[39]

Por lo anterior, siguiendo a la jurista brasileña Andressa Caldas, podemos afirmar que dentro del pensamiento jurídico de la modernidad no hay espacio para que se desarrollen integralmente otras subjetividades jurídicas. Esto significa que la definición de lo que son bienes o no y quiénes son sujetos o

[35] Clavero, Bartolomé, *El Orden de los poderes. Historias Constituyentes de la Trinidad Constitucional*, Madrid, Trotta, 2007, p. 49.
[36] *Ibid., Derecho indígena..., op. cit.*, p. 37.
[37] *Ibid., El Orden de los poderes..., op. cit.*, p. 91.
[38] Herrera Flores, Joaquín, Hinkelammert, Franz J., Sánchez Rubio, David y Gutiérrez, Germán, *El Vuelo de Anteo*, Bilbao, Desclée de Brower, 2000, p. 104.
[39] Medici, Alejandro, *La constitución horizontal..., op. cit.*, p. 53.

no, constituye una elección arbitraria, determinada por un modelo de sociedad dado, que puede ser localizado geográfica e históricamente.[40] El derecho occidental moderno sólo reconoce la existencia de una realidad determinada si ésta se cubre con el traje de una de sus formas jurídicas establecidas, sólo así, los hechos de la vida comienzan a existir jurídicamente y producen efectos.[41] Se olvida que el origen del derecho occidental de raíz eurocéntrica se caracteriza por la decisión —fundacional y atributiva— de conferir tal carácter a algunos bienes. Paralelamente a este hecho se encuentra la atribución de titularidad a los portadores de dichos bienes: los sujetos de derecho. Este modelo conceptual se verá universalizado al grado de constituirse en modelo y referente para juzgar y definir lo que es o no jurídico, tomando como punto de partida el análisis de lo que se puede llamar la "racionalidad interna" de los conceptos jurídicos, misma que se caracteriza por su pretensión de atemporalidad, universalidad, neutralidad científica, generalidad y abstracción.[42]

> Para que lo anterior sea factible, el sistema jurídico occidental impone ciertas "formas de raciocinio" que no pueden ser comprendidas sino mediante ciertas restricciones teóricas, ideológicas. Así se constituye aquello que Edelman ha llamado "cordón sanitario". El derecho, a través de sus categorías puras, despolitiza los "problemas políticos", destierra el carácter económico de los "problemas económicos", autodefiniéndose por medio de las fronteras que él mismo hace brotar. De acuerdo con este barniz científico y neutral, la causa del derecho no es la realidad social en sí, sino las ficciones creadas por el propio discurso jurídico. Lo anterior, en gran medida, es posible gracias a un lenguaje autorreferencial, construido en estos términos.[43]

El individualismo, entendido como la afirmación del individuo en cuanto principio y valor, tiene conjuntamente una responsabilidad especial en la formación moderna del Derecho, no sólo en lo que concierne a la construcción de las nociones de "sujeto de derecho" y de "propiedad", sino también en la representación monolítica de la titularidad de los bienes. Para el individualismo, sólo los individuos particulares son lo verdadero —acorde con la escuela nominalista—, esto es, lo propiamente real. Lo social o comunitario se reduce a mera "fórmula conceptual" carente de realidad. De modo que para el individualismo lo que se designa con los nombres de "comunidad" o "sociedad" no son sino la suma de actos internos y externos mediante los

[40] Caldas, Andressa, *La regulación jurídica del conocimiento Tradicional: la conquista de los saberes*. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), Bogotá, 2004, p. 74.
[41] *Ibid.*, p. 34.
[42] *Ibid.*, p. 35.
[43] *Ibid.*, p. 37.

cuales se relacionan los hombres entre sí.[44] "Como es comprensible, de tal modo de ver al ser humano y a la sociedad resulta la negación de todas las exigencias que apelan al bien de cualquier sociedad, cuya existencia se niega por principio".[45] De esta concepción obtenemos —como nos dice Antonio Hespanha— una serie de individuos "desnudos", intercambiables, abstractos, "generales", iguales; meros átomos de una sociedad que, al olvidar tales "cualidades" de las que ahora se puede prescindir, podía también ser olvidada por la teoría social y política. Una vez que se olvida la sociedad, esto es, el conjunto de vínculos interpersonales, lo que queda es el individuo, suelto, aislado, desposeído de sus atributos sociales.[46]

Por ello, las nociones de individuo y sujeto de derecho serán centrales para la comprensión y la constitución de todo el sistema político y jurídico de la modernidad occidental capitalista, pues el modo de producción capitalista exige, para su constitución y como garantía de su conservación, que los intercambios comerciales y la venta de la fuerza de trabajo sean realizados de forma individual y aislada. De tal modo que la equivalencia entre el individuo y el sujeto de derecho no es algo evidente, sino que es construida de acuerdo con las necesidades de este modo de producción, ya que para el éxito de la transformación de la fuerza de trabajo en mercancía resulta indispensable que sus "propietarios" estén aislados, es decir, que entre ellos no exista ningún vínculo o sentimiento de pertenencia.

> De esa forma, los así considerados "individuos" —ya desposeídos de los medios de producción— se ven obligados a vender su fuerza de trabajo por necesidad económica, aunque jurídicamente dichos "sujetos de derecho" sean libres. Según Miaille, "el sujeto de derecho es un sujeto de derechos virtuales, perfectamente abstractos: animado apenas por su voluntad, tiene la posibilidad, la libertad de obligarse, a vender su fuerza de trabajo a otro sujeto de derecho.[47]

En consecuencia, el funcionamiento del modo de producción capitalista depende de la noción de sujeto de derecho y de la atribución de personalidad jurídica a todos los individuos. No obstante, el intercambio de mercancías, que expresa en realidad una relación social —la relación social capitalista— entre el propietario del capital y los propietarios de la fuerza de trabajo, quedará oculto por "relaciones libres e iguales", que en apariencia provienen

[44] *Ibid.*, p. 41.
[45] De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *Del pensamiento jurídico contemporáneo. Aportaciones críticas*, CEDH y UASLP, San Luis Potosí, 2006, p. 24.
[46] Caldas, *op. cit.*, pp. 41-42.
[47] *Ibid.*, p. 50.

únicamente de la "voluntad de individuos independientes", lo que en el plano jurídico adoptará la forma de una institución: la del *sujeto de derecho*.[48] Así se comprende que la implantación del modo de producción capitalista haya traído consigo la necesidad de universalización de estos conceptos, esto es, que todos deben convertirse necesariamente en propietarios —de medios de producción o de la fuerza de trabajo que venden—, ocultando toda relación de dominación y explotación tras el velo de la autonomía de la voluntad. Es por esto que Pietro Barcellona afirma que, en la época moderna, el sujeto se presenta en calidad de propietario: el sujeto de derecho moderno es el sujeto de la propiedad moderna.[49] Sin embargo, es importante advertir que estas nociones teóricas —modernas— fueron construidas en un momento histórico dado y, una vez elaboradas, adquirieron un movimiento retroactivo que llega a abarcar todo el pasado, lo que hace difícil no pensar que han existido desde siempre. Además de que el uso de estas categorías —como explican Karl Polanyi e Iván Illich— obedece a la lógica economicista que pretende que todos debemos, por derecho, vivir igual —como *homos aequalis*—, a pesar de que en la antigüedad era impensable que dos comunidades o pueblos vivieran de la misma manera o, mucho más difícil de pretender, que alguna de ellas impusiera su modo de vida a otras.

En atención a esto, Caldas muestra la función ideológica de esta conceptualización del sujeto de derecho y de la propiedad privada, haciendo un análisis de la idea de derecho subjetivo en Hans Kelsen:

> Para Kelsen, la noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera persistente en el individuo o en ciertas colectividades… la función ideológica de esta conceptualización del sujeto de derecho como portador del derecho subjetivo "trata de mantener la idea de que el derecho subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables". Kelsen continúa afirmando que no resulta difícil comprender por qué la ideología de la subjetividad jurídica se vincula con el valor ético de la libertad individual, de la personalidad autónoma, cuando en esta libertad también está incluida siempre la propiedad.[50]

[48] *Ibid.*, p. 51.
[49] Barcellona, citado en *Ibid.*, p. 90.
[50] *Ibid.*, p. 52.

El influyente jurista austriaco busca la perennidad e inmutabilidad del derecho de propiedad, suprimiendo —ocultando— el momento histórico en que surge dicha categoría, pues aborda el análisis desde el punto de vista de la atemporalidad. El efecto de esto en nuestra América —como ya lo hemos dicho— no es la universalización del Derecho, sino la entronización del canon eurocéntrico y colonial de producción normativa, y la expulsión radical de cualquier otra forma o manifestación jurídica. En otras palabras, la imposición de un derecho individualista cuyo contenido favorece el desarrollo del modo de producción capitalista, con todas sus consecuencias alienantes; y es que el individualismo liberal como amplio marco ideológico, unido a otros factores históricos, va a fomentar el desarrollo del modo de producción capitalista, caracterizado por la idea del predominio del capital como factor de producción sobre el trabajo y la apropiación privada de los medios de producción, lo que acarrea la separación entre la posesión del capital y la fuerza de trabajo. Con lo cual surgen dos tipos de personas o clases sociales: la burguesía —dueña de los medios de producción— y el proletariado —dueño sólo de su fuerza de trabajo—. Este último alienado por la primera.[51]

Dicha entronización del derecho de la modernidad colonial, en nuestro país, tiene como consecuencia, no sólo que el indígena se encuentre en una posición subordinada frente al colonizador y su derecho —como en el orden jurídico novohispano—, sino que ahora resulta que no tiene sitio ninguno si no se muestra dispuesto a abandonar completamente sus costumbres y a deshacer enteramente sus comunidades para lograr integrase en el único mundo constitucionalmente concebible del derecho moderno.[52] Por lo que tiene razón Rivera Cusicanqui cuando afirma que "el igualitarismo de los liberales se convirtió así en una mera fachada retórica, donde las palabras se usaban para encubrir la realidad, no para nombrarla".[53] A final de cuentas, la moraleja de esta historia —explica Medici— es que no podemos creer ingenuamente que esta dialéctica en el estado constitucional, entre derechos y poderes, es un resabio o algo inventado por el capitalismo salvaje neoliberal, sino que esos síntomas de malestar en la cultura jurídica de nuestra región son, en realidad, el tramo actualmente visible de una larga historia del constitucionalismo moderno/colonial que debemos rastrear, entonces, con una mirada geopolíticamente situada.[54]

[51] De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *Del pensamiento jurídico..., op. cit.*, pp. 55-56.
[52] Clavero, Bartolomé, *El Orden de los poderes..., op. cit.*, p. 26.
[53] Rivera Cusicanqui, Silvia, *Gestión Pública Intercultural. Pueblos Originarios y Estado*, Servicio Nacional de Administración de Personal, La Paz, 2008, p. 31.
[54] Medici, Alejandro, "Los poderes innominados…", *op. cit.*, p. 60.

El sujeto de derecho producido por el dogmatismo jurídico liberal hegemónico es entendido como un individuo competitivo, abstracto, ahistórico —descontextualizado— y universal. Esto se encuentra fundamentado en una falacia que propugna una razón pura universal y de igualdad formal, o igualitarismo liberal. De manera que resulta necesario hacer una crítica a este dogmatismo, precisamente desde los márgenes de la cultura jurídica occidental, ya que, según la concepción liberal, los Derechos Humanos se determinan independientemente de las condiciones sociohistóricas de los sujetos —como explica Manuel Gándara—. De esta manera, los derechos se definen teniendo como punto de partida justificaciones de carácter metafísico o religioso, o desde una determinada comprensión de la naturaleza humana, por tanto, deben poseer un carácter universal. No obstante, tal universalidad se concibe de manera abstracta, desconociendo la configuración de los factores sociales que afectan de manera diferenciada a las personas y los grupos. Así se incurre en una dejación de las condiciones socioeconómicas y de las construcciones culturales desde las cuales los derechos se conciben y son, o no, susceptibles de hacerse efectivos.[55]

Siguiendo el pensamiento de Joaquín Herrera Flores y Helio Gallardo, el mismo Manuel Gándara nos dice que esta concepción abstracta de los derechos no sólo desconoce, sino que oculta las condiciones materiales y las relaciones sociales y políticas, que están marcadas por profundas diferencias y asimetrías de poder. Tal práctica de invisibilización es funcional al sostenimiento y reproducción de un cierto tipo de condiciones históricas. Junto a la abstracción, el liberalismo afirma el formalismo legal que defiende la necesidad de una positividad normativa indiferente a las especificidades propias de las condiciones materiales en que las personas realizan su vida. Se sostiene la igualdad formal ante la ley en obligaciones y capacidades jurídicas, al tiempo que se desconoce y oculta la desigualdad de fondo que subyace al sistema de relaciones sociales marcado por lógicas de dominación, explotación y discriminación. Se descalifica y oculta de este modo el papel que las personas, grupos, colectivos, pueblos y movimientos sociales juegan en la definición, construcción y sostenimiento del derecho, en la búsqueda por satisfacer sus necesidades y expectativas de vida, en el marco de una disputa de poder entre distintas concepciones de lo que debe ser la realidad social.[56]

Como explica Santiago Castro-Gómez, con la modernidad/colonial, la formación del ciudadano como *sujeto de derecho*, sólo es posible dentro del

[55] Gándara, Manuel, *Hacia un pensamiento Crítico de Derechos Humanos. Aportes en Diálogo con la Teoría de Joaquín Herrera Flores*, Tesis Doctoral, Sevilla, 2013 (mimeo), pp. 237-238.
[56] *Ibid.*, p. 238.

marco de una escritura disciplinaria. En este caso, dentro del espacio de legalidad definido por la Constitución: la cultura constitucional. La función jurídico-política de las constituciones modernas es, precisamente, inventar la ciudadanía, es decir, crear un campo de identidades homogéneas que hicieran viable el proyecto moderno de la gubernamentabilidad.[57] De modo que, la *invención de la ciudadanía* y la *invención del otro*, se hallan genéticamente relacionados; crear la identidad del ciudadano moderno en América Latina implicó generar un *contraluz* a partir del cual esa identidad pudiera medirse y afirmarse como tal. En otras palabras, la construcción del imaginario de la "civilización" exigió necesariamente la producción de su contraparte: el imaginario de la "barbarie" —el hombre de razón frente al indio—. Se trata de imaginarios que poseen una materialidad concreta, en el sentido de que se hallan anclados en sistemas abstractos de carácter disciplinario como la escuela, la ley, el Estado, las cárceles, los hospitales y las ciencias sociales. Es precisamente este vínculo entre conocimiento y disciplina lo que permite hablar del proyecto de la modernidad como el ejercicio de una violencia epistémica y el proceso de gubernamentalización como una nueva racionalidad del poder; traducida en un colonialismo interno/externo.[58]

> ...la modernidad es un "proyecto" en la medida en que sus dispositivos disciplinarios quedan anclados en una doble gubernamentabilidad jurídica. De un lado, la ejercida hacia adentro por los estados nacionales, en su intento por crear identidades homogéneas mediante políticas de subjetivación; de otro lado, la gubernamentabilidad ejercida hacia afuera por las potencias hegemónicas del sistema-mundo moderno/colonial, en su intento de asegurar el flujo de materias primas desde la periferia hacia el centro. Ambos procesos forman parte de una sola dinámica estructural.[59]

Es comprensible entonces que el colonialismo moderno/colonial, así como su expresión jurídica, constituyan una relación de dominación fundada en la guerra —la conquista como violencia fundacional— y la prolongación de sus efectos en la "paz"; "esto es lo que abre las puertas al orden de la soberanía y un régimen jurídico que es el poder absoluto": el Estado Territorial Moderno. Este poder absoluto se finca en el miedo, en "la voluntad de preferir la vida a la muerte", como fundamento de la soberanía que —en palabras de Michel Foucault— "es tan jurídica y legitima como la constituida según el modelo

[57] Castro-Gómez, Santiago, "Ciencias sociales, violencia epistémica y el problema de la 'invención del otro'", en Lander, Edgardo [comp.], *La colonialidad..., op. cit.*, p. 149.
[58] *Ibid.*, p. 151.
[59] *Ibid.*, p. 153.

de la institución y el acuerdo mutuo".[60] Lo que propone la teoría de la soberanía es constituir lo que Foucault llamó el ciclo del sujeto [súbdito], esto es, cómo el sujeto —entendido como individuo dotado naturalmente (o por naturaleza) de derechos— puede y debe convertirse en un sujeto [súbdito] sometido a una relación de poder. De este modo, Foucault pone en evidencia las relaciones de dominación y los instrumentos técnicos que permiten asegurarlas, preguntándose, no el por qué y en nombre de qué derechos los individuos pueden aceptar dejarse someter —Leviatán hobbesiano—, sino cómo son fabricados como sujetos [súbditos] por medio de las relaciones de sometimiento concretas. Lo relevante es "la fabricación de sujetos [súbditos] más que la génesis del soberano".[61] Lo que, llevado al ámbito de colonialismo, puede denominarse como la fabricación de *sujetos coloniales*, utilizando la expresión de John Sullivan.[62]

En esta línea, Santiago Castro-Gómez hace hincapié en el vínculo entre modernidad y colonialismo, es decir, en el impacto de la experiencia colonial en la formación de las relaciones propiamente *modernas* de poder en América, ya que es a partir del colonialismo que se generó este tipo de poder disciplinario que caracteriza a las sociedades modernas. Esto significa que el Estado-nación moderno, no sólo ejerce un poder soberano dentro de un determinado territorio, sino también opera como una "maquina generadora de otredades" que deben ser disciplinadas.[63]

> ...la expoliación colonial es legitimada por un imaginario que establece diferencias inconmensurables entre el colonizador y el colonizado. Las nociones de "raza" y de "cultura" operan aquí como un dispositivo taxonómico que genera identidades opuestas. El colonizado aparece así como lo "otro de la razón", lo cual justifica el ejercicio de un poder disciplinario por parte del colonizador. La maldad, la barbarie y la incontinencia son marcas "identitarias" del colonizado, mientras que la bondad, la civilización y la racionalidad son propias del colonizador. Ambas identidades se encuentran en relación de exterioridad y se excluyen mutuamente. La comunicación entre ellas no puede darse en el ámbito de la cultura —pues sus códigos son inconmensurables— sino en el ámbito de la Realpolitik dictada por el poder colonial. Una política "justa" será aquella que, mediante la implementación de mecanismos jurídicos y disciplinarios, intente civilizar al colonizado a través de su completa occidentalización.[64]

[60] Foucault, Michel, *Defender la Sociedad. Curso en el Collège de France (1975-1976)*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, pp. 92-93.

[61] *Ibid.*, pp. 49-51.

[62] *Cfr.* Sullivan, John, "La congregación como tecnología disciplinaria en el siglo XVI", en *Estudios de Historia Novohispana*, vol. 16, núm. 16, México, 1996.

[63] Castro-Gómez, Santiago, *op. cit.*, p. 152.

[64] *Ibid.*, p. 153.

Como explica Alejandro Medici —siguiendo a Giorgio Agamben y Michel Foucault—, en los estados modernos el discurso de los derechos humanos y la ciudadanía ha sido la forma de sacralizar la *nuda vida* (*zoé*) en tanto que vida natural (dato biológico), para inscribirla en el Derecho como *vida políticamente cualificada* (*bíos*). De acuerdo con este discurso, el simple nacimiento de los seres humanos, en tanto que libres, iguales y dotados de derechos innatos —conforme al canon liberal—, marca el fundamento de la bíos, la vida políticamente cualificada; el sujeto de derecho.[65] Sin embargo, lo cierto es que mientras se constitucionaliza la vida como sagrada en forma de derechos, en la realidad, en los espacios sociales disciplinarios y productivos, se administra biopolíticamente la *nuda vida*. De este modo la *bíos*, en tanto vida políticamente *calificada*, aparece en la esfera de la circulación como fundada en la sacralidad de la *zoé*, al tiempo que ésta es sometida, en el plano de la biopolítica y de la disciplina, a una administración normalizadora".[66] Así, junto a la idea del poder —sujeción al poder—, aparece la idea de la libertad —derechos humanos—. Se trata de la noción liberal de autonomía de los sujetos, ligada al discurso iusnaturalista contractualista, en el que la zoé siempre implica la libertad e igualdad; y los derechos innatos de las personas deben ser asegurados por la *bíos* o *la vida políticamente calificada*.[67]

No obstante, lo absurdo de este discurso consiste en que la afirmación política de la sacralidad de la vida y, al mismo tiempo, su carácter biopolíticamente prescindible, constituyen una paradoja de la concepción de los derechos humanos desde la perspectiva liberal, ya que éstos inicialmente no son más que la inscripción de la nuda vida (zoé) en el orden jurídico político de los estados modernos. Así, el "sujeto" deviene objeto asujetado a políticas de administración de la vida, ya que los dispositivos biopolíticos constituyen una *tekné* al servicio de la administración de las corporalidades, mismas que son inventariadas considerando su valor como bien de capital, ya sea como bienes de uso o sobrantes carentes de valor por los poderes de normalización.[68] En este sentido, tiene razón Agamben cuando dice que la *nuda vida* se encuentra tutelada por los llamados derechos humanos, sin embrago, también esto implica su sometimiento a un poder soberano (sujetos [súbditos]). Se considera a la población en tanto que conjunto de vivientes sometidos a

[65] La *bíos*, la comunidad política en tanto que forma de vida específica. Una forma de vida políticamente cualificada orientada al buen vivir, como decía Aristóteles.

[66] Medici, Alejandro, *El malestar en la cultura jurídica. Ensayos críticos sobre políticas del derecho y derechos humanos*, Universidad de la Plata, Buenos Aires, 2011, p. 90.

[67] *Ibid.*, p. 78.

[68] Eroles, Carlos, Gagneten, María Mercedes y Sala, Arturo, *Antropología, Cultura Popular y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Espacio, 2004, pp. 61-62.

las constantes biológicas de la especie. Esto es, la vida comprendida simplemente como dato biológico, determinada a partir de la vigencia de las funciones biológicas del cuerpo. En este sentido, la *vida* llega a ser un dato más de la *función de producción*. La *vida* es la productividad o utilidad de un cuerpo. Entonces, la *vida* resulta escindida de su ámbito social y natural, queda reducida a un dato individual, aislable y en última instancia colateral. En consecuencia, la vida —o las vidas— son prescindibles, por el hecho de que son reproducibles.[69]

> La sacralidad de la vida, que hoy se pretende hacer valer frente al poder soberano como un derecho humano fundamental en todos los sentidos, expresa, por el contrario, en su propio origen una sujeción de la vida a un poder de muerte, su irreparable exposición en la relación de abandono… La gran metáfora del *Leviatán*, cuyo cuerpo está formado por todos los cuerpos de los individuos, ha de ser leída a esta luz. Son los cuerpos absolutamente expuestos a recibir muerte, de los súbditos los que forman el nuevo cuerpo político de occidente.[70]

Esta biopolítica es analizada por Giorgio Agamben rescatando una vieja figura del derecho romano, el *homo sacer*; figura jurídica que se refiere a una persona proscrita que puede morir o ser asesinada por cualquiera con impunidad, su muerte no es éticamente condenable. Si bien, según Agamben, el paradigma biopolítico moderno es el campo de concentración, su manifestación actual la podemos encontrar en los cada vez más amplios procesos de exclusión dentro de nuestras sociedades en el contexto de un neoliberalismo salvaje, que subordina la lógica de los derechos humanos, la autonomía, la autoestima y la responsabilidad de los seres humanos a la lógica de los "buenos negocios" o, como diría Franz Hinkelammert, a una lógica de *eficiencia sacrificial* que prima la relaciones mercantiles sobre la vida humana y el *lugar* en el que se desarrolla. No obstante, es necesario destacar —como explica Medici— que la gubernamentalidad liberal se ejerce, no sólo ni directamente, por el estado soberano, sino a través de una serie de dispositivos de poder que influirán indirectamente en las conductas de la población; "una retícula de saberes, poderes, disciplinas, normas morales y jurídicas, reglas, trozos y retazos de discursos de distintos géneros, articulados de forma estratégica y flexible para responder a la necesidad de producir efectos de poder".[71]

[69] *Cfr.* Neri Pereyra, Juan Pablo, "Reterritorialización. Fugas para pensar el Estado Plurinacional", en *Pluralismo. 11 Tesis*, Centro de Estudios Constitucionales, La Paz, 2013.
[70] Agamben, Giorgio, *Estado de Excepción. Homo sacer II, 1*, Pre-Textos, Valencia, 2010, p. 159.
[71] Medici, Alejandro, *El malestar…, op. cit.*, p. 58.

De modo que es factible definir la gubernamentalidad liberal como la conducción de las conductas a través de formas indirectas, de modo tal que la acción directa del Estado se reduce a un mínimo indispensable y se invisibiliza lo máximo que sea posible, articulando diferentes "modos de subjetivación" de los seres humanos en la cultura occidental. El racismo se articula con el poder colonial para construir la imagen de etnias y pueblos inferiores. Luego, al interior de la propia sociedad y gubernamentalidad liberal, la biopolítica de la peligrosidad social y el racismo construirán la dimensión de colonialidad interior del propio biopoder.[72] De este modo, la expoliación colonial se ve legitimada mediante el uso de las nociones de "raza" y de "cultura" como dispositivo taxonómico que genera identidades opuestas, ligado al concepto de la "colonialidad del poder", que amplía y corrige el concepto foucaultiano de "poder disciplinario", al mostrar que los dispositivos panópticos erigidos por el Estado moderno se inscriben en una estructura más amplia, de carácter mundial, configurada por la relación colonial entre centros y periferias a raíz de la expansión europea.[73] En otras palabras, la gubernamentalidad liberal opera mediante *inclusiones realmente excluyentes* —incluyen excluyendo y excluyen incluyendo—, que privan de derechos, pero no permiten escapar a poderes.

Esto es así porque el paradigma moderno/colonial se ha construido con base en categorías dualistas (o abismales), tales como: objeto y sujeto, materia y espíritu, cuerpo y mente, emoción y razón, sociedad e individuo, donde el segundo de los términos fue marcado como el significado dominante adscripto al punto de enunciación imperial desde donde se juzga, se mide y se establecen los estándares de lo normal y lo deseable: lo moderno.[74] Así también, nos recuerda Bartolomé Clavero, "la posición de libertad es tan radical que genera sus propios presupuestos. Sólo el hombre que se concibe y actúa de tal manera, como propietario de sí mismo para la apropiación de la naturaleza, es libre". Se trata de un prototipo que se presume europeo y moderno y del que puede, por tanto, excluirse todo resto de humanidad: "no es un juego de palabras deducir entonces que no todo hombre es libre, sino tan sólo el hombre libre, esto es, el no esclavo, no objeto de propiedad, y además propietario él mismo en los términos de una determinada cultura de la apropiación".[75]

[72] *Ibid.*, p. 68.
[73] Castro-Gómez, Santiago, *op. cit.*, p. 153.
[74] Medici, Alejandro, *La constitución horizontal…, op. cit.*, p. 150.
[75] Clavero, Bartolomé, *El orden de los…, op. cit.*, p. 88.

Con base en este paradigma, no sólo se han construido subjetividades, sino también territorialidades; se ha construido la naturaleza como externa a la cultura y en función de lo cual se ha re-organizado el tiempo y el espacio —un nuevo tiempo y espacio hegemónico, dirían los zapatistas chiapanecos—. Se trata de una lógica abstracta y ciega a las condiciones materiales de existencia, apuntalada por el formalismo jurídico que prioriza el "derecho" sobre el "bien", mediante la sublimación de la norma jurídica y sus procedimientos —derecho positivo y sus garantías— frente a los proyectos vitales y los valores que conforman la concepción de una "vida digna de ser vivida" —el buen vivir o la buena vida—, concebida desde otros "lugares" sociales u otros lugares de enunciación del derecho. Sucede, como dice Joaquín Herrera Flores, que sublimamos el fundamento en una huida hacia la forma. Llegando con ello a basar todo nuestro análisis en una hostilidad hacia la materialidad —y/o eficacia— de los productos culturales.[76]

Sin duda alguna, la objetivación de los derechos es una faceta importante de los derechos humanos, ya que el proceso de institucionalización y reconocimiento normativo —a escala nacional e internacional— es consecuencia de movimientos y procesos sociales que se crearon para reivindicar mayores espacios de libertad y denunciar distintas formas de exceso del poder (económico, cultural, étnico, libidinal…). De ahí la importancia que tiene la dimensión jurídico-positiva de los derechos humanos, pues muchos son los colectivos que luchan por este tipo de reconocimiento que objetiva sus reivindicaciones. No obstante, darle una excesiva importancia a esta dimensión, hasta considerarla el único camino posible para la dignidad humana —la vida buena—, provoca varias consecuencias negativas, entre las que destaca el blindaje de los derechos que merecen ser tratados bajo la categoría de fundamentales y los que no, impidiendo y limitando la dimensión histórica, dinámica, inconclusa y abierta de los mismos y su multifacética opción de que puedan existir sin que sea necesaria una norma que los convierta en reales al ser institucionalizados.[77] Por ello, esta crítica va encaminada a desmantelar la postura liberal y positivista que se autopostula como el único y verdadero camino para alcanzar una "vida buena". Como bien nos dice el economista

[76] Herrera Flores, Joaquín, "Reseña el malestar de la cultura jurídica", en *Redhes. Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, año III, núm. 5, enero-junio, San Luís Potosí, 2011, p. 190.

[77] 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 *Revista de investigaciones jurídicas*, núm. 38, Escuela Libre de Derecho, México, 2014, p. 550.

ecuatoriano, Alberto Acosta, el Buen Vivir es un concepto plural, al grado de que sería mejor hablar de "buenos vivires" o "buenos convivires".[78]

De esto se desprende que idealizar y universalizar una determinada configuración de derechos, dificulta e imposibilita acciones sociales alternativas para el acceso a los bienes; y es que, inmemorialmente, cada formación social tiene y va construyendo históricamente sus caminos hacia la dignidad. No obstante —dice Herrera Flores—, lo que diferencia la modernidad occidental de otras modernidades u otros contextos de relaciones, es que en occidente la forma hegemónica ha tenido desde sus orígenes una vocación expansiva y global —colonial—, cuando en realidad ésta tradición —o canon—[79] es una forma entre otras que, como cualquier proceso de reacción cultural frente al sistema de relaciones dominante, exige o necesita —para su perfeccionamiento— relacionarse e interactuar con otras formas que puedan generar legitimidad democrática.[80] La cultura constitucional y el planteamiento de los derechos humanos, si bien es cierto que poseen un importante potencial emancipador, también lo es que forman parte de nuevas formas de sometimiento y dominación, al ser producto de una matriz colonial/moderna que instituye e impone "el modo" a partir del cual se accede a los bienes exigibles para una vida digna; un orden jurídico/político impuesto y hostil hacia la materialidad de la vida y el contexto político, económico, social y cultural donde se instaura. Así que, la cultura constitucional se constituye —valga la redundancia—, en nuestra América, como uno de los pródromos del *malestar de nuestra cultura jurídica* —como diría Alejandro Medici—, al haber sido erigida sobre un bloque de cultura que padece de ceguera —la *ceguera ilustrada*—, pues aun dotando de ciudadanía, en los hechos excluye y oculta a la humanidad indígena, en la dilatación de los poderes coloniales; sumergiendo la realidad en su albura luminosa que impide ver la materialidad abigarrada de *Nuestra América*.[81]

[78] Acosta, Alberto, "El Buen Vivir, un alternativa al desarrollo", en *La jornada del Campo*, núm. 73, México, 19 de octubre de 2013.

[79] Entendido a la manera de Bolívar Echeverría, esto es, "más como un principio generador de formas que como un conjunto de reglas". Ver Echeverría, Bolívar, *op. cit.*

[80] *Cfr.* Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica al humanismo abstracto*, Catarata, Madrid, 2005.

[81] No es una casualidad que Manuel Chacón, el mítico personaje de la novela "Redoble por Rancas", de Manuel Scorza, sea apodado el nictálope (que ve mejor de noche que de día). El mundo de la resistencia indígena se mueve en la oscuridad, lejos del pensamiento ilustrado —el mundo de las luces—, ya que, como hemos visto, el mundo colonial es el lado oscuro de la modernidad. Silvia Rivera Cusicanqui explica, hablando del mundo andino, que "el hecho, por ejemplo, de que *ch'ama* (fuerza) tenga una raíz paralela y similar a *ch'amaka* (oscuridad) de alguna manera confirma una idea: el poder indígena es nocturno. Porque en el mundo al revés, lo diurno es el poder colonizador y lo queda por debajo, lo que se ejerce de un modo clandestino, es el poder propio. Y ahí están las deidades

Como dice Clavero, se trata de una "exclusión realmente incluyente", que priva de derechos; el derecho propio, la lengua propia, la cultura propia, al tiempo que no permite escapar a poderes: ya sean constituidos o innominados —ambos coloniales—.

> ...el prejuicio científico y no sólo jurídico de la parte constitucional, impide ver unas cosas a fin y al cabo tan elementales. Y es un prejuicio que se ha hecho cultura general de la sociedad constitucional y cultura especial de sus juristas. El jurista cree como nadie en el *homme par exellence*, en el sujeto de derecho conforme a todas las presunciones universalistas de su cultura particular. [...] Y es una posición por la que puede comprenderse lo incomprensible: que un parte de la humanidad entienda que la representa toda y que puede con ello concebir un derecho para toda ella.[82]

Lo que se crea en realidad es un requisito constitucional de fondo colonial, que consiste en el abandono de las culturas, lenguas y costumbres —Derecho— indígenas, bajo el supuesto de que no existe otra alternativa porque la Constitución —con sus idiomas y formas de vida propios— sería la única que confiere derechos —de libertad, igualdad, etcétera— de los que se carece fuera de ésta. Se trata de una presunción que implica la suspensión de la Declaración de Derechos en tanto que el requisito —del abandono, la renuncia— no se cumpla, aun en los casos en que la Constitución se encabeza por el reconocimiento de libertades.[83] En realidad se trata de un mecanismo jurídico de segregación, exclusión y autoexclusión que subordina a los sectores indígenas condenándolos a la degradación, el anonimato colectivo y la pérdida de un perfil diferenciado. Asimismo, paradójicamente, todas estas renuncias se imponen en nombre de una identidad ciudadana que resulta, en los hechos, formal, ilusoria y precaria.[84] Ya desde finales del siglo XVIII, Francisco de Goya advertía, en su serie de grabados *Los Caprichos*, que "el sueño de la razón engendra monstruos". Sátira que muestra magistralmente cómo la modernidad procreó monstruos cegados por los prejuicios de la razón ilustrada, en su pretensión de ordenar a su modo el mundo. Esta razón ilustrada se vio cristalizada —en el ámbito del Derecho— en la cultura constitucional y —en

de la oscuridad, por eso el *ch'amakani* es el *yatiri* más fuerte, el más profundo, porque maneja la fuerza de la oscuridad. El hecho es que ese mundo tiene que volver a salir a la luz". *Cfr.* Rivera Cusicanqui, Silvia, "Ciudadanía se escribe en plural", en *Ágora. Unidad de información pública*, núm. 1, La Paz, Julio 2005. Asimismo, las alusiones a la noche en la *Cuarta Declaración de la Selva Lacandona* del EZLN van en el mismo sentido; la acumulación de fuerzas en la oscuridad —la larga noche de los 500 años— y la promesa que se hace mañana.

[82] Clavero, Bartolomé, *Derecho indígena..., op. cit.*, p. 166.

[83] *Cfr. Id., El orden de los poderes..., op. cit.*

[84] Rivera Cusicanqui, Silvia, *op. cit.*, pp. 35 y 36.

el ámbito científico— en el espejismo prometeico de la técnica como poder sin límite; ambos configurados con base en una voluntad desproporcionada de saber, cuya desembocadura es una modernidad canalla con sus formas de acumulación de riqueza desarraigada de todo control comunitario y un sueño de ubicuidad que, como dice Iván Illich, "es la pesadilla que uno puede estar presente en todas partes y arreglar los asuntos del otro lado del mundo".[85]

Territorialidad (corporalidad) indígena

Una vez que hemos llegado a este punto, cabe hacer una crítica certera a la forma en que se ha construido la idea de derechos humanos en occidente. Es decir, a que los derechos humanos han sido ligados indefectiblemente a una matriz moderna de tracto colonial —o moderna/colonial—. El problema con esta visión reduccionista sobre los derechos humanos, radica en que mediante su imposición y expansión planetaria se han legitimado ciertas prácticas económicas y políticas que imposibilitan una vida digna para amplios colectivos sociales, pues de la misma manera se difunden e imponen ciertos valores y prácticas sobre el mundo. Por esto es necesario abrir a debate qué entiende el *Otro* —como sujeto político y epistemológico diverso— por derechos humanos, sobre la base de su propia realidad, su sentido del buen vivir y su concepción sobre la dignidad humana. La crítica a la que hacemos referencia se ha venido haciendo desde la praxis concreta de pueblos indígenas y campesinos —como sujeto de la praxis—, desde los albores de la modernidad hasta nuestros días.

La praxis histórica de liberación constituye el fundamento socio-histórico de los Derechos Humanos; se trata de procesos de lucha por la dignidad que no siguen necesariamente el formato del reconocimiento formal y normativo, sino que se objetivan con otro tipo de instancias no encuadradas en el parámetro occidental y burgués del estado-nación. Procesos abiertos a una dimensión histórica e inconclusa, así como a la multifacética opción de que puedan existir sin que sea necesaria una norma que los convierta en reales por ser vestidos formal e institucionalmente. Así, siguiendo a Gallardo y Sánchez Rubio, podemos afirmar que "el fundamento de derechos humanos no es filosófico sino sociológico". El fundamento de los mismos se encuentra en la sociedad civil, en su dinámica emergente liberadora y en sus movimien-

[85] Robert, Jean, *La crisis: el despojo impune. Cómo evitar que el remedio sea peor que el mal*, Jus, México, 2010, p. 21.

tos sociales contestatarios que, mediante la praxis —desde diversos espacios de lucha— de distintos actores antagonistas a las formas dominantes —hegemónicas— de acceso a los bienes, construyen las condiciones de su dignidad, y asumen deberes con respecto al entorno y a los otros —tramas de reconocimientos mutuos, sobre todo de los más vulnerables—.[86]

En la praxis de liberación se busca la recuperación de la mirada y la palabra propia, así como un acceso igualitario a los bienes, rompiendo los procesos dominantes de división social del hacer humano. Así, la praxis abre un espacio temporal y espacial en el que el acto —el hacer humano— puede intervenir en una situación que se considera injusta, evitando, con ello, todo cierre categorial (ontologización) de la historia; abriendo y consolidando espacios de lucha por la dignidad humana, al margen —e incluso contra— del Estado. De modo que esta crítica jurídica va encaminada a desmontar las falacias que subyacen a la cultura constitucional moderno/colonial y apuesta por un paradigma pluralista del derecho, sobre la idea de que éste no se limita al orden normativo vigente. Para vislumbrar la dimensión jurídica de este tema, es fundamental comprender la existencia de juridicidades que entran en conflicto: un derecho producido por el Estado y *otro derecho que nace del pueblo*,[87] como juridicidad que se fundamenta en la exigencia de derechos más allá del derecho positivo, con base en un concepto histórico de justicia que resulta alternativo al concepto de *justicia conservadora* de la legalidad vigente. Lo cual no soslaya la importancia del derecho en su versión positiva como herramienta de lucha. Se trata pues, de una vetusta brega por el poder simbólico; una "disputa por el derecho de decir el derecho".[88]

En nuestras abigarradas sociedades latinoamericanas, en general, y en México, en particular, muchos son los colectivos y pueblos que reivindican derechos humanos desde marcos y expresiones no estatales; los cuales se visualizan y efectivizan mejor desde un paradigma pluralista del derecho, que crítica el monismo jurídico producto de la modernidad. El pluralismo jurídico, en su versión emancipadora y desde abajo, puede ofrecer una dimensión reguladora no cerrada de la convivencia social y comunitaria, que se manifestaría de una manera más abierta y flexible a la acción individual y colectiva de los miembros de una sociedad, siendo menos rígida que la ofrecida por las normas jurídico-estatales.[89] Entonces, es indispensable visibilizar que

[86] Sánchez Rubio, David, *op. cit.*, p. 551.

[87] *Cfr.* De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *El derecho que..., op. cit.*

[88] *Cfr. Id.*, "Los Acuerdos de San Andrés: el derecho de decir el derecho", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, núm. 30, México, 2006.

[89] Sánchez Rubio, David, *op. cit.*, p. 551.

—desde socialidades diversas a la occidental— la condición humana no se define porque se tienen derechos —como paso o requisito necesario para la dignidad—, sino en la posibilidad de realizar el propio proyecto vital y en el acceso a los bienes materiales e inmateriales que permiten o hacen posible una vida digna de ser vivida. De este modo se entiende, como dice Juan Pablo Neri Pereyra, la vida como *forma-de-vida*, es decir, como acontecimiento ligado y dependiente del entorno, tanto social como natural.[90] Se trata de una crítica desde la praxis que trata de superar el molde occidental de la ciudadanía y los derechos humanos y así, mediante esta misma praxis, se afirma una modernidad y una subjetividad india y campesina.

En las cosmovisiones indígenas y campesinas la naturaleza no puede reducirse a un recurso natural, ya que es indisoluble de la sociedad. Sus cosmologías generalmente interpretan la realidad a partir de una interrelación de no superioridad del ser humano respecto a la tierra y los seres que la habitan. En este sentido, el iusfilósofo potosino Alejandro Rosillo Martínez afirma —siguiendo el pensamiento de Xavier Zubiri— que el problema respecto a su realidad se debe plantear a partir de la praxis humana, ya que ésta consiste en la interacción del ser humano con el mundo que le rodea. Interacción que no está determinada por la naturaleza o por algo semejante, sino que es constitutivamente abierta. En otras palabras, se puede decir que el ser humano no está predeterminado en su forma de vida por su constitución biológica, sino que, en cierto modo, tiene que construir su vida: *es sujeto de la historia*. Sólo baste recordar las diversas culturas y formas de organización social y apropiación del entorno que ha conocido la historia de la humanidad para corroborar que la praxis humana es abierta y no se encuentra plenamente determinada por la naturaleza. Asimismo —nos dice Rosillo—, si bien la praxis humana no se encuentra predeterminada, tampoco se halla en un estado de absoluta libertad, ya que se enfrenta constantemente a los límites que le impone la realidad a través de un conjunto de posibilidades. En cada caso, el ser humano debe determinar la posibilidad por la cual va a optar, con lo que le da sentido a su praxis. Las opciones van configurando la propia realidad humana. A través de la apropiación de posibilidades, el ser humano hace su vida.[91]

También es importante recordar que la apropiación de posibilidades se da en seres humanos reales y concretos. Pero no se puede considerar la praxis de un modo exclusivamente individual, sino que la praxis humana está configurada de manera social e histórica —contextual—, por lo que las

[90] Neri Pereyra, Juan Pablo, *op. cit.*, p. 48.

[91] Rosillo Martínez, Alejandro, *Derechos humanos desde el pensamiento latinoamericano de la liberación*, Tesis doctoral, Getafe, 2011 (mimeo), p. 676.

posibilidades que la realidad presenta a un ser humano concreto están social e históricamente determinadas. Éstas no pueden ser deducidas de manera abstracta de la naturaleza humana en general, sino de un ser humano concreto que se realiza en un medio social y natural específico; esto es, que se realiza contextualmente. En este sentido, tiene razón Neri Pereyra cuando señala que, si es bien observada la praxis del territorio, es decir, la objetivación de la territorialidad de los pueblos indígenas, es posible darse cuenta que la misma engloba sentidos sobre la vida como concepto complejo que pone en cuestión la forma de entender la vida por la civilización occidental. Así abre la puerta a la comprensión de otras narrativas territoriales —como la de los pueblos indígenas— en las que existe una relación estrecha entre *territorio y vida*; pero vida en un sentido complejo.[92]

Para explicar lo anterior con mayor amplitud, recurriremos a los planteamientos realizados por Pedro Pitarch respecto a la noción o modelo de persona tzeltal, construido a partir de la reflexión en torno al dicho de informantes tzeltales, entrevistados durante una investigación de campo. Si bien es cierto que no resulta fácil —como el mismo Pitarch lo aclara— extrapolar los datos y distinciones de su estudio a otras etnografías (ya que la naturaleza sumamente particularista de la etnografía mesoamericanista no facilita las generalizaciones comparativas), sí es probable que la distinción de los dos cuerpos —y dos almas— del modelo maya-tzeltal de persona, sea algo relativamente extendido en las lenguas mesoamericanas. En su estudio etnográfico, Pitarch encuentra que los indígenas tzeltales distinguen dos clases de cuerpos en los humanos. Por una parte, un "cuerpo-carne", que constituye la unión de carne y fluidos que forman un conjunto segregable en partes; un objeto sensible pero sin capacidad de relación social con los demás seres y que representa una cualidad substancialmente homogénea entre humanos y animales. Por otra parte existe un "cuerpo-presencia", esto es, un sujeto activo de percepción, sentimiento y cognición, comprometido en una relación intersubjetiva con cuerpos de la misma especie. Esta "disociación" del cuerpo resulta equivalente a lo que Pitarch caracteriza como una distinción elemental de las almas mesoamericanas: una clase con la figura del cuerpo y otra con forma no humana, generalmente coincidente con la de algún animal.[93]

Mediante esta homología entre cuerpos y almas, Pitarch propone una modificación —o reorganización— del concepto de persona indígena en términos de un modelo cuaternario compuesto por cuatro aspectos: una forma

[92] Neri Pereyra, Juan Pablo, *op. cit.*, p. 48.

[93] Pitarch, Pedro, "Los dos cuerpos mayas. Esbozo de un antropología elemental indígena", en *Estudios de Cultura Maya*, vol. XXXVII, México, 2011, p. 151.

substancial (cuerpo-presencia), una substancia sin forma (cuerpo-carne), una *forma insubstancial* (alma-humana) y una *insubstancialidad sin forma* (alma-espíritu). El modelo propuesto por Pitarch, sin dejar de ser fundamentalmente binario (cuerpo/alma), posibilita, por una parte, integrar el esquema paralelo de dos cuerpos y dos almas que compone a los seres humanos; a la vez, cualifica las relaciones ontológicas de continuidad o discontinuidad de éstos con, de un lado, los animales y, de otro, los espíritus. No obstante, por nuestra parte nos centraremos en lo concerniente a los dos cuerpos mayas, esto es, el cuerpo-presencia como una *forma substancial* y el cuerpo-carne como una *substancia sin forma*.

Pitarch traduce la palabra tzeltal *bak'etal* por "cuerpo-carne". En un sentido literal, el término designa el "conjunto de la carne". Su raíz —*bak'et*— significa "carne", tanto carne humana como animal; carne tanto viva como un pedazo para ser comido. Sin embargo, el "cuerpo-carne" no proporciona una forma concreta a cada individuo. Lo que define al "cuerpo-carne" no es la forma, sino la substancia de la que está compuesto. Se trata de un elemento compartido por humanos y animales; un campo primordial que Pitarch llama "substancia". En cambio, el "cuerpo-presencia" se caracteriza por ser algo visible. No tanto, lo visible del cuerpo, cuanto un cuerpo que existe para ser visto, percibido y, también, a través del cual tiene lugar la percepción; esto es, un cuerpo involucrado en relaciones intersubjetivas con otros cuerpos semejantes. Es en este sentido que Pitarch traduce la palabra tzeltal *winkilel* como "cuerpo-presencia".[94]

> El cuerpo-presencia es la figura, la forma corporal, el semblante, la forma de hablar, la manera de caminar, de vestir la ropa. Si veo a alguien en la distancia puedo decir que parece el *winkilel* de Pedro, aunque luego resulte ser otra persona. Es lo que se recuerda de una persona fallecida y lo que se presiente de una criatura antes de nacer.[95]

Nuestro autor profundiza aún más esta idea de "presencia", al poner atención a la raíz del término *win*, cuyo significado es "aparecer", "mostrarse". Precisa que se trata de un morfema que da lugar a un campo semántico muy extenso en las lenguas mayas. Se encuentra en la palabra *winik*, la cual se traduce comúnmente por ser humano, cuerpo o persona. También posee el significado de "corpulencia", lo cual es un dato esencial, porque a diferencia del "cuerpo-carne" —que se define por la substancia que lo compone—, el "cuerpo-presencia" se caracteriza por ocupar un volumen en el sentido de *res extensa*: la extensión en longitud, anchura y profundidad. Por otra parte,

[94] *Ibid.*, p. 153.

[95] *Ibid.*, p. 156.

señala que la distinción léxica entre el "cuerpo-presencia" y un "cuerpo-carne" es algo común a esta familia lingüística. Así, junto con *winik* o sus cognadas para traducir cuerpo y/o persona, aparecen otros términos, en este caso muy distintos entre sí, que designan un cuerpo carnal, como se deduce del hecho de que su raíz significa "carne" en la lengua en cuestión. Según Pitarch, el término *win* fue tomado de las lenguas mixe-zoques, donde está asociado con cosas tales como el poder —capacidad de hacer algo—, el rostro, la superficie, el cuerpo, uno mismo —forma reflexiva del pronombre personal—, envoltura y, también, máscara.[96] Es decir, algo destinado a ser mostrado, pero que también sirve para ver.

> ...esta identificación indígena del yo ("uno mismo") con la máscara, es decir, con algo externo a la carne, nos recuerda que también en la tradición occidental —como sabemos desde el célebre ensayo de Marcel Mauss la máscara se encuentra en el origen del sentido primitivo de la noción de persona, lo que no deja de ser una intrigante coincidencia.[97]

Según Pitarch, el "cuerpo-presencia" sólo es perceptible —sólo hace un completo "acto de presencia"— entre seres que pertenecen a una misma especie. En consecuencia, "si el cuerpo-carne funciona como una suerte de materia *transespecífica*, el cuerpo-presencia sólo se actualiza *intraespecíficamente*".[98] En fin, mientras el "cuerpo-carne" no posee una forma determinada, el "cuerpo-presencia" tiene, en cambio, una forma específicamente humana. Asimismo, nuestro autor señala —siguiendo a Anne-Christine Taylor y Eduardo Viveiros de Castro, en sus planteamientos sobre la región amazónica— que "desde un punto de vista indígena toda especie constituye una sociedad, y cada sociedad representa una especie. Lo mismo vale en tzeltal: una especie es definida y su extensión limitada por la capacidad de relacionarse por medio del 'cuerpo-presencia', esto es, de establecer una sociabilidad mediante este cuerpo".[99]

> Toda diferencia sociológica es también una diferencia ontológica, y viceversa. Probablemente, el término conceptualmente más cercano en lengua tzeltal al europeo *indio* o *indígena* es *swinkilel lum*, literalmente "cuerpo-presencia del lugar". No obstante, puede traducirse también como "dueño del lugar": si se pregunta a un tzeltal qué significa *winkilel* ("cuerpo-presencia") lo más probable es que responda que "dueño". Lo que indica esta expresión es que cada clase de cuerpo-presencia se encuentra asociada a un tipo de lugar específico: los indígenas viven en sus aldeas, los europeos en las ciudades o los ranchos, los jaguares en la selva. En este sentido, cada tipo de cuerpo-presencia es "dueño" o domina, en el sentido de que ocupa un dominio, cierto territorio. No se trata, sin embargo, tanto de un espacio físico cuanto ontológico: cada clase de cuerpo-presencia, cada especie, posee una suerte de ecosistema cultural que no interfiere geográficamente con el de otras especies, y que es aquel que le resulta apropiado.[100]

[96] *Id.*
[97] *Ibid.*, p. 157.
[98] En lengua tzeltal, el clasificador numeral para el "cuerpo-presencia" entre los humanos es *tul*, que denota una posición bípeda y una figura característicamente humana, mientras que el clasificador numeral para el cuerpo-carne es *kojt*, el cual indica una postura cuadrúpeda.
[99] *Ibid.*, p. 158.

No obstante, Pitarch afirma que la separación entre especies-sociedades es más una cuestión de grado que un hecho absoluto. A menudo se producen tanto solapamientos como divisiones entre las especies, como lo demuestra el caso de los humanos. Desde un punto de vista indígena, los europeos son suficientemente *sub especie humana*, pero este reconocimiento no es automático, sencillo ni completo. Esto es así en virtud de que en las culturas amerindias el aspecto de la persona que debe ser fabricado es el cuerpo, puesto que el alma es el principio dado, por esto, no cabe duda que ambos cuerpos requieren ser fabricados de una manera continua. Por un lado, el "cuerpo-carne" es resultado directo tanto de la alimentación (la comida se incorpora literalmente como carne y sangre) como de ciertas condiciones ambientales (especialmente la temperatura, que resulta en la diferencia entre la tierra caliente y la tierra fría). Por otra parte, el "cuerpo-presencia" es fruto de los hábitos sociales de la especie/cultura (etiqueta social, lenguaje, gestos, indumentaria, etcétera). Así pues, ambos procedimientos —alimentación y código social— son necesarios para alcanzar un único desarrollo biomoral. En este sentido, en las culturas indígenas se da una inversión del contenido de aquello que es considerado lo innato y lo artificial —la "naturaleza" y la "cultura"—; donde "el cuerpo más fabricado —menos 'natural'— es el cuerpo-carnal, contrariamente a lo que dicta nuestro sentido común".[101] Se trata de la materialidad de la vida, los límites materiales que impone la realidad a través de un conjunto de posibilidades, donde el ser humano debe determinar la posibilidad —contingencia ética— por la cual va a optar. Con ello le da sentido a su *praxis* dentro de un contexto particular. De ahí que las opciones vayan configurando la propia realidad humana. En otras palabras, a través de la apropiación de los contextos de posibilidades, el ser humano hace su vida. Como dice Alejandro Rosillo, se puede decir que el ser humano no está predeterminado en su forma de vida por su constitución biológica, sino que, en cierto modo, tiene que construir su vida, como *sujeto de la historia*.[102]

[100] *Id.*
[101] *Ibid.*, p. 159.
[102] Rosillo Martínez, Alejandro, *op. cit.*, p. 676.

Debido a esto, de los dos cuerpos, el cuerpo-carne es el más dúctil, el más susceptible de ser modificado por la actividad humana. En consecuencia, toda alteración del cuerpo-presencia debe estar precedida de una modificación del cuerpo-carnal.[103]

El empleo de dos términos diferentes para referirse a aquello que en las lenguas europeas se denomina "cuerpo humano", sugiere que la distinción léxica implica también una distinción conceptual. Como hemos visto, en *tzeltal* los vocablos *bak'etal* y *winkilel* poseen significados distintos, se emplean en circunstancias diferentes y uno no está incluido en el otro. Por lo mismo, es posible hablar de un "cuerpo-sujeto" cuyo movimiento y funcionamiento son "voluntarios e intencionales" —con agencia— y, en segundo lugar, de un "cuerpo estacionario" que funciona de manera involuntaria, "sin sujeto" y que no es "inteligente ni inteligible" —sin agencia, podríamos decir—. En las culturas amerindias, el alma es el elemento que integra a humanos, animales y otros seres en una misma categoría, mientras el cuerpo es aquello que diferencia a los humanos de los demás seres de la naturaleza.

> ...el ser humano indígena —en una especie de escalada de la noción de diferencia interna— contiene en sí mismo las relaciones potenciales de conjunción y disyunción con el resto de los seres. La persona se encuentra internamente constituida por sus relaciones externas con los no humanos, tal y como estos son definidos y distinguidos entre sí desde una perspectiva indígena. Esto es lo que, si entiendo bien, Wagner llama una "persona fractal": "Una entidad con la *relacionalidad* integralmente implicada" ("an entity with relationship integrally implied").[104]

Ambas dimensiones de la persona indígena —corporal y espiritual— poseen una función integradora y diferenciadora a la vez. Esta función cambia según se trate de animales del mundo ordinario o de espíritus y demás seres del estado sagrado. De tal modo, si el "cuerpo-presencia" distingue a los humanos, tanto de los animales como de los espíritus, el "cuerpo-carnal" integra a los humanos con los animales y los diferencia de los espíritus. Por su parte, lo que Pitarch llama "alma-humana" diferencia a los humanos de los animales y asocia a los humanos con los espíritus; mientras el "alma-espíritu" integra a los humanos tanto con los animales como con los espíritus.

Por su parte, Alicia Barabas ha explicado que para los pueblos indígenas la persona (humana o sagrada) se construye con base en relaciones sociales y en el seno de interacciones realizadas como intercambio recíproco entre

[103] Pitarch, Pedro, *op. cit.*, p. 159.
[104] *Ibid.*, p. 173.

las personas y el medio ambiente objetivado. Estas experiencias son sociales y están enclavadas en las prácticas económico-sociales, porque la gente construye socialmente a las entidades sagradas. Se trata de una epistemología relacional —o intersubjetiva—, que trata del conocimiento del mundo focalizándose en los aspectos relacionales entre los actores y el medio. Estos mantienen esas relaciones sociales con otros seres, no porque los consideren *a priori* personas, sino porque crean, con el medio, relaciones humanizadas de reciprocidad que construyen a esos entes como personas, tal como lo hacen con la gente. Así, el mantenimiento de relaciones de reciprocidad con otra gente y con las entidades sagradas que se manifiestan en el medio ambiente, permite la construcción de la persona; y este proceso es crítico para la reproducción de la identidad social. De modo que, en la epistemología relacional, el conocimiento surge del mantenimiento de articulaciones con todo lo del entorno, e implica una construcción participativa, ya que se trata de la socialización del medio y no de su dicotomización.[105]

Por ello, cuando Rivera Cusicanqui habla de la modernidad de lo indio, lo hace poniendo especial énfasis en la forma de comprender o acceder al conocimiento del mundo y de ordenarlo: "el indio como episteme" y "el indio como sintaxis". El indio, dice la socióloga andina, "puede estar vestida/o como sea pero su cabeza, su forma de mirarte a los ojos, su forma de relacionarse con la familia, sus deberes morales respecto a *la Pacha*, sus mínimas orientaciones en el espacio, siguen siendo indias".[106] Además, uno de los elementos constitutivos de esta forma distinta de conocimiento reside en la consideración de los sujetos no humanos, precisamente como sujetos y no como objetos: "el mundo no humano es sujeto, por eso estamos acompañados, no estamos solos". Posición a todas luces ajena a las posturas epistemológicas coloniales basadas en la dicotomía sujeto/objeto y en la producción de la razón naturalizada —conocimiento objetivo y universal a partir de un sujeto abstracto—, tanto en las relaciones sociales como en los acotamientos de los saberes modernos. Rivera Cusicanqui asume un claro distanciamiento de las dicotomías modernas y el multiculturalismo *light* y despolitizado que teatraliza la condición "originaria" o "india" mediante el reconocimiento constitucional sesgado de los derechos de autodeterminación indígena y, sobre todo, de la negación de la coetaneidad de los diversos proyectos indios. Esta inclusión excluyente les despoja de su condición de sujetos políticos/epistemológicos diversos y desarma la etnicidad como estrategia política,

[105] Barabas, Alicia, "Cosmovisiones y etnoterritorialidad en las culturas indígenas de Oaxaca", en *Antípoda*, núm. 7, Bogotá, Julio-Diciembre, 2008, p. 127.
[106] Rivera Cusicanqui, Silvia, "Lo indio es moderno", en *Ojarasca*, núm. 170, México, junio 2011.

encasillándolos en estereotipos indigenistas —el "buen salvaje" guardián de la naturaleza—, neutralizando sus visiones propias de futuro, sus prácticas organizativas y sus definiciones de política y buen gobierno.[107]

Como explica Boris Marañon Pimentel, las posturas coloniales eurocéntricas del conocimiento moderno hegemónico se basan en la escisión entre objeto y sujeto, y en la creación de la razón como producto de un sujeto abstracto y universal, como dispositivo epistemológico que oculta al sujeto del conocimiento dominante del mundo colonial/moderno, esto es, un sujeto europeo, blanco, masculino, de clase alta y, por lo menos en su presentación pública, heterosexual. Todos "los otros" (mujeres, negros, indios, homosexuales, no europeos) son convertidos, mediante este dispositivo, en objetos de conocimiento, en no-sujetos, en seres incapaces de crear un conocimiento válido y, por tanto, en sujetos no válidos.[108] Asimismo, esta separación entre sujeto y objeto justifica también la exteriorización/objetivación de la naturaleza y su explotación. De aquí la importancia de refutar la idea del eurocentrismo como la única forma de conocimiento válida, así como su supuesto universalismo, que legitima la racionalidad instrumental como el único criterio de verdad.

En ese sentido, Antonio Machado —el enorme poeta sevillano de la generación del 98— realizó un crítica genial a esta postura epistemológica que dicotomiza sujeto y objeto de conocimiento, con "la soleá de la nueva objetividad" —como la llama José María Valverde—, en sus famosos proverbios y cantares, la cual reza de esta manera: "El ojo que ves no es / ojo porque tú lo veas: / es ojo porque te ve".

> Esa "nueva objetividad" no es, a la manera escolástica tradicional, primacía de la "cosa", que estaría ahí para que el intelecto se ajustara a ella, sino que es la comunidad con el "tú", con el "otro", con los "otros" en diálogo fecundo. Incluso en lo hondo del "yo" late un "otro": si nos entendemos a nosotros mismos, ha de ser porque nos tratamos y nos interpelamos como si fuéramos "otro". La introspección lleva a la "otredad", si no cae en "vicio solitario": *Todo narcisismo / es un vicio feo / y ya viejo vicio*. Y luego: busca más en tu espejo al otro, / al otro que va contigo.[109]

[107] *Id., Ch'ixinakax utxiwa..., op. cit.*, pp. 58-60.

[108] Marañon Pimentel, Boris, "Crisis global y descolonialidad del poder: La emergencia de una racionalidad liberadora y solidaria", en *Buen vivir y descolonialidad. Crítica al desarrollo y la racionalidad instrumentales*, Boris Marañon Pimentel, (coord.), UNAM-IIE, México, 2014, p. 32.

[109] Valverde, José María, *Nuevas canciones. De un cancionero apócrifo*, Madrid, Castalia, 1971.

Con este aforismo, el poeta andaluz se pone en franco distanciamiento de la racionalidad instrumental, dirigiéndose hacia un diálogo intersubjetivo de saberes entre sujetos en un plano de igualdad; una *justicia cognitiva*, como diría Boaventura de Sousa Santos. Y es que para desmontar la postura colonial del conocimiento moderno hegemónico, es necesaria una *praxis* de reconocimiento del *otro* como *inequívocamente otro*, esto es, como sujeto jurídico y epistemológico diverso al de la modernidad occidental;[110] lo que implica un proceso de ruptura que permita que subjetividades históricamente acalladas y subalternizadas afirmen su identidad y se contrapongan a todas las formas de alienación que tienden a transformar los sujetos en objetos;[111] esto es, la construcción de conocimientos descolonizados, el diálogo de saberes y, en general, la interculturalidad, que den cuenta de otras formas de conocer y de otras racionalidades.[112] En este sentido, como dice Sánchez Rubio siguiendo a Helio Gallardo, el término "sujeto", lejos de ser el sujeto de derecho moderno —el sujeto de la propiedad moderna—, quiere decir ponerse en condiciones sociales e individuales de apropiarse de "una existencia a la que se le da carácter o sentido desde otros, con otros, para otros y para sí mismo y de comunicar con autoestima esta experiencia de apropiación en entornos que nos exceden y no dominamos en su totalidad". Asimismo, por "autonomía" entiende que "para los seres humanos resulta posible pasar mediante acciones desde experiencias de menor control —o enajenadoras— a experiencias de mayor control —liberadoras— por parte de quienes las viven. Por ello hay que recuperar otras dimensiones o elementos de los Derechos Humanos que nos permita ser sujetos soberanos activos e instituyentes".[113]

Ahora bien, si decimos, siguiendo a Alejandro Medici, que la biopolítica representa un poder que se captura de la vida misma, no sólo en el trabajo o en el lenguaje, sino también en los cuerpos, los afectos, el deseo, la sexualidad; entonces también podemos identificar en *la defensa de la vida* —entendida como *forma de vida*—, el *locus* de un contrapoder, de una potencia, de una producción de subjetividad,[114] que se da como de sujetamiento respecto del discurso omnímodo que sustrae la palabra, el sentir y el sistema de creencias y valores espirituales de los sujetos corporales concretos arraigados en un territorio.[115] Por lo que resulta necesaria la compresión del carácter

[110] *Cfr.* De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *El derecho que..., op. cit.*

[111] Wolkmer, Antonio Carlos, *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*, Sevilla, Mad, 2006, p. 121.

[112] Marañon Pimentel, Boris, *op. cit.*, p. 36.

[113] Sánchez Rubio, David, *op. cit.*, p. 556.

[114] Medici, Alejandro, *El malestar..., op. cit.*, pp. 78-79.

[115] *Cfr.* Eroles, Carlos, *et. al., op. cit.*

histórico cultural específico de las distintas formas de saber, así como de las diversas formas de relacionarse con la naturaleza —el contexto— o el medio ambiente, si se prefiere el término. Y es que sólo si acudimos a otras perspectivas culturales es posible des-familiarizarnos y, por lo tanto, des-naturalizar la supuesta objetividad universal de las formas de concebir la realidad proyectadas al mundo en los últimos siglos, a través de multiformes procesos de hegemonía política, militar y cultural.[116]

En este sentido, debemos traer a colación las reflexiones de Asier Martínez de Bringas, cuando dice que es precisamente la especial relación de los pueblos indígenas con sus tierras y territorios, "la íntima anudación que otorga sustantividad propia a la identidad indígena y la dimensión colectiva de los derechos" de los pueblos indígenas, introduciendo el elemento de la territorialidad en un sentido corporal-colectivo que trasciende la dimensión individualista, patrimonialista, civilista y reduccionista de la propiedad, construida desde el derecho moderno/colonial. Es importante dicha reflexión, porque esta diversa apreciación de la vida da cuenta de significaciones particulares del lugar y del territorio, no sólo como espacios productivos, sino, ante todo, como superficies vitales y existenciales que comprometen una mirada distinta de lo económico, esta vez, ligado a prácticas socio/culturales y naturales que denotan un gran potencial en términos de diferencia, lo cual representa una sugerente fuerza política y vital.[117]

Sabemos que en occidente el derecho a la vida ha sido centralizado en el cuerpo del sujeto de derecho, como individuo corporal. La vida sagrada se fragmenta y disemina también en cada cuerpo individual; "el nuevo sujeto de la política, no es ya el hombre libre, con sus prerrogativas y estatutos, y ni siquiera simplemente *homo*, sino *corpus*, la democracia moderna nace propiamente como reivindicación y exposición de ese 'cuerpo': *habeas corpus ad subjiciendum*, has de tener un cuerpo que mostrar".[118] No obstante —sin soslayar la dimensión corporal-individual de la vida—, desde la perspectiva india y campesina, se puede hablar de una corporalidad —por así decirlo— ampliada a la naturaleza, al mundo natural. Esto significa la comprensión de la *vida* como *forma-de-vida*, como acontecimiento ligado y dependiente del entorno, tanto social como natural. Se trata, como dicen Franz Hinkelammert y Henry Mora, de la *corporalidad del sujeto concreto*. La vida del sujeto humano como sujeto concreto, corporal, viviente, necesitado; sujeto en comunidad,

[116] Rivera Cusicanqui, Silvia, *Violencias (re) encubiertas..., op. cit.*, p. 203.

[117] Quijano Valencia, Olver, *Ecosimias. Visiones y prácticas de diferencia económico/cultural en contextos de multiplicidad*, Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador, 2012, p. 2016.

[118] Agamben, Giorgio, *op. cit.*, pp. 157-158.

donde la expresión "normativa" del "derecho de vivir" o el "derecho a la vida" se traduce en la producción y reproducción de la vida real y sus condiciones —materiales e inmateriales— de existencia. Una manera de vivir de personas concretas, en una red de relaciones sociales o socio-naturales (entre los seres humanos y de estos con la naturaleza).

> Y no se trata únicamente de la corporalidad del individuo, sino de la corporalidad del sujeto en comunidad. La comunidad tiene siempre una base y una dimensión corporal. Se trata del *nexo corporal* entre los seres humanos y de estos con la naturaleza. Toda relación entre los seres humanos tiene necesariamente esta base corporal y material, en la cual diariamente se juega la vida o muerte de la gente: su sobrevivencia, su actuar en comunidad, sus condiciones de existencia.[119]

Siguiendo este planteamiento, creo posible acercarnos a la comprensión del derecho a la vida desde la subjetividad indígena; esto es, la comprensión de la vida, no como un mero dato biológico abstracto, sino como una manera concreta de vivir, un proyecto vital, una forma de vida orientada al buen vivir. Por esto es importante recordar, como anteriormente habíamos señalado, siguiendo a Pitarch, que *swinkilel lum* —que literalmente significa "cuerpo-presencia del lugar"— puede traducirse también como "dueño del lugar" o "dueño de tierra".[120] Esta expresión particular indica que cada clase de "cuerpo-presencia" se encuentra asociada a un tipo de lugar específico. Cada tipo de "cuerpo-presencia" es "dueño" o domina un cierto territorio, entendido como una suerte de ecosistema cultural que no interfiere con el de otras especies —sociedades—, y que es aquel que le resulta apropiado —lugar apropiado—. Considero que en su sentido profundo, *swinkilel lum* implica la idea de un sujeto que percibe, siente, conoce y se encuentra comprometido en relaciones intersubjetivas con otros "cuerpos presencia" —sujetos— de la misma sociedad-cultura. Se establece una sociabilidad mediante este cuerpo —"cuerpo presencia"—, moldeado mediante hábitos sociales y las percepciones culturales más básicas de la sociedad; esto es, un sujeto con capacidad de agencia, ligado a un entorno socio-cultural específico, no abstracto ni apriorísticamente universal. Comprender esto implica situar la realidad y estudiarla en su contexto, sin soslayar que se encuentra inserta en

[119] Hinkelammert, Franz y Mora, Henry, "La especificidad de un economía para la vida (trabajo productivo y trabajo reproductivo)", en *Grupo pensamiento crítico*, disponible en: http://www.pensamientocritico.info/index.php/articulos-1/goticas-de-economia-critica/la-especificidad-de-una-economia-para-la-vida-trabajo-productivo-y-trabajo-reproductivo. Consultado el 28 de marzo de 2016.

[120] Conversación con Eugenio Maurer y Lola Cubells Aguilar en la Misión de Bachajón, Chiapas, 21 de febrero de 2011.

una totalidad social que se mueve como un todo y que interactúa con sus partes en un tiempo y en un espacio, no sólo en los estrechos contornos locales o nacionales, sino del sistema-mundo moderno capitalista.

Corolario

Ante la negativa histórica de los poderes constituidos de hacer un reconocimiento pleno de las autonomías, la estrategia de los pueblos indios mexicanos ha sido construirlas por la vía de los hechos, como ejercicio constante de su libre autodeterminación y como de sujetamiento a un Estado anclado en la colonialidad. En este sentido, se comprende que en la afirmación y reivindicación de los Acuerdos de *San Andrés Sacamch'en* y en el ejercicio de la autonomía en los hechos, los pueblos indios mexicanos muestran desde su *praxis* cotidiana que el fenómeno de lo jurídico no se reduce al Derecho positivo, sino que en realidad coexisten juridicidades en conflicto. Recuperan el carácter cognoscitivo del Derecho, que es, ante todo, lectura e interpretación de la realidad, frente al carácter volitivo como forma y mandato emanado del Estado subsumido a una lógica colonial. Este *ejercicio de la otredad*, manifiesto en la autonomía, crea y afirma los contenidos de lo que los pueblos entienden por dignidad, libertad e igualdad. Así, la autonomía —y el Derecho que de ella emana— se constituye como medio y conjunto de relaciones utilizadas para hacer realidad las condiciones necesarias para *una vida digna de ser vivida*. Apuesta al futuro que entraña mirar y actuar desde un nuevo horizonte político y dentro de los límites de la factibilidad humana —de lo que es factible y posible por la *praxis* humana—, que a final de cuentas es lo que da coherencia o incoherencia material y real a aquello que proclama.

En otras palabras, podemos decir que el *derecho que nace del pueblo* es producto de un conflicto histórico generado en el *malestar de la cultura jurídica* en nuestra región —una disputa inmemorial inscrita en nuestro devenir histórico—, originado en una *praxis* histórica de liberación, que ha sido capaz de develar la constitución material de los pueblos indios; la cual ha sido ocultada y ninguneada bajo el esqueleto formal del Derecho moderno. De este modo, no sólo se cuestiona la autorreferencialidad —fetichización— del Estado sometido por la lógica neoliberal/colonial; sino que también se permite que los pueblos recuperen su capacidad de decisión sobre todo aquello que les concierne y afecta. Se trata de la cualidad instituyente —esta sí universal— y creadora de los seres humanos para transformarse a sí mismos y

a los entornos en que se desarrollan. Mientras el poder impositivo moderno/colonial consiste en la capacidad de obstruir las acciones y propósitos de los actos para sustituirlos por los propios mediante la abolición de la mirada y la palabra; el contrapoder se constituye como la capacidad de llevar a cabo las acciones por sí mismo y determinarlas por la propia voluntad, como despliegue de la potencialidad humana para construir los medios y las condiciones que posibiliten la capacidad humana genérica de hacer y des-hacer mundos, lo que conlleva —como ha dicho don Pablo González Casanova— la redefinición y materialización de palabras como libertad, justicia y democracia, de las que muchas veces se ha perdido la atención, la memoria y la práctica de su significado verbal y actual.[121]

Desde este posicionamiento jurídico-político cobra sentido la cita de Félix Guattari, hecha por Joaquín Herrera Flores en *Los derechos humanos como productos culturales*, donde dice que: "la función constitutiva de las prácticas artísticas (y de Derechos Humanos) implica que su función central no consiste en 'contar historias' (describir lo que hay), sino crear dispositivos en los que la historia pueda hacerse";[122] a saber, constituirse en sujetos —diferenciados— de la historia, y que por la vía de los hechos —ante la cerrazón de los poderes constituidos— instituyen los instrumentos jurídicos y políticos que suben de nivel la vida personal y comunitaria. En este sentido, los procesos sociales en defensa del territorio pueden pensarse como el despliegue de un conjunto de *praxis*, saberes e instituciones, que no sólo cuestionan el paradigma dominante de los Derechos Humanos —reducidos a una subjetividad y racionalidad hegemónica—, sino que además han sido capaces de transformar la concepción occidental de estos derechos, a partir de una concepción intercultural que vindica la modernidad de los pueblos indios y campesinos y sus proyectos de futuro.

[121] *Cfr.* González Casanova, Pablo, "La formación de los conceptos en los pueblos indios. El caso de Chiapas", en *Nueva Sociedad*, núm. 154, marzo-abril, Buenos Aires, 1998, p. 7.
[122] Herrera Flores, Joaquín, *op. cit.*, p. 31.

LOS ACUERDOS DE SAN ANDRÉS, VEINTE AÑOS DESPUÉS: DERECHO INSURGENTE

Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL*

SUMARIO: Introducción 1. Los Acuerdos de San Andrés. 2. La iniciativa de reforma constitucional de la COCOPA. 3. Rechazo a la reforma en materia indígena. 4. La sobrevivencia de los Acuerdos de San Andrés. 5. Vivir la autonomía: algunos ejemplos. Reflexión final

INTRODUCCIÓN

Hace diez años publicamos, en la *Revista de Investigaciones Jurídicas*, de la Escuela Libre de Derecho, un artículo sobre los *Acuerdos de San Andrés*,[1] que trata sobre su contenido, el incumplimiento de los mismos por parte del Estado y, a fin de cuentas, su vigencia real en pueblos y comunidades indígenas. Hoy volvemos sobre el tema.

La insurrección del Ejército Zapatista de Liberación Nacional, el primero de enero de 1994, dejó al descubierto muchas deficiencias en nuestro sistema social, político y económico. Incluso ha revelado una carencia ética fundamental de la sociedad mexicana dominante, la criolla y mestiza, para relacionarse con el otro, con el indio. Desde nuestro punto de vista, podemos decir

* Profesor-Investigador de la Universidad Autónoma de Aguascalientes.

[1] *Cfr.* DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, "Los *Acuerdos de San Andrés*: el derecho de decir el derecho", en *Revista de Investigaciones Jurídicas,* Núm. 30, México, Escuela Libre de Derecho, 2006, pp. 537-577.

que el movimiento insurreccional chiapaneco, al cuestionar por completo la organización de nuestra convivencia, ha implicado un fuerte sacudimiento de toda la juridicidad.[2]

Entendemos el Derecho, la juridicidad, como un fenómeno social complejo que no se agota en las leyes o normas legales, que es el sentido más usual que se da al término "Derecho". El fenómeno jurídico, el mundo del Derecho, está formado, también, por los derechos subjetivos o facultades de las personas o grupos sociales que constituyen propiamente los Derechos Humanos; por las ideas, aspiraciones y concretizaciones de justicia; y por el conocimiento sistemático del propio fenómeno jurídico, que constituye el objeto de la ciencia del Derecho.

Hemos dicho que la insurrección del EZLN constituyó un remezón de toda la juridicidad porque sus demandas, al juridizarse, son reclamos que implican desde las condiciones necesarias para *el derecho a tener derechos* hasta desenvolverse en un largo catálogo de los mismos. Las necesidades expresadas se juridizan, se traducen al mundo jurídico, y constituyen así una exigencia de reconocimiento y respeto de derechos. Los *Acuerdos de San Andrés* son expresión de ello.

1. Los Acuerdos de San Andrés

Las reflexiones que proponemos sobre los *Acuerdos de San Andrés*, a veinte años de su firma, hacen necesario decir unas palabras sobre su producción y contenido.

Con fundamento en la *Ley para el Diálogo, la Conciliación y la Paz Digna en Chiapas*, que tiene por objeto precisamente lo que enuncia su título, comenzaron a desarrollarse las mesas de diálogo de San Andrés Sacamch'en, entre el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) y el Gobierno Federal. A pesar de que el diálogo se interrumpió, la primera mesa, sobre Derechos y Cultura Indígena, sí se concluyó y produjo varios documentos suscritos el 16 de febrero de 1996. En primer lugar, generó un *Informe* por medio del cual las partes comunican conjuntamente que han concluido las negociaciones en materia de derechos y cultura indígena, y señalan el acuerdo a que han llegado sobre diversos documentos y acciones que llevarán a cabo. Al segundo documento lo denominan *Acuerdo* y en él se manifiesta la

[2] *Cfr.* De la Torre Rangel, Jesús Antonio, "Puntos para el diálogo. La insurrección del EZLN y la juridicidad", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Núm. 18, México, Escuela Libre de Derecho, 1994.

aceptación por las partes de otros tres escritos: un *Pronunciamiento*, unas *Propuestas* y unos *Compromisos*.[3] Veamos algunos aspectos de estos documentos de *Acuerdo* o *Acuerdos*.

El primer documento acordado, convenido por las partes, es el *Pronunciamiento conjunto que el Gobierno Federal y el EZLN enviarán a las instancias de debate y decisión nacional*. Su primera parte se denomina "Contexto de la nueva relación"; en la misma se reconoce "a los pueblos indígenas como nuevos sujetos de derecho",[4] basándose en su origen histórico, en sus demandas, en la naturaleza pluricultural de la nación mexicana y en lo mandado por el *Convenio 169* de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), suscrito y ratificado por el Estado Mexicano, por lo tanto, normatividad obligatoria de acuerdo con lo mandado por el Artículo 133 constitucional y, ahora también, por lo prescrito en el Artículo 1º. Este acuerdo es muy importante por sus alcances jurídicos, pues como señala Cossío: "El sujeto histórico, social y político de las reivindicaciones indígenas pasó de ser un ente individual a uno colectivo y, por ende, a partir del último es como deben entenderse las negociaciones de San Andrés, sus resultados y las soluciones jurídicas".[5]

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

1. *Reconocer a los pueblos indígenas en la Constitución General*. Se trata de un compromiso que implica que "el Estado debe promover el reconocimiento, como garantía constitucional, del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas", el cual "se ejercerá en un marco constitucional de autonomía asegurando la unidad nacional. Podrán, en consecuencia, decidir su forma de gobierno interna y sus maneras de organizarse política, social, económica y culturalmente".[6]

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

[4] *Ibidem*, p. 5.

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

[6] *Acuerdos*, *op. cit.*, p. 6.

2. *Ampliar participación y representación políticas*. El Estado cumplirá con esta obligación impulsando "cambios jurídicos y legislativos que amplíen la participación y representación políticas local y nacional de los pueblos indígenas" y esto, entre otras cosas, debe llevar "al reconocimiento de derechos políticos, económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas".[7]

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

> 3. *Garantizar acceso pleno a la justicia*. El Estado debe garantizar el acceso pleno de los pueblos a la jurisdicción del estado Mexicano, con reconocimiento y respeto a especificidades culturales y a sus sistemas normativos internos, garantizando el pleno respeto a los derechos humanos. Promoverá que el derecho positivo mexicano reconozca las autoridades, normas y procedimientos de resolución de conflictos internos a los pueblos y comunidades indígenas, para aplicar justicia sobre la base de sus sistemas normativos internos, y que mediante procedimientos simples, sus juicios y decisiones sean convalidados por las autoridades jurisdiccionales del Estado.[8]

Los cinco compromisos restantes se enuncian de la siguiente manera:

4. Promover las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas;
5. Asegurar educación y capacitación;
6. Garantizar la satisfacción de necesidades básicas;
7. Impulsar la producción y el empleo; y
8. Proteger a los indígenas migrantes.

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

1. *Pluralismo*, que implica "el respeto a sus diferencias, bajo el supuesto de su igualdad fundamental".[9]
2. *Sustentabilidad*, que entraña asegurar "la perduración de la naturaleza y la cultura".[10] En este punto hay remisión a lo normado por el *Convenio 169* de la OIT, que implica, dado el caso, el derecho de los pueblos

[7] *Idem.*
[8] *Idem.*
[9] *Ibidem*, p. 8.
[10] *Idem.*

y comunidades indígenas "a recibir la indemnización correspondiente cuando la explotación de los recursos naturales que el Estado realice ocasione daños en su hábitat que vulneren su reproducción cultural".[11]

3. *Integridad*. El Estado debe impulsar la acción integral y concurrente de las instituciones y niveles de gobierno que inciden en la vida de los pueblos indígenas, evitando las prácticas parciales que reaccionen las políticas públicas.[12]

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

4. *Participación*. El Estado debe favorecer que la acción institucional impulse la participación de los pueblos y comunidades indígenas y respete sus formas de organización interna, para alcanzar el propósito de fortalecer su capacidad de ser los actores decisivos de su propio desarrollo.[13]
5. *Libre determinación*. El Estado respetará el ejercicio de la libre determinación de los pueblos indígenas en cada uno de los ámbitos y niveles en que harán valer y practicarán su autonomía diferenciada, sin menoscabo de la soberanía nacional y dentro del nuevo marco normativo para los pueblos indígenas.[14]

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

2. La iniciativa de reforma constitucional de la COCOPA

La Comisión de Concordia y Pacificación (COCOPA), creada por la propia *Ley para el Diálogo, la Conciliación y la Paz Digna en Chiapas*, integrada por miembros del Congreso de la Unión, presentó hacia fines de 1996 a la consideración del Ejecutivo un proyecto de reformas a la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, en la que se traducían legalmente los acuerdos que sobre la autonomía de los pueblos indígenas se había llegado en

[11] *Idem.*
[12] *Idem.*
[13] *Idem.*
[14] *Ibidem*, p. 9.

la primera mesa de San Andrés. El Ejecutivo, a cargo del Presidente Ernesto Zedillo, respondió a la COCOPA haciéndole modificaciones a su proyecto, mismas que el EZLN consideró inaceptables por contravenir lo acordado, al no apegarse a la amplitud de la autonomía convenida para los pueblos indígenas, lo que implica, según ve el EZLN, un incumplimiento del Gobierno Federal.

Después de un largo silencio zapatista, éste fue roto con la *V Declaración de la Selva Lacandona*, de 17 de julio de 1998, en la que se reitera la necesidad de cumplir con los *Acuerdos de San Andrés* y se acepta como propuesta de reforma constitucional, en relación a los derechos indígenas, la de la COCOPA:

> Aunque no incorpora todos los Acuerdos de San Andrés [...] la iniciativa de ley elaborada por la Comisión de Concordia y Pacificación es una propuesta de ley que nace del proceso de negociación y, por tanto, está en el espíritu de darle continuidad y razón de ser al diálogo, es una base firme que puede abrir la solución pacífica del conflicto, se convierte en una importante ayuda para anular la guerra y preceder a la paz.[15]

Ese proyecto de reforma constitucional nunca fue sometido a las instancias legislativas durante la presidencia de Zedillo. Sin embargo, a principios de diciembre del 2000, el Presidente de la República, Vicente Fox Quesada, sometió al Constituyente Permanente la postergada *Iniciativa de Reforma constitucional de la COCOPA*, sobre los derechos de los pueblos indígenas. La propuesta incluyó la modificación de varios artículos de la Constitución, de manera especial el 4° y el 115.

Ante ello, entre febrero y marzo de 2001, se dio la marcha del EZLN hacia la Ciudad de México, donde sus comandantes permanecieron con el objeto de convencer a los legisladores de aprobar las modificaciones constitucionales en el sentido de la propuesta de la COCOPA —que había hecho suya el Ejecutivo Federal—. En el transcurso de la marcha, contando con la presencia de los zapatistas, se celebró el III Congreso Nacional Indígena, en Nurio, Michoacán. Alrededor de cinco mil delegados, representantes de los pueblos indios, asumieron como propia la propuesta de reforma constitucional de la COCOPA, al considerar que "recogía en su espíritu y su letra los Acuerdos de San Andrés, firmados por el gobierno federal y el EZLN el 16 de febrero de 1996, en materia de derechos y cultura indígena".[16] Agregaron que: debía

[15] *EZLN, Documentos y Comunicados,* Núm. 4, México, Era, 2003, p. 231.

[16] Villalobos, Claudia, "III Congreso Nacional Indígena", en *Esquila Misional*, Núm. 549, México, abril de 2001, p. 17.

"ser aprobada sin modificaciones, porque lo que para los legisladores es letra muerta, para nosotros es vida".[17] El documento final del Congreso de Nurio fue respaldado por aproximadamente 47 pueblos indígenas del país.

El Constituyente Permanente conoció de la Iniciativa presidencial, pero aprobó unas reformas a la Constitución en materia indígena distintas a las de la propuesta de la COCOPA. Formalmente, en lugar de modificar y añadir substancialmente el Artículo 4°, adicionar el 18 y reformar el 26, el 53, el 73, el 115 y el 116; adicionó dos párrafos al Artículo 1°, reformó el 2°, derogó el párrafo primero del 4° y adicionó un párrafo al 18 y otro al 115 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. La Reforma constitucional se publicó en el Diario Oficial en su edición de 14 de agosto de 2001.

3. Rechazo a la reforma en materia indígena

Los voceros y asesores del EZLN y del Congreso Nacional Indígena repudiaron la Reforma constitucional por considerarla no sólo insuficiente, sino incluso, en algunos aspectos, contraria a los intereses de los pueblos indígenas.

De manera general, la Reforma a la Constitución ha sido rechazada por lo siguiente:

1. Se considera que, a pesar de que se establece formalmente el reconocimiento y la garantía de los pueblos y comunidades a la libre determinación y autonomía, está de tal modo normado que se trata de una contrarreforma; en donde lo que se ofrece a los indígenas es "indigenismo" por autonomía, tutela por capacidad de decisión. Programas sociales y asistencia, en lugar de libre determinación.
2. A las comunidades se les designa como "entidades de interés público", en vez de reconocerlas como "entidades de derecho público", quedando así limitadas en sus acciones y haciéndose más difícil la reconstrucción de los pueblos. En este punto se violan los *Acuerdos de San Andrés*.
3. La sustitución de las nociones de *tierra* y *territorios* por el de "los lugares que habitan u ocupan", *desterritorializa* a pueblos y comunidades y les quita su base material de vida y desarrollo. También en este punto se trata de una clara violación a los *Acuerdos de San Andrés*.

[17] *Idem.*

4. Se considera que la libre determinación y autonomía queda subordinada a las decisiones y leyes unilaterales de los congresos locales de cada entidad federativa, por haber sido remitida, la reforma constitucional, a su reglamentación por leyes estatales.
5. Se limita el derecho de las comunidades a asociarse. Se contraviene lo acordado en San Andrés Larráinzar.
6. Se limita la posibilidad de que los pueblos indígenas adquieran sus propios medios de comunicación. También en contra de lo convenido en San Andrés.

De igual manera, se impugnó la *forma*, el *cómo* se procedió a hacer esta legislación para los pueblos indígenas, ya que no fueron consultados como parte interesada, como "pueblos interesados". Con ello se violó el Artículo 6, 1 a) del *Convenio 169* de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que manda que, en aplicación del propio Convenio, que reconoce derechos de los pueblos indígenas, los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

El rechazo que hicieron los pueblos indígenas a la reforma constitucional, los llevó a emprender acciones políticas y jurídicas. Las segundas consistieron en amparos ante jueces de distrito y controversias constitucionales ante la Suprema Corte de Justicia. Estos recursos legales fueron declarados improcedentes por el Poder Judicial Federal. La Corte emitió su fallo el 6 de septiembre de 2002, sustentando que no era competente para revisar reformas a la Constitución.[18]

4. La sobrevivencia de los Acuerdos de San Andrés

¿Qué ha sido de los *Acuerdos de San Andrés* Larráinzar o Sacamch'en? Preguntábamos hace diez años. Y volvemos a preguntar a veinte años de su firma.

José Ramón Cossío advertía que, por parte del Gobierno, sólo concurrió el Ejecutivo Federal al proceso de paz que dio origen a los *Acuerdos de San Andrés*. Sin embargo, éste no tenía ni tiene las facultades para transformar

[18] *Cfr.* Espinoza Sauceda, Guadalupe; López Barcenas, Francisco y Zúñiga Balderas, Abigail, *Los Pueblos indígenas ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Centro de Orientación y Asesoría a Pueblos Indígenas, A.C., Convergencia Socialista y Comisión Independiente de Derechos Humanos de Morelos, A.C., 2002.

los *Acuerdos* en normas, sino sólo de intervenir de algún modo en su proceso de formación, impulsando el propio proceso. Con toda propiedad, más bien participa en la ejecución, una vez dadas las normas con carácter obligatorio. De ahí que, el modo de hacer eficaces los *Acuerdos* era actuando legislativamente, convirtiéndolos en normas vinculantes.[19]

Por otra parte, ya hemos visto como, a la postre, la Reforma Constitucional en materia de Derecho y derechos indígenas, en aspectos fundamentales, contraviene los *Acuerdos de San Andrés*. No obstante, dichos *Acuerdos* están vivos; más vivos que nunca y, en cierto sentido, constituyen juridicidad, son Derecho. No pertenecen al pasado, son actuales en la vida de los pueblos y comunidades indígenas. Quizás la mejor explicación de este hecho, de esta realidad jurídica de *Derecho que nace del pueblo*, la encontremos en algunos conceptos vertidos en la *V Declaración de la Selva Lacandona* del Ejército Zapatista de Liberación Nacional, de 17 de julio de 1998, que considera que en la reunión de San Andrés "la voluntad de todos los pueblos indios... se hizo colectiva".[20] De tal modo, los *Acuerdos de San Andrés* están vivos en la memoria histórico-jurídica de los pueblos indígenas como una "voluntad colectiva" participante en la reivindicación de su autonomía y, también, como recuerdo de una traición: la de las autoridades del Estado.

Además, esos *Acuerdos* están presentes como las normas básicas de su organización interna y como criterios jurídicos inspiradores de su juridicidad; son derecho fundamental de pueblos y comunidades.

En tercer lugar, pero no menos importante, los *Acuerdos de San Andrés* poseen el poder que da fuerza al Derecho y que éste otorga al orden social: el poder simbólico, en cuanto que confiere legitimidad. Bourdieu dice que: "El poder simbólico es un poder de construcción de la realidad que aspira a establecer un orden gnoseológico: el sentido inmediato del mundo (y en particular del mundo social)".[21] Finalmente, los *Acuerdos de San Andrés* constituyen también bandera de lucha, jurídico política, frente al Estado. Una lucha precisamente por el *poder simbólico*, por la fuerza del Derecho. Son derecho insurgente.

[19] *Cfr.* Cossío D., José Ramón, *op. cit.*, p. 3.
[20] EZLN, *op. cit.*, p. 229.
[21] Bourdieu, Pierre, *Poder, Derecho y Clases Sociales*, Bilbao, Desclée de Brower, 2000, pp. 91-92.

5. Vivir la autonomía: algunos ejemplos

Después de la Reforma constitucional emitida por el Congreso de la Unión, actuando como órgano revisor de la Constitución, y de la confirmación implícita de la Reforma por parte de la Suprema Corte de Justicia, los pueblos indígenas mexicanos no se han dado por vencidos. Como dice López Bárcenas: "los zapatistas y gran parte del movimiento indígena [...] se regresaron a sus comunidades a ejercer en los hechos lo que el Estado les había negado reconocer en sus leyes: el derecho a la autonomía".[22]

A continuación, voy a referirme a algunos ejemplos de lucha por la autonomía y ejercicio de la misma. Los *Acuerdos de San Andrés* están presentes, explícita e implícitamente, según veremos.

5.1 *Presupuestos teóricos*

Para mejor entender la autonomía ejercida por diversas comunidades y pueblos indígenas, me referiré brevemente a tres presupuestos teóricos en los que encuadro las experiencias que desarrollaré, a saber: el Pluralismo Jurídico, como teoría y como realidad histórica vivida; la visión del Derecho y el Estado, desde la sociología de Pierre Bourdieu; y la teoría del *direito* insurgente (derecho insurgente), desarrollada por los juristas brasileños militantes, como Miguel Pressburger y Ricardo Prestes Pazello.

5.1.1 Pluralismo Jurídico, como teoría y como realidad histórica

La teoría del Pluralismo Jurídico hace un rompimiento epistemológico con la teoría dogmática del Derecho y el Estado, construida en la modernidad; parte de otra racionalidad, de otra comprensión del Derecho.

La concepción del Derecho es unívoca en la modernidad. El Derecho tiene un solo sentido, responde a una realidad única: el Derecho es la Ley. Así, Ley es igual a Derecho y Derecho es igual a Ley. Por su parte, la Ley tiene como fuente exclusiva de origen el Estado. De ahí que el Derecho esté constituido por un conjunto de normas establecidas por el Estado para que rijan la sociedad, y se llama Ley.

[22] López Bárcenas, Francisco, "El largo camino de las autonomía indígenas", en *La Jornada*, México, 13 de agosto de 2003.

Dice Paolo Grossi que, con el advenimiento de la concepción moderna del Derecho, el viejo pluralismo es sustituido por un rígido monismo; de tal modo que el "drama del mundo moderno consistirá en la absorción de todo el derecho por la ley en su identificación con la ley".[23]

El Pluralismo Jurídico no entiende el Derecho de manera unívoca; no tiene una concepción monista del Derecho. La fundamentación del Pluralismo Jurídico la encuentro al utilizar una racionalidad analógica: el Derecho es una realidad compleja que no se agota en la Ley. El Derecho, ciertamente, es Ley, conjunto de normas, pero no sólo es eso, constituye también derechos subjetivos, facultades de las personas y de los grupos sociales sobre lo suyo. Además, Derecho es las cosas y/o conductas debidas a los otros, esto es lo justo objetivo, como concretización de la justicia.[24] Por otro lado, no aceptamos que el Estado sea la única fuente de producción de lo jurídico. Los usos y costumbres, los principios generales del Derecho (concretizaciones de equidad), la realidad humana misma, naturaleza e historia, y la naturaleza de las cosas producen juridicidad. El Derecho también nace del pueblo; de las relaciones interhumanas, de las luchas y reivindicaciones de diversos colectivos.

Aplicando esa racionalidad analógica, decimos que la teoría del Pluralismo Jurídico se separa de la tesis unívoca de la modernidad; hace un rompimiento epistemológico. Se acepta la diversidad, lo plural, pero no de manera equívoca, no el todo se vale, no el todo es Derecho; sino que, por aplicación de la analogía, se acepta lo diverso, lo distinto, aunque sin perder lo esencial de la juridicidad, lo que le da sentido en última instancia, lo que le permite ser Derecho: la justicia.

Esta teoría del Pluralismo Jurídico da cuenta, entonces, que el derecho se produce no sólo por las instancias estatales, sino por diversas fuerzas sociales. Por eso podemos afirmar que los *Acuerdos de San Andrés*, son Derecho, constituyen juridicidad para pueblos y comunidades indígenas.

5.1.2 Las hermandades, realidad histórica del Pluralismo Jurídico

El Pluralismo Jurídico da cuenta de la realidad jurídica que es plural. El Derecho es producido en la realidad, no es una abstracción. Una de las expresiones plurales de ese Derecho lo constituyen las *policías comunitarias*

[23] Grossi, Paolo, *Mitología Jurídica de la Modernidad*, Madrid, Trotta, 2003, p. 36.

[24] *Cfr.* De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *Iusnaturalismo Histórico Analógico*, México, Porrúa, 2011.

surgidas en las comunidades indígenas en los últimos años, que especialmente o de manera implícita se basan en los *Acuerdos de San Andrés*. La más famosa es la que forma parte del sistema de seguridad y justicia de la Montaña y Costa Chica de Guerrero, que tiene veinte años de funcionar bien; pero no es la única.

Para que no se crea que este fenómeno de las *policías comunitarias* constituye un desorden y sólo contribuye al caos social, que se trata de grupos "fuera de la ley", sin legitimación alguna, quiero decir algunas palabras sobre una realidad de pluralismo jurídico medieval que se produjo por causas análogas a la creación de las *policías comunitarias*, en los reinos españoles.

Las *hermandades* eran confederaciones de municipios que se daban sus propias ordenanzas, "para buscar en la unión la fuerza y para atender a los fines de policía y seguridad".[25] Datan del siglo XII o principios del siglo XIII. Como organizaciones, tuvieron una gran fuerza política y social. Dice Minguijón que llegaron "a constituir en ocasiones como un Estado dentro de otro".[26]

> Entonces aparecen las hermandades: 1282 y 1295. Fenómenos que acompañan por lo regular, a los periodos de inseguridad y de especial debilidad de la monarquía... Los concejos de León y Galicia acuerdan (1295) hacer *hermandades*... En las dos últimas décadas del siglo XIII, la iniciativa popular –animada y/o tolerada por la monarquía- coordina por vez primera concejos y reinos para garantizar las aspiraciones colectivas de paz y seguridad. Aviso claro de la necesidad de reajustes en la estructura social que dirige la clase señorial.[27]

Según el tiempo, las *hermandades* tuvieron diversos tipos de relación respecto al poder de los reyes. En ocasiones, el poder real las toleró; en otras, incluso las fomentó y se sirvió de ellas; pero también hubo reyes que se opusieron a ellas y las prohibieron.[28] Ya en el siglo XV, en 1476, las Cortes de Madrigal propusieron la *hermandad general* y le dieron sus primeras ordenanzas. Con la reforma a las ordenanzas, aprobada por los monarcas en 1486, surgió oficialmente la *Santa Hermandad*, "que dio grandes resultados en orden a la seguridad pública y a la extinción del vandalismo".[29]

Es cierto, el motivo principal de las hermandades fue el combate a la delincuencia común. Pero, en muchas ocasiones, ese no fue su único objetivo, sino defenderse del abuso e injusticias de los poderosos, los nobles, los grandes

[25] Minguijón, Salvador, *Historia del Derecho Español*, Barcelona, Labor, 1953, p. 115.
[26] *Idem.*
[27] Barros, Carlos, *Mentalidad justiciera de los irmandiños, siglo XV*, Madrid, Siglo XXI, 1990, p. 19.
[28] *Cfr.* Minguijón, *op. cit.*, p. 115.
[29] *Ibídem*, p. 116.

señores. Es emblemático, en este sentido, el levantamiento de la *Santa Hermandad* del reino de Galicia contra las fortalezas señoriales, en el año de 1467, que mueve a la hermandad gallega: "1. un deseo de justicia, paz y seguridad; 2. una actitud anti-fortaleza; y 3. una conciencia antiseñorial".[30]

Veían a los propios señores como malhechores y no olvidaban que, en muchas ocasiones, los señores tenían la administración de justicia delegada por los reyes debido a la debilidad de la monarquía. El asunto era grave, los mismos que administraban justicia, los señores, son de quienes proviene el crimen y el latrocinio.[31]

En el levantamiento de la hermandad gallega:

> La gente común toma en sus manos el ejercicio de la justicia y la persecución de los malhechores, y de los caballeros que se oponen a la *Santa Irmandade*: en nombre del rey. La justicia delegada, que en otra hora era confiada por el rey a la clase señorial, la detentan en 1467-1469 los pueblos con el permiso real.[32]

Dice la *Crónica de Enrique IV*, de Galíndez de Carvajal: "Como los pueblos del reino, compelidos por necesidad de las muchas muertes y robos que se hazian por todas partes, hizieron general hermandad".[33] Por esa misma necesidad, nacen en las comunidades indígenas las policías comunitarias y sus sistemas de seguridad y justicia.

5.1.3 Notas sobre el Derecho y el Estado, desde la sociología de Pierre Bourdieu

La lucha por el poder simbólico, que constituye la fuerza del Derecho, se traduce en una disputa "por el monopolio del derecho de decir el derecho".[34] Los *Acuerdos de San Andrés* han formado parte de esa disputa.

Para un mejor entendimiento de esto, sigamos lo que Bourdieu nos enseña a través de algunos de sus conceptos sociológicos clave:

Espacio social: Es un conjunto de relaciones o un sistema de posiciones sociales que se definen las unas en relación con las otras.

[30] Barros, Carlos, *op. cit.*, p. 6.
[31] *Cfr. Ibídem*, p. 80.
[32] *Ibídem*, p. 78.
[33] Citada por Barros, *Ibídem*, p. 62.
[34] Bourdieu, Pierre, *op. cit.*, p. 169.

Campo social: Es un espacio social específico, en el que esas relaciones se definen de acuerdo con un tipo especial de poder o capital específico, detentado por los agentes que entran en lucha o competencia, que "juegan" en ese espacio social.

Los grupos o agentes sociales son concebidos como "jugadores" en competencia, que se mueven en diversos campos sociales y disputan una particular especie de capital, considerado como "energía social" o conjunto de recursos o beneficios puestos en juego.

> Quienes hablan de igualdad de posibilidades olvidan que los juegos sociales, como el económico, pero también los culturales (campo religioso, campo jurídico, campo filosófico, etcétera), no son *fair games*: sin estar propiamente amañada, la competencia recuerda una carrera con *handicaps* que se corriera desde hace generaciones, o unos juegos en los que cada jugador dispusiera de las ganancias positivas o negativas de todos sus antecesores, es decir de los tanteos acumulados por sus antepasados.[35]

Capital: Específico del campo, es a la vez la condición de entrada en cada campo social, el objeto y el arma de la actividad en dicho campo. Por lo que los diferentes tipos de capital o poder que son objeto de lucha, pueden definirse como los recursos que se producen y negocian en el campo y cuyas especies, por eso mismo, varían en función de las distintas actividades (juegos o luchas) de los diversos campos.

El *capital* se presenta de tres maneras fundamentales, como *económico, cultural* y *social*.

> Así el *capital económico* es directa e inmediatamente convertible en dinero, y resulta especialmente indicado para la institucionalización en forma de derechos de propiedad; el *capital cultural* puede convertirse bajo ciertas condiciones en capital económico y resulta apropiado para la institucionalización, sobre todo, en forma de títulos académicos; el *capital social*, que es un capital de obligaciones y "relaciones" sociales, resulta igualmente convertible, bajo ciertas condiciones, en capital económico, y puede ser institucionalizado en forma de títulos nobiliarios.[36]

Capital simbólico: Es un conjunto de las especies de capital en cuanto tienen prestigio, reconocimiento, honorabilidad y, sobre todo, legitimidad.

La lucha por el poder simbólico, es por imponer la definición del mundo social: "Lo que está en juego en las batallas simbólicas es la imposición de la visión legítima del mundo social y de sus divisiones, esto es, el poder

[35] Bourdieu, Pierre, *Meditaciones pascalianas*, Barcelona, Anagrama, 1999, p. 285.
[36] Bourdieu, Pierre, *Poder..., op. cit.*, pp. 135 y 136.

simbólico como poder *constructor del mundo*".[37] Es muy claro que el Derecho es un poder simbólico, y la lucha por él, es una lucha por la legitimidad. Los *Acuerdos de San Andrés*, de haberse convertido en normatividad del Estado, hubiesen legitimado plenamente a los pueblos indígenas. Por ello fueron hechos a un lado por el legislador, por el Constituyente Permanente, sin embargo, los pueblos reivindican esos *Acuerdos de San Andrés*. Con ellos legitiman sus sistemas normativos y los oponen como *poder simbólico* al propio Estado, negando la legitimidad de la Reforma constitucional, porque ésta niega a los pueblos y niega su Derecho.

> El derecho es, sin duda, la forma por excelencia del poder simbólico de nominación que crea las cosas nombradas y, en particular los grupos; el derecho confiere a esas realidades surgidas de sus operaciones de clasificación toda permanencia, la de las cosas, que una institución histórica es capaz de conferir a instituciones históricas.
> El derecho es la forma por excelencia del discurso activo, capaz, por su propia virtud, de producir efectos. No es exagerado decir que el derecho *hace* el mundo social, pero con la condición de no olvidar que él es hecho por ese mundo.[38]

El texto actual del Artículo 2° constitucional, que hace una determinada nominación de los indígenas, que les otorga cierta definición, es cuestionado por los *Acuerdos de San Andrés*. Para los pueblos y comunidades, la legitimación está en esos *Acuerdos*, no en la Constitución. Hay una disputa por el poder simbólico: Artículo segundo constitucional *versus Acuerdos de San Andrés*; es una disputa por el derecho a decir el Derecho. ¿Es el Derecho del Estado el que fija los alcances de la autonomía o son los *Acuerdos de San Andrés*, la voluntad y fuerza política de los pueblos, los que nominan y establecen el tamaño de su libre determinación?

En otro lugar, el sociólogo francés dice:

> Hay que analizar... el derecho desde el punto de vista de esas luchas internas en el campo del poder, de esta competición por el ejercicio de la dominación: el derecho es muy poderoso porque proporciona una reserva de técnicas de pensamiento y de técnicas de acción. Los poseedores del capital jurídico son poseedores de un recurso social constituido esencialmente por palabras o por conceptos —pero las palabras y los conceptos son instrumentos de construcción de la realidad y en particular de la realidad social—".[39]

[37] *Ibídem*, p. 124.
[38] *Ibídem*, p. 202.
[39] Bourdieu, Pierre, *Sobre el Estado. Cursos en el Collège de France (1989-1992)*, Barcelona, Anagrama, 2014, p. 450.

Siguiendo al propio Bourdieu, sabemos que el Estado, como institución, es el "detentador del monopolio de la violencia simbólica legítima" y "pone, por su propia existencia, un límite a la lucha simbólica de todos contra todos por ese monopolio (es decir, por el derecho a imponer el propio principio de visión), y arrebata así cierto número de divisiones y principios de división de esa lucha".[40] Por medio del Derecho, "la forma por antonomasia del poder simbólico", se da "la objetivización de la visión dominante reconocida como legítima".[41] De acuerdo con esto, el Artículo 2° de la Constitución, como visión del Estado sobre el mundo indígena, constituye la visión legítima.

Sin embargo, se trata de una visión legítima precaria, pues los pueblos indígenas deficientemente nominados oponen una visión diversa que se objetiva en los Acuerdos de San Andrés. La misma realidad objetiva de los pueblos y el poder simbólico que portan, se opone a la visión del Estado. En ese sentido, los *Acuerdos de San Andrés* cumplen lo que Bourdieu explica de esta manera:

> El imperativo del ajuste realista a las estructuras objetivas que no se impone menos al poder simbólico en su forma profética, herética, anti-institucional, subversiva. Si bien el poder creador de la representación no se manifiesta nunca tan claramente en ciencia, en arte o en política como en los períodos de crisis revolucionaria, la voluntad de transformar el mundo transformando las palabras para designarlo, produciendo nuevas categorías de percepción y apreciación imponiendo una nueva visión de las divisiones y las distribuciones, sólo tiene posibilidades de lograrlo si las profecías, evocaciones creadoras, son también, al menos en parte, previsiones bien fundadas, descripciones anticipadas: si ellas hacen llegar lo que anuncian, nuevas prácticas, nuevas costumbres y, sobre todo, nuevos grupos, es porque anuncian lo que está en vías de llegar, lo que se anuncia; son menos las comadronas que los oficiales del estado civil de la historia.[42]

Esos viejos grupos, pero renovados, que son los pueblos y comunidades indígenas, con nuevas prácticas, con nuevas costumbres, crean Derecho; es Derecho que nace del pueblo. Constituye un pluralismo jurídico y un derecho insurgente que, como tal, y apoyado en los *Acuerdos de San Andrés*, disputa el derecho a decir el Derecho.

Tanto el pluralismo jurídico como el derecho insurgente implican, en cierto sentido, una lucha por decir el Derecho, por el poder simbólico que el Derecho es. Por eso, la visión del Estado y del Derecho que tiene Bourdieu es muy útil para entender las insurgencias jurídicas.

[40] Bourdieu, Pierre, *Meditaciones..., op. cit.*, pp. 244-245.
[41] *Ibídem*, p. 245.
[42] Bourdieu, Pierre, *Poder..., op. cit.*, pp. 203-204.

5.1.4 El derecho insurgente (*direito* insurgente)

En los últimos años, desde América Latina, la contribución teórica más interesante, con relación al Derecho, es la llamada Crítica Jurídica y la sistematización teórica del llamado Derecho Alternativo. Se trata de dos quehaceres del poder jurídico interrelacionados.

Lédio Rosa de Andrade, siguiendo a Amilton Bueno de Carvalho, propone la locución *Derecho Alternativo* (*Direito Alternativo*) como género que admite tres especies: el "positivismo de combate"; el "uso alternativo del derecho" y el derecho alternativo en "sentido estricto".[43] El primero consiste en la lucha porque el derecho objetivo, aquellas leyes que reconocen derechos al pueblo, sean realmente efectivos; la búsqueda de que el derecho positivizado sea eficaz en aquello que favorece a los más desvalidos de la sociedad. El "uso alternativo del derecho" —segunda especie— se relaciona directamente con la hermenéutica jurídica. Se trata de un "proceso hermenéutico por el cual el intérprete da a la norma legal un sentido diferente del pretendido por el legislador de derecha o por la clase dominante".[44] Con ello se hará una interpretación extensiva de los textos legales que favorecen a las clases populares, y restrictiva de las normas que favorecen a las clases hegemónicas. La tercera especie, el derecho alternativo en sentido estricto, constituye precisamente al "pluralismo jurídico" del que ya hablamos, es decir, la juridicidad producida en el seno mismo de los grupos sociales.

El "uso alternativo del derecho" nace en Italia y se teoriza sobre el mismo, ligándolo al quehacer de los jueces.[45] Pero en América Latina, si bien se aplica a las acciones interpretativas de las judicaturas, en especial a los famosos *jueces gauchos*,[46] la locución se ha referido principalmente a las interpretaciones de los abogados que hacen asesoría jurídica popular.

Ahora bien, el *derecho insurgente* —que en muchas ocasiones se ha identificado con el derecho alternativo—, en realidad, es más que éste. Podemos decir que el derecho insurgente asume las tres versiones del derecho alternativo: como *positivismo de combate*, uso *alternativo del derecho* —en su versión desde la asesoría jurídica popular— y cierto pluralismo jurídico; pero a estas manifestaciones alternativas le añade la conciencia de una producción

[43] *Cfr.* De Andrade, Lédio Rosa, *O que é direito alternativo*, Florianópolis, Obra Jurídica, 1998, pp. 46-48.
[44] *Ibídem*, p. 47.
[45] *Cfr.* Barcellona, Prieto y Cotturri, Guiseppe, *El Estado y los juristas*, Barcelona, Fontanella, 1976.
[46] *Cfr.* Bueno de Carvalho, Amilton, *Direito alternativo em movimiento*, Río de Janeiro, LUAM, 1997.

de Derecho desde las clases oprimidas que trata de imponerse al derecho hegemónico burgués.

El gran teórico del derecho insurgente —*direito insurgente*— ha sido el jurista militante y asesor popular, Miguel Pressburger. Otro teórico del derecho insurgente, Ricardo Prestes Pazello, ha sistematizado esa teoría y esa práctica.[47]

Este último nos hace ver que, dentro de la crítica jurídica brasilera, fueron los teóricos del derecho insurgente los que pusieron en primer plano los movimientos populares. Esto no como referencia académica, sino como un mandato pueblo-abogados. Así aparecieron los abogados populares o, mejor, los asesores jurídicos populares. Por eso, los cimientos del derecho insurgente están en la práctica de la asesoría jurídica popular (AJP). El más importante de estos grupos de AJP, lo fue el Instituto Apoio Jurídico Popular (AJUP), fundado en 1987 en Rio de Janeiro, con "una lectura vigorosamente marxista de la realidad". En él destacan las figuras de los abogados Miguel Pressburger y Miguel Baldez.

Pazello nos advierte que se acostumbra identificar al derecho insurgente con el derecho alternativo —en sentido estricto—, con el pluralismo jurídico y con el derecho encontrado en la calle, pero sólo abstractamente pueden ser tomados como lo mismo. El derecho insurgente va más allá: los propios abogados populares que participaban en encuentros con alternativistas eran marginados por su fuerte posición crítica.

El mismo autor explica cómo encara Pressburger las diferencias, estableciendo las especificidades del derecho insurgente:

> Para él, tanto el alternativismo como el pluralismo jurídico aparecían como importaciones coloniales de contextos distintos del latinoamericano y del brasileño en específico. Así, en las explicaciones de Pressburger, la crítica marxista al derecho debería ser pensada de modo tal que no vedase las posibilidades de una práxis jurídica insurgente, aunque esta última no pudiese ser vista como una ingenuidad trasplantada tal como los alternativismos/pluralismos entonces en boga resaltaban. En resumen, podemos decir que su conclusión fue la de pensar un "positivismo de combate", para poder ser aplicado en la técnica jurídica (algo como la política del uso alternativo del derecho; pautada por la necesidad de efectivar conquistas normativas populares y de *garimpar* preciosidades jurídicas que permitan interpretaciones favorables a las clases dominadas), cuyos desarrollos harían posible el derecho insurgente …(esto es) invención de un derecho más eficiente y justo… que tenga en sus raíces la insurgencia contra la perspectiva idealista y fragmentada del saber actualmente dominante…un derecho "que va emergiendo de las luchas sociales, momento histórico y teórico en que los oprimidos se reconocen como clase distinta de aquellos que oprimen".[48]

[47] *Cfr.* Pazello, Ricardo Prestes, *Direito insurgente e movimentos populares: o giro descolonial do poder e a crítica marxista ao direito*, Tesis para obtener el grado de doctor en Derecho por la Universidad Federal de Paraná, defendida el 8 de agosto de 2014.

Escribe Pressburger:

> Se puede afirmar que, en última instancia, las conquistas de los movimientos populares descansen sobre formas "alternativas" que las asesorías jurídicas encuentran para tratar de cuestiones y conflictos concretos. Se trata de dispositivos legales reinterpretados de manera no conservadora; o bien instrumentos jurídicos utilizados de forma aparentemente descabellada para el positivismo, pero que en la práctica se dirigen a lograr soluciones; también han sido exploración de las propias contradicciones de las reglas formales del mundo de las relaciones jurídicas.[49]

De tal modo, el *derecho insurgente* se gesta en los movimientos populares y se hace posible por las asesorías jurídicas.

Se manifiesta utilizando diversos aspectos de las propias leyes, pero emplea una hermenéutica no conservadora, es decir, una en beneficio del movimiento popular. Se expresa también al aplicar, con imaginación creadora y de manera audaz, instrumentos jurídicos en apoyo de diversas soluciones conformes con los intereses populares; y se aprovechan, en favor de esos propios intereses, las contradicciones de las leyes.

Otros modos en que este derecho insurgente se manifiesta, nos los describe Miguel Pressburger de la siguiente manera:

> …las comunidades urbanas y rurales al margen del Estado de Derecho están criando internamente normas de conducta que tienen vigencia y eficacia, tal como el derecho estatal normatizado. Esas reglas de conducta, verdaderas normas consensuales, pero no están escritas, se están mostrando adecuadas y eficientes, para mejor llevarse las relaciones sociales vigentes; porque no son discriminatorias en el seno de una sociedad pluriracional; porque se basan en otros padrones que no tratan de asegurar el modo de producción capitalista... reconociendo esas normas como un derecho paralelo, o sea admitiendo otros derechos que nos son aquellos producidos por la legislación estatal, los juristas pasan a adoptar un punto de vista teórico-científico y niegan el monopolio radical de producción y circulación del derecho por el Estado moderno.[50]

[48] *Ibidem*, p. 439.

[49] Pressburger, T. Miguel, "A Porposta do Insituto Apoio Jurídico Popular", en *Direito Insurgente*, Río de Janeiro, Anais de fundação Instituto Apoio Jurídico Popular 1987-1988, p. 6.

[50] Pressburger, T. Miguel, "O Direito que os oprimidos constroem", en *Direito Insurgente: o direito dos oprimidos*, Río de Janeiro, Apoio Jurídico Popular y FASE, Colección "Seminarios", Núm. 14, 1990, p. 10.

Para acabar de mostrar lo que entienden como derecho insurgente sus propios gestores —esto es, los abogados comprometidos con los movimientos populares— cito a Daniel Rech:

> Aquí el derecho de los pobres insurge contra los privilegios y el exclusivismo de determinados derechos para pocos. El abogado del movimiento popular revela y está presente al frente de esta insurgencia de los pobres en la conquista de igualdad y de justicia... El nuevo derecho, criado por los oprimidos, de acuerdo con sus intereses y necesidades, insertado o no en las leyes vigentes, precisa de ser rescatado y, a través de la formalización, darle la dignidad del derecho vigente.[51]

El *derecho insurgente* es otro *derecho*. Constituye una juridicidad compleja, producida por los pobres, por los oprimidos, y se opone al derecho del Estado porque es un derecho que les hace justicia. Si esto es así, es claro que los *Acuerdos de San Andrés* constituyen derecho insurgente.

5.2 *Los ejemplos*

5.2.1 Municipios autónomos y Juntas de Buen Gobierno zapatistas

En la zona de influencia zapatista funcionan municipios autónomos rebeldes, conducidos por las propias comunidades. En estas experiencias de autogobierno, el EZLN no interviene. Se deslinda el campo político administrativo, que corresponde a las autoridades municipales, del campo militar. Los mandos militares del EZLN no pueden ocupar cargos de autoridad ni en comunidades ni municipios.

En agosto de 2003, las comunidades zapatistas anuncian la instauración de las Juntas de Buen Gobierno:

> Creadas con el fin de contrarrestar el desequilibrio en el desarrollo de los municipios autónomos y de las comunidades; para mediar en los conflictos que pudieran presentarse entre municipios autónomos y entre municipios gubernamentales; para atender las denuncias contra los Consejos Autónomos por violaciones a los derechos humanos, protestas e inconformidades".[52]

Además, realizan otras tareas de apoyo y coordinación en relación a los propios municipios autónomos.

[51] Rech, Daniel, "Introdução", en *Direito Insurgente: direito dos oprimidos*, *op. cit.*, p. 5.
[52] Muñoz Ramírez, Gloria, "EZLN: 20 y 10 el fuego y la palabra", en *Revista Rebeldía*, México, Jornada Ediciones, 2003, pp. 247 y 248.

Las Juntas de Buen Gobierno están constituidas por agrupaciones de municipios autónomos. Sus autoridades son designadas por los propios municipios, de entre los municipios elegidos por las comunidades de base.[53]

Con las Juntas de Buen Gobierno nacen los *Caracoles* como espacios de encuentro político y cultural. Los zapatistas explican:

> Serán como puertas para entrarse a las comunidades y para que las comunidades salgan; como ventanas para vernos dentro y para que veamos fuera; como bocinas para sacar lejos nuestra palabra y para escuchar la del que lejos está. Pero sobre todo, para recordarnos que debemos velar y estar pendientes de la cabalidad de los mundos que pueblan el mundo.[54]

Con fecha 26 de febrero de 1994, el Ejército Zapatista de Liberación Nacional dio un comunicado que se conoce como *Mandar obedeciendo*, en donde establece sus líneas fundamentales de filosofía política, su concepción del ejercicio del poder y su modo de entender la democracia. Entre otras cosas muy interesantes, se dice:

> Fue nuestro camino siempre que la voluntad de los más se hiciera común en el corazón de los hombres y mujeres de mando. Era esa voluntad mayoritaria el camino en el que debía andar el paso del que mandaba. Si se apartaba su andar de lo que era razón de la gente, el corazón que mandaba debía cambiar, por otro que obedeciera. Así nació nuestra fuerza en la montaña, el que manda obedece si es verdadero, el que obedece manda por el corazón común de los hombres y mujeres verdaderos. Otra palabra vino de lejos para que este gobierno se nombrara, y esa palabra nombró "democracia" este camino nuestro que andaba desde antes que caminaran las palabras.[55]

Los municipios autónomos rebeldes y las Juntas de Buen Gobierno tienen esa filosofía política como base. Su tendencia, al ejercer el gobierno, es la de *mandar obedeciendo*. Producen otro derecho, un derecho alternativo, con una racionalidad jurídica distinta a la del derecho dominante.[56]

La Revista *Conspiratio* dedica su Número 07 a responder el cuestionamiento acerca de si hoy es posible la revolución. Los colaboradores argumentan para fundamentar sus opiniones: Gustavo Esteva considera que hay

[53] *Cfr.* Correas, Oscar, *Derecho Indígena Mexicano II*, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, UNAM, México, 2009, p. 235.
[54] *Ibidem*, pp. 245 y 246.
[55] *EZLN, Documentos y Comunicados*, Núm. 1, México, Era, 1995, pp. 175 y 176.
[56] Véase una interesante crítica del zapatismo a las leyes y al "Estado en el capitalismo": Subcomandante Insurgente Marcos, "Luchamos, lucharemos, venceremos", en *Rebeldía*, Núm. 43, junio de 2006, pp. 3-7.

una revolución que está en marcha. Conversa con *Conspiratio* en estos términos:

> Conspiratio: A partir del ejemplo e iniciativas del EZLN, tu propuesta política es la de la revolución de los ámbitos de comunidad, que son propios del México profundo. Ésta, que se ha dado en llamar la primera revolución del siglo XXI, sería una revolución no por el poder sino por la convivencialidad. ¿Crees realmente que esta revolución sigue adelante? ¿Cuáles son sus desafíos más importantes? O, si no es así, ¿en dónde consideras que se ha estancado?
> Gustavo Esteva: El EZLN ha señalado repetidamente que no pretende imponer un modo específico de sociedad a todos los mexicanos. Insiste en que son éstos los que deben ser capaces de expresar democráticamente su voluntad para crear la sociedad que desean, pero no a través de estructuras de representación como las actuales sino en forma directa.
> Desde mi punto de vista, la revolución se ha estado tejiendo desde la base social, en los más diversos ámbitos, se ocupa primordialmente de la autonomía, en espacios en los que la gente puede decidir por sí misma. En esos espacios, las normas de convivencia, definidas por la propia gente, estarían más allá de la sociedad económica, capitalista o socialista, y podrían caracterizarse con el término, que Iván Illich renovó, de "convivencialidad".[57]

Por su parte, Ameglio piensa que el aporte de *la revolución que se está haciendo* tiene que ver con la autonomía de las comunidades. Lo considera como un fruto del quehacer político del zapatismo. Al recordar que el 17 de noviembre de 1983, tres indígenas y tres mestizos establecieron el primer campamento del EZLN, agrega que los "urbanos" que llegaron para hacer una guerrilla y luchar por "un gobierno socialista", "fueron 'derrotados' por la experiencia histórica y cultural de la lucha indígena":

> Gracias a esta ruptura epistémica, moral e intelectual nació algo original: un ejército indígena que, sin dejar de serlo, lucha en forma civil y pacífica desde hace 17 años por construir un principio de orden social no capitalista llamado por ellos 'autonomía'.[58]

La autonomía reclamada, producida día a día y vivida sin permiso, es quizás el fruto más importante de la revolución del EZLN. Fruto no sólo para sus comunidades base, sino también para muchas comunidades a lo largo y ancho de todo México.

[57] Esteva, Gustavo, "La revolución que está en marcha", en *Conspiratio*, Conversación con *Conspiratio*, Núm. 07, México, septiembre-octubre de 2010, p. 45.
[58] Ameglio, Pietro, "Pensar en Voz Alta. 27 y 17: génesis y grito de dignidad zapatista", en *Conspiratio*, Núm. 04, México, marzo-abril de 2010, p. 14.

5.2.2 Sistema Comunitario de Seguridad, Impartición de Justicia y Reeducación de la Montaña y Costa Chica de Guerrero

Entre febrero y marzo de 2001, se dio la marcha de los comandantes del Ejército Zapatista de Liberación Nacional hacia la ciudad de México, donde permanecieron con el objeto de convencer al Congreso de la Unión de aprobar una reforma constitucional aceptada por los propios zapatistas y el Congreso Nacional Indígena. Se le conoció como la "Marcha de la Dignidad Indígena" o la "Marcha del Color de la Tierra". En este importante acontecimiento de la presencia indígena en México, participaron también invitados de otros pueblos indígenas, convocados unos por el propio EZLN y otros por el Congreso Nacional Indígena.[59] La tarde del 11 de marzo de 2001, zapatistas y demás representantes de los pueblos indígenas estuvieron en un gran mitin en la Plaza de la Constitución —conocida como Zócalo— de la Ciudad de México. La segunda oradora fue Domitila Rosendo, indígena de origen nahua, integrante de la organización *Consejo Guerrerense 500 Años de Resistencia Indígena*, quien, en algún momento de su discurso, pidió el reconocimiento legal para la Policía Comunitaria de la Montaña y Costa Chica de Guerrero. Al otro día, ningún medio de prensa escrito, ni los más entusiastas por la causa indígena, dieron noticia de ello. Quizás su demanda también pasó desapercibida para la mayor parte de los oyentes, quienes esperaban ansiosos el discurso del subcomandante Marcos.[60] En realidad, la experiencia de la Policía Comunitaria era poco conocida.

a) Los motivos

Este sistema comunitario de justicia se ha implementado en parte de las regiones Montaña y Costa Chica del Estado de Guerrero. Esta entidad federativa mexicana es una de las de mayor población indígena, además con gran diversidad de grupos culturales. Los indígenas son tlapanecos, mixtecos, nahuas y amuzgos.

Por otro lado, varios de los municipios a los que pertenecen las comunidades de la Montaña y Costa Chica son de los más pobres del país. Casi el noventa por ciento de las localidades indígenas de la región están catalogadas como de alta y muy alta marginación. La desnutrición y el hambre son sólo

[59] *Cfr. EZLN, Documentos y Comunicados. La Marcha del Color de la Tierra,* Núm. 5, México, Era, 2003.
[60] *Cfr.* Martínez Sifuentes, Esteban, *La Policía Comunitaria. Un Sistema de Seguridad Pública Comunitaria Indígena en el Estado de Guerrero*, Instituto Nacional Indigenista, México, 2001, p. 16.

los síntomas más dolorosos de su enorme pobreza. Es una zona también conflictiva por problemas de tenencia de la tierra, siendo frecuentes los pleitos agrarios por diversas causas.[61]

La gran inseguridad de la región —provocada por el accionar de bandas de delincuentes que hicieron del asalto práctica común en los tramos de comunicación entre las comunidades de El Rincón, San Luis Acatlan, Pueblo Hidalgo, Ayutla de los Libres, Tlaxcalixtlahuaca y Marquelia; además de la frecuencia del abigeato, la ola de crímenes y de violaciones sexuales practicadas hasta en menores de edad—, con el clima de terror que originaba, aunada a un sistema estatal de seguridad y de impartición de justicia corrupto e ineficaz, motivó la creación, primero, de la Policía Comunitaria y, después, de todo un sistema de seguridad y administración de justicia, en el que fue derivando.

b) Nacimiento de la Policía Comunitaria

La Policía Comunitaria tiene su origen en las comunidades organizadas, "es un movimiento indígena".[62] Ante la terrible inseguridad de la zona y la ineficacia y corrupción de las instancias de seguridad y justicia del Estado, varias organizaciones regionales vieron la necesidad de abordar el tema. Con este objeto se inician las Asambleas Comunitarias que tenían el propósito de poner remedio a esa problemática. En un principio, se pensó que la solución estaba en el gobierno. De tal modo que se buscó la intervención de varias instancias gubernativas, para que procedieran diversas policías estatales y federales, así como elementos del ejército. La solución no llegó: "En lugar de proteger venían a someter y hostigar".[63]

Con las Asambleas Comunitarias, "la gente tomó valor para denunciar y buscar solución en el mismo pueblo en sus usos y costumbres, en su cultura",[64] pues el gobierno no les daba solución alguna. Así las cosas, en Santa Cruz El Rincón, del Municipio de Malinaltepec, el 15 de octubre de 1995, en una Asamblea Comunitaria con la participación de 38 comunidades, se funda la Policía Comunitaria. "Su objetivo fundamental era rescatar la seguridad que estaba secuestrada en manos de los delincuentes".[65] Sus miembros se

[61] *Cfr. Diagnóstico de la Diócesis de Tlapa*, elaborado por el Consejo Pastoral de la Diócesis de Tlapa, Tlapa de Comonfort, 17 de noviembre de 2003.
[62] *Promoviendo la Esperanza, 8° Aniversario, Un Proyecto Integral*, Comisión de Pastoral Social de la Diócesis de Tlapa, Guerrero, octubre, 2003.
[63] *Idem.*
[64] *Idem.*
[65] *Idem.*

llaman "policías comunitarios", porque surgen de las propias comunidades y le dan sus servicios sin percibir un sueldo; no actúan con criterios economicistas, sino que los guía la conciencia de que es un servicio para la vida del pueblo.

c) Fundación de la Coordinadora Regional de Autoridades Comunitarias

En un principio, los policías comunitarios después de capturar al delincuente lo entregaban a la Agencia del Ministerio Público. Sin embargo, de poco servía; los autores de delitos se las ingeniaban, mejor dicho, corrompían a las autoridades para ser liberados pronto y reaparecían reincidiendo en sus actos delictivos, burlando así a las autoridades comunitarias.

Ante esto, la Asamblea Comunitaria buscó solución a esta problemática para evitar así la reincidencia. Decidió recurrir a su historia como pueblo, concretamente al modo en que sus antepasados administraban justicia. Las comunidades debían recuperar la sabiduría del pasado para actualizarla y aplicarla en el contexto actual; se llegó a la conclusión de que los usos y costumbres de sus antepasados habían funcionado y que constituían una alternativa que había que retomar.

De tal modo que el 22 de febrero de 1998, en la comunidad de El Potrerillo Cuapinole, del Municipio de San Luis Acatlán, con la participación de las autoridades de las comunidades que integran la Coordinadora, policías comunitarios, comisarios municipales, comisarios de bienes comunales y de organizaciones sociales que impulsaron este proceso, en Asamblea Comunitaria, se decide impartir la justicia con base en la tradición de los ancestros. Para ello se constituye la Coordinadora Regional de Autoridades Comunitarias (CRAC)[66] y se adopta como sanción para los que han cometido delitos la *Reeducación*.

Queda así constituido integralmente un sistema de prevención de delitos, de procuración, impartición y administración de justicia, "tal vez único en el país por su estructura organizativa, por sus implicaciones políticas, sociales, y jurídicas, y por sus resultados en términos de eficiencia y eficacia".[67]

Una primera cuestión que debe quedar muy clara es que no se busca —de hecho, se rechaza— el enfrentamiento de las comunidades con el Estado.

[66] *Cfr. La Policía Comunitaria y la Impartición de Justicia, Región Montaña y Costa Chica de Guerrero* (folleto), Diócesis de Tlapa, Comisión de Pastoral Social, 2004, pp. 10-12.
[67] Martínez Sifuentes, *op. cit.*, p. 12; *Cfr.* Muñoz Ramírez, Gloria, "Casi doce años de Policía Comunitaria", en *Ojarasca*, Núm. 125, Suplemento mensual de *La Jornada*, septiembre de 2007, p. 7.

Su principal preocupación es el reconocimiento legal de la Policía Comunitaria y de la Coordinadora Regional de Autoridades Comunitarias. De tal modo que el *Sistema Comunitario de Seguridad, Impartición de Justicia y Reeducación* está fundamentado en normatividad jurídica con plena vigencia en todo el territorio del Estado Mexicano, concretamente en: los Artículos 2 (derechos de los pueblos indígenas) y 39 (soberanía del pueblo) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y los Artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, y 9 del *Convenio 169* de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); esto según el propio Artículo 2 del reglamento.

También consideran como base jurídica del sistema comunitario los llamados *Acuerdos de San Andrés*, celebrados entre el Gobierno Federal y el Ejército Zapatista de Liberación Nacional; ya que establecen las bases para legislar sobre la autonomía y los derechos de los pueblos indígenas.[68]

d) El Derecho es justicia, derechos y ley

Para las comunidades indígenas guerrerenses, el Derecho primordialmente es la justicia, que es dadora de vida, porque da seguridad y equilibra las relaciones entre sus miembros. El Derecho también son los poderes que ellos tienen sobre lo que es suyo y pueden reclamarlo como su derecho; como Derecho también son los Derechos Humanos que en todos deben respetarse, tanto en víctimas como en delincuentes. Asimismo, el Derecho está constituido por leyes, por lo que reconocen a las Constituciones, tanto la de la República como la del Estado de Guerrero, al *Convenio 169* de la Organización Internacional del Trabajo y a su propio Reglamento Interno del *Sistema Comunitario de Seguridad, Impartición de Justicia y Reeducación*. De igual forma, Derecho son las normas que proceden de la aplicación de sus usos y costumbres.

Las experiencias de justicia comunitaria, al considerar las distintas dimensiones de lo jurídico, los distintos analogados del Derecho, los interpretan en todas sus expresiones, en todas sus variadas manifestaciones. Así, al interpretar Derecho, al hacer hermenéutica jurídica, lo hacen en relación tanto a leyes, como a derechos subjetivos, usos y costumbres y criterios de justicia. La interpretación de lo jurídico la llevan a cabo las experiencias de justicia comunitaria ligada a la realidad misma, la cual también se interpreta.

[68] *Declaración del 10 Aniversario del Sistema de Seguridad, Justicia y Proceso de Reeducación Comunitaria*, Pueblo Hidalgo, Guerrero, 15 de octubre de 2005.

El sello más característico y valioso de las experiencias de justicia comunitaria, sin duda alguna, es que sus resoluciones son equitativas y con prudencia; son, en el sentido más propio del término, juris-prudenciales. Así llegan a la justicia.

e) El sistema comunitario de seguridad y justicia y los derechos humanos

Tanto la Policía Comunitaria como todo el sistema de seguridad e impartición de justicia constituyen apoyo jurídico-político de su proyecto integral de desarrollo comunitario, que concretiza los Derechos Humanos, desde la vida y la integridad física, hasta los derechos económicos, sociales y culturales.

Es muy importante decir que las Asambleas Comunitarias que he mencionado, no comenzaron a realizarse con el objeto de crear un sistema de seguridad, sino que éstas se venían realizando desde antes por motivos económicos y sociales. El sistema comunitario se inició con el impulso a un desarrollo integral de la Costa-Montaña de Guerrero, producido por las propias comunidades. Comenzó por la toma de conciencia. Conciencia despertada, en buena medida, por la Pastoral Social de la Diócesis de Tlapa.[69] Dicha conciencia implicó avanzar en construir la organización y unidad de los pueblos de las diferentes lenguas, creándose así el Consejo de Autoridades Indígenas (CAIN), en 1994. Sin embargo, además de los representantes de las comunidades, en las asambleas participan algunas organizaciones económicas y políticas, como la Unión de Ejidos Luz de la Montaña y la Unión Regional Campesina —ambas productoras de café—, el Centro Comunitario de Abasto y el Consejo Guerrerense 500 Años de Resistencia Indígena.[70]

De estas Asambleas surgieron proyectos tan ambiciosos, hechos realidad, como la construcción de la carretera Tlapa-Marquelia, que fue demandada por las comunidades y que se inauguró en 2004. Esta vía de comunicación ha sido detonante para la mejora de las condiciones económicas de la región. Pero también existen logros en materia educativa. En 1995, producto de la

[69] Encabezada por el anterior obispo, Alejo Zavala, hoy obispo de Chilapa-Chilpancingo. Destacan, además, las parroquias de Santa Cruz del Rincón, a cargo del P. Mario Campos Hernández, y de Pascala del Oro, cuyo párroco era el P. Bernardo Valle. También participan algunos religiosos y varias religiosas, sobresaliendo el trabajo de la Hna. Josefina de la Torre Borbón de la Compañía de María.

[70] *Cfr.* Campos Hernández, Mario y Reyes Salinas, Medardo, "Proyectos Productivos de la Costa Montaña: parte integrante del Sistema de Seguridad e Impartición de Justicia Comunitaria", en Reyes Salinas, Medardo y Castro Guzmán, Homero, *Sistema de Seguridad e Impartición de Justicia Comunitaria Costa-Montaña de Guerrero*, Secretaría de Asuntos Indígenas del Estado de Guerrero, Universidad Autónoma de Guerrero, México, Plaza y Valdez Editores, 2008, p. 26.

lucha comunitaria, se logró el establecimiento de una sede de la Universidad Pedagógica Nacional en Santa Cruz del Rincón, municipio que pertenece al sistema comunitario. Además, recientemente se inauguró la Universidad de los Pueblos del Sur, que tiene uno de sus centros también en Santa Cruz del Rincón. Cabe destacar que esta última no recibe apoyos del gobierno, sino que es producto de la iniciativa de los mismos pueblos.[71] Por si fuera poco, también se ha fomentado el ahorro y la creación de fondos para préstamos a bajo interés y han surgido dos radios comunitarias: la primera se llama "La Voz de los Pueblos"[72] y la otra, "La Voz de la Costa Chica", ambas forman parte de la CRAC.[73]

Por último, es importante destacar el rescate que se ha hecho de una institución solidaria indígena llamada Cambio Brazo: "este es el apoyo mutuo que todos los socios del grupo se ofrecen recíprocamente. Esto es lo que en otros lugares llaman 'correspondencia' o 'tequio'. Este valor fue posible rescatarlo dentro de la memoria histórica".[74]

Sergio Sarmiento destaca la importancia que ha tenido en este proyecto integral de reivindicación de Derechos Humanos, el Consejo de Autoridades Indígenas (CAIN), al resaltar sus acciones de organización de la gente de las comunidades a partir de sus necesidades sentidas;[75] y es que, como he dicho, de algún modo los Derechos Humanos son necesidades humanas juridificadas.

f) Dificultades

Este sistema de seguridad y justicia, desde sus inicios y hasta los días que corren, como Derecho e instituciones que surgen al margen del Estado, ha tenido conflictos diversos con las instituciones estatales y sus autoridades. Se le ha criminalizado por estar "fuera de la ley", se dice. Y se le ha tratado de asimilar al Estado, convirtiendo a los "policías comunitarios" en agentes oficiales del mismo. Al interior de las comunidades, sus miembros han adoptado diversas posturas con respecto a la actitud que se debe asumir frente a

[71] *Cfr.* López y Rivas, Gilberto, "Por los caminos de la autonomía: Policía Comunitaria de Guerrero", en *La Jornada*, México, 16 de mayo de 2008.

[72] *Cfr.* Montoya Pitalúa, Sofía Estelí y Vázquez García, Agustín Raymundo, "Del dolor y la rabia nacimos. Décimo tercer aniversario de la Policía Comunitaria", en *Rebeldía*, Núm. 63, 2008, p. 50.

[73] *Cfr.* Centro de Derechos Humanos de la Montaña *Tlachinollan*, "Desde el agua y la montaña los pueblos tejen sus voces entre las nubes. Radios comunitarios de la Montaña y Costa Chica de Guerrero", en *Defensor*, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México, octubre 2011, pp. 22-27.

[74] *Ibídem*, pp. 35 y 36.

[75] Sarmiento Silva, Sergio, "El movimiento indígena guerrerense y la Policía Comunitaria", en *Sistema de Seguridad..., op. cit.*, p. 164.

las instituciones y autoridades estatales. Hacia mediados de la década pasada, se daban dos corrientes de opinión respecto a buscar la "legalización" por parte del Estado, conservando la autonomía: la que aceptaba, y aquella que sostenía que había que seguir al margen del Estado, sin legalización ni reconocimiento alguno.

A final de cuentas, la legalización llegó por medio de la Ley Número 701 de Reconocimiento, Derechos y Cultura de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Guerrero, de 8 de abril de 2011. En esta Ley se reconocen, entre otros, el derecho: a las formas específicas de organización comunitaria, de gobierno, administración de justicia y al Sistema de Justicia Comunitaria. De tal modo que el sistema CRAC-PC quedó reconocido por la Ley.

Sin embargo, por lo delicado de las materias asumidas por las comunidades, como son seguridad y justicia, no ha dejado de haber conflictos con el Estado y hacia el interior de las propias comunidades. En los últimos tiempos la situación se ha tornado más compleja, por la presencia cada vez más fuerte de la delincuencia organizada, a la que es necesario enfrentar.

Actualmente, la CRAC-PC está dividida, cuando menos, en tres grupos. La CRAC original, con dos casas de justicia; la fracción que creó la Unión de Pueblos y Organizaciones del Estado de Guerrero (UPOEG), que encabeza uno de los fundadores de este sistema autonómico, Bruno Plácido, fundada en 2011, con acciones de policía comunitaria desde principios de 2013; y el Frente Unido por la Seguridad y Desarrollo del Estado de Guerrero (FUSDEG), creado en 2015. Sus visiones políticas son diversas.[76]

Por otro lado, se ha reprimido al Sistema de Seguridad y Justicia, por parte del Estado, criminalizando a varios dirigentes comunitarios. Esto a pesar de la Ley 701. El 21 de agosto de 2013, en un operativo conjunto entre policías de diverso tipo y militares, se detuvo a la Comandante Nestora Salgado García, coordinadora de la PC de Olinalá y se le remitió al penal de mediana seguridad de Tepic, Nayarit.[77] Actualmente están en prisión más de diez líderes indígenas de la CRAC-PC; varios de ellos en prisiones fuera del Estado de Guerrero.[78] La opinión política crítica, los considera presos políticos.

Al no encontrarla culpable de ningún delito y debido a presiones políticas de diverso tipo, Nestora Salgado fue liberada el 18 de marzo de 2016. Abel

[76] *Cfr.* Centro de Derechos Humanos de la Montaña, *Tlachinollan, 20 Informe Anual de Actividades. La Montaña de Guerrero: destellos de Justicia y Esperanza, junio 2013-mayo 2014*, Tlapa, Guerrero, pp. 132-136; y *El Universal*, domingo 1 de febrero de 2015.

[77] *Informe Anual, op. cit.*, pp. 136-138. (Este informe de *Tlachinollan* señala como fecha de la detención de Nestora Salgado el 21 de junio de 2013; otras fuentes señalan el 21 de agosto de ese año).

[78] *Idem.*

Barrera,[79] de *Tlachinollan*, Centro de Derechos Humanos de la Montaña, ante la liberación de la comandante de la Policía Comunitaria, declaró, dirigiéndose a ella: "¿Por qué tuviste que pagar tan cara tu osadía de combatir a las autoridades que delinquen, a los policías coludidos con el crimen, a las autoridades civiles que trabajan en contubernio con los jefes de *La maña* y al Ejército actuando en complicidad para proteger los intereses de la delincuencia organizada?" Por su lado, Dussel celebra la libertad de Nestora "contra la voluntad del sistema", por el servicio que presta desde la Policía Comunitaria, "expresión de la sagrada soberanía del pueblo", servicio como poder obedencial.[80]

g) El derecho insurgente en este sistema de seguridad y justicia

La creación, funcionamiento y permanencia, por más de veinte años —pese a todo—, del Sistema Comunitario de Seguridad, Impartición de Justicia y Reeducación de la Montaña y Costa Chica de Guerrero, revelan prácticas no sólo de pluralismo jurídico sino también de derecho insurgente, según se desprende de lo que hemos dicho.

Esta última expresión jurídica se manifestó, también, con algunas de las primeras acciones resonantes de la UPOEG, a principios de 2013. En la comunidad de El Mezón, municipio de Ayutla de los Libres, en la Costa Chica, la comunidad se erigió en tribunal popular y emprendió un juicio, basándose en usos y costumbres, en contra de 53 personas, a las que se imputaban diversos delitos relacionados con el crimen organizado. El sacerdote Mario Campos —uno de los fundadores de la PC-CRAC original—, ante este hecho y refiriéndose a las acciones de la policía comunitaria y la instalación del juicio, declaró: "Son nuestros nuevos patriotas. No es por dinero, sino por conciencia que estos hombres trabajan para la dignidad de los pueblos".[81]

Días después, cuestionado sobre diversos tópicos, Bruno Plácido Valerio, dirigente de la escisión original de la CRAC, la UPOEG, comentó que el movimiento de comunitarios está fundado en la Constitución, "que la ley debe servir al pueblo y cuando es rebasada debe ser cambiada". Agregó que: "No estamos contra el gobierno …hoy el pueblo se está organizando, pero no para

[79] Citado por Gómez, Magdalena, "Nestora: un caso más del desvío de poder", en *La Jornada*, 22 de marzo de 2016.

[80] Dussel, Enrique, "El materialismo mesiánico en Nestora Salgado", en *La Jornada*, 24 de marzo de 2016.

[81] Juárez, Alfonso, "Se erige Ayutla en tribunal", en *Reforma*, 1 de febrero de 2013. El reportero menciona el apellido del sacerdote como "Campo", es Campos.

la guerra… las armas van a ser para defender la casa, la dignidad, la vida".[82] En esa misma asamblea, Gonzalo Torres, de la Unión de Pueblos y Organizaciones del Estado de Guerrero (UPOEG), dijo: "Esta es una revolución de saliva, más que de armas; es de convenios".[83]

Por último, debemos de decir que la UPOEG propuso al Consejo General del Instituto Electoral del Estado de Guerrero, llevar a cabo elecciones de los representantes populares de las comunidades sin la intromisión de los partidos políticos, aplicando su normatividad y prácticas tradicionales, llamadas usos y costumbres. El organismo electoral, con fecha 31 de mayo de 2012, responde negativamente. Ante esto, se plantea juicio ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, que resuelve, por sentencia de 13 de marzo de 2013, en el expediente SUP-JDC-1740/2012, que:

> TERCERO. Se determina que los integrantes de la comunidad indígena del municipio de San Luis Acatlán, Guerrero, tienen derecho a solicitar la elección de sus propias autoridades, siguiendo para ellos sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, con pleno respeto a los derechos humanos.

5.2.3 Cherán: Policía Comunitaria y elecciones con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales

En San Francisco de Cherán, en la meseta purépecha, hasta hace cinco años el crimen organizado talaba sus montes: "han devastado aproximadamente 20 mil hectáreas de bosque en señal inequívoca de que el Estado con sus tres poderes y en sus tres niveles, ha sido omiso, por decir lo menos, en brindar seguridad frente al saqueo de un recurso tan preciado".[84] Ante semejante despojo y ausencia de Estado, agobiados por la delincuencia, los miembros de la comunidad de Cherán decidieron tomar el control de la seguridad y de los accesos a su territorio; esto a partir del 15 de abril de 2011.[85] Para ello han organizado una policía comunal, como grupo de autodefensa, suplantando a la policía municipal.

[82] Rojas, Rosa y Ocampo, Sergio, "Nuestra revolución, de convenios, dicen brigadas de autodefensa", en *La Jornada*, 11 de febrero de 2013. En la misma nota se da cuenta de la disputa entre la CRAC y la UPOEG y de la mediación para resolver diferencias que ejercerían el sacerdote Mario Campos y Abel Barrera de *Tlachinollan*. También se informa que 11 personas de las sometidas a juicio en Ayutla fueron entregadas al gobierno, pero advierten que si las autoridades los liberan "el águila va a agarrar a su presa otra vez".

[83] *Idem*.

[84] Gómez, Magdalena, "Cherán: opacidad del Estado y razón de comunidad", en *La Jornada*, México, 24 de mayo de 2011.

[85] García, Adán, "Arman en Cherán 'ejercito' de civiles", en *Reforma*, 4 de mayo de 2011.

Se trata también de un ejercicio de autonomía de producción jurídica. En el caso de Cherán, además de organizar normalmente la autodefensa, en que participa toda la comunidad, se han establecido normas contra el alcoholismo. Esas políticas y esa normatividad han rendido frutos, pues ha disminuido considerablemente la delincuencia interna, la tala y el consumo de alcohol.

Ese ejercicio de autonomía, con la autodefensa, ha fortalecido los lazos comunitarios; ha hecho crecer las solidaridades. He escuchado testigos manifestando que la gente se fortalece juntándose en la calle a rezar y a comer. "Entre las piedras que sirven de retén —dice un reportaje— los pobladores de Cherán levantaron una bandera mexicana. Las mujeres hacen tortillas, cocinan frijoles, arroz, corundas y tamales".[86] Jorge Atilano González escribe:

> Comer y rezar juntos en la calle fue la estrategia de resistencia que creó la comunidad de Cherán. Actualmente son doscientos altares y cocinas repartidas en toda la comunidad que a partir de las ocho de la noche se activan para cerrar las calles y crear altares vivos de esperanza y comunión. El organizarse para comer y rezar juntos en la calle fue recuperar la pertenencia a la comunidad, más allá de detener o no la tala ilegal de los árboles, Cherán ha sabido emprender las acciones que permitan crear vida desde el dolor y la injusticia. Quienes han decidido emprender el camino de la corrupción son personas que se desvincularon de la comunidad. Tanto individualismo los condujo a sentirse separados de los otros. En cambio, la población de Cherán tomó fuerza para replegar al crimen organizado cuando reactivó sus lazos comunitarios por medio de las fogatas, comiendo y rezando juntos.[87]

En esa convivencia comunitaria se fue forjando la autonomía de Cherán, por medio de una "institución comunal desde la convivencia reflexiva-afectiva alrededor de cada una de las 200 paranguas ("fogatas" en purhépecha) que fungieron como institución que posibilitó la cohesión comunitaria".[88]

La comunidad de Cherán decide reafirmar y ampliar su autonomía en los hechos: rechaza participar en las elecciones generales que se celebraron en 2011 en el Estado de Michoacán, para renovar el Legislativo y el Ejecutivo, así como las autoridades municipales, y decide elegir sus autoridades por medio de sus usos y costumbres, rechazando el sistema de partidos políticos. Así, el 22 de enero de 2012 realizaron sus elecciones.

[86] Castellanos, Francisco y Gil Olmos, José, "En Cherán, a punto de gritar ¿a las armas?", en *Proceso*, Núm. 1803, México, 22 de mayo de 2011, p. 24.

[87] González, Jorge Atilano, S. J., "Cherán, México: Unidad frente al crimen organizado", en *Mensaje*, Núm. 608, Santiago de Chile, mayo de 2012, p. 49.

[88] Pinto, Rodrigo, "Las Paranguas, donde se fragua la autonomía de Cherán", en *Christus*, México, enero-marzo 2016, pp. 15-16.

Éstas pudieron celebrarse y plenamente validarse gracias a una histórica sentencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, dictada en el expediente del Juicio Ciudadano SUP-JDC-9167/2011. En esa resolución, los magistrados electorales sí se basaron en los principios constitucionales. Con fecha dos de noviembre de 2011, resolvieron revocar un acuerdo del Congreso General del Instituto Electoral de Michoacán, por el que respondía negativamente a la petición de la Comunidad Indígena de Cherán, para celebrar sus elecciones bajo sus usos y costumbres, y determinaron "que los integrantes de la Comunidad Indígena de Cherán tienen derecho a solicitar la elección de sus propias autoridades, siguiendo para ello sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, con pleno respeto a los derechos humanos".

El TEPJF basó su sentencia en que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos "reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a la libre determinación y consecuentemente a la autonomía para, entre otras cosas… elegir de acuerdo a 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".

El Tribunal Electoral cita además, en apoyo de su resolución, el *Convenio 169* de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y criterios anteriores sustentados por el propio TEPJF.

Orlando Aragón, abogado de la Comunidad de San Francisco Cherán en el proceso judicial electoral que hemos mencionado, escribe:

> El legado principal… que nos regala la comunidad de Cherán a todos los michoacanos y mexicanos es más bien la invitación a seguir sus pasos, a construir una sociedad en que la interculturalidad no se limite a un acto folclórico, a otorgar iniciativa política a los pueblos indígenas, a aprender de ellos; pero sobre todo, a desafiar lo que por todos los medios se nos repite que es 'imposible', a no conformarnos con la miseria política en la que vivimos, a reinventarle para nuestro bien.[89]

Actualmente, el autogobierno por usos y costumbres de Cherán está conformado por la autoridad municipal, constituida por el Consejo Mayor de

[89] Aragón Andrade, Orlando, "Cherán o la esperanza de la política en México", en *La Jornada Michoacán*, 23 de enero de 2012, http://www.lajornadamichoacan.com.mx/author/edicionimpresa/

BIBLIOTECA
ESCUELA LIBRE DE DERECHO

Gobierno, compuesto por doce K'eris Jánaskaticha (sabios de la comunidad), electos de manera directa por los cuatro barrios de Cherán.[90]

Podemos decir con Adela Damián: "Gracias Cherán por defender la vida de todos nosotros, por defender a Nana Echeri (Madre Tierra), por defender los bosques, por defender el agua, por defender la vida".[91]

5.2.4 La lucha de los Pueblos de Morelos por su autonomía y en defensa de la vida y su territorio

Desde hace algunos años, los pueblos y comunidades del Estado de Morelos se han visto amenazados. Peligran sus tierras y su agua, su vida misma. Su territorio se ha visto asediado por megaproyectos mineros, energéticos e industriales, que contaminan el agua, la tierra y el agua.

Lo que a continuación narramos es breve noticia de la organización y de la lucha de los Pueblos de Morelos por forjar su autonomía y, a partir de ella, luchar por la defensa de las condiciones materiales que sustentan su vida comunitaria y personal.

a) "Manifiesto de los Pueblos de Morelos"

Producto de un primer Congreso de los Pueblos de Morelos, es un Manifiesto dado en Xoxocotla, municipio de Puente de Ixtla, el 29 de julio de 2007. En ese documento se expresa el fundamento de su visión y sus luchas. Se afirma que se busca la autonomía territorial y la autogestión. Agregan: "Tenemos la determinación de manejar nuestros propios recursos sin dejarlos en manos de autoridades que no saben responder a las necesidades y deseos de los pueblos".

Expresan su visión de lo jurídico, haciendo crítica de la legalidad de los poderosos, a la que oponen la justicia y su "sueño" de autonomía. Dice el manifiesto de Xoxocotla:

> Nuestro sueño es integral... reconstruir nuestros lazos y construir la autonomía de cada pueblo, crear nuestras propias leyes y normas sobre el manejo del agua, los suelos y la basura, respetando la consulta y los derechos de todos. Queremos la justicia que la legalidad de los poderosos nos ha negado hasta ahora.[92]

Se habla de la creación de un Consejo de Pueblos.

[90] *Cfr.* Pinto, *op. cit.*, p. 15.

[91] Damián Barajas, Adela, (*Janintzarani*), "Reflexiones", en *Christus,* Núm. 789, México, marzo-abril de 2012.

[92] *Manifiesto de los Pueblos de Morelos*, Impreso en Morelos, enero de 2015, p. 24.

b) Los Acuerdos de San Andrés, acompañan la lucha

Don Saúl Roque, viejo líder y luchador en la defensa "del agua, el aire y la tierra" de los Pueblos de Morelos, presentó una ponencia en el Foro Internacional "Comunidad, Cultura y Paz", auspiciado por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos (UAEM), que se llevó a cabo del 10 al 14 de noviembre de 2014, en donde vinculó los *Acuerdos de San Andrés* a la lucha de los Pueblos de Morelos. Manifestó que la defensa de su territorio y autonomía está conforme a lo establecido en esos *Acuerdos*.[93]

c) Asambleas Regionales rumbo al segundo Congreso de los Pueblos de Morelos

A continuación hacemos referencia a varias asambleas regionales, preparatorias del segundo Congreso de los Pueblos de Morelos, proceso formal que se inició en un "Diálogo con los Pueblos de Morelos", en el auditorio Emiliano Zapata, de la UAEM, el 28 de agosto de 2014. Participaron varios pueblos y barrios. Se inicia con unas palabras del rector Alejandro Vera, en donde liga el compromiso de la Universidad a la lucha de los Pueblos de Morelos. De ese "Diálogo" se deriva un *Pronunciamiento*, en el que se puntualizan, a manera de síntesis, varias denuncias concretas por la amenaza de los megaproyectos y se denuncia también la "criminalización de las luchas sociales".[94]

El 31 de enero de 2015, se celebró la Asamblea Región Sur-Poniente, en el Balneario Palo Bolero, Alpuyeca, Xochitepec. Se inicia con las palabras de bienvenida del viejo luchador don Saúl Roque que, entre otras cosas, dice que respaldan los Acuerdos de *San Andrés Larráinzar*, que hacen valer el poder y la dignidad de los pueblos.[95] Se organizan "mesas de trabajo", y de la síntesis de sus discusiones podemos resaltar lo siguiente:

> Necesitamos comenzar a defender los territorios, saberes, valores, usos y costumbres de los pueblos. Necesitamos una organización para fomentar e implementar la autonomía, la autogestión comunitaria y la defensa de los pueblos (territorio, alimentación, salud, educación, comunicación, justicia, etc.)... necesitamos democracia directa y

[93] Don Saúl Roque participó en la Mesa 4, sobre "Los Acuerdos de San Andrés, la defensa del territorio y la Constitución", en el Auditorio Emiliano Zapata de la UAEM, celebrada el 10 de noviembre de 2014, Cuernavaca, Morelos.

[94] *Cfr.* "Documentación de las Asambleas Regionales rumbo al Congreso de los Pueblos de Morelos", elaborado por la Comisión de Seguimiento de la Asamblea Permanente de Pueblos de Morelos, enero-abril de 2015.

[95] *Ibídem*, p. 9.

> participativa, que haya confiabilidad y responsabilidad en las distintas formas de gestión comunitaria como la *asamblea comunitaria*, las faenas, las comisiones, la ronda comunitaria, las fiestas... necesitamos la cancelación inmediata del Proyecto Integral Morelos y trazar a largo plazo para el desarrollo de nuestras comunidades.[96]

El 28 de agosto de 2015 se celebró la asamblea en la Región Altos, en la Casa de la Cultura de Ixcatepec, Tepoztlán. Varias personas aportan sus palabras, como la profesora Osbelia Quiroz, de Frentes Unidos en Defensa de Tepoztlán y el poeta Javier Sicilia, de la Secretaría de Extensión de la UAEM. Para los objetivos de este trabajo se destaca la intervención del profesor Fausto Martínez, representante de los ejidatarios de Cuautla y Ayala. Incluye en sus palabras la lectura de la "Declaración de los ejidatarios de Ayala", del 28 de noviembre de 2014, en el 103 aniversario de la firma de promulgación del Plan de Ayala, que declara "nulo cualquier documento que afecte a nuestros ejidos" y, para el municipio de Ayala, declaran nulas "las reformas realizadas a los Artículos 25, 27 y 28 constitucionales, por atentar contra el ejido, las tierras comunales, la pequeña propiedad y nuestra soberanía nacional y energética.[97] Están utilizando el *Plan de Ayala* como derecho insurgente, de manera análoga a como lo hizo el Ejército Libertador del Sur, comandado por Emiliano Zapata, 104 años antes. Cómo esto será retomado por los Pueblos de Morelos, volveré sobre el tema más adelante.

En las "mesas de trabajo" destacó el fortalecimiento e impuso a la organización comunitaria, incluyendo la creación de "rondas comunitarias", que no es otra cosa que una forma de policía comunitaria.[98]

La Asamblea Regional Oriente se celebró en Amilcingo, Temoac, el 14 de marzo de 2015. Varias palabras se hicieron escuchar, de diversos representantes de las comunidades; también la voz de la UAEM, por medio de Roberto Ochoa, de la oficina de Derechos Civiles, y la del poeta Javier Sicilia, de la Secretaría de Extensión. Destaco las palabras de Teresa Castellanos, de la comunidad de Huexca, del Frente de los Pueblos en Defensa de la Tierra y el Agua, contra la hidroeléctrica allí construida sin informarles ni consultarles[99]

[96] *Ibidem*, pp. 9-10. *Cfr.* Morelos Cruz, Rubicela, "Pueblos de Morelos afinan lucha contra megaproyectos", en *La jornada*, 1 de febrero de 2015.

[97] "Documentación de las Asambleas Regionales...", *op. cit.*, pp. 14-15. *Cfr. La Jornada*, 1 de marzo de 2015: El encabezado dice: "Se alzan 60 pueblos de Morelos contra mega obra federal. En asamblea declaran nulas reformas a los artículos 25, 27 y 28 constitucionales..."; "Tierras y agua 'no serán cedidos' a extranjeros: ejidatarios de Morelos", nota de Rubicela Morelos Cruz, p. 27; Editorial: "Morelos: inconformidad popular", p. 4.

[98] *Cfr.* "Documentación de las Asambleas Regionales..." *op. cit.*, pp. 20-22.

[99] *Ibidem*, pp. 31-32; *Cfr.* Morelos Cruz, Rubicela, "Pactan 60 pueblos de Morelos luchar juntos contra PIM", en *La Jornada*, 15 de marzo de 2015.

y cuyo funcionamiento han logrado frenar; y la voz de Francisco García, de Temextepango, Ayala, del propio Frente de Pueblos en Defensa de la Tierra y el Agua, que apoya esa defensa en el mismísimo *Plan de Ayala*.[100] En las "mesas de trabajo" están presentes en apoyo de los argumentos los *Acuerdos de San Andrés*.[101]

d) Segundo Congreso de los Pueblos de Morelos

El 22 de abril de 2015, en el Auditorio Emiliano Zapata de la UAEM, en Cuernavaca, se celebró el Segundo Congreso de los Pueblos de Morelos. Esta asamblea da un "Pronunciamiento". Se trata de un documento contundente: recurre a los *Acuerdos de San Andrés* y, ahora sí, con expresión de voluntad general de todos los pueblos participantes, dice:

> Desconocemos y declaramos nulas las reformas a los artículos 25, 27 y 28, las reformas estructurales aprobadas en este sexenio bajo la traición al pueblo mexicano...[102]

Exigen la cancelación del Proyecto Integral Morelos (PIM).[103]

Estas declaraciones de nulidad de las reformas constitucionales constituyen, como decíamos, derecho insurgente. Y, como vimos, se está usando como derecho insurgente el Plan de Ayala, porque los pueblos consideran que las circunstancias sociales que viven actualmente son análogas a las vividas por los pueblos hace más de cien años, en que se da ese documento revolucionario. Dicho de otro modo, consideran que existe una realidad análoga entre el despojo del que fueron objeto pueblos y comunidades, al amparo de las leyes liberales de la segunda mitad del siglo XIX, concretamente la *Ley de Desamortización* de 26 de junio de 1856, y el despojo del que ahora son objeto, con la aplicación de la reforma constitucional y las leyes derivadas que apoyan la "reforma energética".

El *Plan de Ayala*, plan revolucionario suscrito por Emiliano Zapata, fue dado en Villa de Ayala, Morelos, el 28 de noviembre de 1911. Desconoce como "jefe de la Revolución" a Madero, "por ser incapaz de gobernar, por no tener ningún respeto a la ley ni a la justicia de los pueblos" y expresa que la "junta revolucionaria del Estado de Morelos" manifiesta a la Nación: "Que hace suyo el Plan de San Luis Potosí con las adiciones que a

[100] *Ibidem*, p. 32.

[101] *Ibidem*, pp. 36-37.

[102] *Ibidem*, p. 42.

[103] *Ibidem*, p. 43.

continuación se expresan, en beneficio de los pueblos oprimidos y se hará defensora de los principios que defiende hasta vencer o morir".[104]

Las declaraciones sexta y séptima son las más importantes y de gran trascendencia jurídica y política. Las cito:

> Como parte adicional del plan que invocamos hacemos constar: Que en los terrenos, montes y aguas que hayan usurpado los hacendados, científicos o caciques, a la sombra de la tiranía y de la justicia venal, entrarán en posesión de estos bienes inmuebles desde luego los pueblos y ciudadanos que tengan sus títulos correspondientes a esas propiedades, en las cuales han sido despojados por la mala fe de nuestros opresores, manteniendo a todo trance, con las armas en la mano, la mencionada posesión, y los usurpadores que se consideren con derecho a ellos, lo deducirán ante los tribunales especiales que se establezcan al triunfo de la revolución.
> En virtud de que la inmensa mayoría de los pueblos y ciudadanos mexicanos no son más dueños que del terreno que pisan, sin poder mejorar en nada su condición social ni poder dedicarse a la industria o a la agricultura por estar monopolizadas en unas cuantas manos las tierras, montes y aguas, por esta causa se expropiarán, previa indemnización de la tercera parte de esos monopolios, a los poderosos propietarios de ellas, a fin de que los pueblos y ciudadanos de México obtengan ejidos, colonias, fundos legales para pueblos, o campos de sembradío o de labor, y se mejore en todo y para todo la falta de prosperidad y bienestar de los mexicanos.[105]

Son los reclamos de restitución de tierras a los pueblos y dotación de tierras a aquellos que no la tengan. Estos dos reclamos del *Plan de Ayala* son la base de la política de reforma agraria posrevolucionaria, basada en la Constitución y las leyes de la materia.

La declaración sexta, formulada en el *Plan*, es auténticamente revolucionaria. No espera la acción judicial para que los pueblos sean restituidos en sus tierras, sino que por la misma acción revolucionaria se da la restitución —los pueblos deben tomar posesión de la tierra usurpada—, ya después vendrá la resolución judicial.

e) "Primera Asamblea" del Segundo Congreso

Se celebró en Huexca, municipio de Yecapixtla, el 10 de octubre de 2015. Comienza con una "oración a los cuatro vientos" y una danza. Luego de la "bienvenida", el ayudante municipal —electo democráticamente—, Miguel Ángel Álvarez, pone en evidencia el problema de la termoeléctrica. Después

[104] Texto del *Plan de Ayala*, García Rivas, Heriberto, en *Breve Historia de la Revolución Mexicana*, México, Diana, 1967, pp. 106-112.
[105] *Idem*.

interviene Aurora Valdepeña, vecina de la comunidad de Santa Cruz Huexca. En referencia directa a la termoeléctrica, habla contra los megaproyectos "que nos destruyen" y que "no necesitamos". Termina con un grito de lucha: "Vida sí; termo no". Después toma la palabra el rector de la UAEM, Alejandro Vera. Se refiere a la estrecha relación entre los universitarios y los Pueblos de Morelos, manifestando su firme convicción de que los universitarios estén cerca de la gente: "en esa medida se forman como personas", y anuncia que la Universidad ha creado ya una instancia permanente de vinculación con la lucha de los Pueblos. La asamblea transcurre con otras intervenciones, todas en el sentido de defensa de las comunidades contra las amenazas producto del Plan Integral Morelos y las acciones de las mineras.[106] Se insiste en la importancia del uso del Derecho, de la utilización de estrategias jurídicas para reforzar la defensa. En la línea propiamente de derecho insurgente, se habló de "crear leyes de los propios pueblos", como una ley que blinde el territorio, una ley de zona de reserva agrícola. Se informa, además, que "ayer" en Huexca se creó una policía comunitaria.[107] También se propone integrar un tribunal de pueblos de Morelos para someter a juicio al gobernador Graco Ramírez y a los principales responsables de los proyectos "desarrollistas" que conllevan al despojo de las comunidades y la devastación ambiental en Morelos.[108]

Reflexión final

Es un hecho incontrovertible que varios pueblos y comunidades indígenas están forjando hoy su autonomía; sobre todo urgidos por la necesidad imperiosa de defenderse de los megaproyectos que amenazan sus condiciones materiales de vida. En esas luchas por la autonomía y por la sobrevivencia, los *Acuerdos de San Andrés* están presentes en el imaginario jurídico de esos pueblos y comunidades. Consideran que es parte de su Derecho; se basan en ellos para producir la juridicidad que legitima la defensa de su vida colectiva. Esa juridicidad constituye un derecho insurgente.

[106] Notas del autor sacadas durante la Asamblea; *Cfr.* Morelos Cruz, Rubicela, "Propone congreso de pueblos enjuiciar a Graco Ramírez", en *La Jornada*, 11 de octubre de 2015 y Brito, José Luis, "Reiteran pueblos rechazo a la termoeléctrica", en *La Jornada de Morelos*, 11 de octubre de 2015.
[107] Notas del autor sacadas durante la asamblea.
[108] Notas del autor... *Cfr.* "Propone congreso...", *op. cit.* y "Reinteran pueblos...", *op. cit.*

BREXIT: UNA MIRADA CONSTITUCIONAL Y GEOPOLÍTICA

Gonzalo Farrera Bravo*
Jesús Manuel Niebla Zatarain**
Victoria Meza Chávez***

Sumario: I. El contexto y antecedentes. II. Geopolítica. III. Muchas globalizaciones. IV. El ámbito constitucional de Europa. V. Nuevos tratados internacionales en el mundo. VI. Alcances económicos. VII. A manera de conclusión. VIII. Bibliografía.

El presente trabajo tiene como finalidad analizar, desde el aspecto de la geopolítica, el derecho constitucional y la economía, para poder descifrar los múltiples significados de la separación que ha paralizado al mundo y al propio Reino Unido. Las múltiples aristas planteadas como hipótesis ayudarán a entender las implicaciones futuras que guarda el Brexit con respecto a la nueva generación de acuerdos de naturaleza económica; así como sus alcances políticos dentro del gobierno británico.

I. El contexto y antecedentes

La salida del Reino Unido de la Unión Europea (UE), comúnmente abreviada como *Brexit,* es una meta política perseguida por determinados partidos políticos, grupos civiles y personas individuales, que buscan que su país

* Profesor de la Escuela Libre de Derecho y del Posgrado en Derecho y Política de la UNAM.
** Estudiante doctoral de la Universidad de Edimburgo, Escocia, Reino Unido-Universidad Autónoma de Sinaloa.
*** Licenciada en Ciencias de la Comunicación de la Universidad Autónoma de Tamaulipas y ayudante de Investigador del IIJ-UNAM.

abandone la Unión Europea.[1] El contexto de la salida generó una importante campaña electoral interna en la que diversos políticos, los partidos y sus facciones defendieron su postura a favor del sí o del no, según el caso. Ya en el año de 1975 se había celebrado un *referéndum* sobre la permanencia del país en la Comunidad Económica Europea (CEE), precursora de la UE, con resultado favorable a la permanencia.[2] En 2016 se produjo un nuevo *referéndum* sobre la pertenencia británica a la UE, que se celebró el jueves 23 de junio y arrojó un resultado favorable a la salida, con casi un 52% de los votos, frente a un 48% que abogó por la permanencia. El resultado no fue uniforme en todo el Reino Unido, votándose a favor del *Brexit* en Inglaterra y Gales, y en contra en Escocia, Irlanda del Norte y Gibraltar, entre otros.

Una de las consecuencias inmediatas fue el anuncio de la dimisión del Primer Ministro británico, David Cameron, quien estuvo a favor de la permanencia. Su dimisión se materializó el 2 de octubre de 2016. Lo sucedió Theresa May, quien asumió el cargo el 13 de julio del mismo año y presidirá el proceso de salida.

Por otra parte, el resultado del referéndum no fue vinculante, ya que para iniciar el proceso de salida de la Unión Europea, el Parlamento del Reino Unido tendrá que derogar una serie de leyes —entre ellas, el *European Communities Act* de 1972—, por lo que tanto la Cámara de los Lores, como la de los Comunes, podría echar abajo cualquier iniciativa en este sentido.[3]

[1] El retirarse de la Unión Europea es un derecho de los Estados miembros, en virtud del Artículo 50 del Tratado de la Unión Europea.

[2] La Comunidad Económica Europea (CEE) fue una unión económica creada por el Tratado de Roma de 1957. Cuando en 1993 se forma la Unión Europea, la CEE se incorpora a ella y se pasa a llamar Comunidad Europea (CE). En 2009, las instituciones de la CE fueron absorbidas por el entramado institucional de la Unión Europea, dejando de existir la Comunidad.

El objetivo de la Comunidad era lograr la integración económica —incluyendo un mercado común y la unión aduanera— entre sus seis miembros fundadores: Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo, los Países Bajos y Alemania Occidental. En 1965, mediante el Tratado de Bruselas, las instituciones de la CEE se fusionaron junto con las del resto de Comunidades Europeas: la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom).

Con la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, en 1993, la CEE pasó a llamarse Comunidad Europea para reflejar ya no solo su carácter económico, sino también político. Por el mismo tratado, las tres Comunidades Europeas se convirtieron en uno de los tres pilares de la Unión Europea. La Comunidad Europea existió como tal hasta que fue abolida por el Tratado de Lisboa de 2009, que incorporó las instituciones de la CE al marco más amplio de la Unión Europea, pasando esta a «sustituir y suceder a la Comunidad Europea. *Cfr.* LENAERTS, Koen, et, *EU Procedural Law*, OUP, UK, 2016.

[3] El Parlamento del Reino Unido proviene, casi en su totalidad, del antiguo Parlamento de Inglaterra. Su nacimiento tuvo lugar mediante el Tratado de la Unión de 1706 y las Actas de la Unión de 1707 —que ratificaron el Tratado—. El nuevo Parlamento del Reino Unido fue creado en sustitución de los Parlamentos de Inglaterra y de Escocia. En realidad, no supuso más que la continuación del Parlamento de Inglaterra, solo que con la adhesión de 45 Comunes y 16 Lores en representación de Escocia.

El Parlamento de Inglaterra se basaba en el Gran Consejo, órgano asesor del monarca durante la Edad Media, formado por miembros de la Iglesia, nobles, y representantes de los condados y de las ciudades más importantes. Por tanto, el primer Parlamento, constituido en 1295 y llamado comúnmente el Parlamento Modelo, también estaba formado por arzobispos, obispos, abades, nobles y representantes de los condados y ciudades. El poder del Parlamento fue creciendo poco a poco, dependiendo de la fortaleza o debilidad del monarca. Por ejemplo, durante el reinado de Eduardo II (1307-1327), el mandato de la Corona fue débil, por lo que la nobleza y los representantes de los condados y las ciudades ganaron mucho poder. En 1332, la autoridad del Parlamento fue reconocida por primera vez, tanto por sus propios miembros como por el monarca. Durante el reinado de Eduardo III, sucesor del anterior, tuvo lugar la separación bicameral del Parlamento: la Cámara de los Comunes albergaría a los representantes de los condados y las ciudades, mientras que la Cámara de los Lores estaría formada por la jerarquía eclesiástica y la nobleza. La autoridad del Parlamento continuó creciendo, y durante el siglo XV alcanzaron poderes nunca vistos hasta el momento. La Cámara de los Lores era por entonces más poderosa que la Cámara de los Comunes, debido a la gran influencia de los nobles y de la Iglesia sobre todo el reino.

El poder de la nobleza disminuyó a finales del siglo XV debido a la guerra civil conocida como la Guerra de las Dos Rosas. Buena parte de la nobleza murió en el campo de batalla o fue ejecutada posteriormente por su participación en la guerra, y muchos aristócratas perdieron sus tierras en favor del monarca. Además, el feudalismo llegó a su fin y muchos ejércitos feudales controlados por los barones se quedaron obsoletos. Enrique VII (1485-1509) estableció la supremacía de la monarquía, simbolizada a través de la Corona Imperial. El dominio de la Corona siguió durante la dinastía de los Tudor, a lo largo del siglo XVI, alcanzando las mayores cuotas de poder durante el reinado de Enrique VIII (1509-1547).

Así mismo, en el caso de que las dos terceras partes de los miembros del Parlamento británico votaran para adelantar las próximas elecciones generales, previstas para 2020, podría resultar ganador un partido que prometiera mantener al Reino Unido en la UE; esto con el argumento de que un resultado en unas elecciones generales es más vinculante que los resultados de un referéndum. En dicho sentido, todos los diputados del SNP y de los Lib Dems y casi todos los diputados laboristas y del partido en el poder votaron para mantener al Reino Unido en la UE.

El Referendo de 1975

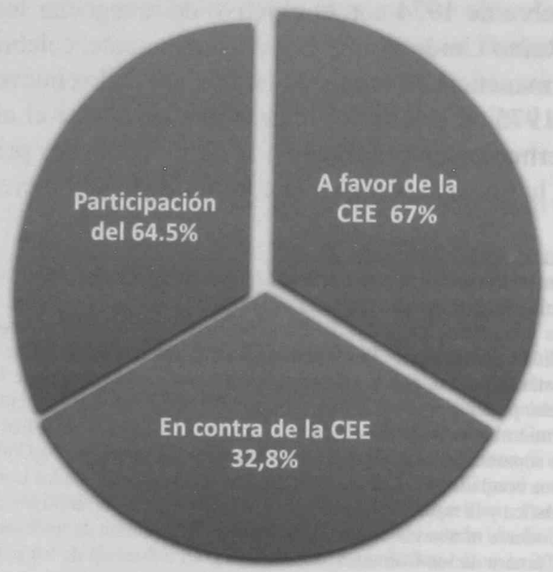
El Reino Unido se adhirió a la Comunidad Económica Europea, comúnmente denominada por los británicos como el "Mercado Común", el 1° de enero de 1973, bajo el gobierno conservador de Edward Heath. El Partido Laborista, liderado en la oposición por Harold Wilson, concurrió a las elecciones generales de octubre de 1974 con el objetivo de renegociar los términos de pertenencia del Reino Unido a la CEE y, posteriormente, celebrar un referéndum sobre la permanencia en la misma en función de los nuevos términos.

En el año de 1975 se celebró el referéndum en el que el electorado decidió sobre la permanencia británica en la CEE. Todos los principales partidos políticos y la prensa apoyaron la continuidad en el mercado común.

Sin embargo, hubo fracturas internas significativas entre los laboristas (en aquel momento, el partido gobernante), dado que sus militantes habían votado a favor de la salida en una conferencia celebrada el 26 de abril del mismo año, cuya duración había sido de un día. Puesto que el gobierno estaba dividido entre acérrimos proeuropeos y antieuropeos, Harold Wilson autorizó que sus ministros hicieran campaña pública en favor de cualquiera de las dos opciones.[4] En total, siete de los treinta y dos miembros del gobierno se opusieron a la pertenencia a la CEE.

El 5 de junio de 1975, los electores tuvieron que decidir si votaban sí o no a la pregunta: "¿Piensa que el Reino Unido debe permanecer en la Comunidad Europea (Mercado Común)?" Todos los condados administrativos del Reino Unido registraron una mayoría de votos afirmativos, con la excepción de las islas Shetland y las islas Hébridas Exteriores. Como resultado, el Reino Unido permaneció en la CEE.

Resultados del Referendum de 1975



Posteriormente, desde la oposición, el Partido Laborista hizo campaña en las elecciones generales del año 1983 para que el Reino Unido saliera de la Comunidad Económica Europea. La propuesta no tuvo mayor calado por

[4] Weatherill, Stephen, *Cases and Materials on EU Law.*

la aplastante victoria de Margaret Thatcher, que fue reelegida en las elecciones. A partir de ese momento, el Partido Laborista cambió su política hacia Europa.[5]

Como resultado del Tratado de Maastricht, la CEE se convirtió en la Unión Europea. En 1994 se formó el antiguo *Referendum Party,* de la mano de sir James Goldsmith, para concurrir a las elecciones generales de 1997, con el objetivo de celebrar un referéndum sobre la permanencia en la UE.[9] En aquellas elecciones, presentó candidatos en 547 circunscripciones y consiguió 810,860 votos. No logró ningún escaño en el parlamento por la dispersión de su voto, de manera que perdieron sus depósitos (aportados por Goldsmith) en 505 circunscripciones.

A comienzos de la década de 1990, también se formó el Partido de la Independencia del Reino Unido (UKIP). Es un partido euroescéptico, en contra de la participación del Reino Unido en la Unión Europea. Consiguió el tercer lugar en el Reino Unido en las elecciones europeas de 2004, el segundo en las de 2009 y el primero en las de 2014. Los comicios de ese mismo año fueron los primeros, desde 1906, en los que el partido más votado no era el Partido Conservador ni el Partido Laborista.[6]

[5] El Partido Laborista en conjunto tuvo una postura homogénea alrededor de la permanencia en la Unión. Jeremy Corbyn, líder laborista con gran apoyo entre la nueva camada de jóvenes activistas, criticó las negociaciones de su opositor como un 'freno de emergencia' destinado a cerrar las grietas en las filas tories. Por su parte, Corbyn ha planteado que las demandas de Cameron son injustas y discriminan a los trabajadores inmigrantes de Europa del Este, aún así hará campaña por la permanencia del Reino Unido en la UE, sea cual fuera el resultado de las negociaciones de la cumbre. Ha viajado a Bruselas para reunirse con sus colegas del bloque de Partidos de los Socialistas Europeos. Frances O'Grady, secretaria del Congreso de Sindicatos británicos, declaró que la discusión sobre el referéndum está dominada por los intereses de los empresarios, agregando que la salida de la Unión podría socavar algunos derechos de los trabajadores y trabajadoras en cuanto a días de vacaciones, licencia por maternidad y trato justo en el trabajo. La dirigente explicó que la directiva de trabajo europea concede 20 días de vacaciones pagadas, por lo que, desde su introducción en 1993, millones de trabajadores se han beneficiado. De producirse el Brexit, unos 6 millones de trabajadores verían reducidos los días de vacaciones anuales; además, no se protegerán las condiciones laborales del personal en caso de transferencia o externalización si su empresa o empleador se acoge a dicha directiva. *Speak for Britain!: A New History of the Labour Party*, Routledge, UK, 2015.

[6] El término extrema derecha ha sido utilizado por diferentes estudiosos de manera un tanto contradictoria, debido a las diferentes configuraciones ideológicas, pues no existe un consenso sobre una la ideología concreta que defina a todos los grupos enmarcados en la extrema derecha; especialmente si tenemos en cuenta las variaciones ideológicas sufridas a lo largo del tiempo. En consecuencia, podemos afirmar que no todos los grupos de extrema derecha comparten los mismos ideales, aunque la mayoría tiene una visión del mundo conspirativa y ultranacionalista, que les permite recoger el voto de protesta contra las imperfecciones de la democracia parlamentaria representativa. Tienen en común, al menos, alguna de las siguientes características:

a) Nacionalismo: La idea nacional es una característica común a todas las ideologías de extrema derecha. La nación se concibe como una unión étnica frente al nacionalismo político de origen francés. No obstante, son las definiciones de nación las que, en ocasiones, separan a estos movimientos: por ejemplo, la extrema derecha española siempre estará enfrentada con su

El debate lo volvió a retomar en 2013 el primer ministro, David Cameron, al proponer un referéndum sobre el mantenimiento del Reino Unido en la Unión Europea, proyectado en 2014, pero marcado para 2017. A partir de la victoria del Partido Conservador en las elecciones generales de 2015 y por el apremio del nuevo partido UKIP[7] —que tiene un importante respaldo

homóloga británica a causa de Gibraltar y estos últimos, a su vez, con los nacionalistas irlandeses a causa de Irlanda del Norte. Más allá, también tienen diferencias en su concepción de la realidad nacional. La Liga Norte italiana, por ejemplo, busca la independencia de su región, mientras la extrema derecha española busca la cohesión de su país.

b) Antiliberalismo y Anticapitalismo: Domina, en general, una oposición al capitalismo liberal. Por otra parte, no existe ninguna tendencia económica clara entre estos grupos. Mientras algunos, como el nazismo y el fascismo defendían cierta intromisión del estado en la economía, hubo otros totalmente liberales en lo económico, tal como el Gonzaleismo, e incluso algunos, como el franquismo, no tenían un programa definido y su política económica evolucionaba en función de las circunstancias. Existen también los defensores de la meritocracia.

c) Tradicionalismo: No debe entenderse con esto una defensa de los valores religiosos tradicionales. En la mayoría de los casos es así, pero existen algunos episodios históricos en los que ha sucedido todo lo contrario. Sin embargo, la religión puede considerarse un nexo de unión para un grupo y, a su vez, puede ser motivo de enfrentamiento con un grupo de extrema derecha rival. Esto sucede, por ejemplo, en Irlanda del Norte, donde los nacionalistas católicos irlandeses se enfrentan a los unionistas protestantes británicos. Ambos son grupos de extrema derecha porque comparten la característica de su nacionalismo (evidentemente, desde una perspectiva muy distinta), a diferencia de la extrema izquierda que tiene una visión universal.

d) Conservadurismo: Es un término que se usa para describir a aquellos conservadores que defienden y promueven la cultura y la identidad étnica nacional, como forma de promover el crecimiento de la sociedad. Existen grupos hegelianos que defienden que el orden instituido ha sido propuesto directamente por Dios y no se puede ni debe cambiar. Por ello, defenderán la forma de estado existente por el mero hecho de que es la que se ha impuesto. Además, hay una exaltación de los valores que se consideran adecuados para la sociedad. En general, son movimientos que se sirven de los símbolos para desarrollar su política. Suelen tener cierta tendencia militarista y de sostenimiento de los valores de la sociedad o una recuperación de estos. Las políticas nacionalistas y expansionistas son muy comunes, puesto que muestran el poder que ha alcanzado la propia nación frente al extranjero decadente.

Anticomunismo: Es la oposición al comunismo y, especialmente, al marxismo. Ideológicamente se basa en el rechazo al concepto de materialismo histórico y a la lucha y diferencia de clases propias de la sociedad civil.

Xenofobia: Estos movimientos rechazan a los extranjeros, defendiendo la pureza nacional e incluso racial. A menudo los culpan de hechos como el desempleo o la delincuencia.

[7] Un estudio del Washington Post sobre el fenómeno señala que los partidos ultraderechistas a menudo tienen diferencias importantes entre sí. En el caso de los europeos, se señalan tres tipos de partidos principales:

Por un lado existen partidos que son clasificados de extrema derecha, principalmente por sus posturas euroescépticas y xenófobas, en particular hacia los inmigrantes de religión musulmana y hacia el Islam en general. Sin embargo, en otros temas son más liberales. Por ejemplo, apoyan el matrimonio homosexual y varias causas feministas. Así mismo, no son antisemitas e incluso presentan un discurso pro-Israel (y pro-Estados Unidos en su "guerra contra el terrorismo"). Fuera de su islamofobia (en algunos casos deliberadamente hacen un discurso comparativo del Islam con el nazismo, etc.), no muestran racismo o mensaje de odio hacia otros grupos étnicos o religiosos. Este es el caso de partidos como el Partido por la Libertad holandés, el Partido del Progreso de Noruega, el Partido de la Libertad de Austria, el Vlaams Belang belga, Alternativa para Alemania y ciertas facciones del Frente Nacional francés.

Por otra parte estarían los partidos típicamente neofascistas que muestran un discurso clásico de la extrema derecha europea: xenófobo, racista, antisemita, antigitano y anticomunista; además de euroescéptico, islamófobo, homófobo y que abogan por un nacionalismo étnico irredentista, el supremacismo blanco y los llamados "valores tradicionales" —oponiéndose por esto mismo a los derechos de las minorías sexuales y a muchas reivindicaciones feministas—.

Estos partidos suelen ser también antiatlantistas, siendo críticos de Estados Unidos y con posturas más pro-rusas. Por otra parte, aunque casi todos son anti-islámicos, no son favorables a Israel y mantienen un discurso antisemita y antisionista. Muchos de estos partidos, además, derivan directa o indirectamente de los antiguos partidos fascistas de sus países, cuya imagen histórica resaltan. Ejemplos de estos serían el Jobbik húngaro, Amanecer Dorado de Grecia, el Partido Nacional Británico, el Movimiento Social Italiano y el Partido Nacionaldemócrata de Alemania, entre otros.

Finalmente, habría algunos partidos que son un punto intermedio entre las dos opciones. Siendo conservadores y nacionalistas, evitan (aunque en algunos casos de manera reciente) el discurso racista y antisemita (sin llegar a apoyar a Israel del todo o, si lo hacen, es tímidamente). A diferencia de partidos eurófobos liberales, no respaldan posturas favorables a los derechos de los homosexuales o el matrimonio igualitario; prefieren enfocarse en temas como el euroescepticismo y el combate a la inmigración (en general, no solamente la islámica). Ejemplos de estos serían el Frente Nacional, Partido Popular Danés, Partido Popular Suizo, Demócratas de Suecia, Concentración Popular Ortodoxa griega, el UKIP británico, etc.

Las razones de estas diferencias son históricas y geográficas. Por un lado, muchos países de Europa Oriental (como Rumania, Hungría, Croacia y Alemania Oriental) pasaron lo mismo por dictaduras fascistas autóctonas, que por regímenes comunistas en los que se daban a menudo persecuciones antijudías. En estos países, que tienen partidos que pudieran derivar directamente de las agrupaciones tradicionales históricas del fascismo, el discurso "clásico" racial, nacionalista e irredentista no escandaliza tanto a la sociedad. Además, debido a que la cantidad de inmigrantes musulmanes es relativamente menor, se requiere un nuevo "chivo expiatorio" (minorías como gitanos y judíos). Por el contrario, en Europa Occidental, la mayoría de los países no ha tenido dictaduras fascistas y su principal contacto con el fascismo se dio durante la ocupación nazi, por lo que en muchos casos se enorgullecen de las luchas antinazis del pasado. Por ello, salvo excepciones, los partidos de ultraderecha de estas naciones dejan de lado los ataques contra las pequeñas comunidades judías y se enfocan en el discurso anti-islámico, siendo la inmigración musulmana un problema mayor para muchos sectores de la ciudadanía (incluso comparan al Islam con el nazismo, el Corán con Mein Kampf, etc.); así, el discurso racista se deja de lado, al punto de que personas de etnia negra o judía pueden pertenecer a estos partidos.

de la población por la crisis económica y la presión que genera el aumento de la llegada de migrantes de Europa—, el proyecto para buscar la salida de Inglaterra de la Unión Europea se consolidó, dado que era uno de los puntos clave de la campaña.

Durante 2016, el primer ministro Cameron llevó a cabo una serie de negociaciones con la UE sobre concesiones que ésta podría realizar al Reino Unido, a cambio de un gobierno británico favorable a la UE.

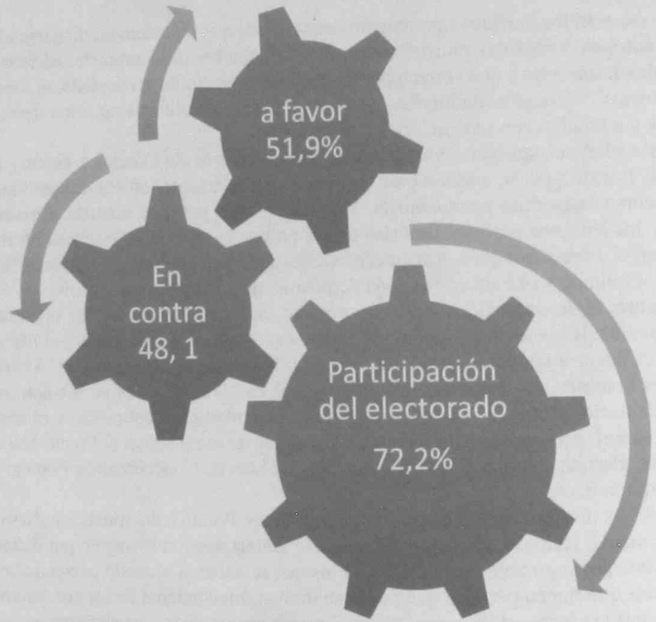
El Referendo de 2016

El 23 de junio de 2016, se realizó el Referéndum sobre la permanencia del Reino Unido en la Unión Europea, también conocido como *brexit*. El resultado indica que el 51.9% de los votantes era partidario de abandonar la UE

y el 48.1% restante decidió permanecer; sin embargo, en Escocia, Irlanda del Norte, Gibraltar y la mayor parte de Londres, predominó la opción de la permanencia.

Tras los resultados del referéndum, el primer ministro, David Cameron, anunció su dimisión del cargo en octubre del mismo año, argumentando que un liderazgo fresco debía llevar al país a la opción elegida en la votación.[15] Una iniciativa popular para que el parlamento se planteara la realización de un segundo referéndum recabó más de cuatro millones de firmas en los días siguientes a la consulta. Con este referéndum inicia el proceso de retirada del Reino Unido de la Unión Europea; siendo un proceso a largo plazo —con una duración estimada de, al menos, dos años de tramitación—.

SALIDA DEL BREXIT.
VOTACIÓN DEL REFERENDUM 2016



II. GEOPOLÍTICA

Las ondas de choque que provocó la consulta Brexit todavía están siendo absorbidas en la Gran Bretaña, Europa y el resto del mundo. Sin embargo, los puntos de referencia de la seguridad mundial, ya se han reformado. Aquí hay cuatro consecuencias del Brexit desde el punto de vista de la geopolítica.[8]

1. Brexit transformó por completo el tenor de la próxima cumbre de la OTAN, en Varsovia. Esta cumbre estaba destinada a apuntalar la respuesta de la alianza ante un resurgimiento de Rusia en el Este y para demostrar que la solidaridad europea estaba pujante para contrarrestar las acciones del Kremlin.

Los británicos no han votado para salir de la OTAN, ni hay ninguna indicación de que un "Nexit" sea su próxima acción. Pero la votación valida dos líneas de tendencia en desarrollo en Europa y la reinterpretación de la hegemonía alemana. La primera línea se refiere a la vacilación de los países

[8] La geopolítica es una disciplina que fundó el geógrafo de origen sueco Rudolf Kjellén. En su libro, *Introducción a la geografía sueca,* publicado en 1900, expuso los rudimentos básicos de la misma. En 1916 produjo su obra más importante: *El Estado como organismo viviente* (*Staten som livsform*), donde el término geopolítica fue utilizado por primera vez.

Los principios de dicha ciencia en el pensamiento geoestratégico habían sido tratados por el geógrafo alemán Friedrich Ratzel. Según éste, los Estados tienen muchas de las características de los organismos vivientes. También introdujo la idea de que un Estado tenía que crecer, extenderse o morir dentro de "fronteras vivientes". Por ello, tales fronteras son dinámicas y están sujetas al cambio. A principios del siglo XX, varios geógrafos anglosajones amplían las reflexiones de Ratzel, aplicándolas a problemas militares y geoestratégicos. Así, geógrafos como el almirante estadounidense Alfred Thayer Mahan postulaban la importancia estratégica del dominio naval como clave para la dominación mundial ("Quien domine el mar, domina el comercio mundial; quien domine el comercio mundial, domina el mundo") o Sir Halford John Mackinder, que desarrolló la teoría del Heartland (región cardial) o áreas pivote —grandes zonas continentales cuyo control facilitaría el dominio del mundo—. Un excelente ejemplo de la aplicación de estas teorías geopolíticas —sobre todo de los autores estadounidenses— fue la compra de los territorios donde ahora se encuentra el extenso estado de Alaska, el cual fue comprado por los Estados Unidos de Norteamérica al Imperio ruso y ha contribuido a mantener a raya a los Estados asiáticos con respecto a Canadá y, en general, a la parte norte del continente americano.

La geopolítica tuvo gran interés en la Alemania de principios del siglo XX y alcanzó una gran difusión durante el nazismo. El alemán Karl Haushofer modernizó la geografía política, utilizándola como instrumento que justificaba la expansión territorial de Alemania durante el Tercer Reich, sobre la base de las teorías de Ratzel del espacio vital (Lebensraum). Sin embargo, existen ciertas actuaciones del régimen nazi que no se corresponden con las teorías de Ratzel y Haushofer, como la cesión del Tirol del Sur a los italianos, zona poblada en su mayoría por población germana.

Países como Rusia, China y Japón dieron también gran importancia a esta ciencia durante los años 1930 y 1940, como camino para alcanzar un poder global. La utilización propagandística de la geopolítica acarreó, tras la derrota alemana, su descrédito y olvido, sobre todo en el ámbito académico. No obstante, otras personas, como militares o diplomáticos, siguieron interesándose por esta rama de la geografía. A partir de los años de 1970, la geopolítica recuperó el interés perdido y ha vuelto a crecer actualmente, al amparo de las tensiones internacionales surgidas. Conceptos como eje, estado tapón, países aliados, área comercial, etc., son términos geopolíticos comúnmente utilizados. *Cfr.* MUÑOZ, Joseph (ed.), *Handbook of Geopolitics of Bussiness.*

de Europa occidental para involucrarse en conflictos y problemas que ocurren en la periferia oriental del continente o en el espacio post-soviético. La segunda será para despertar la división regional persistente dentro de algunos miembros de la alianza, argumentando que si la OTAN hubiera prestado mayor atención a hacer frente a las amenazas a la seguridad europea a través del Mediterráneo, en lugar de ser arrastrada a participar en juegos geopolíticos en Eurasia, la crisis de la migración podría haberse evitado o mitigado. En este sentido, Reino Unido ha tenido importantes acciones militares en los últimos 10 años, pero el gobierno británico y su electorado vieron con muy buenos ojos la baja en la intervención en los conflictos armados que Estados Unidos generaba y en los que vinculaba a sus aliados.[9]

2. El Brexit significa un cansancio de seguir ampliando la guerra euro-atlántica hacia el Este, al volver los problemas de Rusia con sus vecinos, problemas de la Unión Europea. Junto con el referéndum no vinculante en los Países Bajos, respecto al acuerdo de adhesión a la UE-Ucrania y la votación del Senado francés para recomendar el levantamiento de sanciones a Rusia, los partidos nacionalistas-populistas en Europa Occidental (Frente Nacional de Marine Le Pen, el UKIP Nigel Farage, etcétera) argumentaron que la participación en la disputa entre Rusia y Ucrania no estaba vinculada a sus "intereses nacionales" y propusieron fomentar el mejoramiento de las relaciones bilaterales con Rusia. A su vez, la inversión directa del Kremlin en estas partes ya ha tenido su primera recompensa importante. Si ahora el Brexit ha sido el parte aguas para la celebración de referendos en otros países de la UE, así como ha propiciado el aumento en la credibilidad de los grupos euroescépticos; Rusia ha generado sus propios beneficios, ya que Moscú preferiría tratar con una Europa de Estados nacionales independientes, que con una Unión de más de 500 millones de personas.[10] El régimen de sanciones impuesto a Rusia a raíz de la toma de Crimea y, por otro lado, el separatismo en el Este de Ucrania, con el apoyo de Moscú, importan; pero el Brexit tiene como efecto que los intereses nacionales sean elevados por encima de Europa.

3. El Brexit es la manifestación más reciente, en el mundo desarrollado, de las crecientes divisiones entre las élites políticas y empresariales comprometidas con la globalización y las masas que creen que su seguridad y el bienestar no se han modificado como consecuencia de la disminución de la soberanía de los Estados y de la reducción de las barreras (especialmente

[9] "Kerry urges UK and EU to avoid 'revengeful' divorce negotiations", en *Financial Times*, disponible en: http://www.ft.com/ Europe

[10] "Russia gegen Europa, des kliene kampf", disponible en: http://www.cicero.de/

en el comercio y la migración). El Brexit habla elocuentemente de lo que he denominado el "colapso narrativo político",[11] que implica que el acoplamiento internacional de un país sea visto como desconectado de los intereses de sus "ciudadanos comunes". El Brexit, junto con los discursos de los candidatos americanos Donald Trump y Bernie Sanders,[12] presentan una retorica que exalta un sentimiento creciente entre los votantes de que la comunidad nacional debe prevalecer sobre la internacional, al enmarcar y ejecutar las políticas.

4. En 2014, David Rothkopf, analista de la revista *Foreing Policy,* indicaba: "La política exterior no es un programa de entrevistas ... hemos convertido a nuestros funcionarios políticos de alto nivel en los comentaristas de un juego *vis-vis* en materia de los asuntos internacionales y no a las personas que prevén el siguiente movimiento en el escenario internacional".[13] Todas las tendencias que hicieron válido lo pronosticado por los analistas, la salida de Reino Unido de la Unión Europea. No obstante, aún había fe en que la retórica y las palabras "correctas" —especialmente provenientes de la elocuencia tradicional de Barack Obama—, podrían sustituir una estrategia sostenida por los detractores de la Unión Europea y los partidos nacionalistas.

Estamos viendo un resultado más negativo, a diferencia de cómo se manejó la crisis del mundo bipolar. Así como la naturaleza cada vez más reactiva de la política de los Estados Unidos para responder a las crisis del día a día. La fractura de la hegemonía anglosajona (Estados Unidos-Inglaterra), frente a la crisis de Ucrania, le dio algunas cartas para jugar a Rusia, para tratar de mantener al Reino Unido en la UE. Lo cual fue visto como una intervención de los Estados Unidos, en términos geopolíticos, en Europa.

Justificado o no, el Brexit será visto como un fracaso político de David Cameron, quien tuvo que renunciar a la primera magistratura (aunque también para Barack Obama, al intentar abogar por la permanencia en Europa). Sin embargo, Cameron ha respondido ante la situación expresando la frase: "estamos en aguas desconocidas".[14] La estrategia de seguridad nacional, el gasto y la política de defensa del Reino Unido se tendrán que reinterpretar;

[11] Este concepto es desarrollado por Jurgen Habermas en sus múltiples opiniones en el diario alemán *FAZ*. Recomendamos leer el artículo disponible en: http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/juergen-habermas-im-gespraech-europa-wird-direkt-ins-herz-getroffen-12963798.html

[12] Disponible en: http://time.com/4372673/bernie-sanders-speech-text-read-transcript/ Consultado el 21 de agsto de 2016.

[13] Disponible en: http://foreignpolicy.com/2016/06/24/brinsanity-brexit-european-union-donald-trump- Consultado: el 16de julio de 2016.

[14] *Last speech of David Cameron*. Disponible en: http://www.bbc.com/news/uk-politics-36778350 Consultado el 11 de agosto de 2016.

así como los conflictos en los países de Europa oriental marcarán de manera importante la estrategia de seguridad global. Crimea, en el año de 2014, y los diversos atentados en París son la muestra de que el enfoque geopolítico cada día cobra más importancia.

III. Muchas globalizaciones

El término "globalización" se refiere a la extensión de las relaciones sociales en el mundo. Este fenómeno se ha desarrollado por siglos; no obstante, su ritmo se aceleró recientemente. Pero, ¿qué tipo de proceso es?

En general, se considera que la globalización se centra en la Economía. El capitalismo, dicen, se da en todas partes e intenta romper las fronteras de los Estados y localidades para crear una economía global y, por lo tanto, una sociedad global. Otras personas se enfocan en la revolución tecnológica de las comunicaciones o en los mercados mundiales de consumo. Afirman que estamos viviendo en una "sociedad en red" global, una "sociedad de Internet"[15] o un "*McMundo*". También hay versiones culturales y políticas que hablan de una "sociedad civil transnacional" y de un "nuevo orden mundial". Todas estas visiones comparten un punto en común: conciben la globalización como la integración del mundo.[16]

Al mismo tiempo, todas demuestran una baja tolerancia a la diferencia y la división, a aquello que consideran ajeno a la globalización. Mas, ¿por qué tantos teóricos de la globalización sostienen este sospechoso argumento?

Esto hace que la globalización no sólo sea transnacional (rompe los límites de los Estados), sino también entre los propios Estados-nacionales. La globalización borra las diferencias locales y nacionales, regionales o de otro tipo, aunque opera en parte a través de ellas. Así, la globalización no es unitaria, sino múltiple; y genera inevitablemente conflictos. Dichos conflictos son, en su mayoría, bastante suaves, pero los hay también de carácter violento.

Estas visiones nos parecen excesivamente optimistas. Es poco lo que realmente se especula sobre los efectos nocivos de la globalización. Esencialmente, se considera benigna en el largo plazo: la modernidad, el desarrollo económico y la democracia se están llevando al mundo. La competencia siempre es reconocida; el conflicto, a veces; la violencia, casi nunca. Incluso los anti-globalizadores rara vez son vistos profundamente debajo de la al-

[15] Schrrer, Christop, *Globalisierung*.
[16] Osterhammel y Peterson, *Die Gesichichte der Globalisierung: Dimensionene, Prozesse, Epoche*.

fombra. Si lo peor que se puede encontrar es un niño trabajando para una empresa famosa como *Nike* o para una subsidiaria de *Apple* en Asia, o mujeres trabajadoras en maquiladoras de ropa que tendrá como destino una tienda en occidente de *Michel Kors,* a continuación se justifica todo con el argumento de que la globalización no puede ser tan mala, ya que las mujeres y los niños, sin duda, prefieren ser explotados por el capitalismo a quedar fuera de él.[17]

Para entender el fenómeno hay que enunciar un concepto que siempre ha sido central para la globalización, pese a estar fuera de moda: *imperialismo.*[18] Pero el de hoy difiere en gran medida del imperialismo del pasado. Ahora se combina el imperialismo militar masivo de Estados Unidos con algo de imperialismo económico y se cuenta con un respaldo proveniente del consenso ideológico, especialmente en Occidente.

En cierto modo, el desnivel de este imperialismo disminuye la violencia global, pero de otras maneras lo intensifica. Este imperialismo está particularmente mal adaptado para proporcionar un orden mundial genuino.

Ni los acontecimientos del 11 de septiembre, ni las reacciones al mismo, se pueden entender sin comprender esto. Pero coloquemos dichos conflictos dentro del contexto más amplio de todas las principales formas de conflicto mundial, incluidas las que pueden producir poca violencia. Esta amplitud nos permite ver que la globalización es muy variada. Así, encontramos dos lugares en los que es muy violenta, denominados, por el FBI, como "agujeros negros", que figuran en el Sur (Global South) —que sólo amenazan sus propios vecindarios— y "las guerras entre el Norte y el Sur", que son directamente producto del imperialismo.[19]

La globalización no es singular, sino múltiple: explota, integra, desintegra y genera, por igual, la paz, el conflicto regulado y la guerra. Algunos académicos, como Chomski, han identificado un "nuevo desorden mundial". Contrastan el orden del Norte del mundo con el trastorno del Sur; y explican este trastorno como una "reacción" de la "periferia tradicional" contra la modernidad global del Norte. En este sentido, tenemos autores como Benjamin Barber, con su obra: *Jihad contra McWorld*, Thomas Friedmann, con *El Lexus y el Olivo* y Samuel Huntington con *El choque de Civilizaciones*. Todos ellos ven el Norte como la encarnación de la racionalidad, el progreso y el futuro, mientras que el Sur se aferra a la "tradición" o nutre la sin razón

[17] Véase, Rodrik, Dani, *The globalization paradox: Democracy and future of the world economy*.
[18] Mazzucato, Mariana, *Das Kapital des Staates: Eine andere Geschichte von innivation und Wachstum*.
[19] Véase, Gibson-Graham, J. K., *Post capitalist politics*.

de sus pobladores. Los políticos del Norte, como George Bush, Tony Blair y Silvio Berlusconi, regularmente presentan en los medios de comunicación versiones más crudas: el enfrentamiento del bien contra civilizaciones inferiores y malas.

La resistencia a la globalización del Norte y a la civilización es vista como reaccionaria, violenta y primitiva; mientras que las acciones del Norte se asumen, generalmente, como racionales y benignas. Es aleccionador darse cuenta de que éstas eran también las opiniones de los imperialistas del siglo XIX: los británicos, franceses o rusos (y, de vez en cuando, los estadounidenses) pregonaban llevar la civilización a las partes atrasadas e ignorantes del mundo, para lo cual, (por desgracia) tuvieron que superar la resistencia de los nativos primitivos. Todo con la finalidad de lograr el progreso social.[20]

Es cierto que en el siglo XXI el trastorno no es una característica privativa del Sur y que el bien no caracteriza a todo el Norte. Sin embargo, lo cierto es que en el Norte el imperialismo está consumado, mientras que en los Estados del Sur la modernización está en vías de alcanzarse, con sus altibajos.

Éstas no son reacciones en contra de la modernidad y la globalización, son intentos de sumarse a ellos, mientras se cambian los términos; al igual que las luchas anti-coloniales trataron de hacer durante el siglo XX.

Algunos pensadores, como Max Weber, argumentaron que los seres humanos establecen hasta cuatro tipos principales de organizaciones de poder en la sociedad: ideológica (o cultural, si se prefiere), económica, militar y política. Así, la globalización consiste en la ampliación ideológica, económica, militar y de redes políticas de interacción; por este medio se difunden formas distintivas de integración y desintegración en todo el mundo. La naturaleza múltiple de la globalización era muy evidente en sus fases más tempranas. Obviamente, fue imperialista. Pero incluía la expansión capitalista mundial, la conquista militar de la mayor parte del mundo y el dominio político global mediante las ideologías occidentales —la religiones institucionalizadas, como el cristianismo, las corrientes políticas, como el individualismo y, posteriormente, el socialismo y la democracia (como una forma de gobernanza global)—.[21]

[20] Como señala atinadamente Paul Gilroy, el primer proceso de colonización fue el mental, ya que las conquistas generaron importantes prejuicios étnicos con respecto a las propias identidades y sus roles sociales. Para algunos pueblos, la colonización mental aún sigue vigente. En este sentido, las diásporas llevan consigo una carga de prejuicios implantados por los colonizadores que generan importantes sesgos para la integración cultural. Véase, Gilroy, Paul, *Black Atlantic: The modernity and double consciousness*.

[21] La gobernanza parece girar en torno a procedimientos. Se trata de los medios utilizados por todos los actores involucrados en una determinada actividad, ya sea corporativa o estatal, para su realización.

Doy dos ejemplos. En primer lugar, el racismo europeo que socavó la capacidad del imperialismo para integrar sus pueblos conquistados en imperios duraderos. Dos milenios antes, los norteafricanos se habían convertido en romanos, contribuyendo a la longevidad del Imperio. En contraste, en los siglos XVIII y XIX fueron colonizados por los británicos, pero se les excluyó por ser "racialmente inferiores".

Estas revueltas coloniales ayudaron a la consolidación del capitalismo, los Estados-nación, la democracia y la mayoría de los otros atributos de la modernidad. En efecto, movilizaron las ideologías europeas como el liberalismo y el socialismo democrático para ayudar a que se expulsara de los territorios a los colonizadores. El capitalismo imperialista se basó en la extracción de la riqueza de las colonias. Las potencias europeas abastecieron sus haciendas con el producto de la explotación y pauperización de las colonias.

En segundo lugar, los Estados imperiales eran altamente militaristas. Estos interrumpieron inicialmente la globalización, pero luego la redirigieron e, incluso, la mejoraron. Pensemos cómo las guerras napoleónicas potenciaron el poder de Gran Bretaña y la potencia asiática de Rusia, o cómo la Segunda Guerra Mundial generó la primera potencia hegemónica mundial: los Estados Unidos. La Segunda Guerra Mundial también pacificó lo que se conoce como el "Norte", y ésta fue la base principal donde se han producido las globalizaciones económicas recientes. En el pasado, por lo tanto, la globalización era múltiple, contradictoria y violenta, con las cuatro fuentes de entrelazamiento del poder social para determinar su trayectoria y sus conflictos.[22]

IV. El ámbito constitucional de Europa

En lo que se refiere a la posición del Derecho Constitucional Europeo, hay dos formas en las que el Reino Unido se podría extraer de las obligaciones contraídas en virtud de los tratados de la UE. Una posibilidad es la modificación de los tratados con arreglo al Artículo 48 del Tratado de la Unión Europea. Sin embargo, esto requeriría un acuerdo unánime entre los Estados miembros e implicaría la elusión del mecanismo específico, contenido en el

Es probable que su factor principal sea la cooperación, de manera que, desarrollándose en un plano de igualdad, se realicen las metas puestas voluntariamente por dichos actores. En este sistema, todos los actores asumen riesgos, logrando mayor efectividad por parte de todos los involucrados. Asimismo, este sistema de relaciones implica una perspectiva interdisciplinaria.

[22] Véase, Krokoswki, Wilfred, *Globalisierung des Einkaufs:Leitfaden für den internationalesn Einkäufer*.

En cuarto lugar, se plantea la cuestión de si el Gobierno del Reino Unido —ya sea en su forma actual o con alguna configuración revisada— podría ser tan impaciente sobre el Brexit como para tratar de apresurar sus consecuencias prácticas y modificar o derogar la Ley de Comunidades Europeas 1972. La ley podría, por ejemplo, ser modificada para que, de manera unilateral, se califique o elimine el principio de que la legislación de la UE tiene prioridad sobre la legislación del Reino Unido, con lo que podría impedir que las nuevas leyes de la UE entren en vigor en el Reino Unido, o para ajustar o sustituir la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en lo que respecta del Reino Unido. Esas medidas, sin embargo, no parecen ser altamente aconsejables, sobre todo porque se correría el riesgo de provocar un caos jurídico, mediante la colocación de los regímenes jurídicos británico y de la UE, en curso de colisión. Nadie —incluyendo a Gran Bretaña— tiene interés en que el Reino Unido juegue rápido y libremente con sus obligaciones internacionales; en un momento de inestabilidad inconmensurable, una salida ordenada es imprescindible.

Esto no quiere decir que la Ley de Comunidades Europeas no se tenga que suprimir en algún momento. Pero dos cosas tienen que suceder antes de que la Ley se escinda del libro de estatutos. En primer lugar, el Reino Unido debe cuadrar las posiciones legales internacionales y nacionales, garantizando la protección de sus obligaciones internacionales, por parte del aparato jurídico interno, antes de desmontar la legislación de la UE. En segundo lugar, el desmantelamiento de ese aparato —que será una hazaña—, en sí mismo, debe llevarse a cabo de una manera ordenada. De hecho, no es exagerado decir que el proceso de desenredo de la legislación nacional respecto de aquella de la UE, será un esfuerzo hercúleo que ocupará una cantidad considerable de tiempo en el futuro por parte de los legisladores, y tendrá que ser llevado a cabo con cuidado y atención.

Por último, en quinto lugar y más importante, se plantea la cuestión de si el Brexit representa una amenaza existencial para el propio Reino Unido. La respuesta debe ser que, al menos, supone un riesgo. En cuanto a Escocia se refiere, su primer ministro —refiriéndose a la postura pro-UE, aprobada por los votantes escoceses en el referéndum— dijo que "el voto deja claro que el pueblo de Escocia ve su futuro como parte de la Unión Europea". Si esto es así, entonces la implicación es que el pueblo escocés no se ve a sí mismo como parte de un Reino Unido que ha tomado lo que parece ser una decisión irrevocable: sustraerse de la UE. Apenas es necesario señalar, por lo tanto,

que la probabilidad de un segundo referéndum sobre la independencia de Escocia debe ser notablemente mayor de lo que era hace unos cuantos días.

La verdad brutal es que si la gente escocesa —o el pueblo de Irlanda del Norte— desea ser parte de la UE, debe abandonar el Reino Unido; porque la dura realidad es que el Reino Unido, y sólo el Reino Unido, es un Estado en el derecho internacional. Lo que significa que sus naciones constituyentes no pueden ser Estados miembros de la UE, a menos de que adquieran tal condición al salir del Reino Unido. Sin embargo, estos son los primeros días posteriores al referéndum; los acontecimientos se moverán rápidamente y de manera impredecible. La ruptura del Reino Unido, al igual que su salida oficial de la UE, no va a suceder hoy o mañana. Pero así como esto último es ahora una certeza, lo primero ya es una clara posibilidad, muy probable. Por esa razón, las implicaciones legales y constitucionales de la votación del Brexit no pueden ser fácilmente exageradas.

V. Nuevos tratados internacionales en el mundo

La globalización, seguida de un multilateralismo, así como la implementación de una gobernanza global, nos habla de un nuevo orden dentro del plano internacional. Este nuevo orden que ha surgido —para no hablar de una nueva potencia que querrá posicionarse por sí sola— se ha transformado en conjuntos de potencias ya establecidas o emergentes. Las estrategias que juegan los Estados, hoy en día, no consisten sólo en aventurarse por sí mismos para posicionarse internacionalmente. Las nuevas formas en que se desempeñan van dirigidas, más bien, a establecer alianzas de Estados con Estados, las cuales han ido evolucionando, encaminadas a una geopolítica que les permita hacer uso de una posición territorial favorecedora, aunado al hecho de que el regionalismo está latente como principio de un orden global.

Incluso como principios de una nueva política evolucionada, nos hablan de la gobernanza global, como bien lo explica Janes Rosenau: "La cooperación de diversos actores en el establecimiento de una normatividad global tanto a través de la red de instituciones internacionales como de otros espacios de carácter informal. Lo importante es la convergencia de estos actores en la constitución de esa normatividad".[23]

Es importante entender primero cómo es que el nuevo multilateralismo se está conformando y cómo empezó a hacerlo; para ello tendríamos que

[23] Rosenau, citado en Brand, 2012.

comprender a los actores que hacen posible este mismo multilateralismo —también conocido como "la nueva arquitectura global"—. Las llamadas "nuevas potencia emergentes" son precisamente los principales actores que están haciendo esto posible. Si bien ya había potencias establecidas, después de que terminó la Guerra Fría se solidificaron como tales, creando un multilateralismo que se ha mantenido desde entonces. En dicho contexto, algunas potencias se han fortalecido y otras van siendo absorbidas paulatinamente por el mismo sistema. En este sentido, Estados Unidos es un caso muy claro, pues durante muchos años han sido considerados la máxima potencia a nivel mundial. A pesar de ello, con el paso del tiempo han sufrido ciertos tropiezos, los cuales han provocado que nuevas potencias se hayan consolidado. Es el caso de China, que ha llegado a tal punto, que actualmente se ha convertido en el Estado que le hace frente a Estados Unidos en la lucha por posicionarse como la nueva máxima potencia a nivel global.

El cuestionamiento surge cuando intentamos visualizar los factores que hacen que un Estado se convierta en una potencia emergente. Tratar de entender éste término y clasificar qué Estados se pueden encasillar de esta manera resulta fácil a simple vista, pero al analizarlos a fondo nos podemos encontrar con dificultades, ya que la mayor parte de los Estados podrían entrar dentro de esta categorización:

Tres conjuntos de interpretaciones sustentan la categoría de "potencia emergente". Para empezar, estos Estados son emergentes en lo que respecta a oportunidades de inversión para las multinacionales occidentales, pues ofrecen mano de obra barata y veloz crecimiento, aunque son economías de alto riesgo. En segundo lugar, está implícita la noción de que primero emergen los mercados, las compañías, las monedas y luego los países, y que se puede trazar una trayectoria o evolución de Estado "pobre en desarrollo" a "rico en desarrollo", para continuar como "rico desarrollado" y "avanzado" o país de primer nivel. Hay una jerarquía implícita, con algunos Estados a la vanguardia, otros detrás y algunos en medio. Conforme los Estados evolucionan a lo largo de este continuo, una medida de su poder es su capacidad para obtener los resultados esperados de sus políticas. En tercer lugar, estos países emergen como contendientes y contrapesos de los países del G7, y son capaces de ejercer un mayor poder dentro de sus regiones. En última instancia, como el poder es relativo, su surgimiento supone un reto a la "primacía" de Estados Unidos. En consecuencia, se remodela el paisaje estratégico mundial: la nueva distribución del poder modifica las relaciones entre las grandes potencias, así como entre éstas y los demás.

Como bien se señala, la posición de un Estado en el plano internacional es un tema importante dentro de sí mismo; es parte de una política propia de cada Estado. Pero, siendo realistas, no sólo se habla —en este nuevo multilateralismo— de una sola potencia que asegure su presencia; más bien, se refiere a un conjunto de ellas. Existen varios Estados que cada vez están más cerca del ascenso. No obstante, aunque existan muchos Estados tratando de posicionarse, aún no se puede determinar con exactitud cuáles sí lograrán ser considerados como parte del grupo en ascenso.

El entorno internacional está en constante cambio, por lo que es imposible que se estanque. Los países buscan, cada vez más, tener y mejorar sus relaciones hacia el exterior. El nacimiento de nuevas alianzas comerciales ha provocado un verdadero reajuste en materia de comercio internacional. El denominado Acuerdo Transpacífico (TTP), que plantea una alianza económica entre las naciones del Sudeste asiático, Oceanía y la franja del Pacífico de América, busca construir el mercado económico más grande del mundo. La restructuración del orden económico global implica enviarle un mensaje a China —la nueva economía pujante, desde hace 15 años—; es tratar de competir en bloque en contra del gigante asiático. La devaluación del renminbi es un importante indicador del freno económico del gigante, ya que al devaluar la moneda buscan ser más atractivos para el comercio internacional.

Otro tratado comercial relevante será el Trasatlántico, conocido como (TTIP), que busca hacer acuerdos de libre comercio fuera de la Unión Europea. En este sentido, la OCDE proyecta que, en el futuro, el 90% del crecimiento se hará fuera de las uniones tradicionales de comercio y a China le pronostica un tercio del producto interno bruto global.

La ruta del Brexit calcula que el desarrollo económico estará fuera de las arcas de la Unión Europea; por lo cual, resulta aparentemente correcta su salida de un espacio económico estancado, buscando nuevas rutas comerciales vía el TTP y el TTIP. Este ajuste significa un mensaje para China, pues le dice que será desplazada como segunda potencia económica. Lo mismo ocurre respecto a Rusia, ya que el TTIP busca consolidar los vínculos comerciales con Estados Unidos. Desde la geopolítica, el debilitamiento económico trae implícito un debilitamiento militar y político de lo que serían los dos más grandes rivales de los Estados Unidos: China y Rusia.

Entre algunos pensadores especializados en la geopolítica, el ruso Vadim Tsymbursky, nos explica:

> Que los ajustes económicos tienen un trasfondo político, debido a una nueva configuración tri polar de potencias que en muchos escenarios hacen alianzas y compiten en muchos escenarios por le hegemonía mundial, a pesar de la caída de la URSS, Rusia ha venido generando nuevas formas de hegemonía económica gracias a sus reservas de gas y petróleo, esto le ha permitido regresar en breve tiempo a los primeros lugares mundiales: *Las transformaciones en el escenario internacional han ido adquiriendo cada vez más una velocidad y un alcance sin precedente. Ante el cambio constante de escenario, los actores internacionales han tenido la necesidad de buscar nuevas formas para poder fortalecer sus capacidades así como también multiplicar sus oportunidades, pero para poder lograr todo esto, "está convertirse en un jugador en nuevos tableros, la búsqueda de socios distintos a los tradicionales y la exploración de estrategias frescas, quizá en conjunto con algunos otros actores con los que se comparten visión, valores e intereses. Finalmente, cabe recordar que, para que la política exterior de cualquier actor internacional sea efectiva, debe ser capaz de conseguir el apoyo de otros jugadores del sistema. Sin importar cuán poderoso e influyente sea un Estado, es muy difícil, si no imposible, alcanzar sus objetivos de política exterior sin apoyo internacional alguno.*[24]

VI. Alcances económicos

La cuestión de cómo el Brexit afectará la economía del Reino Unido es una de las cuestiones cruciales ahora que Gran Bretaña ha votado para salir de la UE. La caída de la libra esterlina, la caída de los mercados bursátiles y la congelación de la inversión son claros indicios de que el impacto a corto plazo será grave.

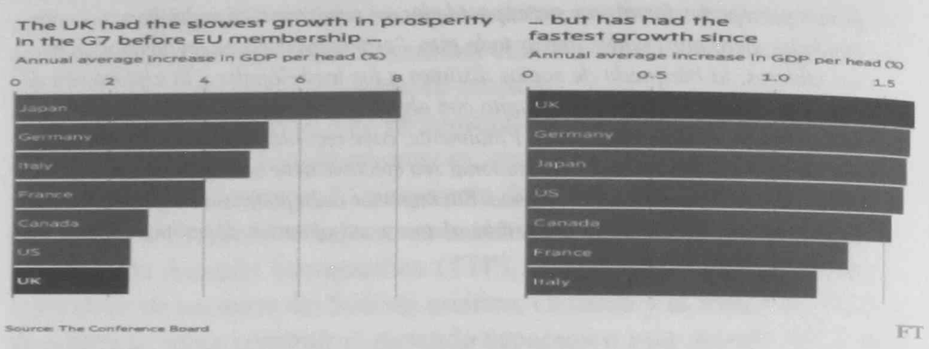
Millones de palabras sobre el tema, incluyendo la visión de la mayoría de los economistas, quienes consideran que abandonar el bloque generará un estancamiento en el crecimiento de la economía británica. No obstante, el argumento a favor del sí, fue que los ciudadanos británicos consideran que alejarse de la Unión Europea tendrá como efecto debilitar a Alemania, la verdadera conductora de la economía de este bloque.

El Reino Unido solía tener la economía menos desarrollada. Su crecimiento anual mejoró con su inclusión en el G7, junto a las economías más importantes del mundo. Esto antes de su adhesión a la Comunidad Económica Europea. Así al primer lugar en los 43 años después de 1973. Esto no prueba que convertirse en miembro del G7 mejoró.

Los economistas señalan que las tasas de crecimiento tuvieron los rendimientos más bajos absolutos desde de 1973. La razón principal fue la entrada en vigor de las reformas del gobierno de Margaret Thatcher, conocidas como "neoliberales". En esto nada tuvo que ver la pertenencia a la CEE.

[24] Tsymburki, Vadim, "The Island of Russia", *The russian politics journal*.

Como se puede apreciar en el siguiente cuadro, la competitividad del Reino Unido se debió al proceso de privatización y al aligeramiento del Gobierno británico.



Fuente: *Financial Times*, 2016

En la evaluación más detallada hasta la fecha, el profesor Nick Oficce, de la Universidad de Warwick, historiador de la economía británica, estima que la UE contribuyó directamente a la prosperidad del Reino Unido en un 10%, en gran parte debido a la mayor competencia y un mejor acceso al mercado único europeo.

De la presente situación se desprenden las siguientes preguntas:

a) ¿Cuáles serían los alcances del Ministerio de Comercio después de que el país rompa con la UE para sustituir las relaciones comerciales actuales?

b) ¿Se debe firmar un acuerdo con los 27 miembros restantes de la UE, con los cerca de 50 países adicionales con los que la UE tiene acuerdos preferenciales o con todos los restantes 161 miembros de la Organización Mundial del Comercio?

Fuente: *Financial Times*, 2016

Es probable que tome años negociar un acuerdo bilateral con el bloque, según indican los negociadores comerciales experimentados. No sólo eso, Barack Obama, presidente de Estados Unidos, también ha advertido que Gran Bretaña no sería prioritaria para su país.

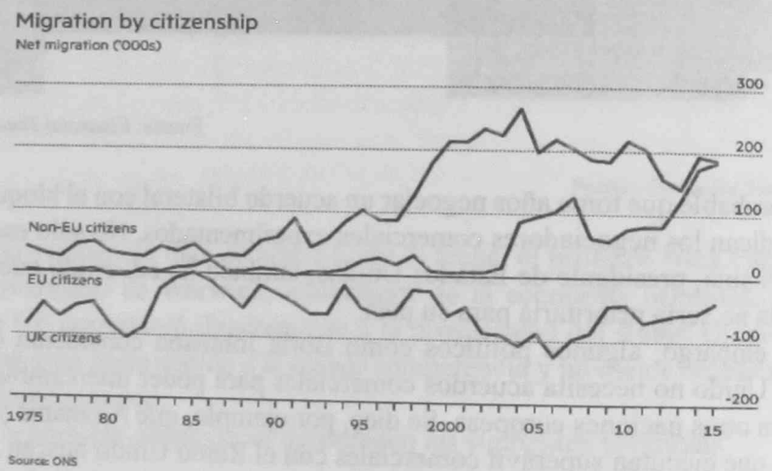
Sin embargo, algunos políticos como Boris Johnston consideran que el Reino Unido no necesita acuerdos comerciales para poder intercambiar bienes con otras naciones europeas. Se dice, por ejemplo, que Alemania y otros países que ejecutan superávit comerciales con el Reino Unido buscan ansiosamente un trato preferencial y la nueva situación podría agilizar el proceso para negociar acuerdos con dichas naciones.

Los acuerdos establecen las reglas para el comercio y protegen a las empresas británicas de conflictos y acciones arbitrarias por parte de otros países. Al salir de la UE, es necesario un proceso de negociación gigante, ya que Gran Bretaña no puede, siquiera, garantizar que será capaz de operar de forma segura bajo las reglas de la OMC, pues no tiene su propio calendario de tarifas, compromisos sobre los servicios y los subsidios agrícolas. Sin esto, Reino Unido quedará vulnerable ante las acciones legales bajo las reglas de solución de diferencias de la OMC.

Por otra parte, la migración neta hacia Gran Bretaña se situó en 333,000 personas, en el año de 2015. La segunda cifra más alta en el registro y que se triplicó desde la llegada al poder del ministro David Cameron —que en 2010 tenía la promesa de llevar la cifra a las decenas de miles de personas—.

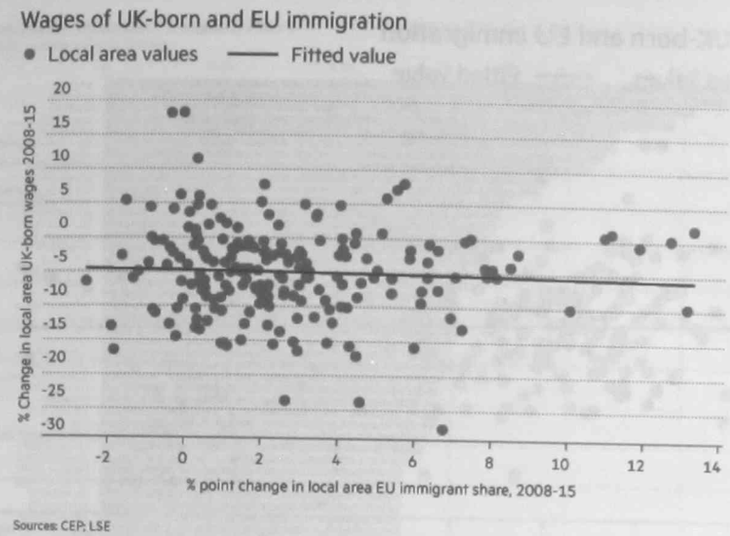
La inmigración neta de los países de la UE, en particular de los Estados miembros provenientes de Europa central y oriental, aumentó rápidamente después de su adhesión a la UE, en 2004. Pero, sobre todo, recientemente, cuando los ciudadanos de Bulgaria y Rumanía adquirieron el derecho a trabajar y establecerse en el Reino Unido. El solo hecho de su salida puede provocar una reducción en el número de inmigrantes de la UE.

Estos migrantes tienden a ser jóvenes y son susceptibles de ser empleados. Ellos contribuyen más a las finanzas públicas del Reino Unido que los ciudadanos nacidos en la Gran Bretaña. Sus números ya parecían estar en situación de incremento, como se aprecia en la siguiente gráfica.



Fuente: *Financial Times*, 2016

Incluso si la migración neta de la UE se redujera a cero, Gran Bretaña tendría muchos más inmigrantes procedentes de países no pertenecientes a la UE. Un dato interesante se presenta en la siguiente gráfica, donde se ilustra la procedencia y el ingreso *per capita* por migrante:

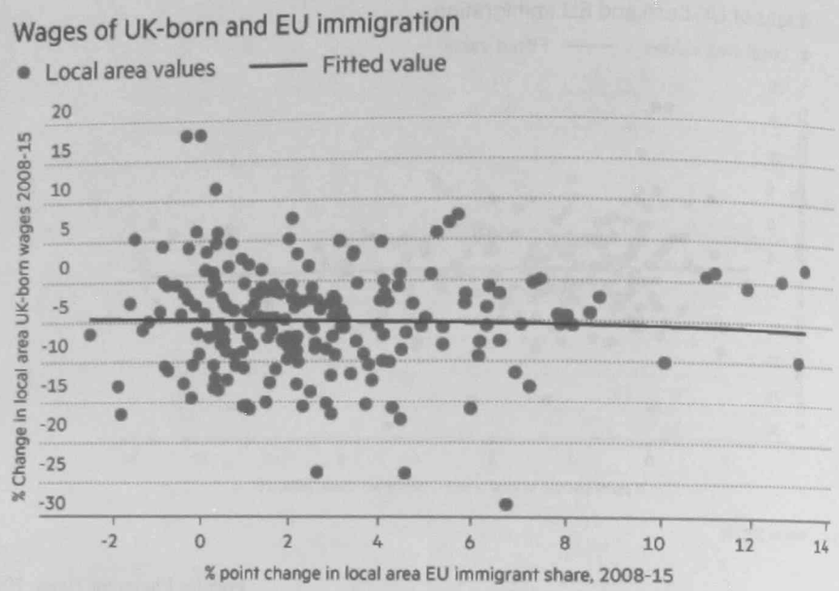


Fuente: *Financial Times*, 2016

El gráfico muestra el cambio en la participación de los inmigrantes de la UE para cada área local del Reino Unido (de izquierda a derecha) y el cambio en los niveles salariales locales (arriba y abajo). No hay correlación, lo que indica que las áreas con altos niveles de inmigración no tienen crecimiento de los salarios más bajos. No hay ningún indicador de que la inmigración reduzca los salarios.

Un estudio del Banco de Inglaterra[25] encontró un efecto pequeño en la parte inferior de pago, con un aumento de 10 puntos porcentuales en la proporción de migrantes poco calificados, reduciendo los salarios a los peor pagados en un 2%. Pero el aumento de la cuota de inmigración ha sido sólo de alrededor de 2 puntos porcentuales entre 2008 y 2015, lo que sugiere que el efecto sobre los salarios bajos se trata de un recorte del 0.4% durante siete años.

[25] Disponible en: http://www.bankofengland.co.uk/publications/Pages/quarterlybulletin/2016/q2/default.aspx



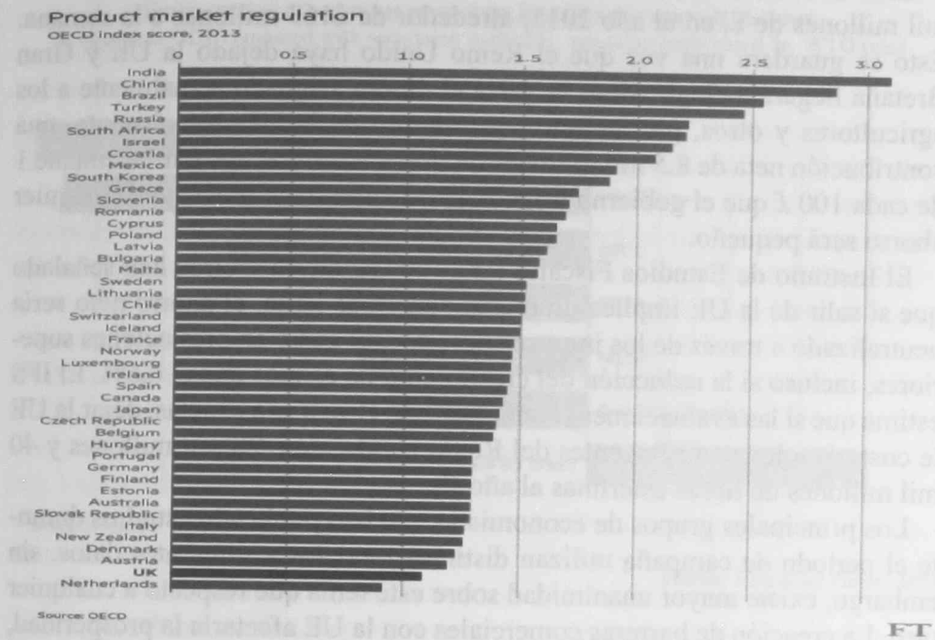
Fuente: *Financial Times*, 2016

La evidencia de que las regulaciones de la UE sofocaron la economía británica, su innovación, la competencia y el crecimiento es muy pobre como para dar peso a este dato. Sobre todo si consideramos que la OCDE evalúa que el Reino Unido tiene el segundo nivel más bajo de regulación del mercado de productos entre sus miembros, justo por debajo de los Países Bajos.[26]

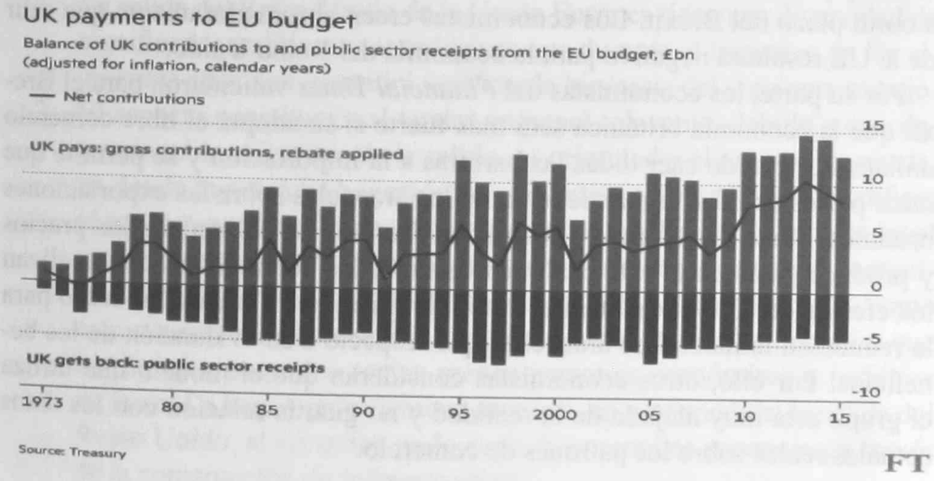
Las diferencias entre los estados miembros de la UE con esta medida y en las valoraciones de regulación del mercado laboral sugieren que, lejos de armonizar las prácticas a través de los Estados miembros, las normas de Bruselas permiten a los países mantener sus propias reglas para tener economías poco reguladas.

Gran Bretaña tiene un buen historial en las tablas de clasificación internacionales y, con mucho, las regulaciones más costosas no se muestran aquí, tales como las normas que rigen la planificación y el uso de la tierra. No hay ninguna garantía de que la repatriación de la actividad reguladora de Bruselas no va a empeorar las reglas. Tal repatriación será en sí misma una empresa burocrática masiva.

[26] http://www.oecd.org/economy/oecd-study-finds-britons-will-be-paying-a-heavy-brexit-tax-for-many-years-if-uk-leaves-eu.htm



Fuente: *Financial Times*, 2016



Fuente: *Financial Times*, 2016

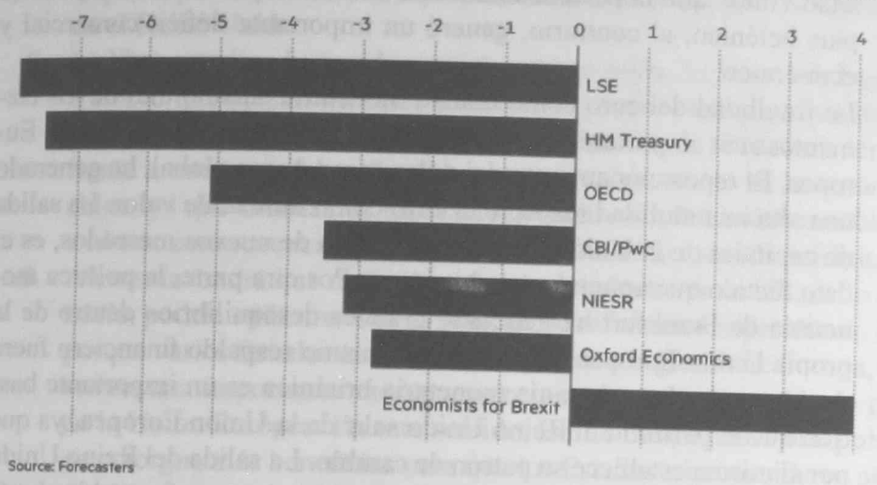
Gran Bretaña hizo contribuciones netas al presupuesto de la UE por 8.5 mil millones de £, en el año 2015; alrededor de £163 millones a la semana. Esto se guardará una vez que el Reino Unido haya dejado la UE y Gran Bretaña llegará a elegir cómo se gasta el dinero asignado actualmente a los agricultores y otros, por las normas comunes de la UE. No obstante, una contribución neta de 8.5 mil millones de libras esterlinas aproximadamente 1 de cada 100 £ que el gobierno británico gasta cada año, por lo que cualquier ahorro será pequeño.

El Instituto de Estudios Fiscales (IFS) de Inglaterra y otros han señalado que si salir de la UE implica un crecimiento más lento, el ahorro neto sería neutralizado a través de los ingresos fiscales y el gasto en prestaciones superiores, incluso si la reducción del crecimiento no es más que el 0.6%. El IFS estima que si las evaluaciones económicas del Brexit son exactas, dejar la UE le costaría a los contribuyentes del Reino Unido entre 20 mil millones y 40 mil millones de libras esterlinas al año.[27]

Los principales grupos de economistas que han publicado estudios durante el periodo de campaña utilizan distintos modelos y diferentes datos, sin embargo, existe mayor unanimidad sobre este tema que respecto a cualquier otro. La creación de barreras comerciales con la UE afectaría la prosperidad, ya que no sería fácilmente sustituida por un aumento en el libre comercio con algún otro lugar. Al salir del bloque se producirá poca libertad normativa adicional y podría haber consecuencias a largo plazo generadas por el trastorno a corto plazo del Brexit. Los economistas creen abrumadoramente que salir de la UE resultará negativo para la economía del Reino Unido.

Por su parte, los economistas del *Financial Times* vaticinaron para el Brexit que la economía británica será más fuerte si se adopta el libre comercio unilateral, dejando caer todas las barreras a la importación y se permite que otros países decidan si mantienen o no los aranceles sobre las exportaciones británicas. Esto desvía todo el comercio fuera de la UE, reduce los precios y produce ganancias.[28] De cualquier manera, los economistas que analizan los efectos del Brexit están en el limbo; lo mismo en cuanto a su deseo para la reducción unilateral de aranceles, que respecto a su evaluación de los beneficios. Por ello, otros economistas consideran que el modelo que utiliza el grupo está muy alejado de la realidad y no guarda relación con los datos actuales reales sobre los patrones de comercio.

[27] http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1475-5890.2015.12064/abstract
[28] https://ig.ft.com/sites/brexit-companies/



Fuente: *Financial Times*, 2016

VII. A MANERA DE CONCLUSIÓN

1. La salida del Reino Unido de la Unión Europea tiene una diversidad de significados políticos y económicos que durante el trascurso de los siguientes años nos permitirá verificar la hipótesis del siguiente trabajo.
2. El aspecto constitucional tendrá un papel relevante, debido a que determinará los alcances de la salida, su celeridad y el proceso de ajuste, en donde la potencia hegemónica —Alemania— tendrá que modificar el proceso para las futuras incorporaciones a la Unión. El ámbito legal genera un relevante eje explicativo sobre la manera en que el contenido del numeral cincuenta será dimensionado. La Unión Europea, como experimento de gobernanza, generó importantes vacíos debido a que los Estados pequeños tenían menos garantías económicas y jurídicas de *facto*. La hegemonía alemana provocó, en gran medida, la salida del Reino Unido, al ser quien pudo capitalizar amplias ganancias, a través de la construcción de infraestructura.

3. La crisis griega fue un indicador de la fragilidad de la Unión, pues la salida de Grecia fue obstaculizada a toda costa por Berlín. En este caso vimos que la pertenencia a la Unión Europea en nada ayudó al país helénico; al contrario, generó un importante déficit comercial y económico.
4. La fragilidad del euro como unidad monetaria ha sido uno de los elementos más importantes como indicador del fracaso de la Unión Europea. El reposicionamiento del dólar como divisa global, ha generado una alta incredulidad respecto al euro como unidad de valor. La salida de capitales de la Unión Europea, en busca de nuevos mercados, es el dato fáctico que apuntala esta hipótesis. Por otra parte, la política monetaria de Frankfurt ha generado grandes desequilibrios dentro de la propia Unión Europea, al no tener el mismo respaldo financiero fuera de Alemania. La soberanía monetaria británica es un importante bastión que le permitió al Reino Unido salir de la Unión Europea, ya que por sí misma establece su patrón de cambio. La salida del Reino Unido ha provocado un ajuste del tipo de cambio siempre favorable, hasta hace unos meses, frente al euro y el dólar.
5. Desde el punto de vista de la geopolítica, la salida del Reino Unido obedece a un reposicionamiento de los bloques globales. La alianza de *facto* entre Estados Unidos y Reino Unido, que inició desde la Segunda Guerra Mundial, busca detener el ascenso del gigante asiático: China. Por su parte, en los últimos años, Rusia ha disputado la hegemonía europea con Alemania, al condicionar la venta de energéticos en la temporada invernal; además de la política exterior hostil de Vladimir Putin. El denominado Brexit obedece a una reconfiguración del poder político anglosajón, incluidos algunos países de la Commonwealth —como Australia y Nueva Zelanda—, así como algunos de los Tigres asiáticos. Desde nuestro punto de vista, el Brexit podría caber en una jugada de ajedrez —metáfora clásica en el ámbito político—.
6. Desde el punto de vista interno, el Brexit tuvo dos efectos: un importante reacomodo de fuerzas en el partido conservador y la dimisión del primer ministro Cameron, frente a los sectores más radicales del partido. Theresa May representa a un sector del conservadurismo británico más reticente al cambio, con un toque victoriano, en el sentido de la nostalgia por los tiempos pasados.

7. El pueblo británico ha manifestado, a través del referéndum, un rechazo notable a la inmigración de Europa del Este, debido a que la salida implica, por antonomasia, un replanteamiento de la política migratoria en el Reino Unido.
8. La libra esterlina ha tenido una importante caída. El Banco de Inglaterra tuvo que ajustar medidas para que la propia moneda soportara un proceso devaluatorio escalonado, lo cual implica la pérdida de terreno frente a otras monedas. Esto, a su vez, tuvo un efecto en la economía china, ya que muchas de las reservas asiáticas habían sido cambiadas a libras; consecuencia de la anterior solidez de la moneda británica.
9. Alemania tendrá que revisar sus facultades dentro de la UE; de lo contrario, podría enfrentar una avalancha de referendos separatistas. Esto porque varios Estados nacionales, en diversas regiones de Europa, presentan una importante tensión con respecto a mantenerse como parte de la Unión Europea. En este sentido, Berlín deberá tener una política que otorgue más beneficios para que los Estados aún consideren atractiva la pertenencia a la Unión.
10. La fractura del Brexit nos permite entender que los proyectos estatales gregarios han fracasado y que inicia una era que implica alianzas no de corte soberano, como la Unión Europea, sino alianzas más de corte pragmático-económico, para dar una voltereta en el mapa económico y geopolítico.
11. El Brexit puede ser un importante indicador del fracaso de uniones como los BRICS, que no consolidaron, desde su formación, un contra-poder hegemónico en oposición al dominio anglosajón. Más aún si consideramos que dos de sus integrantes —Brasil y Sudáfrica— se encuentran en medio de tremendas crisis económicas y políticas.
12. El Brexit puede ser una importante oportunidad para el Reino Unido, ya que podrá intentar intercambios económicos con regiones del mundo con mejores perspectivas económicas, con menores regulaciones y con el objetivo de maximizar las ganancias
13. El Brexit, desde nuestro punto de vista, es el primer paso para reorganizar el proceso de globalización que, en sus inicios, tuvo como objetivo acelerar las relaciones económicas en los países en vías de desarrollo. Años después, vemos que la apuesta fracasó. La economía global ha tenido importantes declives; por eso creemos que, a veces, es bueno dar un golpe de timón y dirigir las expectativas hacia otras direcciones.

VIII. Bibliografía

Gibson y Graham, *Post capitalist politics*, Minnesota University Press, 2006.

Gilroy, Paul, *Black Atlantic: The modernity and double consciousness*, Harvard University Press, 2013.

Krokoswki, Wilfred, *Globalisierung des Einkaufs:Leitfaden für den internationalesn Einkäufer*, Heildelberg, Springer Verlag, 2012.

Lenaerts, Koen, *et al.*, *EU Procedural Law*, UK, OUP, 2016.

Mazzucato, Mariana, *Das Kapital des Staates: Eine andere Geschichte von innivation und Wachstum, Kunstamann*, Verlag, Kindle Edition, 2013.

Muñoz, Joseph (ed.), *Handbook of Geopolitics of Bussiness*, London, Edwar Elgar Publishers, 2013.

Osterhammel y Peterson, *Die Gesichichte der Globalisierung: Dimensionene, Prozesse, Epoche*, München, C.H. Beck Wissen Verlag.

Rodrik, Dani, *et al.*, *The globalization paradox: Democracy and future of the world economy*, Berlín, CH Beck Publisher, 2011.

Schrrer, Christop, *Globalisierung*, Ebook, Berlín, UTP Verlag, 2011.

Speak for Britain!: A New History of the Labour Party, UK, Routledge, 2015.

Weatherill, Stephen, *Cases and Materials on EU Law*, OUP, London, 2016.

Cibergrafía

"Kerry urges UK and EU to avoid 'revengeful' divorce negotiations", *Financial Times*, 8 de agosto de 2016, http://www.ft.com/

"Russia gegen Europa, des kliene kampf", http://www.cicero.de/

Tsymburki, Vadim, "The Island of Russia", en *The russian politics journal*, vol. 23 de junio de 2013, http://www.politstudies.ru/files/File/2013/3/12.

http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/juergen-habermas-im-gespraech-europa-wird-direkt-ins-herz-getroffen-12963798.html

http://time.com/4372673/bernie-sanders-speech-text-read-transcript/

http://foreignpolicy.com/2016/06/24/brinsanity-brexit-european-union-donald-trump-

http://www.bbc.com/news/uk-politics-36778350

MIGUEL VILLORO TORANZO CRÍTICO VITALISTA DE LA RAZÓN JURÍDICA. A 25 AÑOS DE SU MUERTE

Rodolfo Vidal Gómez Alcalá

Elijamos el camino que más parece darle sentido a nuestra vida, ponderando a la vez nuestro adhesión a los ideales y a los riesgos que corremos dadas nuestras limitaciones.

Miguel Villoro Toranzo, *Deontología Jurídica*

Sumario: 1. Introducción. 2. Una vida comprometida con los ideales jurídicos. 3. Autores que influyeron en su obra y evolución final. Obras del Dr. Miguel Villoro Toranzo.

1. Introducción

El 28 de septiembre del 2015, vísperas de las fiestas de san Miguel, se cumplieron 25 años de la muerte de nuestro querido profesor de la Escuela, el Dr. Miguel Villoro Toranzo, S.J., poco antes de que cumpliera los 70 años de edad, en plena madurez intelectual, cuando todavía tenía mucho que aportar a la filosofía jurídica mexicana.

Su preocupación y de ahí sus profundas meditaciones sobre los grandes temas como la definición del derecho, la mejor forma de acercarse a él o el antiquísimo tema de la justicia, que influenciaron enormemente a quienes le escucharon y tuvieron el privilegio de ser sus alumnos y por ello, sus huellas aún son perceptibles en las Facultades en donde impartió sus cátedras, o don-

de todavía se utilizan sus obras, que dicho sean de paso, siguen siendo muy populares. En el salón de profesores de la Escuela Libre conservamos, con mucho orgullo, una bella foto de él, en su actitud característica cuando impartía cátedra: sentado, tomando con su mano derecha su funda de anteojos, de hablar pausado, con la mirada fija en el infinitivo y el pensamiento muy activo en búsqueda de las palabras que pudieran expresar mejor sus ideas que aspiraban a la verdad.

Pero a pesar de la seriedad que puede apreciarse en esa foto, el maestro en realidad era una persona muy inteligente, activo como podremos apreciar de su biografía, claro en sus expresiones, agradable de trato, muy amable, ingenioso, así como un gran conversador, enérgico con quienes no atendían sus responsabilidades, generoso con quienes le rodeaban, por ejemplo invirtió parte de su patrimonio en cubrir las colegiaturas de sus alumnos que no podían pagar sus estudios y como defecto un asiduo fumador, según pueden recordar hoy quienes lo conocieron.

Hoy y después de los escasos datos que tenemos de su vida, pero con una vasta obra sugestiva y con motivo de su aniversario luctuoso, hemos creído pertinente redactar estas notas,[1] para apreciar no sólo su pensamiento, sino la manera en que el mismo ha trascendido hasta nuestros días, no sólo para comentar las ideas que han perdurado, sino sobre todo, para apreciar la cosecha que ya no pudo disfrutar.

2. Una vida comprometida con los ideales jurídicos

Don Miguel nació el 21 de noviembre de 1920, en Barcelona, hijo del médico Miguel Villoro y Villoro, aragonés de La Pontellada, provincia de Teruel, comunidad de Aragón, que según nos relata su sobrino Juan,[2] es un pueblo que hoy no tiene más de trescientos habitantes, de los cuales doscientos llevan el apellido Villoro, por ello nos podemos explicar la dúplica en el apellido del padre. Del por qué su nombre, tan poco representa un misterio, no sólo porque así se llamó su progenitor, sino porque el arcángel Miguel es uno

[1] Este artículo, en una forma preliminar se leyó el primer día del Homenaje que se realizó al maestro para conmemorar el veinticinco aniversario de su fallecimiento, los días 27 y 29 de octubre de 2015 en la Escuela Libre de Derecho, en donde tuvimos el privilegio de que participaran los profesores Raymundo Gama del ITAM, Alejandro Nava Tovar e Imer B. Flores de la UNAM, Juan Federico Arriola de la Universidad Iberoamericana, así como Jorge Gaxiola y Julián Domínguez de nuestra Escuela.

[2] Villoro, Juan, "La taquería revolucionaria", en *La Jornada Semanal*, número 979, 8 de diciembre de 2013.

de los dos santos patronos del pueblo natal del padre, que cuenta con una famosa ermita muy antigua, que merece la pena visitar. Su madre María Luisa Toranzo era mexicana, originaria de San Luis Potosí, perteneciente a una familia acomodada con algunas haciendas mezcaleras en ese Estado y a quien le gustaban las letras, de hecho llegó a escribir pequeñas obras, algunas de ellas dirigidas a su hija mayor, de corte exhortativo, anecdótico y religioso.[3]

Sus padres se casaron en San Sebastián en 1918 y radicaron en Barcelona, donde el padre ejercía su profesión. El matrimonio tuvo cuatro hijos, María Luisa quien nació en 1919, Miguel en 1920, Luis en el 1922 e Isabel en 1924, quien murió siendo muy joven.[4] De hecho los hijos del matrimonio, durante su infancia, se vieron afectados con frecuencia de fiebres tifoideas que le permitieron a la madre, mientras cuidaba de sus hijos, descubrir su talento como escritora.

Para permitirnos conocer el por qué los dos hijos del matrimonio se dedicarían finalmente a la filosofía, en áreas de atención similares que incidían en el tema de la justicia social, con visiones no del todo contrapuestas, habría que analizar en primer lugar, el periodo histórico que le tocó vivir en sus inicios a la familia Villoro Toranzo, como fue la existencia de una Europa en ruinas, como consecuencia de la Gran Guerra, la firma de la precaria paz de Versalles, que sólo provocaría en las dos décadas siguientes la Segunda Guerra Mundial, la formación de la sociedad de las naciones, sin el aval de los Estados Unidos, con la crisis social y política que empezó a comer a España, la creación de los partidos comunistas y fascistas europeos junto con la formación de agrupaciones radicales de derecha, con el consecuente debilitamiento de los sistemas democráticos, así como el surgimiento de la gran depresión económica. En España, se dio el golpe de estado de Primo de Rivera, así como en México, la Revolución se encontraba en su parte final y en esos momentos, atravesaba una guerra de corte religioso, la llamada Guerra Cristera y posteriormente el establecimiento del perfil socialista a la educación, todo lo cual propiciaba la exaltación y radicalización de las ideas, sobre todo las políticas.

Es precisamente en Europa donde tomó sus primeros cursos, tanto en Barcelona como en Bruselas, lo que le permitió aprender y dominar muy bien el francés. El padre murió cuando Miguel tenía nueve años, así que él y sus

[3] Estas obras son: *Charlas con mi hija*, del año de 1928, que llegó a tener seis ediciones privadas; *Azhares y espinas... rosas*, del año de 1944, Imprenta Don Bosco; *Los niños dirían...*, 1951, *Divagaciones*, 1952, ambas de la Imprenta Barrie, *Hablando...*, 1956 y *Esbozos*, 1957, estas dos de Editorial Jus, S. A.

[4] Cabrera y Piña de Corsi, Matilde, *La Familia Toranzo de San Luis Potosí*, San Luis Potosí, sin datos de edición, 1962.

hermanos quedaron al cuidado de su madre, que ante la situación crítica que imperaba en España decidió regresar al país, por lo que se dirigió a San Luis Potosí, donde la familia contaba, como ya hemos expuesto, con haciendas mezcaleras.

Aquí aparece, el segundo elemento que nos explica el futuro intelectual del maestro, como nos lo reflejan dos comentarios de su sobrino Juan sobre esta época y es en primer término, el que a su regreso al país, se tuvo una recepción extraña en una de sus haciendas, la de nombre "Cerro Prieto", donde los peones se formaron para besarles la mano, lo que se consideró no sólo indigno sino profundamente *"injusto"*, de hecho esta situación llevó a su hermano Luis en el futuro a regalar toda su herencia, a la que consideraba sin *"derecho"* a recibir. La segunda anécdota consiste en que los hijos del matrimonio fueron separados en internados jesuitas diferentes, por lo que don Miguel sufrió el aislamiento, pero en esta situación inicial de crisis existencial, encontró finalmente su vocación como jesuita, abogado y maestro.

Respecto de este punto, habría que recordar una idea que le escuché y que se encuentra en su más importante libro: *Lecciones de Filosofía del Derecho* y que de manera reiterada llamaba la atención a sus alumnos y consiste en que: "detrás de toda filosofía, existe una toma de posición prefilosófica ocasionada por situaciones límite",[5] que significa que en la vida de todos los hombres, se dan episodios críticos que le obligan a optar por una decisión fundamental en su actitud ante la vida, que al principio implica una toma de posición *"pre filosófica"*, que en algunos, los menos, los hace florecer para convertirse en una auténtica y particular manera de pensar que los conduce, no sólo a obrar, sino a constituir una verdadera y novedosa doctrina filosófica. Así, creemos les pasó a los dos hombres Villoro, en donde las experiencias indicadas y el entorno social y político mundial, les hicieron tomar partido con la realidad que les tocó vivir, la que veían esencialmente injusta, buscando por caminos diversos su superación, bajo una óptica unitaria de acción, uno bajo un perfil y acción de izquierda y el otro bajo el amparo de la acción de los jesuitas, con ciertos tintes también de izquierda, pero con una profunda creencia en Dios.

Los estudios de secundaria los cursó, al parecer, en Gómez Palacios, Durango, en la "Escuela 18 de Marzo", dependiente del gobierno estatal y sus estudios preparatorianos los hizo en el "Instituto Bachillerato", en la calle de Gelati, ya en la Ciudad de México, en donde al parecer la familia ya se había mudado, etapa que sólo hizo en dos años, de manera brillante.

[5] Villoro Toranzo, Miguel, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, p. 14.

La Escuela Libre estaba ubicada en ese entonces, en la calle de Humboldt 34, en el centro de la ciudad, las clases comenzaban en enero y concluían en diciembre. Se le hizo tarde para inscribirse y por ello, el propio Instituto de Bachillerato le pidió a la Escuela que hiciera una excepción para que fuera admitido, ya que los motivos de esta tardía decisión, fueron ajenos a la voluntad del solicitante, pero que si la Escuela decidía aceptarlo, apuntó el Arq. Benjamín Orvañanos, quien hizo la recomendación: "será motivo de satisfacción para esa Escuela el contarlo entre sus alumnos", predicción que la historia confirmaría. Esta petición es aceptada e ingresa en el mes de mayo de 1941, con la recomendación de que tuviera la mayor puntualidad en la asistencia a clases por lo adelantado en que se encontraba el año escolar.[6]

Cursó su carrera como abogado entre los años de 1941 a diciembre de 1945, con un muy buen promedio de 8.9, obteniendo dos menciones honoríficas, en las materias de Economía y Constitucional, esta última con el maestro Herrera y Lasso. En ese entonces, el plan de estudios no contemplaba muchas materias que hoy consideraríamos de corte filosófico, únicamente se contaba en primer lugar, con la de Introducción al Estudio del Derecho de la que obtuvo la calificación de 8.5 y Filosofía del Derecho que la impartía el reconocido profesor Rafael Preciado Hernández, en la que logró la calificación casi perfecta del 9.5, lo que denota ya un claro interés por la materia. Algo que nos sorprendente cuando analizamos su biografía, es que en los últimos años de la carrera, decidió empezar y concluir su maestría en Filosofía.

De la lectura de sus primeras obras, se puede apreciar la notoria influencia de dos profesores de la Escuela, que le dejaron una honda huella que duró toda su vida, por un lado, Don Toribio Esquivel Obregón, historiador, a quien le dedicó su tesis de licenciatura, a raíz de su muerte y el maestro Herrera y Lasso de quien compartió su admiración por Ortega y Gasset, así como por la filosofía vitalista. De hecho, don Manuel estuvo en su examen de grado. Habría que recordar que esta filosofía de corte "vitalista", junto con la escolástica fueron las que se enseñaban y animaba el espíritu de la Escuela en ese entonces.[7]

Sustentó su examen profesional el 23 de agosto de 1946, siendo el abogado número 696 de nuestra Escuela, presentando la solución de un caso práctico sobre divorcio (¿habrá sido el tema una casualidad para un católico

[6] Datos obtenidos del expediente de alumno que se conserva en la Escuela Libre de Derecho, agradezco a la maestra Renata Sandoval el que me haya permitido su consulta.

[7] Véase al respecto: Gómez Alcalá, Rodolfo Vidal, "La enseñanza de la Filosofía del Derecho en la Escuela Libre", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, número 36, año 2012, pp. 573 a 605.

de ese entonces y quien al parecer optaría por el sacerdocio?), mismo que le encomendó el maestro Jerónimo Díaz y como tesis para la obtención del grado, avalada por los maestros Cazares Nicolín y Preciado Hernández, ambos versados en Filosofía del Derecho, titulada: "*Apuntes para una Metodología del Derecho*", por la que obtuvo una mención especial y expresa. No obstante esto, para el profesor Preciado Hernández, si bien el trabajo está lleno de sugestiones e inquietudes filosóficas y jurídicas, no concuerda con sus conclusiones, porque apreció contradicciones no resueltas entre el formalismo y vitalismo, pero vió meritorio el esfuerzo realizado por el alumno, ya que se aprecia la gran vocación de Villoro para el estudio de problemas filosófico jurídicos. Casares Nicolín, calificó el trabajo como laudable por el esfuerzo de investigación realizado, que sin duda fue pensado con cierto detenimiento pero escrito con precipitación, lo que producía ambigüedad y un exceso de ambición en las conclusiones.[8]

En esa obra temprana, pero fundamental para conocer sus inquietudes, así como sus principales influencias, podemos ver el tema que preocuparía al maestro durante toda su vida y que sería el objeto de sus mejores libros, mismo que consistió en la crítica del papel de la razón como el instrumento adecuado para conocer al Derecho. Y es que ésta no lo puede hacer de manera satisfactoria, debido a que finalmente se enfrenta a la "vida", que no puede ser reducida a categorías formales. Particularmente su ataque va dirigido a la escuela neokantiana del Derecho liderada por Rudolf Stammler, que a partir de los años treinta había empezado a circular en las universidades de lengua española, misma que tenía como propósito primordial considerar al Derecho como una forma *pura a priori* de la experiencia para rescatar su cientificidad.

Por el contrario, Villoro optó por los autores *"vitalistas"* quienes a su decir, ofrecen una mejor salida al conocimiento jurídico, debido a que parten de la idea de que la "vida" es una realidad de la cual no se puede dudar, tomándola en su sentido cambiante y desordenado que los racionalistas se empeñan en ver como algo sistemático y con una realidad de formas de acuerdo con su saber.[9]

Así, frente a la manera de conocer que inspira el racionalismo o el idealismo kantiano, en la filosofía vitalista, la conciencia moral realiza el descubrimiento de lo que es: *"el tema de nuestro tiempo que es la vida"*, de tal manera que frente a los sistemas racionalistas con pretensión de universalidad, atemporalidad y generalidad se les debe oponer la realidad vital individualizadora, que fluye en el tiempo y es medularmente finalista. Con la razón se identifica lo sistemático, lo férreo, lo inmutable, universal y eterno, mientras que la realidad individualizada, se la llama *"fáctica"* y es medularmente *histórica.*[10] Todo ello siguiendo claramente a Ortega y Gasset, quien es sin duda, como se ha señalado, el filósofo más importante del que se nutre su pensamiento en esta etapa y si se piensa bien, de toda su obra posterior, por lo que podría decirse que en realidad la obra del maestro no es más que la acción continuada por *la Escuela de Madrid*,[11] que intentaban poner en práctica las enseñanzas de su maestro y por ello, desterrar de la filosofía y de la ciencia en general a la razón *"pura"*, para implantar en su lugar a la razón *"vital"*.[12]

Con el vitalismo ya no es importante conocer el mundo, ni si quiera el problema mismo del conocimiento, sino el saber por qué estamos en el mundo. Frente al saber de la erudición, se alza el saber de la salvación, que nos permite averiguar las relaciones del hombre con los demás seres y sus relaciones de fin con el Ser Superior.[13] Como la vida es una realidad objetiva pero en movimiento, *la razón* como la ha entendido la filosofía tradicional, no puede estudiarla adecuadamente ya que sólo percibe datos constantes, generales y abstractos, pero no así la riqueza ni la fluidez de las vidas individuales. Apoyándose en Bergson, constituye la intuición el único método filosófico que puede servirnos para comprender esta realidad. Además este camino puede llevarnos a la ordenación de los valores, según sus propias cualidades, lo que finalmente permite ordenar todo en función de lo vital.

Lo mismo sucede con el Derecho, no debemos partir de la noción de la idea del *orden*, ni llegar al extremo de la propuesta de Stammler quien pretende acercarse a la idea de lo jurídico estudiando la constante de la legalidad y la concordancia, para llegar a las formas puras que envuelven los conceptos jurídicos.[14] Frente a ello, se propone partir del fenómeno jurídico concreto a través de la intuición, lo que devela a dicho fenómeno como un valor que sólo se da en las sociedades humanas, y por ello es un producto cultural, que se manifiesta ante un hecho concreto que tiene una realidad objetiva y que es en sí mismo adverso y que suele llamarse *injusticia*, de donde surge una

[8] Los dos votos se encuentran en el expediente citado.

[9] Villoro Toranzo, Miguel, *Apuntes para una Metodología del Derecho,* Tesis profesional para el título de abogado, p. 12.

[10] *Ibidem*, pp. 27 y 28.

[11] La Escuela de Madrid estaría representado entre otros por Julián Marías, Manuel García Morente, Xavier Zubiri, José Gaos, José Ferrater Mora. *Véase* al respecto: Marías, Julián, *Historia de la Filosofía*, 28 ed., Biblioteca de la Revista de Occidente, Madrid, 1975, pp. 449-455.

[12] Sobre la razón *"vital"* puede verse a Ortega en sus dos obras clásicas: *Meditaciones del Quijote*, 1914 y sobre todo *El tema de nuestro tiempo* del año de 1923, ambas en sus Obras Completas, Volúmenes II y III, editada por la Fundación Ortega y Gasset, Madrid, Taurus, S. A., 2004 y 2005.

[13] Villoro, *op. cit.*, pp. 38 y 39.

[14] *Ibidem*, pp. 68 y 69.

manifestación propia de lo jurídico que se hace consistir en la aplicación a un hecho concreto un orden percibido por la conciencia como justo, de validez inmutable.[15]

Todo ello nos lleva a que el fin de la filosofía, siguiendo a Unamuno, consiste en el saber cómo vivir y prepararnos para la toma de decisiones libres, lo que va a contribuir a la perfección del hombre y en último término a la gloria de Dios.[16]

Su postura, aunque en ese entonces novedosa para el campo del Derecho, no debe ser vista como contraria a la Escolástica, de la que se siente ligado, sino que busca sólo un cambio en el punto de partida, sin negar el orden inmutable de la razón. Para ello tomó de ejemplo a Francisco Suárez, no sólo por la simpatía que le profesó, jesuita finalmente, sino por la juventud que se puede encontrar en su pensamiento. En él, se sintetiza lo bueno del racionalismo de los Dominicos con el voluntarismo de los Franciscanos, lo que nos lleva, como lo llamaba Toribio Esquivel Obregón: *al sentido suarista de la ley"* y citando a Suarez: "*Si en la ley se atiende la fuerza de mover, y, por tanto, se dice ley aquello que hay en el príncipe que mueve y obliga a obrar, de este modo la ley es un acto de voluntad; más si se mira y se considera en la ley la fuerza de dirigir aquello que es bueno y necesario, entonces pertenece al entendimiento y con ello de la razón.*[17] En resumen, en esta primera obra, no trata de descartar a la razón como instrumento del conocimiento jurídico, sino devolverle el papel adecuado que le corresponde en la vida de los hombres.

Como se ha dicho, al final de su carrera de abogado también cursó su maestría en Filosofía, en la Facultad del mismo nombre, en el Centro Cultural Universitario, antecedente de la Universidad Iberoamericana, la que finalizó en el mismo año de 1946, para la cual preparó para obtener el grado, su segunda obra:

El Racionalismo Jurídico, la cual podemos considerarla como una continuación de su anterior trabajo, una crítica más, ahora en el terreno filosófico del racionalismo como método filosófico. Por él entiende la corriente de pensamiento que hace de la "*razón"* en el sentido modernista de la ilustración, la única fuente digna de certeza, la cual no sólo se pretende aplicar al conocimiento en general sino también al campo del Derecho.[18]

[15] *Ibídem*, pp. 70 y 71.
[16] *Ibídem*, pp. 101 y 102.
[17] *Ilbídem*, p. 83
[18] Villoro Toranzo, Miguel, *El racionalismo jurídico,* Tesis para obtener el título de maestría en filosofía, p. 9.

La misma surgió de una manera *"antropocéntrica"* desde el Renacimiento, como la única manera viable para comprender la realidad y presupone a una clase de hombre, el burgués.

Por su parte, el Derecho racionalista, en su afán de encontrar lo universal y general de las relaciones humanas, olvida lo fáctico y concreto, ya que sólo se puede construir en base a los hechos que se dan día a día,[19] por ello, su error consiste en crear teorías *a priori* de la experiencia para elaborar sus conceptos como el de libertad, progreso, pacto social, estado de naturaleza, etcétera, pero que resultan incompatibles con el verdadero ser jurídico, que es un hecho social, dedicado a resolver problemas concretos, en donde la razón no puede intervenir.[20]

Consecuencia clara del racionalismo es el *"legalismo" o "formalismo"*, que equivale a la reducción del Derecho a la ley y termina por privilegiar el predominio del individuo a expensas de la sociedad. El Derecho positivo en lugar de subordinarse al hombre para servirle en su vida, se convierte en un Leviatán sediento para satisfacer su sed de formalismo,[21] que pretende estructurar un orden fijo, perfecto, inmutable y de acuerdo con su muy peculiar concepto modernista y antropocéntrico de *"razón"*. En ese sentido, el Derecho se convierte entonces en una utopía o en un sueño de gabinete. Por ello nos debemos percatar que la razón ni es apta para actuar en lo fáctico, ni en lo particular. Tampoco la intuición resulta enteramente confiable, toda vez que no da adecuadas garantías para un conocimiento confiable, por ello, propone, resulta mejor acudir a la intuición racional, que permite aprehender la verdad en su integridad.

En ese tenor, resulta necesario que el Derecho supere su ensimismamiento al que lo ha conducido la ciencia jurídica y debe estar abierto no sólo a otros métodos sino también a los resultados que arrojan las restantes ciencias de las que hay que estar en constante intercambio. Aquí tenemos otra idea que acompaña al maestro en toda su obra posterior, para conocer correctamente al fenómeno jurídico no basta encerrarse dentro de las fronteras de lo "jurídico" sino que hay que ir más allá y por ello hay que auxiliarse de las demás ciencias que puedan contribuir a dar una mejor imagen de lo que es propiamente el Derecho.

No sólo la urgencia de los trabajos presentados por el profesor Villoro era para obtener los grados académicos de abogado y maestro en filosofía, sino sobre todo para comenzar una nueva vida, que seguramente optó en los

[19] *Ibídem*, pp. 77 y 78.
[20] *Ibídem*, p. 96.
[21] *Ibídem*, 98.

últimos años de sus estudios universitarios, por lo que entró en la Compañía de Jesús, recorriendo todas las etapas de su formación hasta convertirse en sacerdote. Realizó su tercera probación o segundo noviciado en Canadá y según Meneses Morales: "para restañar heridas que le había dejado su anterior formación y la estrechez de algunos de sus maestros".[22] Como parte de su formación, estudió filosofía en Ysleta College en Texas.

No contamos con información sobre el maestro en esta etapa de su vida, pero podemos suponer que la dedicó al largo camino que lleva a la formación de todo "soldado de Cristo", tomando en cuenta que su decisión de ingreso se realizó de manera tardía, tuvo que empezar con un noviciado, con dos años de formación, los cuales terminan con los votos de perpetua pobreza, castidad y obediencia; de ahí pasó al juniorado, que suponemos se hizo en Texas, con dos años de formación; posteriormente a la etapa de la filosofía con tres años de duración, de ahí al magisterio también de dos años, posteriormente la etapa de la teología que dura cuatro años, para pasar a la tercera probación, lo que sólo sucede cuando han pasado quince años de que se ha ingresado a la Compañía de Jesús, donde se evalúa definitivamente si la persona puede admitirse plenamente a la organización, etapa que duran seis meses y se decide si se va a admitirse en ella y si es así, se pasa a los últimos votos esta vez públicos y solemnes, donde finalmente se decide dónde podrá brindar mejor servicio a Dios. Por ello podemos concluir que esta formación duró 15 años,[23] mismos que coinciden con los que no contamos con información de su vida o de su pensamiento.

Al concluir su formación como soldado de Jesús, en el año de 1960, fue destinado a la Universidad Iberoamericana, todavía en etapa de consolidación y para *"rescatar"* de ella la carrera de Derecho, con el cargo de Coordinador, lo que le lleva a replantear su plan de estudios, obtener mejores profesores, lo que dará inicio a una estrecha colaboración entre la Libre y la Ibero y endurecer los requisitos de ingreso a la carrera. También en ese año, al parecer, ocupó su primera cátedra, la de Introducción al Estudio del Derecho, misma que impartió hasta el año de 1966 y de este periodo surge como base de estudios para sus alumnos, su primer y aun hoy muy utilizado y recurrido libro: *Introducción al Estudio del Derecho* (1966), mismo que en el año del 2007 ya llevaba veinte reimpresiones, por lo que podemos considerarla como una obra viva y útil entre nosotros, lo que justificaría que nos adentráramos en el pensamiento de su creador.

[22] Morales, Meneses, "Miguel Villoro Toranzo, un servidor de la verdad", en *Jurídicas, Anuario de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, número 20, 1990, p. 16.

[23] Datos obtenidos de la página de internet: www.jesuitas.es.

El motivo de su composición no sólo tiene que ver con su designación como catedrático, sino sobre todo, el que consideraba necesario que en las escuelas de Derecho del país existiera una cátedra en donde se le pudiera presentar a los alumnos de reciente ingreso, una visión orgánica y sistemática del Derecho en cuanto realidad humana, animada por ideales de justicia y si bien el estudio de la misma pudiera antojarse "*demasiado filosófico*", como de hecho suelen ser los manuales en la materia, resultaba ineludible impartirla, debido a que no se podían formar verdaderos juristas, sin ofrecerles una adecuada "*educación filosófica*".[24]

En ese tenor, la obra continúa con la línea original de investigación trazada por el profesor en sus dos primeras obras, de ahí que aborde el cuestionamiento sobre la idea del Derecho en base a lo más resaltable de las cuatro diferentes concepciones filosófico-jurídicas del pensamiento que más han influido en su formación, como son la moral, que aborda el aspecto ético del fenómeno, con base en el contenido de justicia que tiene; la racional, que nos suministra la idea de un sistema jurídico como un orden elaborado racionalmente; la empirista, que nos ofrece la visión de un producto jurídico como la culminación de fuerzas históricas, sociales y económicas y por último, la voluntarista, que estudia el aspecto decisionista del Derecho y la aparición del elemento subjetivo de la actuación de la autoridad.[25]

También con el ánimo de contribuir a la elaboración de un texto a utilizarse en los recién implementados seminarios de investigación jurídica, en la Universidad Iberoamericana, mismos que servirían para complementar las cátedras ordinarias, en las que los alumnos bajo la dirección de un profesor, investigarían por su cuenta aspectos medulares del programa de estudios más relevantes, publicó una pequeña obra denominada: *Metodología del Trabajo Jurídico. Técnicas del Seminario de Derecho* (1968),[26] en donde proporciona los métodos generales y comunes a todo trabajo científico, haciendo especial énfasis en las técnicas que emplea la ciencia jurídica. De ahí que divida el libro en dos partes: una metodología general y una específicamente jurídica, pero va más allá de ello, para adentrarse en los problemas que presentan los alumnos cuando se inician en el aprendizaje e investigación de una ciencia y por ello dan numerosos consejos que los puedan auxiliar sus cursos universitarios, como son la de explicar la existencia de las clases universitarias,

[24] Véase *Introducción al Estudio del Derecho*, México, Porrúa, 1966, pp. XXI y XXII.

[25] *Ibidem*, pp. 3 a 130. Sobre el proyecto inicial de investigación en esta obra, puede verse también *Lecciones de Filosofía...*, *op. cit.*, p. XXII.

[26] Villoro Toranzo, Miguel, *Metodología del Trabajo Jurídico. Técnicas del Seminario de Derecho*, La edición que se tomó fue la segunda reimpresión de la cuarta edición.

la mejor manera de aprovecharlas, la necesidad de prepararlas, así como la toma de apuntes; suministra consejos para el estudio privado, las lecturas de los libros de texto o de consulta, así como lo resúmenes que pueden preparar para sus evaluaciones. Asimismo da recomendaciones útiles para la elaboración de las fichas y citas para la preparación de los trabajos de investigación.

Todo ello le permite dar unas nociones generales ya en el campo jurídico encaminadas a la elaboración de trabajos de investigación así como de soluciones de casos prácticos. Sin duda la obra representa consejos muy útiles que cualquier estudiante que inicie sus estudios debe tomar en cuenta y por ello se trata de un libro vigente, útil y necesario hoy en día.

Con otros ilustres profesores de Derecho de la Universidad Iberoamericana fundó *Jurídica*, el Anuario de la Facultad de Derecho de esa universidad que llegó a ser de reconocida autoridad. Mientras tanto cursó el doctorado en Derecho en la UNAM, de la que obtuvo el grado el 27 de agosto de 1973, con mención honorífica, lo que hizo con su más famosa obra: *Lecciones de Filosofía del Derecho* (1973), misma que utilizó para dar clases, primero en la propia Ibero, pero posteriormente en nuestra Escuela.

En esta obra, podemos decir, desarrolla, complementa y finaliza sus ideas iniciales sobre la crítica de la razón en el campo del Derecho, pero ahora de una manera mucho más detallada y completa, acreditando en cada período histórico los logros de la razón, pero con ello, sus puntos flacos, siguiendo una vez más a Suárez, bajo la perspectiva de que en el Derecho hay que dar igual importancia a lo histórico y lo humano junto con lo puramente *"jurídico positivo"*, pero con la creencia de que en el tiempo, y por ello dentro de la historia, es donde se realiza un orden eterno en el que se manifiesta la voluntad Divina y la fe en la misión del hombre para conocer y coparticipar en el cumplimiento de ese mismo orden, pero que con la razón no se puede percibir claramente esta idea fundamental ni se puede lograr este cambio, de ahí la necesidad de transformar a la ciencia jurídica.

En ese sentido, la obra intenta dar una visión concatenada y crítica "de las grandes etapas por las que ha ido pasando la razón humana en su búsqueda de la verdad y de las repercusiones de esta búsqueda en la noción del Derecho".[27]

Para ello, además de precisar los distintos tipos de *"racionalismos"* que existen como el gnoseológico, el ontológico y el psicológico y la manera en que ellos se han introducido en el Derecho, se exponen las aportaciones producidas por el racionalismo, que constituye una unidad que identifica a la

[27] *Lecciones...*, *op. cit.*, p. XXI.

historia y cultura occidental, la cual nació en el Renacimiento y llega a sus últimas conclusiones en el siglo XX con la Segunda Guerra Mundial, donde finalmente es puesta en entredicho, que amerita y requiere de una nueva Filosofía del Derecho.

Así en la primera parte de la obra, se ocupa de cómo surgió este concepto de *"razón"* y sus primeros antecedentes en la época griega, con Sócrates, Platón y Aristóteles.[28] En la segunda parte se dedica a lo que llama *"la encrucijada renacentista"* y por ello, nos explica las diversas formas que asumió la *"razón"* en el mundo moderno, entre las que destaca el movimiento racionalista como la concepción predominante y la que al final se impondría en el posterior desarrollo, pero sin desatender al empirismo jurídico, ni la Escuela Española del Derecho Natural.[29] En la tercera parte expone los grandes y diversos sistemas racionalistas como los de Grocio, Kant, Hegel y en el campo jurídico con Kelsen y Stammler, para llegar a la parte más valiosa del libro como son sus famosas conclusiones. Dentro de éstas destacan la noción de que el Derecho, de manera preponderantemente en la historia ha sido considerado como un conjunto de normas las cuales son conocidas racionalmente, sin influencia de cualquier otro atributo humano y que además forma un sistema racional lógicamente trabado, que a partir de una serie de principios estructurados por la propia razón, se desenvuelve de manera deductiva y que tiende a ser visto como algo inmutable y de validez universal, por lo que todo derecho positivo debe acercarse lo más posible a este orden racionalista.

Pero el racionalismo al poner todo el acento en el sujeto que conoce las cosas falsea la verdad, debido a que si bien el universo del que se forma parte, está ordenado racionalmente, la razón humana es sólo un instrumento valioso, pero limitado que no nos permite conmover debidamente ese universo ni al Derecho.

En el año de 1975 publica una pequeña obra titulada *Derecho Público y Derecho Privado*, que propone hacer un estudio sobre la utilidad y la necesidad de distinguir entre ambas ramas, lo que nos ayudará a comprender por qué la aplicación de las normas que pertenecen a cada una de estas ramas debe ser diferente. Para ello, analiza la gestación de esta partición desde el Derecho Romano hasta los resultados obtenidos por la Revolución Francesa. Todo esto le permite concluir que las normas que integran el derecho público tienen como fin la constitución, organización, funcionamiento de los órganos que integran el Estado y sus relaciones con los individuos, lo que se realiza

[28] *Ibídem*, pp. 127 a 260.
[29] *Ibídem*, pp. 263 a 459.

por medio del poder soberano y de ahí la posibilidad de obligarlos a realizar o a prohibir acciones. La idea de la justicia que impera es la de subordinación o institucional, por lo que estas normas van o deben ir dirigidas hacia el bien de la comunidad, teniendo como límite la dignidad humana.[30]

En cambio, el derecho privado se da para permitir las relaciones jurídicas en donde no aparece el Estado como tal y donde predomina el principio de la *"autonomía de la voluntad"*, de ahí que los particulares puedan crear sus propias normas dentro de los límites permitidos por el propio Estado, por lo que se da en ellos una *"justicia de coordinación"*, es decir, se busca el bien de las dos partes el cual tiene como límite el bien común.[31]

Las relaciones jurídicas es un pequeño libro que dio a conocer en 1976. En él se propone examinar la definición que de ese término da Giorgio Del Vecchio para destacar sus limitaciones, debido a que únicamente comprende la de naturaleza simple, esto es, la que se da sólo en el plano del Derecho entre dos sujetos, por lo que debemos acudir para apreciar mejor su verdadero sentido a lo que identifica como el auténtico "*sustrato real*" de este término, esto es, no quedarse solamente en el plano de lo jurídico, sino adentrarse a la realidad que pretende normar el Derecho y por ello, debe ser vista como un equilibrio y mutua relación que se existe entre derechos y deberes, así como de las conductas de dos o más sujetos titulares de esos derechos en cuanto que éstos reciben el calificativo de *"jurídico"* por parte de las reglas de Derecho en una situación jurídica concreta social, lo cual permite explicar de mejor manera la conexión que se da entre el sistema jurídico y la realidad.[32]

La Escuela Libre, en su curso escolar que comenzó en 1977, tuvo una ampliación académica y en el quinto año se formó un segundo grupo, en el primero, en lo que sería el grupo "A" impartía clases de Filosofía del Derecho un seguidor de Don Rafael Preciado Hernández, quien hacía dos años había dejado la cátedra, el profesor German Fernández del Castillo, quien seguía escrupulosamente las ideas del primero. Ante la necesidad de encontrar un nuevo profesor, a invitación del entonces rector José Gómez Gordoa, al parecer por el consejo del profesor Fernando Vázquez Pando, el padre Villoro fue invitado como profesor de la materia, cargo que ocupara hasta su muerte, en el grupo 5° B, con algunas licencias.

En su carta del 30 de junio de 1977 que se conserva en su expediente, se aprecian los motivos para incorporarse a nuestra Escuela, ahora como profesor y que consistieron, primero, en corresponder en algo de lo mucho que

[30] Villoro Toranzo, Miguel, *Derecho Público y Derecho Privado*, pp. 46 y 46.
[31] *Ibídem*, p. 49.
[32] Villoro Toranzo, Miguel, *Las relaciones jurídicas*, pp. 7, 83 a 89.

recibió de ella, también por gratitud, debido a que profesores y egresados de la Escuela han colaborado en los trabajos de la Universidad Iberoamericana, lo que ha contribuido a mejorar la Facultad de Derecho; en tercer lugar, porque resulta trascendental para el país la formación de abogados, por lo que quería contribuir, en la medida de sus posibilidades a esa noble labor y por último, como un intento de colaboración entre la Libre y la Iberoamericana.

Sus clases consistían en la exposición de sus libros de *Lecciones de Filosofía del Derecho* y *La Justicia como vivencia*. Sabiendo de la dificultad que para el estudiante representaba la comprensión de estas obras, permitía que hicieran trabajos escritos sobre ellas, los que les ayudaban a superar la materia y ahorrarse la angustia del examen oral final.

En la última parte de la vida del maestro, la dedicó además de sus actividades religiosas y de maestro, a escribir diversos artículos para las revistas de sus dos instituciones académicas y preparar sus últimos libros.

Como hemos visto la idea constante del profesor fue puntualizar los límites de la razón, en la posibilidad del conocimiento jurídico y en su lugar propone un vitalismo en el Derecho, de ahí surgió la idea de su libro: *La justicia como vivencia* (1979), que constituye un renovado intento por construir los fundamentos de un nuevo enfoque a la Filosofía del Derecho, que partiera de los resultados de otras ramas de la ciencia moderna como la antropología, la etiología, la sociología, la sicología o la economía, y que nos lleve a explicar la justicia de manera diferente y mejor a como ha sido tratada hasta entonces.

La justicia debe ser *"sentida"* como una realidad que si bien es producto de una vivencia subjetiva, nos remite siempre a un valor objetivo, debido a que nuestra formulación de lo que es justo no se puede hacer mediante un proceso puramente lógico descriptivo, sino de la integridad de la personalidad individual a través de vivencias de justicia; si bien el acercamiento a la idea de la justicia es evidentemente algo relativo, cada persona se aproxima a esa idea desde su propia personalidad, lo mismo que cada grupo aprehende lo que es justo desde su propia cultura, pero para no incurrir en errores subjetivos, debe existir un equilibrio tanto en las personas como en los grupos que la conforman para fundarse en dimensiones humanas, de ahí que se puedan encontrar criterios objetivos de lo que es justo que permitan su desarrollo individual y el crecimiento solidario de los miembros de un mismo grupo.[33]

Por su parte *Deontología Jurídica* (1987), se trata de una obra inacabada, debido a que se dio a la prensa para que los alumnos que cursaran la materia en la Universidad Iberoamericana pudieran tener material de estudio y sobre

[33] *La justicia como vivencia*, pp. XXI a XXIV.

la cual el maestro ya no pudo añadir otros capítulos e ideas que tenía previsto incluir. Sin duda en su momento constituyó una obra pionera en la materia, que se venía impartiendo y se sigue dando en estos días en esa Universidad y que desafortunadamente para nosotros no le hemos dado su debida importancia, para privilegiar, erróneamente, la difusión de normas positivas, de claro carácter transitorio, dejando de suministrar material indispensable para la debida formación de todo jurista. En esta obra se procura estudiar cuáles son los deberes morales, jurídicos y profesionales que tienen los abogados, para que su ejercicio sea un auténtico servicio a la justicia.[34]

Para conmemorar los setenta y cinco años de la fundación de la Escuela Libre, publica en el año de 1989, una colección de ensayos que giran sobre una misma temática, enmarcar al Derecho dentro de las realidades históricas que es donde adquiere su verdadera dimensión, porque nos permite apreciar la lucha que ha existido por los ideales de justicia, de ahí el nombre del volumen *Del Derecho hebreo al Derecho soviético. Ensayos de Filosofía de Historia del Derecho*.

La obra se inicia con el derecho hebreo, según el antiguo testamento, debido a que es en la cultura judeo cristiana donde se cimienta nuestra tradición jurídica, de ahí pasa a la etapa romana que constituye el otro polo de esta tradición y en este caso, lo hace para poner un ejemplo histórico de cómo las decisiones individuales y libres de los distintos personajes que estuvieron involucrados con el asesinato de Julio César determinaron el futuro de todo un pueblo y su repercusión es precisamente, nuestra tradición jurídica. Por otro lado, analiza los orígenes del iusnaturalismo en Roma y su desenvolvimiento en sus distintas etapas, lo que es importante, tomando en cuenta que ha sido la Filosofía del Derecho más perdurable e influyente en la tradición mexicana.

El análisis filosófico de la sociedad capitalista también es realizado por el maestro, bajo la figura de la sociedad anónima, ensayo que debe ser leído por los estudiantes y profesionistas del derecho mercantil, para comprender el impacto de las ideas liberales económicas en las normas jurídicas, pero no sólo llega ahí la influencia sino que ha llevado incluso a impactar los valores tradicionales que había procurado tutelar la filosofía jurídica.

Por último, analiza y todavía le dio tiempo para ello, el sistema soviético de derecho y las cuatro etapas por las que atravesó, como fueron la revolucionaria, el regreso a las antiguas instituciones burguesas, para posteriormente intentar formular una doctrina y sistema marxista, así como una humanización en la aplicación del Derecho, concluyendo con el derrumbe del sistema con el último intento de modernización que se dio por medio del presidente Gorbachev y su fallida *"Perestroika"*. Sin duda, el estudio es magnífico porque nos permite analizar la gestación, desarrollo y extinción de un modelo diferente jurídico que aspiró a mejorar el que la historia había legado a Occidente. Esta obra en su conjunto recoge los mejores y más brillantes artículos que publicó en vida, por lo que valdría la pena volverla a editar.

[34] *Deontología Jurídica*, p. 19.

En su *Teoría General del Derecho* (1989), que sería su última obra, pretende superar los límites formales a los que se le había condenado esta rama de la ciencia jurídica, realizando un estudio integral de lo que debe ser dicha teoría, la cual tiene como pretensión proponer un orden racional que nos sirva de instrumento para entender la multiplicidad de los fenómenos jurídicos, mediante un elemento común que le es propio como una estructura lógica, pero solamente mediante una experiencia integral, se puede formular una auténtica Teoría del Derecho y por ello, no sólo es necesario tomar en cuenta es aspecto formal como se le ha visto, sino además las exigencias de la realidad histórica y la búsqueda de soluciones justas. Esta Teoría no sólo tiene una finalidad especulativa sino que en la práctica nos permite dilucidar cuál es el derecho valido que debe llegar a la realidad para transformarla según la misma justicia.[35] De hecho, el profesor le daba mucha importancia a esta materia, tan es así que en su momento recomendó que una de las líneas de formación de los abogados y que inspiraba el plan de estudios de la carrera en la Universidad Iberoamericana giraba precisamente en torno a la Teoría del Derecho en sus distintos aspectos, idea que habría que retomar en la formación de los planes de estudio en la licenciatura en Derecho.

Al final de sus días estaba preparando una teología jurídica, la cual no pudimos llegar a conocer, ni siquiera en sus bocetos o ideas principales, pero que podemos intuir que tenía como propósito vincular ideas y sentimientos religiosos con el fenómeno jurídico y que sin duda hubiera constituido otra obra originalísima como las que ya había dado a la luz.

El maestro falleció el 28 de septiembre del 2000 por la mañana, de un infarto agudo, mientras realizaba sus ejercicios diarios en bicicleta fija, sin poder culminar los proyectos que tenía en mente y privando a los centros de enseñanza en donde daba sus clases, de uno de sus mejores e inquietos profesores.

[35] *Teoría general del derecho: lo que es, su método*, pp. 6 a 8, 121, 122, 141 y ss.

3. Autores que influyeron en su obra y evaluación final

En la obra del profesor Villoro se perciben influencias permanentes que podemos dividir en aspectos filosóficos, los más importantes, de los jurídicos. Dentro de la primera influencia, a su vez, podemos considerar los aspectos estrictamente filosóficos, de los religiosos. En ese sentido se puede decir que el maestro siguió una Filosofía del Derecho basada predominantemente en filósofos, no tanto en juristas.

Tal vez la influencia más importante, como ya se ha comentado sea la de Ortega y Gasset y su filosofía de la *"razón vital"*, aunque éste es más racionalista que Villoro, pero el *"descubrimiento"* de la importancia de la vida, en oposición a la razón, constituyó el tema central del pensamiento del maestro. A esta influencia habría que subrayar que en el terreno de las ideas, su maestro de la Libre haya también contribuido en esa dirección, ya que también Herrera Lasso era admirador y seguidor de la filosofía orteguiana, que en el plano de la teoría y enseñanza del Derecho se enfocaban a combatir las ideas positivistas y formalistas que existían en los ambientes universitarios.

Dentro de esta influencia habría que incluir el aspecto de dar la debida importancia de los aspectos históricos del Derecho, que precisamente es donde se desarrolla y se perfecciona esa "*razón vital*", de ahí que en todos sus textos el tema histórico cobre especial relevancia para la explicación de las ideas jurídicas, tomando en cuenta que éstas sólo se pueden dar y superar en el terreno de los sucesos por los que ha atravesado el hombre. Aquí también encontramos la influencia de otro maestro de la Escuela, Toribio Esquivel Obregón, a quien le dedicó su primer libro.

También podemos encontrar la influencia de otros autores antiformalistas y preocupados en quitar relevancia al aspecto racional dentro de la actividad filosófica y así tenemos la influencia de autores como Kierkegard, Nietzche y Bergson, quienes también son los grandes transformadores de la filosofía moderna.

En el terreno religioso, ya que no hay que olvidar que la actividad del profesor se hizo dentro de una fuerte convicción religiosa, volvemos a encontrar una vez más la influencia de Ortega, esta vez por un discípulo directo, como lo fue y a quien reconoció como su maestro, José Manuel Gallegos Rocafull de la que pudo apreciar una filosofía cristiana de corte vitalista y con tintes existencialistas, en donde la conciencia moral e histórica juegan un papel destacado para emprender el análisis de los problemas que aquejan al individuo y la sociedad en donde se inserta.

En el plano de la filosofía escolástica, dado el perfil católico del maestro, no sólo se percibe la influencia de Santo Tomás de Aquino, sino sobre todo la de Francisco Suárez con su intento de suavizar el fuerte racionalismo del aquinatense.

En el plano jurídico, las influencias más perceptibles son las de los grandes filósofos del Derecho en México, como Eduardo García Máynez en sus dos vertientes, es decir, desde su *perspectivismo* o lo que es lo mismo, la necesidad de tomar en cuenta al fenómeno jurídico en todas sus facetas, al momento de intentar procurar su conceptualización, así como el intento por demostrar la objetividad de los valores morales y su fuerte conexión con los jurídicos, de clara inspiración en los pensamientos de Scheler y Hartmann. Dentro del tema de la estimativa estaría sin duda la gran influencia, reconocida por el propio maestro, que ejerció Rudolf Herman Lotze y la posibilidad de conocer los valores por medio de la conciencia y como instancias de sentido de las que se aprecia una importancia universal, al darles unidad a cualquier concepción del mundo.

Sobre todo se aprecia la gran influencia que ejerció su amigo y colega Luis Recaséns Siches, discípulo también de Ortega, con quien compartía una convicción de que el conocimiento y la aplicación del Derecho no deben ser dejados a la mera razón sino a experiencias de vida como lo apuntaba éste con su teoría del *"logos de lo humano"* o de *"lo razonable"*.

Me gustaría terminar esta revisión de la vida y obra del profesor con dos ideas que pudieran constituir la base de su legado, además de la diversa obra que ya hemos comentado y que sigue siendo utilizada para la enseñanza del Derecho, en las distintas universidades del país. La primera tiene que ver con su acertada crítica a la forma que ha tenido el Derecho para acercarse al tema de la justicia y es que la razón por sí misma, no es suficiente para comprender y atender este problema, sin descartar esta herramienta, necesaria en toda actividad humana, el jurista tiene que hacer uso de otros recursos para poder tratarla debidamente, el maestro apuntó la idea de la "vivencia" personal o social. En esto las teorías modernas de la justicia han confirmado su punto de vista. El intelecto por sí sólo no puede dar respuestas a los problemas humanos que involucran el reparto de bienes o la solución de diferencias entre las personas, para ello, es necesario hacer uso de la intuición así como de nuestras emociones, como ya lo había señalado el maestro, de ahí que su concepción de la justicia sigue siendo válida y es un buen apoyo para seguir las investigaciones en la dirección por él apuntada.

Relacionado con lo anterior, estaría también que todo aquél que quiera comprender de mejor manera el fenómeno social que es el Derecho, no sólo debe tomar en cuenta su aspecto normativo, sino también y con la debida importancia, hay que acudir a las consideraciones históricas, sociológicas y psicológicas, de ahí que el hacer uso de esas ramas científicas resulta indispensable para una sano estudio del Derecho, sólo así tendremos una imagen más fidedigna de lo que es, tarea que como él recalcó falta mucho por hacer y por ello, sus palabras siguen siendo importantes y de ahí la permanencia de su pensamiento en nuestros días.

Obras del Dr. Migue l Villoro Toranzo[36]

Libros

Apuntes para una Metodología del Derecho, Tesis profesional para obtener el título de abogado, Escuela Libre de Derecho, México, 1946.

El racionalismo jurídico, Tesis para obtener el título de maestría en filosofía, Centro Cultural Universitario, Facultad de Filosofía, México, 1946.

Historia y dogmática jurídicas como técnicas de interpretación del artículo tercero constitucional, Secretariado Nacional de Educación y Cultura, México, 1964.

Principios filosóficos y políticos del sistema soviético de derecho, México, Editorial Porrúa, S. A, 1964.

Introducción al Estudio del Derecho, México, Editorial Porrúa, S.A, 1966.

Metodología del trabajo jurídico: técnicas del seminario de derecho, Universidad Iberoamericana, Departamento de Derecho, México, Editorial Limusa, S.A. de C.V. 1968.

Lecciones de Filosofía del Derecho, México, Editorial Porrúa, S.A, 1973.

Derecho Público y Derecho Privado, México, Editorial Jus, S. A., 1975.

Las relaciones jurídicas, México, Editorial Jus, S. A., 1976.

La justicia como vivencia, México, Editorial Jus, S. A., 1979.

[36] Se tomó como base para esta relación, la que aparece en Morales, Meneses, *Miguel Villoro Toranzo...*, *op. cit.*, pp. 17 a 19, más otras obras que se han detectado durante la investigación, pero queda pendiente la realización del catálogo completo.

Deontología Jurídica, Universidad Iberoamericana, Departamento de Derecho, México, 1987.

Del derecho hebreo al derecho soviético, Ensayos de filosofía de historia del derecho, Escuela Libre de Derecho, Fondo para la Difusión del Derecho, México, 1989.

Teoría general del derecho: lo que es, su método, México, Editorial Porrúa, S.A, 1989.

Artículos de Revistas

"El concepto jurídico de persona", en *Lecturas Jurídicas de la Universidad de Chihuahua*, Número 13, octubre-diciembre, 1962.

"Los tres sentidos de la palabra "soberanía", en *Revista de Derecho de la Facultad de Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de Derecho, Vol. 12, No. 48, Octubre-Diciembre, 1962.

"Una crisis en la transformación de Roma", de la República al Imperio", en *Revista de la Universidad Iberoamericana*, Año 1, número 1, agosto-diciembre, 1962.

"Principios del Sistema Soviético de Derecho", Trabajo presentado en la cátedra de Derecho Comparado, en el Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de Derecho, 1963.

"Principios filosóficos-políticos del Sistema Soviético de Derecho", en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, mes: mayo-agosto. Número: 50, Año 17, 1964.

"La justicia como criterio de distinción de las ramas del Derecho", en *Lecturas Jurídicas de la Universidad de Chihuahua*, Número 29, julio-septiembre, 1964.

"La sociedad anónima como construcción jurídica", en *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, Vol. 14, número 56, octubre-diciembre, 1964.

"La recepción de la sociedad anónima en México", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Universidad Nacional Autónoma de México, Número 58 abril-junio, Año 1965, pp. 459-483.

"Orientación General de los Estudios Jurídicos" en colaboración con ÁLVAREZ SOBERANIS, Jaime y BORJA MARTÍNEZ, Manuel, *Revista Lecturas*, No. 33, julio-septiembre, Chihuahua, 1967.

"La filosofía del derecho de Jorge Guillermo Federico Hegel", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Universidad Nacional Autónoma de México, Número 75-76 julio-diciembre, Año 1969.

"El Derecho Hebreo según el Antiguo Testamento", en *Jurídicas*, Revista de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Año 1, número 1, julio 1969.

"La doctrina social de la Iglesia y la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas", en *Lecturas jurídicas*, enero-marzo, 1969.

"El empirismo científico de Juan Locke", en *Jurídicas*, Revista de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Año 2, número 2, julio 1970.

"La justicia como vivencia", en *Jurídicas*, Revista de Derecho de la Universidad Iberoamericana, año 4, número 4, 1972.

"Reflexión sobre la lógica jurídica de García Máynez", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Número 87-88 julio-diciembre, Año 1972.

"Una explicación moderna del concepto tomista del Derecho", ATTI del Congresse Internazionale, volumen 2, número 8,1974, pp. 773-780.

"En torno al Derecho natural", en colaboración con RECASÉNS SICHES, Luis, *Comunidad*, Revista de la Universidad Iberoamericana, número 53, 1975.

"La aparición del iusnaturalismo en el pensamiento jurídico romano",en *Jurídicas*, Revista de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Año 6, número 6, 1974, pp. 717-758.

"Derecho Público y Derecho Privado", en *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo XXV, Número 99-100, julio-diciembre de 1975.

"Ensayo filosófico sobre la metodología del estudio de la sociedad humana, primera y segunda parte", en *Jurídicas*, Revista de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Año 9, número 9, 1977.

"La norma y sus caracteres", en *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo XXVIII, Número 111, septiembre-diciembre de 1978.

"Diez años en la vida de los valores jurídicos en México", en *Jurídicas*, Revista de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Año 10, número 10, 1978.

"El artículo 1 del Anteproyecto del Código Civil ante la Teoría del Derecho", en *Jurídicas*, Revista de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Año 11, número 11, 1979.

"La evolución de la Filosofía del Derecho en los Estados Unidos de Norteamérica", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, año 3, número 3, 1979.

"Una visión humanista del Derecho, Homenaje al Maestro Eduardo García Máynez", en *Jurídicas*, Revista de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Año 11, número 11, 1979.

"El Derecho Internacional Público como rama de la ciencia del Derecho", en *Jurídicas*, Revista de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Año 12, número 12, 1980.

"Los objetivos de la Teoría General del Derecho", en *Jurídicas*, Revista de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Año 14, número 14, 1982.

"Concepto de Derecho y Teoría General del Derecho", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, Año 6, número 6, 1982.

"Métodos y sistemas de formación del profesorado en Derecho", *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, Col. 28 Nos. 127-129, enero-junio, 1983.

"La abogacía ante la Deontología Jurídica", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, Año 9, número 9, 1985.

"Las diversas escuelas positivistas", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, Año 12, número 12, 1988, pp. 439-451.

"Realismo jurídico escandinavo", en *Jurídicas*, Revista de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Año 19, número 19, 1988.

Reseñas bibliográficas

"Platón, Diálogos", en *Jurídicas*, Revista de Derecho de la Universidad Iberoamericana, año 3, número 3, 1971.

"Bowen, Catherin Drinker. Miracle at Philadelphia. The story of the constitutional convention may to september, 1797", en *Jurídicas*, Revista de Derecho de la Universidad Iberoamericana, año 5, número 5, julio 1973.

"Recaséns Siches, Luis. Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica 'razonable', en *Jurídicas*, Revista de Derecho de la Universidad Iberoamericana, año 5, número 5, julio 1973.

"Joseph Raz, The concept of a legal System. An introduction to the Theory of a Legal System", en *Jurídicas*, Revista de Derecho de la Universidad Iberoamericana, año 11, número 11, 1979.

Prólogos

"Presentación", en *Homenaje a Manuel Borja Martínez*, México, Editorial Porrúa, S. A. 1969.

"Prólogo", en *La Regulación de las Invenciones y Marcas y de la Transferencia Tecnológica*, México, Editorial Porrúa, S. A., 1979.

Otros

El Lic. Manuel Borja Martínez como Educador, WA, Homenaje, 1974.

La Tarea de los hombres y las mujeres, Universidad Iberoamericana, 1980.

El humanismo en México en las vísperas del siglo XXI, Universidad Nacional Autónoma de México, 1987.

Respuesta del Doctor Miguel Villoro Toranzo al discurso conferencia del Dr. Eduardo García Máynez, pp. 199 a 204.

Reconocimientos[37]

Medalla al mérito universitario de la Universidad Iberoamericana (1980).

Medalla de la orden docente del Instituto Mexicano de la Cultura (1981).

[37] Tomado de Álvarez Soberanis, Jaime, "Notas para una semblanza del doctor Miguel Villoro Toranzo", en *Jurídicas, Anuario de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, número 20. 1990.

ARBITRAJE Y EMPRESA FAMILIAR

Francisco González de Cossío*

Sumario: I. Introducción. II. La empresa familiar como caldo de cultivo de problemas serios. III. El Arbitraje y los MASC como herramientas. IV. Conclusión.

I. Introducción

Las empresas familiares sufren de problemas especiales, adicionales a los problemas que cotidianamente viven los negocios en general. De allí que esta materia esté mundialmente cobrando fuerza.

Recientemente me fue confiada la solución de problemas que involucraron una familia plagada de afrentas serias,[1] y que de su correcta canalización dependía no sólo la armonía familiar, sino la salud (inclusive vida) de un par de negocios importantes.

Es un motivo de satisfacción para mí divulgar que logré solucionar muchos de los problemas que aquejaban, y encausar aquellos que podrían surgir en el futuro.[2] Dicha satisfacción me motiva a escribir este ensayo con el afán de compartir cómo tanto el arbitraje como otros mecanismos alternativos de solución de controversias (MASC) fueron utilizados para lograr dicho resultado.

* Árbitro, mediador y experto en arbitraje. González de Cossío Abogados, S.C., www.gdca.com.mx

[1] Que no detallo por respeto a mi deber de confidencialidad. Sólo mencionaré que los problemas son tales que si los contara, estoy convencido que el lector no solo mostraría asombro sino incredulidad.

[2] Si el lector considera que estoy presumiendo, tendría que admitir que tiene razón. Pero estoy seguro que si el lector supiera los hechos, estaría de acuerdo que el logro es digno de presumirse.

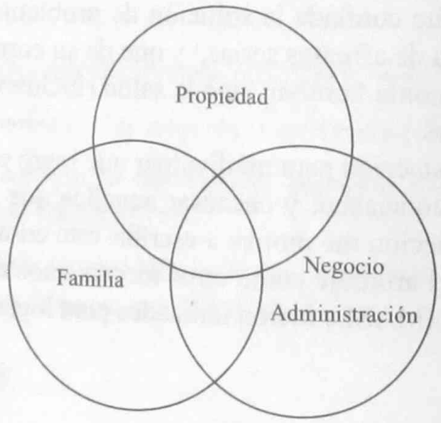
II. La empresa familiar como caldo de cultivo de problemas serios

El ángulo jurídico de la disciplina de la empresa familiar es interesante y difícil. No sólo eso, detecto que está subestimado y subutilizado.

Es *interesante* pues las aristas que suscita contienen un componente tanto técnico como humano: la utilización de herramientas legales para resolver problemas *humanos* serios, con implicaciones pragmáticas. Ello explica que sea *difícil*: los problemas que uno enfrenta son con frecuencia emocionalmente delicados y acendrados, con raíces profundas revestidas de emoción.

Finalmente, observo que la materia es altamente *descuidada* por empresas y familias —inclusive sofisticadas—. En toda mi experiencia profesional sólo he sabido de una empresa que maneja inteligentemente este tema. Dicho ejemplo brilla ante el contraste de la regla: la mayoría de las empresas mexicanas muestran elementos de la "empresa familiar",[3] y con frecuencia los problemas que ello detona son serios y de manejo delicado.

La experiencia enseña que la esencia de la problemática deriva del traslape de tres universos. El primero es el componente de negocio. El segundo es el de propiedad, lo cual no siempre coincide con su administración. El tercero es el núcleo familiar. Y cada uno tiene su problemática específica. Al juntarlos lo que se observa con frecuencia es un triple reto a enfrentar para resolver cualquier problema que aqueje.



[3] Cualquiera que sea el criterio que uno adopte para caracterizar a un negocio como "familiar". (Existen varios, así como debate sobre cuál es el más apropiado. Por ejemplo, hay quien dice que una empresa es 'familiar' cuando existe tanto propiedad, administración como control de personas atadas por vínculos de parentesco. Otro criterio es la existencia de un deseo de continuidad con la siguiente generación).

De allí que un reconocido experto mundial en este tema los exprese de la siguiente manera:[4]

Dicho triple traslape es caldo de cultivo de problemas —y serios—. Tales, que en ausencia de un *método*[5] para encausarlos, su solución con frecuencia es difícil y dolorosa —además de onerosa—.

III. El Arbitraje y los MASC como herramientas

La ciencia jurídica ha ideado herramientas diversas que son de utilidad para resolver problemas de empresa familiar. A continuación se resumirán:[6]

A. *Negociación*

Puede cuestionarse si la negociación es un mecanismo *jurídico*. Después de todo, no ofrece un mecanismo exógeno y coactivo a la negativa de una de las partes a negociar o, habiendo negociado, aceptar la respuesta más sensata (o 'justa'). El motivo por el que lo cito obedece a su utilidad cuando se usa y la frecuencia con la que se contiene como parte de esquemas de contratación y solución de controversias. *Ex hypothesy*, si las partes *voluntariamente* aceptan una solución, será *siempre* más eficiente que una impuesta por un tercero.[7]

La utilización de la negociación en problemas familiares es recomendable pues brinda un doble valor. Primero, una solución derivada de un método adversarial puede ser altamente dañina para una relación como la familiar y de negocio que tiende a ser de larga duración. Inclusive, no es difícil pensar en

[4] Mi querido maestro, Davis, John, en *Generation to generation, life cycles of the family business*, Boston, Harvard Business School Press, 1997, p. 6. Dicho enfoque es repetido en un excelente libro sobre el tema: Belausteguigoitia Rius, Imanol, *Empresas Familiares*, México, McGraw Hill, 2a ed., 2003, p. 28. En un libro en ciernes, el Maestro José de Jesús Galván Kirsch ha vertidos sus reflexiones y experiencias después de décadas de dar esta materia en posgrados en la Universidad Iberoamericana y de manejar él mismo una empresa familiar.

[5] Aludo a método pues lo mejor que puede darse a empresas y familias en dichas circunstancias no es *una solución*, sino *un método*. El motivo no sólo es el viejo adagio confuciano ("No me des un pescado, enséñame a pescar"), sino el que una solución hoy puede no ser suficiente mañana. La realidad es dinámica, como lo son los negocios. Para remediarlo, debe existir un método igualmente dinámico.

[6] Su régimen no se agota. De desearse abundar, puede consultarse González de Cossío, Arbitraje, México, Ed. Porrúa, 3a edición, 2011.

[7] La aseveración puede despertar diferencias. Por ejemplo, pueden citarse los casos en que una parte acepte una oferta ventajosa de su contraparte que tiene una mejor situación de negociación, y cuyo resultado no es 'justo'. Apropia la mayor cantidad de valor a favor del oferente. Sin embargo, sigue siendo mejor que una respuesta legalista, suma-cero, impuesta por un tercero. Si no, por definición, no lo hubiera aceptado.

casos en que "ganando se pierda", dado el efecto corrosivo en la relación que puede propiciar una decisión que le da la razón a uno por encima de otro.[8]

La negociación es proclive a lograr una mejor solución que aquella que, proviniendo de un tercero, se centre en *derechos*, no *intereses*. Además, preserva relaciones. Esto último merece énfasis. Los mecanismos legales proveen soluciones legales. Si bien obvio, ello merece recalcarse en este tema pues si miembros de una familia recurren a herramientas legales para resolver sus problemas, es factible que al final de la cruzada obtengan decisiones que no sacien sus necesidades o deseos. Dicho *counterfactual* debe ser siempre tomado en cuenta por quien enfrente un problema familiar.

B. *Mediación*

Existe una (insípida)[9] diferencia de opinión sobre lo que diferencia a la "mediación" de la "conciliación". En este contexto entenderé "mediación" como "negociación asistida". Es decir, el mecanismo mediante el cual un tercero ayuda a las partes a que *ellas mismas* solucionen su problema. El mediador no hace sugerencia de solución. Y por conciliación me refiero al ejercicio que permite al conciliador sugerir la solución, sin que sea obligatoria.[10]

Entendido así, el valor agregado de la mediación es que un tercero desinteresado que conoce la *verdadera*[11] postura de las partes y sus intereses (no derechos), puede indicar si vale la pena que continúen invirtiendo recursos en una negociación o mediación o si lo que más conviene es que acudan a un mecanismo adversarial (litigio o arbitraje) a resolver su problema.

Y la utilidad del mecanismo continúa inclusive en casos de fracaso. Aún si el mediador sugiere que no pierdan su tiempo y que acudan al arbitraje, el valor generado a las partes es que tienen la certeza que la decisión es

[8] Tan importante es dicha verdad, que Belausteguigoitia advierte que "El litigio y el arbitraje suelen generar una mayor destrucción de los negocios y de las relaciones interpersonales", *op. cit.*, p. 128, es por ello que dicho autor recomienda la mediación en este tema.

[9] El adjetivo obedece a que no aporta nada. Lo que importa no es la nomenclatura sino el valor que de cada uno confiere, comprendida su diferencia. Es a ello a lo que me ciño.

[10] No abundaré sobre porqué los considero así. De desear hacerlo, ver *Arbitraje*, *op. cit.*, y "Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias. Nota sobre su Desarrollo", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, 2003, p. 213 y *Ars Iuris*, 30, 2003, p. 39.

[11] El adjetivo es importante. Las partes en disputa con frecuencia sobre-exponen su postura con la finalidad de obtener ventajas tácticas y de negociación. Dicha (natural) tendencia tiende a complicar la solución del problema. El ejercicio de caucus permite al mediador conocer la *verdadera* postura de las partes y percibir si existe un común denominador que sirva de puente de solución de la controversia.

sensata —no el producto de un fracaso de comunicación o dejarse llevar por las estrategias y psicologías que la negociación o mediación detona, y que evitan un resultado más eficiente—.[12]

C. *Conciliación*

Como se indicó, el conciliador puede hacer sugerencias de transacción. El valor que el mecanismo aporta, además de aquél ofrecido por la mediación, es doble. Primero, velocidad. Segundo, evita tener que conocer el motivo de la solución, lo cual puede desincentivarla.

Gracias a que un tercero hace una sugerencia que cae dentro del común denominador de intereses de las partes, da a cada una lo que le interesa sin divulgar porqué. Por motivos diversos, ello puede facilitar la transacción.[13]

D. *Arbitraje*

Las virtudes del arbitraje lo han hecho exitoso en áreas diversas.[14] Resaltan las siguientes: especialidad y eficiencia.

El Derecho arbitral se nutre de las lecciones aprendidas durante décadas (no, siglos) por tribunales internacionales que han logrado confeccionar un *modus operandi* adjetivo que deja de lado la procesalitis y formalismos, privilegiando soluciones adecuadas, costo-eficientes y confiables, evitando los voluminosos regímenes procesales tan proclives a trucos y 'burocracia' procesal que hace que el medio cobre más importancia que el fin. Se trata de un cuerpo normativo sofisticado y esbelto que evita trampas, genera incentivos correctos y deposita confianza en el juzgador.[15] Es eficiente y confiable. El

[12] El motivo por el cual es más eficiente es explicado en "Crónica de éxito de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias: Resultados Empíricos de un Modelo" en Uribarri Carpintero, Gonzalo, *Acceso a la Justicia Alternativa. La Reforma al Artículo 17 Constitucional*, México, Ed. Porrúa, 2010, disponible en: www.gdca.com.mx/publicaciones/varios

[13] Piénsese por ejemplo en el caso que aceptar cierta postura como resultado de la negociación podría comunicar las preferencias de dicha parte, dando una ventaja a la contraparte. Otro motivo es que evita tener que decidir quién tiene razón: algo que puede innecesariamente complicar o evitar una solución. Otro ejemplo es el caso en que aceptar algo pueda llevar implícita una admisión que, de seguirse un procedimiento adversarial, sería considerado responsable. Aun y cuando el procedimiento no se siga, es entendible que una parte prefiera no comunicarlo. Después de todo, los hechos dicen más que las palabras.

[14] En *Arbitraje y la Judicatura*, México, Ed. Porrua, 2007, p. 192 *et seq*, se hace un recuento de temas complejos y problemas sociales serios que han sido solucionados mediante el arbitraje.

[15] Pues el juzgador es escogido por las partes.

valor que ofrece el arbitraje es que permite que un experto neutral le dedique el tiempo necesario[16] a resolver en forma adecuada[17] una disputa.

Entendido lo anterior, el valor que el arbitraje puede ofrecer en materia de empresa familiar es triple. Primero, ***calidad***: la decisión a la que se arribe será fruto de un análisis cuidadoso por la persona elegida como árbitro. Segundo, ***especialidad***: cuando en presencia de un esquema de negocios complejo, el árbitro podrá resolverlo más adecuadamente que si se encauzara a litigio en los tribunales ordinarios. Tercero, ***finalidad***: la decisión del árbitro es final. No es objeto de apelación. (Dicho sea de paso, ello arroja un cuarto beneficio: ***temporalidad***. Se trata de decisiones mucho más veloces que las obtenidas en litigio ordinario).

E. *Expertise*

Los procedimientos de expertos permiten obtener una solución a una diferencia que divide a las partes sobre un tema técnico, no necesariamente jurídico. El valor que dan es que canalizan la solución de una controversia a la persona mejor situada para resolverla: el *connoisseur*.

En el contexto de una empresa familiar, de existir una diferencia sobre una cuestión *técnica*, en lugar de seguir todo un proceso, puede pedirse la opinión de un experto para poner fin a dicha diferencia. Un ejemplo que he frecuentemente enfrentado es el valor de la participación[18] de un familiar que desea "divorciarse" del negocio familiar. Esta situación genera con frecuencia una triple problemática. Primero, el valor exacto de una empresa es objeto de diferencia de opinión. Segundo, los incentivos que se detonan dificultan su definición.[19] Tercero, el régimen legal aplicable es ambiguo y genera una ventaja a quienes permanecen.[20]

[16] Por definición, los tribunales tienen tiempo limitado para conocer de las controversias. Por más onerosa o compleja que sea, el juzgador ve la misma como ve el resto de los expedientes en su oficina: como un pendiente que debe resolver dedicándole la menor cantidad de tiempo posible.

[17] El adjetivo se extiende tanto al contenido como tiempo. Y ello es una función que se conjuga de formas distintas atendiendo al caso. En ocasiones, las partes necesitan una respuesta rápida. En otras ocasiones, el tiempo no es tan importante como lo es su contenido. El arbitraje se adecua a las necesidades de cada caso.

[18] Por ejemplo, de la parte social (en el caso de una sociedad civil o una sociedad de responsabilidad limitada) o de las acciones (en caso de una sociedad anónima).

[19] El socio que parte tendrá el (natural) incentivo de sobrevaluar el valor de la empresa (y por ende su rebanada de la misma). Los socios que conservan la empresa tendrán el (también natural) incentivo de subvaluar el valor de la empresa a efecto de pagar la menor cantidad posible al socio que parte.

[20] La aseveración es aplicable tanto al derecho de retiro como el de separación. El Artículo 206 de la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM) contempla el derecho de separación en ciertos casos específicos. El Artículo 220 de la LGSM contempla el derecho de retiro con respecto a la parte variable del capital social de una sociedad anónima de capital variable. Mientras que el régimen *ex lege* del derecho de retiro sólo alude a la forma a ejercerse ("notificación fehaciente"), el régimen del derecho de separación indica que debe ser "en proporción al activo social". Lo que es más, el Artículo 221 de la LGSM alude al derecho de separación en el contexto del derecho de retiro. Mucho puede decirse sobre lo anterior, incluyendo que existe algo de jurisprudencia al respecto. En este contexto deseo sólo subrayar que quien lleve la administración tendrá el sartén por el mango (máxime dada la facilidad con la que puede "ajustarse" la situación contable para acomodar sus intereses si es que tiene el control sea *de iure* o *de facto*). Si se toma en cuenta que muchas de las empresas familiares involucran a socios pasivos, y que estos son los más proclives a desear dejar de formar parte del clan, el régimen aplicable no ofrece una solución y mucho menos una protección adecuada. Las fichas están puestas para invitar abuso de la mayoría sin que la minoría pueda hacer mucho al respecto.

Ante lo anterior, una opción útil es designar a un experto en valuación y pactar que lo que sea que él considere que es el valor de la empresa será aplicable al monto que se deberá pagar al socio que parte.[21]

F. *Adaptación de contratos*

La adaptación de contratos es la facultad que se da a un tercero de colmar lagunas que el contrato pueda presentar durante su vigencia.[22] El trasfondo es interesante. La *ratio* de la facultad parte de la premisa que la situación económica que llevó a las partes a contratar puede cambiar —y con frecuencia cambia—. Ante ello, el principio de obligatoriedad e intangibilidad de los contratos puede ser (económicamente) miope —además de asfixiante—.[23] Y no es inusual ver que, ante la camisa de fuerza de un contrato, un cambio económico puede resultar en forzar el incumplimiento del contrato, sea por imposibilidad o excesiva onerosidad.[24] De allí que ciertos cuerpos legales contemplen soluciones.[25]

[21] Pactando por ejemplo que el valor de la empresa que determine dicho experto será dividido entre el número de acciones de la sociedad, y que el pago al socio que parte será el resultado de multiplicar dicho valor unitario por el monto de acciones que ostenta el socio que parte. *Mutatis mutandis*, lo mismo puede hacerse con una parte social tomando como base el valor de la misma *viz* el valor de la sociedad civil.

[22] Recibe diferentes nombres. Por ejemplo, *contract adaptation* o *contractual gap filling*. Con algunos matices, en esencia se trata de lo mismo.

[23] Piénsese por ejemplo en un súbito e inesperado disparo del precio de un insumo esencial del proveedor en un contrato de larga duración.

[24] Lo que en la literatura económica es un 'incumplimiento eficiente' (*eficient breach*). Cuando conviene más pagar las consecuencias del incumplimiento que seguir cumpliendo.

[25] Por ejemplo, los Principios sobre Contratos Comerciales de la UNIDROIT (versión 2004) (artículo 6.2.1) y el *Restatement of the Law on Contracts*, segunda edición, de Estados Unidos (§266). *Rebus sic stantibus* y variantes son contempladas en ciertos derechos (*vgr.*, *hardship* en inglés, *Wegfall der Geschäftsgrundlage* en alemán, *imprévision* en francés, *eccessiva onerosità sopravvenuta* en italiano). En México, algunos códigos civiles lo contienen. Por ejemplo, el Artículo 2147 del Código

Seguramente el lector está pensando que el principio que (implícitamente) estoy cuestionando cumple una función importante,[26] y que si a las partes no les gusta, siempre tienen la opción de regularlo.[27] Estando la opción disponible *ex contractu*, adoptarlo *ex lege* puede tener el (grave) efecto de desestabilizar los cimientos de las relaciones contractuales.

A ello tendría que contestar que estoy de acuerdo. Pero mi punto es otro. En ciertos contratos (incluyendo los que involucren negocios entre familiares),[28] la facultad puede ser valiosa, particularmente si se compara con la opción. El *statu quo* de *pacta sunt servanda* es que, de ocurrir un evento como los descritos, el resultado es que *alguien* pierde: ¿Quién? ¿Es imposible saberlo *a priori*? Ante ello, la ausencia de *rebus sic stantibus* hace las veces de un volado.[29] Y no tiene que ser así. Las partes pueden evitar dicho riesgo si se deposita la facultad en un tercero (cuidadosamente seleccionado) para que 'adapte' su contrato al (nuevo) presente, procurando el mismo equilibrio económico que las partes pactaron *ab initio*.

Hasta hace poco, nunca había visto que en México se utilice esta facultad.[30] Y en cambio he participado en muchos casos en los que hubiera convenido no sólo a quien 'perdió el volado' del imprevisto, sino a ambas partes.[31]

El valor que este mecanismo brinda en materia de empresa familiar es doble. Primero, evita el "volado" al que he aludido, que puede ser altamente disruptivo para una empresa familiar. Segundo, imbuye en la relación familiar y de negocios un mecanismo que la adapte a las futuras eventualidades imprevistas. La utilidad de ello se percibe si se considera que las relaciones que derivan de una empresa familiar son *in natura* a largo plazo.

Civil de Coahuila y, más recientemente, los Artículos 1796 bis y 1796 Ter de Código Civil para el Distrito Federal.

[26] Jurídicamente, estabilidad contractual y por ende seguridad jurídica. Económicamente, la distribución de riesgos.

[27] Artículo 2111 del Código Civil Federal.

[28] Otros ejemplos lo son los de larga duración, los complejos, los que versan sobre áreas reguladas y la contratación gubernamental de largo plazo que exige inversiones cuantiosas iniciales por el contratista (*vgr.*, materia energética).

[29] Admito que un Talón de Aquiles del argumento es la existencia de seguros.

[30] Recientemente fue utilizada en la controversia familiar que motivó este ensayo.

[31] Después de todo, la experiencia enseña que ligarse contractualmente con una parte jurídicamente estrangulada tarde o temprano impacta *a ambos*. Sea mora, incumplimiento, rescisión, litigio, etcétera, la relación no se sigue tranquilamente. Ello genera costos transaccionales que nunca son totalmente sufragados por sólo una de las partes.

IV. Conclusión

El arbitraje y los mecanismos alternativos de solución de disputas son herramientas legales que ofrecen una solución inteligente, sofisticada y —si se usan bien— costo-eficiente para encarar, resolver y encausar problemas derivados del fenómeno de la empresa familiar. Quien no lo asimile y use, lo hace en su detrimento.

LA REGLA JURÍDICA EN NERACIO PRISCO (JURISTA DEL SIGLO II d.C.)

Yuri González Roldán

SUMARIO: 1. Regula y método dialéctico. 2. La regula iuris en la edad republicana y en el primer siglo d.C. 3. Concepto de regula en Paulo y en los libros regularum en la jurisprudencia de los siglos II y III d.C. 4. Neracio y la regla jurídica.

1. *Regula* y método dialéctico

El significado de *regula,* en origen, venía relacionado con el trabajo de la tierra, así como sucedería también con el término *definitio;* mientras en el primer caso se trataría de un instrumento de medida usado por los agricultores en el campo —inventado en la edad arcaica, como recuerda Columela, *De re rustica* 3.13.11—,[1] el segundo indicaba la acción de delimitar los confines con el arado.[2] Además, la *regula* tendría el significado de instrumento

[1] *...Sed huic operi exigendo quasi quondam machinam commenti maiores nostri regulam fabricaverunt, in cuius latere virgula prominens ad eam altitudinem, qua deprimi sulcum oportet, contingit summam ripae partem. Id genus mensurae ciconiam vocant rustici...* (Para examinar bien el terreno en el que se sembró, nuestros antepasados inventaron un instrumento llamado 'regla' que es una especie de maquina inteligente; sobre el lado de esta regla se encuentra una varita larga de la misma medida de profundidad establecida para efectuar excavaciones. Cuando la regla se posa sobre la tierra que se trabajó, la varita debe tocar el fondo del zurco. Los campesinos llaman 'cigueña' este tipo de instrumento de medida). Además, como recuerda Vitruvio, la *regula* se usaba en materia de construcción, *De architectura,* 7.3: *Longitudines ad regulam et lineam, altitudines ad perpendiculum, anguli ad normam respondentes exigantur* (Estableciendo lo largo con la regla y la altura con el '*perpendiculum*' en tal modo será cumplida la norma exigida en el trabajo efectuado). Sobre el argumento, ver Villefosse, H. de, *s.v. regula,* en *Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines,* IV, 2, Graz, 1963, pp. 827 y ss.

[2] Como recuerda Pomponio, *libro singulari enchiridii* en D. 50.16.239.6 respecto al término *urbs*: *'Urbs' ab urbo appellata est: urbare est aratro definire. et Varus ait urbum appellari curvaturam aratri, quod in urbe condenda adhiberi solet.* (Se llama urbe de *urbum*, urbanizar significa deslindar

necesario para aplastar las aceitunas —ya previamente hechas pedazos— o de 'disco', uno de los objetos necesarios para la producción de aceite, como Neracio habría afirmado en una carta dirigida a Aristón, según el recuerdo de Ulpiano, *libro trigesimo secundo ad edictum* en D. 19.2.19.2: *...quod si regulis olea prematur, et praelum et suculam et regulas et tympanum et cocleas quibus relevatur praelum dominum parare oportere...* (pero si la aceituna se prensara entre tablones, debe proporcionar el dueño la prensa, el cabrestante, los tablones, el torno y las poleas con que se alza la prensa).

El uso del término *regula,* en el sentido de criterio o metro de evaluación, encuentra noticia en un pasaje de Cicerón, *Brutus* 41.152-153 y 42; el cual, recordando la importante figura del jurista Servio, explica cómo éste habría incorporado al derecho el arte de la dialéctica en los casos controvertidos:

> Hic Brutus: Ain tu? Inquit, etiamne Q. Scaevolae Servium nostrum anteponis? *Sic enim, inquam, Brute, existimo iuris civilis magnum usum et apud Scaevolam et apud multos fuisse, artem in hoc uno; quod numquam effecisset ipsius iuris scientia, nisi eam praeterea didicisset artem quae doceret rem universam tribuere in partes, latentem explicare definiendo, obscuram explanare interpretando, ambigua primum videre, deinde distinguere, postremo habere regulam, qua vera et falsa iudicarentur et quae quibus propositis essent quaeque non essent consequentia.* 153. *Hic enim attulit hanc artem omnium artium maximam quasi lucem ad ea quae confuse ab aliis aut respondebantur aut agebantur.* XLII. *Dialecticam mihi videris dicere, inquit. Recte, inquam, intellegis*
>
> Así es en efecto Bruto, ¿Que piensas? ¿Consideras más sobresaliente a Q. Escévola que a nuestro Servio? Así es en efecto, Bruto, considero que una gran práctica del derecho civil se dio en Escévola y en muchos otros, pero el saber solo en Servio, lo que nunca se hubiera conseguido con la ciencia jurídica, si no se hubiera percatado además de que la misma dialéctica que enseñaba, distribuía toda su materia en partes: explicar lo que permanecía obscuro precisándolo, aclarar los aspectos obscuros interpretándolos, viendo en primer lugar los aspectos ambigüos, luego distinguiéndolos, por último fijar un criterio por el cual se pueda distinguir lo verdadero de lo falso y una vez establecidas determinadas premisas, qué consecuencias se podrían deducir y cuales no. En efecto, éste aplicó tal arte dialéctico, el máximo de todos, como una luz para aquellas cuestiones que otros resolvían o trataban confusamente. Me parece que hablas de la dialéctica, replicó Bruto. Lo has entendido bien, le contesté...

Cicerón confronta a dos importantes juristas de su tempo; por un lado estaría Quinto Mucio Escévola, el cual habría tenido un amplio conocimiento y aplicaba el derecho civil como habrían hecho otros juristas (*existimo iuris*

con el arado. Y dice Varo que se llama *urbum* la parte curva del arado que se suele emplear al fundar una ciudad).

civilis magnum usum et apud Scaevolam et apud multos fuisse),[3] mientras que, por otra parte, tendríamos a Servio Sulpicio Rufo, quien, con perspicacia, habría considerado el derecho un arte (*ars*), incorporando el método de la dialéctica y dando luz a la ciencia jurídica gracias a su conocimiento del lenguaje y la elegancia de su estilo. Con lo cual evitó las confusiones que otros juristas habrían tenido en relación a los responsos y a las acciones judiciales. El Arpinate explica el método dialéctico usado por Servio[4] de este modo:

a) Dividir el todo en partes (*nisi eam praeterea didicisset artem quae doceret rem universam tribuere in partes*).
b) Explicar definendo las esencias escondidas (*latentem explicare definiendo*).
c) Clarificar interpretando lo que se encuentra obscuro (*obscuram explanare interpretando*).
d) Identificar en primer lugar las ambigüedades y las incertezas (*ambigua primum videre*).
e) Después diferenciarlas o precisarlas (*deinde distinguere*).
f) Al final tener una regla, criterio o metro de evaluación (*postremo habere regulam*), mediante el cual juzgar lo verdadero y lo falso (*qua vera et falsa iudicarentur*) y determinar cuáles consecuencias podrían llegar a darse y cuáles no, considerando tales premisas (*et quae quibus propositis essent quaeque non essent consequentia*).

[3] Evidentemente, Quinto Mucio Escévola no era un jurista como muchos otros porque como recuerda Pomponio, *libro singulari enchiridii* en D. 1.2.2.41, fue el primero en ordenar el *ius civile* en dieciocho libros (*Post hos Quintus Mucius Publii filius pontifex maximus ius civile primus constituit generatim in libros decem et octo redigendo*). Como afirma SCHULZ, F., *Storia della Giurisprudenza Romana,* Firenze, 1968, p. 171, su obra es la más importante en este periodo porque representó el primer sistema dialéctico del derecho en gran estilo y permaneció por un amplio periodo como fundamental, si bien, como subraya BRETONE, M., *Tecniche e ideologie dei giuristi romani,* Napoli, 1982, pp. 80 y ss., Servio, más que un orador, 'egli è, nel senso pieno del termine, un giurista «dialettico»; ma non è solo questo; alla competenza logico-giuridica e retorica aggiunge un'estesa cultura letteraria e un'estrema precisione stilistica'. Respecto a la biografía de Quinto Mucio ver, además, SCHIAVONE, A., *Nascita della giurisprudenza,* Roma-Bari, 1977, pp. 5 y ss., con una explicación (pp. 111 y ss.) de las razones que habría tenido Cicerón en su evaluación en ciertos aspectos «provocatoria». Respecto a la relación entre Quinto Mucio Escévola y la dialéctica ver, por ejemplo, WIEACKER, F., "*Über das Verhältnis der römischen Fachjurisprudenz zur griechisch-hellenistischen Theorie*", en *IURA*, 20, Parte primera (Fasc. II), 1969, pp. 463 y ss.

[4] Un interesante estudio sobre la aplicación del método dialéctico en la escuela serviana fue hecho por MAGLIETTA, M., "*Intorno al metodo dialettico della scuola serviana: cenni in materia di conflitto logico tra 'quaestio' e 'responsum' nei 'digesta' di Alfeno Varo*", en *Diritto @ Storia,* 3, mayo 2004, pp. 1 y ss.

Parece necesario destacar que el método dialéctico —la *definitio*— habría tenido como finalidad determinar los confines de la cuestión. Después habría sido necesaria una *interpretatio* para dar luz a los problemas que hubieran permanecido obscuros.[5] Sin embargo, el momento más sobresaliente corresponde a la determinación de la ambigüedad o de las incertezas de cuestiones no claras.[6] Sobre este punto, Cicerón explica que una controversia habría tenido el carácter de ambigua cuando existieran dudas respecto a lo que el escritor habría pensado, *de inv.* 2.40; ya que la declaración escrita (en una disposición testamentaria) habría podido tener dos o más significados (*Ex ambiguo autem nascitur controversia cum quid senserit scriptor obscurum est, quod scriptum duas pluresve res significat*). El jurista, identificando las diferentes interpretaciones, habría debido precisar o determinar cuáles de ellas deberían ser desechadas y los motivos por los que no debían de ser consideradas pertinentes, optando por la que fuera más adecuada al caso concreto.

[5] La *obscuritas* podría tener diferentes orígenes, como recuerda Quintiliano, 8.2.12-14, debido a la utilización de palabras arcaicas en desuso, por ejemplo aquellas que podrían encontrarse en los comentarios de los pontífices o en antiquísimos tratados de autores arcaicos (*At obscuritas fit verbis iam ab usu remotis, ut si commentarios quis pontificum et vetustissima foedera et exoletos scrutatus auctores id ipsum petat ex his, quae inde contraxerit, quod non intelleguntur*). Un ejemplo sobre este punto podría ser el texto de Neracio, *libro sexto membranarum,* en D. 37.10.9, donde el jurista trata de aclarar términos que parecían obscuros, escritos por Labeón en su obra respecto al edicto carboniano '*quotiens suppositus esse dicitur pupillus, cum quo de patris eius hereditate controversia est, curare praetorem debere, ut is in possessione sit, de eo puto eum velle intelligi...* (lo que escribe Labeón, que 'siempre que se dice que es *suppositus pupillus* en relación a la controversia sobre la herencia del padre, debe cuidar el pretor de que él sea puesto en posesión' opino que lo que quiso decir el jurista era...). Otros casos de *obscuritas* podrían referirse al significado de alguna palabra usada en una determinada región o que habría tenido un significado preciso en una determinada disciplina técnica (*Fallunt etiam verba vel regionibus quibusdam magis familiaria vel artium propria...*); por ejemplo, los nombres técnicos de las herramientas necesarias para la producción de aceite de oliva habrían podido ser ignorados por un jurista que no tuviera familiaridad con tal actividad, como sería el caso de Aristón, el cual habría solicitado una explicación a Neracio sobre el argumento, como se observa en el texto de Ulpiano, *libro trigesimo secondo ad edictum,* en D. 19.2.19.2. Además, Quintiliano 8.2.14 explica que la *obscuritas* podría encontrarse en un discurso complejo y continuado (*Plus tamen est obscuritatis in contextu et continuatione sermonis...*). Sobre el argumento, ver CARCATERRA, A., *Le definizioni dei giuristi romani*, Napoli, 1966, pp. 85 y ss.

[6] Debemos recordar cómo Juliano habría hecho una obra dedicada a la ambigüedad (Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis,* 1, cit., 318); ciertamente el jurista, en su *liber singularis de ambiguitatibus,* presenta problemas en donde habrían podido existir dos o más interpretaciones; en tales casos, el papel de la jurisprudencia habría sido el de escoger la interpretación más adapta al caso concreto. Sobre este aspecto, ver TAFARO, S., *Il Giurista e l'ambiguità. Ambigere, ambiguitas, ambiguus,* Bari, 1998, p. 17. Dicho autor señala: 'Sicché si puó affermare che in senso tecnico l'*ambiguitas* veniva riconosciuta in tutti i casi nei quali una o piú parole o un contesto si prestasse ad avere due, ma anche piú, significati, nessuno dei quali potesse essere escluso *a priori,* senza un'attenta interpretazione. Spettava all'interprete indicare il vero significato del testo; pertanto, l'*ambiguitas* esaltava proprio il ruolo dell'interprete del diritto, chiamato a sciogliere i dubbi e a far emergere il contenuto precettistico e regolamentativi lá dove, senza di lui, vi sarebbe stata solo incertezza'.

La *regula* del método dialéctico no corresponde al significado de la *regula iuris,* sino a un criterio o método de evaluación considerado por el jurista en la determinación de la cuestión motivo de investigación.[7] Así, al llegar a este primer resultado se podrán distinguir las conclusiones verdaderas de las falsas y determinarse las consecuencias de tal criterio. Sobre este aspecto debemos hacer notar que cuando diferentes juristas llegan a la misma conclusión, en referencia a problemas jurídicos de igual naturaleza, podría afirmarse el nacimiento de una regla jurídica; la cual podría servir como llave de acceso a la solución de nuevos casos similares. La característica de la regla jurídica es su alto valor, bajo el aspecto de autoridad aceptado por todos, ya que tal decisión encontraría confirmación en el pensamento jurídico, después del análisis de un caso específico. Por lo tanto, mientras exista el *ius controversum* sobre una determinada cuestión se podrá excluir la validez de una regla en un momento histórico determinado, ya que la *communis opinio* es fundamental en la determinación de su eficacia.[8]

[7] En este sentido, STEIN, P., *Regulae iuris from juristic rules to legal maxims,* Edinburgh, 1966, p. 52. Del mismo autor, *The place of Servius Sulpicius Rufus in the development of Roman legal science,* en *Festschrift F. Wieacker,* Göttingen, 1978, p. 176. NÖRR, D. *Spruchregel und Generalisierung,* en *ZSS,* 89, 1972, p. 25. Una regla jurídica no es el resultado de un análisis individual, en donde la imaginación habría tenido su importancia, sino el resultado que habría tenido como fundamento una cantidad de decisiones similares.

[8] Sobre este aspecto, las palabras de GIUFFRÈ, V., "*Regulae iuris* e metodi della *scientia iuris*. Prospettive di approfondimenti", en *Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto*, 5, 2015, p. 13: 'Il processo era il seguente: dalla constatazione della preponderante prassi in un determinato senso —prassi ovviamente ritenuta conforme al *ius*— o dal proprio tormentato convincimento esegetico-sistematico eventualmente non del tutto coincidente si perveniva alla enucleazione e formulazione della regola; la regola costituiva il punto di partenza di altre analisi a riguardo di fattispecie analoghe o piú complesse; l'esito di tali analisi esigeva che la regola fosse integrata e/o riformulata; e cosí quel *ius* che sembrava essersi cristallizzato nella *regula iuris* continuava ad evolversi'. Sobre este aspecto podríamos presentar el siguiente ejemplo: Neracio habría aceptado la regla *rei hereditariae, antequam ab herede possideatur, furtum fieri non potest* (no se comete delito de hurto de las cosas hereditarias antes que sean poseídas por el heredero), pero el jurista habría declarado un criterio diferente en un caso específico (no aceptado por la jurisprudencia posterior), como recuerda Paulo, *libro primo ad Neratium,* en D. 47.19.6, en que, contrariamente, si la persona hubiera substraído la *res* sin tener la noticia que era una cosa hereditaria, la *existimatio subripientis* (la idea de haber robado) habría sido el elemento para considerar una excepción a la regla y por esto habría podido encontrarse obligado con base en la acción de hurto.

2. La *regula iuris* en la edad republicana y en el primer siglo d.C.

La primera *regula iuris* de la que tenemos noticia es la famosa regla Catoniana, atribuida a Catón el Joven, quien, en un responso, habría declarado que un legado inicialmente nulo al momento de realizarse un testamento no resultaria válido si, antes de la muerte del disponente, hubiera cesado la causa de nulidad. Pero nosotros tenemos dudas de que, en su origen, la *sententia Catoniana* hubiera sido considerada como *regula,*[9] pareciéndonos más probable que tal denominación corresponda a la jurisprudencia posterior.[10]

Un primer acercamiento a la regla jurídica se atribuye a Quinto Mucio Escévola, en su *liber singularis*, obra de la que varios autores niegan su autenticidad[11] —si bien actualmente prevalecen opiniones menos escépticas—.[12] Este libro, llamado 'definiciones', era una recopilación de sentencias y aforismos de los que fueron incorporados pocos textos en el Digesto.[13] Por ejemplo, en D. 50.17.73.3 encontramos la afirmación de la existencia de una *regula*

[9] En opinión de Wenger, L., *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien, 1953, p. 487, nota 151, a partir de Catón el Joven se habría comenzado a discutir sobre la existencia de la regla jurídica, si bien, como sostiene Giuffrè, V., *op. cit.*, pp. 13 y ss., faltan algunos elementos indispensables para considerar factible tal tesis, específicamente en lo que respecta al aspecto inicial que daría lugar a su determinación como regla. Ciertamente, como bien observa Humbert, M., "*Rec. Schmidlin, Die römischen Rechtsregeln*", en *RHDE*, 49, 1971, p. 334, la calificación de *regulae* es posterior (Sabino y Neracio). Nörr, *op. cit.*, p. 19, piensa que el término *regula* no parecería ser aceptado todavía en la edad republicana. Según Masi Doria, C., "Principii e regole. Valori e razionalitá come forme del discorso giuridico" en *Tra retorica e diritto. Linguaggi e forme argomentative nella tradizione giuridica. Incontro di studio Trani, 22-23 maggio 2009, a cura di A. Lovato*, Bari, 2011, p. 31, las reglas de la jurisprudencia preclásica, tomando en consideración la *regula Catoniana*, 'sono strumenti prevalentemente definitori (non per questo privi di funzione normativa), descrivono le conseguenze giuridiche di una premessa data. Sono proposizioni che enunciano in termini generali, sintetici, una certa definita disciplina giuridica'.

[10] El recuerdo más antiguo de la regla Catoniana se encuentra en un pasaje de Celso, *libro trigesimo quinto digestorum*, en D. 34.7.1 pr., en donde el jurista afirmaba que en algunos casos resultaba no verdadera (*in quibusdam falsa est*), ya que no se aplicaba a los legados condicionales. Sobre este punto, ver Stein, P., *op. cit.*, p. 33, quien genera dudas respecto a que Catón hubiera organizado el derecho en reglas, concluyendo que, por su complejidad, los juristas del siglo II a. C. no tendrían todavía una visión científica del derecho. Ellos aportaron obras al derecho romano, pero habría que esperar a la próxima generación de juristas para empezar a hablar de ciencia.

[11] Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, 1, cit. 762 n. 7. Krüger piensa que el título de la obra es un elemento cierto para que no pueda ser considerada clásica, ya que, en su opinión, parecería extraño que los romanos hubieran dado un título griego a una obra escrita en latín y de contenido romano, Krüger, H., "Römische Juristen und ihre Werke", en *Studi Bonfante*, 2, Milano, 1930, p. 336. Por último, Schulz, *op. cit.*, p. 171.

[12] Scherillo, G., *Note critiche su opere della giurisprudenza romana*, en *IURA*, 3, 1952, pp. 180 y ss.; Stein, P., *op. cit.*, p. 36 y ss. y Schiavone, A., *op. cit.*, pp. 74 y ss.

[13] En D. 41.1.64; D. 43.20.8; D. 50.16.241; D. 50.17.73 pr.-1; D. 50.17.73.2 = D. 43.24.1.5; D. 43.24.5.8; D. 50.17.73.3-4.

iuris claramente aceptada por todos, de la que seguramente no existían dudas respecto a su aplicación, convirtiéndose así en un primer resultado de la jurisprudencia republicana:[14] *quae in testamento ita sunt scripta, ut intellegi non possint, perinde sunt, ac si scripta non essent* (lo que en un testamento se encuentra escrito de manera que no se pueda enten- der, resultaría como si no hubiera sido escrito). De igual modo, Alfeno Varo habría declarado la misma regla en su *libro quinto digestorum,* en D. 34.8.2: *Quae in testamento scripta essent neque intellegerentur quid significarent, ea perinde sunt ac si scripta non essent* (Lo que se hubiera escrito en un testamento y su significado no se entienda produce las mismas consecuencias como si no hubiera sido escrito).

Esta es la primera regla jurídica en materia hereditaria identificada en la edad republicana, la cual servirá a las nuevas generaciones de juristas en la interpretación de disposiciones testamentarias. No obstante, ello no significa necesariamente que la jurisprudencia posterior debería llegar a los mismos resultados en la aplicación de tal precepto a cada caso concreto; porque si bien una disposición obscura no habría podido producir efectos bajo un criterio formal de lógica jurídica, cada jurista habría podido decidir de manera autónoma la solución de cada caso. Así, por ejemplo, Alfeno Varo, después de haber recordado la regla jurídica, *libro quinto digestorum,* en D. 34.8.2, declara inmediatamente un problema de aplicación de la misma, en D. 35.1.27;[15] llegando a su propia solución: el testador habría establecido una disposición testamentaria confusa al pretender, por parte de los herederos, un monumento parecido al de Publio Septimio Demetrio que se habría debido encontrar en la vía Salaria, estableciendo una pena pecuniaria en caso de falta de cumplimiento, pero, ya que únicamente existía el monumento de Publio Septimio Dama, el jurista habría excluido la posibilidad de ser exigida la pena pecuniaria. Sin embargo, en el pensamiento de Alfeno, los herederos habrían debido efectuar el monumento según la riqueza y dignidad del difunto (*monumentum tamen omnimodo secundum substantiam et dignitatem defuncti exstruere debere*).[16]

[14] Justamente afirma Riccobono, S., *s.v. regulae juris*, en *NNDI*, 15, Torino, 1968, p. 361, las *regulae iuris* provienen en gran medida del periodo que comprende el final de la república y señalan el inicio de la elaboración científica del derecho.

[15] Lenel, *op. cit.*, p. 42.

[16] *In testamento quidam scripserat, ut sibi monumentum ad exemplum eius, quod in via Salaria esset Publii Septimii Demetrii, fieret: nisi factum esset, heredes magna pecunia multare et cum id monumentum Publii Septimii Demetrii nullum repperiebatur, sed Publii Septimii Damae erat, ad quod exemplum suspicabatur eum qui testamentum fecerat monumentum sibi fieri voluisse, quaerebant heredes, cuiusmodi monumentum se facere oporteret et, si ob eam rem nullum monumentum fecissent, quia non repperirent, ad quod exemplum facerent, num poena tenerentur. respondit, si intellegeretur, quod monumentum demonstrare voluisset is qui testamentum fecisset, tametsi in scriptura mendum esset, tamen*

Alfeno no ignoraba la regla jurídica establecida por Quinto Mucio Escévola, en su *liber singularis* Órwn en D. 50.17.73.3 (los herederos no se encontraban obligados a la pena pecuniaria debido a la confusión de la disposición), pero declara una solución alternativa: construir el monumento, no según el modelo propuesto por el testador (que no existe), sino según la riqueza y la *dignitas* del *de cuius*. Si tal propuesta de Alfeno hubiera sido aceptada por toda la jurisprudencia, entonces se habría dado lugar al nacimiento de una nueva *regula iuris*: "si el testador exige, por parte de los herederos, la construcción de un monumento, sin que resulte claro el modelo que debe seguirse, deberá —de todos modos— ser efectuado el mismo, con base en la riqueza y la dignidad del difunto, como sucedería en el caso de la determinación de los gastos derivados en razón del funeral".[17]

Aristón, Labeón y Neracio habrían aplicado entonces la *regula* de Quinto Mucio Escévola de un modo interesante, respecto del esclavo designado heredero, como se observa en Ulpiano, *libro quinto ad Sabinum,* en D. 28.5.9.14.[18] Éste recuerda cómo tales juristas, frente a un error de redacción del testador, que habría causado como consecuencia que la disposición hubiera sido considerada como no escrita, habrían decidido eliminar únicamente la palabra incorporada por error, conservando de tal modo su validez

ad id, quod ille se demonstrare animo sensisset, fieri debere: sin autem voluntas eius ignoraretur, poenam quidem nullam vim habere, quoniam ad quod exemplum fieri iussisset, id nusquam exstaret, monumentum tamen omnimodo secundum substantiam et dignitatem defuncti exstruere debere. (Una persona había escrito en su testamento que se le hiciere un monumento parecido al de Publio Septimio Demetrio en la vía Salaria y que, en caso de que no se realizara, fueran multados los herederos con una gran cantidad de dinero. Puesto que no se encontraba ningún monumento de Publio Septimio Severo, sino únicamente el de Publio Septimio Dama, que probablemente era al que se refería el testador, preguntaban los herederos de qué modo deberían hacer el monumento y si se encontrarían sujetos a la pena si no lo hubieran hecho porque faltaba el modelo correspondiente. Respondió que si se entendiese qué monumento hubiese querido indicar el testador, aunque no se encontrara expresado en la escritura, deberá hacerse como aquel que hubiera querido indicar, pero si hubiera sido ignorada su voluntad, no tenía efectivamente ninguna fuerza la pena porque nunca se sabría a semejanza de cuál había mandado que se hiciere, pero que de todos modos debían levantar un monumento de acuerdo con la riqueza y la voluntad del difunto). El pasaje fue analizado por MAGLIETTA, M., *op. cit.*, p. 3 y ss.

[17] Alfeno habría aplicado el criterio de los gastos funerarios al problema del *monumentum sepulchri*. Sobre este aspecto, Ulpiano, *libro vicensimo quinto ad edictum,* en D. 11.7.12.5: *sumptus funeris arbitrantur pro facultatibus vel dignitate defuncti* (Los gastos del funeral se regulan según las facultades o la dignidad del difunto). Los gastos del monumento podrían entrar en los gastos del funeral, como tratamos de demostrar en una investigación anterior (GONZÁLEZ ROLDÁN, Y., *Il diritto ereditario in età adrianea. Legislazione imperiale e senatus consulta,* Bari, 2014, p. 54 y ss.), si bien este criterio pudo haber cambiado en un periodo posterior.

[18] *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 alguno hubiere escrito así: 'sea libre Estico y después que hubiera sido libre sea heredero', opinan Labeón, Neracio y Aristón que eliminándose la palabra 'después' le competería a Estico al mismo tiempo la libertad y la herencia, cuya opinión a mí también me parece correcta).

y —puesto que este criterio habría sido aceptado por varios juristas, inclusive Ulpiano (*quae sententia mihi quoque vera videtur*); no encontrándose oposición a la misma (al menos así parece)— se habría podido dar lugar a una nueva *regula iuris*.

Otra obra que habría tenido como contenido reglas jurídicas sería los Piqan£ de Labeón; piqanÕj lÓgoj tiene el significado de 'discurso que convence' o 'argumento probable', como recuerda Bretone. El maestro afirma: '*il consiglio è persuasivo perché è competente, ma anche perché è autorevole. In quanto esperto nelle sue tecniche, ma anche perché capace (como politico e come filosofo) di individuarne i fini, il giureconsulto è in grado di suggerire o di imporre la regola del comportamento pratico*'.[19] De esta obra tenemos algunos textos que se encuentran en el Digesto, epitomados por Paulo. En materia hereditaria, podemos citar, por ejemplo, del libro primero, el pasaje que se encuentra en D. 33.7.5: *si cui fundum et instrumentum eius legare vis, nihil interest, quomodo leges 'fundum cum instrumento an fundum et instrumentum an fundum instructum* (Si quieres dejar en legado un fundo y sus utensilios de trabajo, a alguno, no importa de qué modo hayas hecho el legado: si 'el fundo con los utensilios', el 'fundo y los utensilios' o el 'fundo provisto de utensilios'). Esta afirmación hecha por Labeón, respecto al legado del *instrumentum,* habría tenido como finalidad explicar que la terminología diferente usada en su tiempo tenía el mismo significado. Tal criterio, que seguramente fue válido en un momento histórico, no fue seguido en el transcurso del periodo clásico. Con este ejemplo queremos demostrar que una regla jurídica válida en un determinado periodo habría informado de la realidad existente en aquel preciso momento, pero los cambios de perspectiva de la jurisprudencia posterior habrían podido eliminar su eficacia.

[19] BRETONE, M., "Ricerche Labeoniane PIQANA", en *La parola del passato*, 28, 1973, p. 170 y ss., en tal investigación, el maestro demuestra cómo el discurso labeoniano asume algunas veces 'un andamento teoretico, analogico o sillogistico'; no está de acuerdo con la tesis anterior TALAMANCA, M., "I 'Pithana' di Labeone e la logica stoica", en *IURA*, 26, 1975, p. 1 y ss.; BRETONE, *Tecniche... op. cit.*, p. 361, responde a las objeciones de Talamanca.

3. Concepto de *regula* en Paulo y en los libros *regularum* en la jurisprudencia de los siglos II y III d.C.

Un concepto de *regula* se encuentra afirmado por Paulo, *libro sexto decimo ad Plautium*, en D. 50.17.1:[20]

> *Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum.*
>
> La regla es la que explica brevemente la cosa tal como es. El derecho no se toma de la regla, sino que la regla se hace con arreglo al derecho que existe. Así pues, por medio de una regla se hace una breve narración de las cosas y, como dice Sabino, es como un compendio de la causa que apenas se encuentra viciada en algo, pierde su eficacia.

Una regla describe brevemente el estado de las cosas (*Regula est, quae rem quae est breviter enarrat*); esto explicaría la razón del porqué, en los libros *regularum,* encontramos también definiciones. Así pues, describir el estado de un concepto significa determinar sus propios confines. La afirmación de Paulo —que una regla no expresa el derecho vigente, sino que es el derecho vigente de donde se construye la regla (*non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*)— tiene como finalidad simplemente subrayar la importancia de la realidad jurídica en su formación. La *regula* solo proporciona una visión estática del derecho en un momento histórico determinado, pero el *ius,* por su propia naturaleza, es dinámico y podría cambiar de un momento a otro. Por ejemplo, el pasaje de Labeón, *libro primo piqanîn a Paulo epitomatorum,* en D. 33.7.5, habría declarado que el uso de terminología diferente correspondería al mismo concepto. Tal regla identificada por Labeón perdería completamente su eficacia cuando la jurisprudencia proporcionará un significado diferente al *fundus instructus* del *fundus cum instrumentum*; por tal motivo, cuando la regla ya no encuentra confirmación en el derecho vigente, pierde su validez.[21]

[20] No conocemos el contexto en el que Paulo habría enunciado el concepto de regla, sobre todo porque el libro décimo sexto *ad Plautium* habría tratado el problema de las manumisiones, por ello, también Lenel, *op. cit.*, p. 1173, menciona ignorar el contexto de tal afirmación. En el mismo sentido Cannata, C. A., *rec.* Schmidlin, *op. cit.*, p. 182. Wacke, A., "Brocardi giuridici e assimilazione dei diritti nazionali europei", en *Scritti per G. Franciosi,* 4, Napoli, 2007, pp. 2826 y ss., habla de una 'regola delle regole' o bien de una 'meta-regola'.

[21] Correctamente, M. Bretone, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari, 2003, p. 290, considera que en este concepto de regla, Paulo, recordando a Sabino, reconocía a todo enunciado reglamentario únicamente un carácter auxiliar en el desarro de enunciados jurídicos y declara que probablemente Neracio habría mirado las cosas en modo diferente, concluyendo con una pregunta sin respuesta: 'Ma fino a che punto?'. Nuestra respuesta sobre el argumento se puede deducir más adelante en la presente

Mediante la regla se transmite una breve descripción de una situación o realidad jurídica (*per regulam igitur*[22] *brevis rerum narratio traditur*) y, como afirmó Sabino, tendría como finalidad efectuar una descripción que resume los aspectos fundamentales del caso concreto (*et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est*).[23] Apenas ésta se muestra ineficaz en alguna de sus partes, pierde su fuerza (*quae simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum*). La regla permite conocer en modo abstracto el resultado de la experiencia de los juristas en relación con los casos prácticos, encontrándose un común denominador, como adecuadamente afirma Kaser.[24] El problema consiste en determinar en qué momento preciso la *regula* perdería su eficacia, pues cada vez que se reduce su campo de aplicación ésta podría continuar y sobrevivir eternamente.[25] Desde el momento en que resulta evidente su falta de validez, porque no es aceptada por la jurisprudencia posterior, la regla dejaría de tener valor, como afirma Sabino (por ejemplo, el caso ya citado en D. 33.7.5).

La primera obra de reglas jurídicas denominada de este modo fue hecha por Neracio. Probablemente quedó dividida en quince libros, de los cuales

investigación: Neracio acepta el pensamiento sabiniano como se demostraría en el contenido de los *Regularum libri XV.* Las diferencias entre el pensamiento de Labeón y de Sabino respecto a la *regula* fue considerado por Stein, P., "Sabino contro Labeone: due tipi di pensiero giuridico romano", en *BIDR,* 80, 1977; tesis aceptada por Doria, Masi, *op. cit.*, pp. 34 y ss.

[22] Justamente Schmidlin, B., *Die römischen Rechtsregeln*, Wien, 1970, p. 12, observa que la función del término *igitur* (entonces, para concluir) sería el de proporcionar una conclusión, efectivamente la frase *per regulam igitur brevis rerum narratio traditur* es la repetición de la primera idea mencionada por Paulo al inicio del pasaje: *Regula est, quae rem quae est breviter enarrat.* Nörr, *Spruchregel und Generalisierung,* cit. 21, identifica las palabras con las que los juristas habrían podido referirse a una regla por ejemplo Juliano, *libro quadragesimo quarto digestorum* en D. 41.3.33.1 y D. 41.5.2.1 usa los términos *volgo respondetur* (generalmente se responde) y Paulo, *libro quinqugensimo quarto ad edictum* en D. 41.2.3.19: *a veteribus praeceptum est* (se determino por los antiguos).

[23] En este sentido Schmidlin, *op. cit.*, p. 12 y Wacke, *op. cit.*, p. 2826; efectivamente, este sería el significado de *causa coniectio* en el pasaje de Gayo, 4.15, en donde el jurista explica que las partes en la fase *apud iudicem* antes de ser tratada la controversia explicaban al juez el problema en modo sintético y esto era denominado *causae coniectio*, como si fuera una especie de síntesis de la controversia… (*Deinde cum ad iudicem venerant, antequam apud eum causam perorarent, solebant breviter ei et quasi per iudicem rem exponere: quae decebatur causae coniectio, quasi causae suae in breve coactio*).

[24] Kaser, M., *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode,* Wien- Köln, p. 147 y ss. Según nuestra opinión, la regla nace del siguiente modo: un problema jurídico podría encontrar diferentes soluciones (x, y, z) y cada jurista habría podido escoger una de estas argumentando la *ratio* de tal decisión. Si en el transcurso del tiempo las soluciones 'x' y 'y', propuestas por los juristas que ya no se encontraban en vida, no encontrasen aprobación en la jurisprudencia en un momento histórico determinado, quedaría como único criterio 'z', ya que sería el más adapto al caso específico. La regla sería la solución 'z' formulada en una frase simple de fácil recuerdo y repetida por los juristas posteriores cada vez que encontrara aplicación en un responso.

[25] Efectivamente, como habrían dicho los juristas medievales, *exceptio firmat regulam.* Sobre este argumento, Nitsch, C., "Exceptio firmat regulam. Un contributo sul ragionamento giuridico", en *Studii in O. di L. Labruna,* 6, Napoli, 2007, pp. 3787 y ss.

únicamente llegaron al Digesto siete pasajes.[26] Este género literario encontrará una gran difusión en la jurisprudencia posterior, ya que otros juristas[27] hicieron obras con el mismo título: Pomponio, *Regularum liber singularis;*[28] Gayo, *Regularum libri III;*[29] *Regularum liber singularis;*[30] Cervidio Escévola, *Regularum libri IV;*[31] Paulo, *Regularum liber singularis;*[32] Licinio Rufino, *Regularum libri XII;*[33] Marciano, *Regularum libri V*[34] y Modestino, *Regularum libri X.*[35]

[26] LENEL, *op. cit.*, p. 774, declara no conocer el orden seguido en esta obra por falta de elementos que permitan su reconstrucción. Los textos que seguramente pertenecían a ésta son: del libro tercero, D. 26.1.18 y D. 26.3.2; del libro cuarto, D. 8.3.2; del libro quinto, D. 41.1.15 y D. 41.3.40; del libro sexto, D. 41.1.13 y del libro décimo, D. 30.118.

[27] Sobre este argumento, ver SCHMIDLIN, *op. cit.*, pp. 120 y ss. CANNATA, *op. cit.*, p. 181, explica que las *regulae* del tipo contenido en los *libri regularum* son 'proposizioni nelle quali il carattere di regola non dipende dal contenuto, ma dal modo in cui la proposizione è costruita…soluzioni casistiche enunciate in forma regolare, che non pretendono valore universale, ma attendono universale consenso, che non si considerano poste come norme, ma proposte, ad opera del singolo giurista che le enuncia, como conclusioni da acquisire'.

[28] Se encuentran en el Digesto siete pasajes: D. 8.1.17, D. 12.2.41, D. 44.7.24, D. 28.1.16, D. 29.2.63, D. 35.1.35, D. 49.17.10, *cfr.* LENEL, *op. cit.*, p. 85 y ss.

[29] Los compiladores incluyeron en el Digesto únicamente dos pasajes: del libro primero, en D. 50.17.100 y del libro tercero, D. 47.10.43, *cfr. Id.*, p. 251.

[30] Se encuentra solamente D. 1.7.21, *cfr. id.*, p. 251.

[31] Los *regularum libri IV* di Escévola es una de las obras del siglo II d.C, que sobre la materia encuentra más pasajes en el Digesto; así, del libro primero, D. 8.6.20,22,24, D. 23.2.54, D. 4.6.45, D. 50.7.6, D. 27.1.22, D. 50.4.5; del libro segundo, D. 38.4.7; del libro tercero, D. 50.5.3; del libro cuarto, D. 22.5.8, D. 48.4.4, D. 47.10.38, D. 48.5.15, D. 48.6.2, D. 48.7.2, D. 38.10.7, D.48.9.2, D. 48.11.2, D. 49.5.2, *cfr. id.*, p. 285 y ss.

[32] Existen algunos pasajes: D. 3.1.10, D. 19.2.38, D. 22.1.30, D. 24.1.43, D. 40.1.9, D. 42.5.32, D. 49.5.3, D. 49.16.10, *cfr. id.*, p. 1223.

[33] Los compiladores incorporaron estos textos en el Digesto: del libro primero, D. 23.2.51, D. 40.7.32 y D. 41.3.25; del libro segundo, D. 22.5.6, D. 28.5.75 y D. 50.17.210; del libro tercero, D. 1.16.15; del libro cuarto, D. 5.1.38, D. 31.62, D. 34.4.21; del libro quinto, D. 40.5.16; del libro sexto, D. 24.1.41; del libro séptimo, D. 50.16.155; del libro octavo, D. 18.1.70, D. 44.7.58; del libro décimo, D. 50.16.156; del libro décimo segundo y décimo tercero, D. 42.1.34; *cfr. id.*, p. 559 y ss.

[34] Los compiladores incorporaron una gran cantidad de textos de esta obra: del libro primero, D. 30.119, D. 40.4.26, D. 47.11.4, D. 48.22.5; del libro segundo, D. 4.3.36, D. 4.6.46, D. 4.8.51, D. 26.8.15, D. 28.2.32, D. 28.5.39, D. 29.2.55, D. 29.7.7, D. 34.5.15, D. 36.1.35, D. 39.6.26, D. 42.6.7, D. 46.3.44, D. 49.16.11, D. 49.18.3; del libro tercero, D. 8.1.1, D. 8.2.35, D. 12.4.13, D. 12.6.40, D. 19.5.25, D. 18.1.44, D. 23.3.52, D. 25.2.25, D. 33.4.5, D. 44.4.10, D. 28.5.52, D. 30.121, D. 33.9.2, D. 34.5.16, D. 34.5.18, D. 36.4.7, D. 38.5.2, D. 40.2.10, D. 41.2.43, D. 46.3.46; del libro cuarto, D. 1.8.8, D. 4.8.52, D. 9.2.16, D. 11.3.17, D. 12.3.5, D. 13.7.32, D. 18.1.45, D. 21.1.52, D. 22.1.32, D. 23.2.58, D. 37.5.20, D. 40.2.14, D. 40.5.53, D. 40.5.55, D. 46.1.23, D. 46.3.47, D. 47.2.63; del libro quinto, D. 1.7.31, D. 1.7.33, D. 8.5.19, D. 11.5.3, D. 15.1.40, D. 26.5.10, D. 27.1.27, D. 34.9.3, D. 37.4.15, D. 39.6.27, D. 40.8.5, D. 42.5.34, D. 44.3.9, D. 48.4.5, D. 48.13.6; *cfr. id.*, p. 680 y ss.

[35] Muchos textos de esta obra llegaron al Digesto. Un pasaje de ésta se encuentra también en los *Scholia Sin.* 13: del libro primero, D. 1.3.7, D. 1.3.40, D. 31.31, D. 34.5.27, D. 40.1.16, D. 40.9.19, D. 38.1.31, D. 23.2.1, D. 23.2.24, D. 48.5.35, D. 24.2.10, D. 23.3.26, *Scholia Sin.* 13, del libro segundo, D. 1.7.1,4, 8,41, D. 7.8.21, D. 23.2.25, D. 44.7.52, D. 45.2.1, D. 46.1.39, D. 46.4.1; del libro tercero, D. 12.6.49, D. 2.14.3, D. 20.1.23, D. 17.2.4, D. 44.7.53 pr., D. 46.3.74, D. 50.1.34, D. 50. 11.1, D. 2.13.11, D. 3.3.64, D. 44.7.53.1, D. 46.1.40, D. 49.15.4; del libro cuarto, D. 4.8.48, D. 20.5.8, D. 22.1.40, D. 22.2.3, D. 22.3.24; del libro quinto, D. 1.18.18, D. 18.1.62 pr., D. 20.1.24, D. 18.1.62.1, D. 41.3.18, D. 49.14.8, D. 2.14.34, D. 18.1.62.2, D. 44.7.54, D. 48.18.13; libro sexto, D. 1.9.3, D. 40.1.17, D. 37.14.8, D. 38.8.7, D. 40.8.2, D. 46.6.7, D. 48.8.11, D. 4.8.38, D. 50.6.5; del libro séptimo, D. 1.5.21, D. 40.11.5, D. 24.1.27, D. 41.1.52, D. 45.3.35, D. 50. 5. 14, D. 50.7.16, D. 50.16.102; del libro octavo, D. 47.21.1, D. 48.5.36, D. 48.7.6, D. 48.8.12, D. 48.10.27, D. 22.5.2, D. 22.5.7, D. 29.5.17, D. 48.18.14, D. 50.16.103, D. 48.19.23, D. 49.1.17, D. 49.3.3, D. 50.7.17, D. 50.8.10, D. 50.17.196, D. 20.1.25, D. 20.5.6, D. 45.1.100, D. 46.3.75; del libro noveno, D. 37.14.9, D. 28.1.28, D. 28.7.25, D. 29.1.32, D. 10.3.17, D. 7.1.52, D. 31.9, D. 31.32, D. 32.82, D. 34.2.9, D. 34.3.19, D. 35.2.58, D. 40.5.13, D. 40.7.26, D. 29.5.18, D. 38.17.3-4, D. 4.6.32, *cfr.* LENEL, *op. cit.*, pp. 732 y ss.

4. NERACIO Y LA REGLA JURÍDICA

Neracio, además de afirmar reglas jurídicas en su obra, las aplicó en la solución de los casos, como se observa en sus libros *membranarum* y en sus responsos. En el libro primero *membranarum,* en D. 28.5.55(54), el jurista menciona una *regula* aceptada por toda la jurisprudencia: ya que un esclavo podría volverse heredero testamentario, el primer testamento hecho anteriormente quedaría sin efectos al existir, en el segundo, la institución de heredero (*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*).

En el mismo libro, en D. 47.2.65(64), si bien el jurista enuncia una regla no aceptada por todos (*…ut maxime quis existimet, si servus esse coeperit eius, cui furtum fecerat…* y si alguno singularmente estimara que, si el esclavo hubiere comenzado a ser de aquel a quien le había hecho el hurto), parecería aceptable pensar que, a partir de él, la jurisprudencia no habría tenido dudas que el legatario (honorado *per vindicationem*) se volvería titular de la *res* después de la *aditio* del heredero, sin que hubiera existido una intermediación entre el derecho del testador y el honorado (*recta via*) y consecuentemente la cosa legada no habría jamás entrado en el patrimonio del heredero. Tal regla es aceptada por toda la jurisprudencia posterior. Por ejemplo, Papiniano, *libro primo definitionum,* en D. 31.80: *Legatum (per vindicationem) ita dominium rei legatarii facit, ut hereditas heredis res singulas. quod eo pertinet, ut, si pure res relicta sit et legatarius non repudiavit defuncti voluntatem, recta via dominium, quod hereditatis fuit, ad legatarium transeat numquam factum heredis* (El legado hace del legatario el dominio de la cosa, así como la herencia hace del heredero cada una de las cosas; de lo cual resulta que si la cosa hubiera sido dejada puramente y el legatario no repudió la voluntad del difunto, el dominio que fue de la herencia pasa directamente al legatario sin haberse hecho nunca del heredero).

En referencia a la *exceptio doli,* en el libro cuarto *membranarum,* en D. 44.4.11.1, Neracio habría declarado: *In universum autem haec in ea re regula sequenda est, ut dolus omnimodo puniatur, etsi non ali cui, sed ipsi, qui eum admisit, damnosus futurus erit* (Por lo general se ha de seguir en este aspecto esta regla, que en absoluto sea castigado el dolo si no es perjudicial para otro, sino para el mismo que lo cometió).

En el libro séptimo *membranarum,* en D. 44.2.27,[36] Neracio explica los criterios guías necesarios para determinar si en la aplicación de la *exceptio rei iudicatae* la cuestión corresponde al mismo problema (*eadem res*): el primero sería aquello de la identidad entre las personas (*personae*), el actor y el demandado serían los mismos en el primer y en el segundo juicio, la controversia sería idéntica a la primera (*id ipsum de quo agitur*), así como la razón por la que se habría ejercitado la acción en el juicio (*causa proxima actionis*). Según nosotros, la identificación de tales criterios efectuada por Neracio, respecto a la *exceptio rei iudicatae,* podrían considerarse una *regula iuris,* ya que los mismos fueron propuestos nuevamente por otros juristas (con terminología diferente). Por ejemplo, Paulo, *libro septuagesimo ad edictum,* en D. 44.2.12 y D. 44.2.14 pr.[37]

En relación con el legado de usufructo, en diferentes pasajes que probablemente corresponden a los libros *responsorum,* Neracio aplica reglas jurídicas. Es el caso de aquella recordada por Ulpiano, *libro octavo decimo ad Sabinum,* en D. 7.6.1.1: *usus fructus legatus adminiculis eget, sine quibus uti frui quis non potest* (el legado de usufructo necesita de los accesorios sin los que no puede uno beneficiarse del usufructo). Así considerado por el jurista de la edad de Trajano, como recuerdan Ulpiano, *libro septimo decimo ad edictum,* en D. 8.5.2.2,[38] y Paulo, *libro primo manualia*, texto que se encuentra en Vat. 54.[39] El usufructuario no tendría la facultad de modificar el objeto del cual goza para obtener un beneficio mayor, como se observa en el texto de Neracio, *libro secundo responsorum* en D. 7.1.61.[40]

Greiner[41] niega que Neracio haya sido el autor de las *Regulae* porque, según su opinión, no existirían razones por las que el jurista hubiera tratado, en el libro sexto de esta obra, en D. 41.1.13 pr,[42] un problema de posesión obtenido de una *res* (de la cual había sido adquirido el dominio mediante usucapión) gracias a una compraventa hecha mediante un procurador sin que fuera de su conocimiento el titular (argumento referido también en su libro séptimo *membranarum,* en D. 41.3.41). Tal cuestión controvertida no encontraría razón, según el investigador, en una obra de reglas jurídicas. Sobre el mismo punto, Bona también piensa en una anomalía.[43]

Según nosotros, si bien es cierto que el argumento habría podido ser motivo de *ius controversum* y, por esto, no podría ser recibido en un libro de reglas jurídicas, no parece que tal controversia jurisprudencial hubiera sido motivo de discusión todavía en la edad antonina, para ello basta observar cómo el jurista, en el libro séptimo *membranarum,* en D. 41.3.41, analiza un problema en donde la adquisición de la posesión mediante procurador ya no resultaría ser una controversia jurídica. Confirmando tal hecho, Neracio inicia la frase con el término '*quamvis*' y termina con '*conveniat*': *quamvis per procuratorem possessionem apisci nos iam fere conveniat* (aunque de ordinario esté ya convenido que adquirimos la posesión mediante procurador).

[36] *Cum de hoc, an eadem res est, quaeritur, haec spectanda sunt: personae, id ipsum de quo agitur, causa proxima actionis. nec iam interest, qua ratione quis eam causam actionis competere sibi existimasset, perinde ac si quis, posteaquam contra eum iudicatum esset, nova instrumenta causae suae reperisset* (Cuando se cuestiona si la cosa es la misma, se ha de considerar esto: las personas, lo mismo de qué se trata y la causa póxima de la acción; porque ya no importa por qué razón haya estimado uno que le compete esta causa de la acción, lo mismo que si alguno hubiese hallado nuevos instrumentos para su causa después que se hubiese juzgado contra él).

[37] *Cum quaeritur, haec exceptio noceat nec ne, inspiciendum est, an idem corpus sit* (Cuando se pregunta si perjudicará o no esta excepción, se ha de ver si la cosa corporal fuera la misma), *et an eadem causa petendi et eadem condicio personarum: quae nisi omnia concurrunt, alia res est...* (y la misma causa de pedir, y la misma la condición de las personas, y si no concurren todas estas circunstancias la cosa es distinta).

[38] *Recte Neratius scribit, si medii loci usus fructus legetur, iter quoque sequi (per ea scilicet loca fundi, per quae qui usum fructum cessit constitueret) quatenus est ad fruendum necessarium: namque sciendum est iter, quod fruendi gratia fructuario praestatur, non esse servitutem, neque enim potest soli fructuario servitus deberi: sed si fundo debeatur, et ipse fructuarius ea utetur* (con razón escribe Neracio, que si se hubiera dejado en legado un usufructo de un lugar intermedio, es incluido además el pasaje por aquellos lugares del fundo por los que lo habría constituido el que cedió, en cuanto es necesario para el disfrute de él. Porque es notorio que el pasaje que se concede al usufructuario para que goce de su derecho no es una servidumbre, ya que no puede deberse servidumbre únicamente al usufructuario, pero en el caso en que se debiera al fundo también, el mismo usufructuario usaría de ella).

[39] *Sicut legato usu fructu loci sine servitute iter quoque per loca testatoris debetur, ita in iure cessio iter quoque contineri Neratius scribit.* (Neracio escribe la existencia del deber de conceder al usufructuario el pasaje a través de los otros terrenos y, además, extendió tal obligación a quien, utilizando la *in iure cessio,* habría querido constituir un usufructo).

[40] *Usufructuarius novum rivum parietibus non potest inponere. aedificium inchoatum fructuarium consummare non posse placet, etiamsi eo loco aliter uti non possit, sed nec eius quidem usum fructum esse: nisi in costituendo vel legando usu fructu hoc specialiter adiectum sit, ut utrumque ei liceat.* (El usufructuario no puede incorporar nuevos canales en las paredes. Se estableció que el usufructuario no puede tampoco concluir el edificio comenzado a pesar de que de tal lugar no pudiera hacer uso en modo diferente, aunque ciertamente en tal caso no existiría ni siquiera usufructo de esto, siempre y cuando al constituirse o dejarse el legado del usufructo no se hubiera incluido la disposición en tal sentido).

[41] Greiner, *Opera Neratii. Drei Textgeschichten*, pp. 129 y ss.

[42] *Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo eique sit tradita meo nomine, dominium mihi, id est proprietas, adquiritur etiam ignoranti.* (Si un procurador hubiere comprado para mí una cosa por mandato mío y le hubiera sido entregada en mi nombre, se adquiere para mí el dominio, esto es, la propiedad, aún ignorándolo yo).

[43] Bona, F., en su reseña a la obra de Greiner, en *SDHI*, 40, 1974, p. 512.

De este modo se identifica la existencia de una regla en la que, obtener la posesión mediante procurador, habría producido como consecuencia jurídica la adquisición de la propiedad mediante usucapión, inclusive sin que lo supiera el mismo titular.

El segundo argumento de Greiner para negar el origen clásico de las *Regulae* de Neracio se encuentra fundamentado en una confrontación con la obra institucional de Gayo, de donde resultaría la existencia del mismo orden sistemático de las materias tratadas. Bona, si bien acepta los resultados del autor, por lo que se refiere a la confrontación con la obra gayana, no considera postclásica las *Regulas* y propone la tesis de que Neracio efectivamente habría escrito los *libri regularum,* pero considera que el orden del material habría sido efectuado en la edad postclásica, según el esquema institucional de Gayo. Sobre el argumento, Knütel[44] no cree en la posición del origen postclásico de las *regulae* y recuerda la opinión de Liebs,[45] quien consideraba que, con toda posibilidad, las *regulae* eran un manual para principiantes, necesario porque el casuismo habría tenido una gran importancia en el *ius civile* y su contenido seguiría un orden sistemático que venía afrontado con poca abstracción; por este motivo, muy probablemente, Neracio habría sido el autor de los *Regularum libri XV*. Efectivamente, sobre este punto aceptamos el pensamiento de Grelle,[46] quien destaca que los *Libri regularum*, en relación con el aspecto sistemático, confirman su convencimiento de que el *ius* pueda ser reducido a un sistema racional de *regulae*, que la jurisprudencia elabora y conserva. Según nuestra opinión, tanto el contenido como el orden de la obra neraciana es clásico. El jurista, al tratar los argumentos, siguió simplemente un esquema tradicional existente en la edad antonina, como lo demostrarían las Instituciones de Gayo.

Según nuestra opinión, el orden, así como el contenido de la obra neraciana es clásico y el jurista al tratar los argumentos siguió simplemente un esquema tradicional existente en edad antonina como demostrarían las Instituciones de Gayo.[47]

La *ratio* por la que Neracio habría hecho un libro de reglas jurídicas se encuentra en el famoso texto del libro quinto *membranarum,* en D. 22.6.2, al mencionar que el derecho puede y debe ser *finitum* (*...cum ius finitum*

[44] Knütel, R., en su reseña de la obra de Greiner, en *Iura,* 25, 1974, pp. 156 y ss.

[45] Liebs, D., "Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat", en *ANRW,* II, 15, 1976, pp. 217 y 225 y ss.

[46] Grelle, F., *L'Autonomia cittadina fra Traiano e Adriano*, Napoli, 1972, p. 135.

[47] La paternidad del modelo seguido por Gayo fue motivo de discusión por parte de la doctrina. Sobre tal aspecto, ver Arangio-Ruiz-A. Guarino, V., *Breviarum Iuris Romani,* Milano, 1989, p. 5, con bibliografía en la n. 17.

et possit esse et debeat). Así, para determinar las fronteras del *ius,* resulta necesario presentar todos los utensilios del mismo (*instrumenta*), de los que forma parte, como serían las reglas generales con excepciones,[48] definiciones;[49] criterios válidos en su momento histórico pero que anteriormente pudieron haber sido motivo de *ius controversum,*[50] o uso de terminología utilizada en su tiempo en la constitución de una disposición testamentaria.[51] En esta obra, Neracio explica únicamente el derecho actual que, en palabras de Scarano Ussani,[52] '*sarebbe un chiaro e significativo richiamo alle strutture materiali storicamente definite e logicamente determinate e determinabili*'. Parecería no interesarle aspectos del pasado, ya que, del material que tenemos a disposición, falta todo recuerdo del derecho no vigente. Tal situación

[48] En el libro tercero *regularum,* en D. 26.1.18 y D. 26.3.2: *Feminae tutores dari non possunt* (No pueden ser nombradas tutores las mujeres) o *Mulier liberis non recte testamento tutorem dat: sed si dederit* (La mujer no nombra correctamente un tutor en su testamento a sus hijos, pero si lo hubiera dado)

[49] Una *definitio* hecha mediante *partitio* (como recuerda Cicerón, *Topica* 5.28: *Atque etiam definitiones aliae sunt partitionum, aliae divisionum; partitionum, cum res ea, quae proposita est, quasi in membra discerpitur...*) la encontramos en el libro cuarto *regularum,* en D. 8.3.2 pr, cuando identifica los tipos de servidumbre de los fundos rústicos: *Rusticorum praediorum servitutes sunt licere altius tollere et officere praetorio vicini, vel cloacam habere licere per vicini domum vel praetorium, vel protectum habere licere* (Son servidumbres de los predios rústicos: que sea lícito levantar más alto y perjudicar el fundo del vecino o que sea lícito tener una cloaca por la casa del vecino o que atraviese su fundo o que sea lícito tener un techo que haga sombra). Debemos hacer notar la dificultad de incluir en el concepto de regla la *definitio* como contrariamente habría hecho Schmidlin, *op. cit.*, p. 163 y ss., ya que basta recordar el origen de las palabras para darnos cuenta que la *definitio,* bajo el aspecto material, era un primer elemento en la producción agrícola: 'determinar los confines', mientras que la *regula* era un instrumento necesario en un segundo momento, para indicar los zurcos, como hicimos referencia al inicio de la presente investigación. Efectivamente, la definición es el primer paso del método dialéctico recordado por Cicerón, *Brutus* 41.152-153 y 42 y formulado por el jurista en manera individual; no se requiere de una aprobación general (un *consensus universorum*), ya que podría no ser aceptada por todos. Por ejemplo, un jurista habría podido establecer una *definitio* hecha mediante *partitio* y dentro de las *partes* afirmar la existencia de diferentes tipos, mientras que otro jurista habría podido incorporar más *partes* o eliminar algunas. Sobre este aspecto, Cicerón en *Topica*, 8.33 observa: *formarum enim certus est numerus, quae cinque generi subiciuntur; partium distributio saepe est infinitior...* En conclusión, la determinación de la regla necesita de una aceptación de la jurisprudencia en un determinado momento histórico, mientras que la *definitio* es únicamente un concepto personal de un aspecto de derecho que podría no ser aceptado por otros juristas. Si Neracio incorporó en su libro de reglas jurídicas alguna definición, no es porque el jurista considerara la *definitio* una regla. La *ratio* podría encontrarse en su particular interés de delimitar el derecho como habría escrito en el libro quinto *membranarum,* en D. 22.6.2: *...cum ius finitum et possit esse et debeat...*; ciertamente, en tal prospectiva, una *definitio* resultaría indispensable para delimitar las fronteras del argumento de donde se deberá determinar la regla aplicable. Más críticas a la posición de Schmidlin fueron hechas por Carcaterra, A., *op.cit.*, p. 450.

[50] En el libro sexto *regularum,* en D. 41.1.13 se trata el problema de la posesión obtenida de una *res* (de la cual fue adquirido el dominio mediante usucapión) gracias a una compraventa hecha por un procurador sin que lo hubiera sabido su titular, como ya habíamos hecho mención en esta investigación.

[51] En el libro décimo *regularum,* en D. 30.118, en relación al uso de las palabras necesarias para la constitución de un fideicomiso.

[52] Scarano Ussani, V., *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso,* Napoli, 1979, pp. 58 y ss.

podría hacer pensar que el concepto de *regula* de Paulo, *libro sexto decimo ad Plautium,* en D. 50.17.1, habría tenido como punto de referencia la obra de Neracio, sobre todo porque el jurista severiano conocía su pensamiento, ya que había escrito una obra dedicada al jurista de la edad de Trajano (*ad Neratium libri IV*).

La citación de Sabino al concepto de regla de Paulo probablemente se debe al hecho de que Neracio estaba de acuerdo con el representante de la escuela sabiniana cuando dice que la *regula* se volvería ineficaz si alguna de sus partes perdiera su fuerza (*quae simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum*). Efectivamente, como dijimos anteriormente, los textos de Neracio se refieren únicamente al derecho vigente y no tienen como finalidad encontrar las *rationes* de los fundamentos del sistema jurídico, ya que el mismo jurista, en el libro sexto *membranarum,* en D. 1.3.21, evitando una visión crítica sobre tal aspecto, muestra su prudencia al no cambiar diferentes elementos importantes del pasado que ya no resultarían evidentes en el presente (*et ideo rationes eorum quae constituuntur inquiri non oportet: alioquin multa ex his quae certa sunt subvertuntur*).[53]

El *ius controversum* no puede ser tomado en consideración en este lugar porque Neracio tiene como tarea identificar las certezas del ordenamiento jurídico bajo una cierta abstracción y separando así las reglas con relación al caso concreto. Sobre este aspecto, podemos recordar las palabras de Nörr[54] cuando dice que este tipo de derecho es contemporáneamente inestable, ya que se encuentra en una continua discusión.[55]

[53] Grelle, F., *op. cit.*, pp. 135 y ss. y 164, considera los términos *quae constituuntur* una referencia implícita a las constituciones imperiales. Posición aceptada por Masiello, T., *Corso di Storia del Diritto Romano,* Bari, 2008, pp. 178 y ss. Contrariamente, Scarano Ussani, V., *op. cit.*, p. 59, n. 110, justamente afirma: 'il *quae constituuntur* doveva, per Nerazio, individuare l'ordinamento, nella pluralitá delle sue fonti, cosí come erano venute ponendosi storicamente'. El investigador, además, (p. 60 y ss.) da una explicación del porqué Neracio habría sido contrario al análisis de las antiguas instituciones: 'atteggiamenti intellettuali di tipo neoaccademico o addirittura neopirronistico, che cominciavano a fiorire nella cultura coeva, nei circoli colti della capitale e anche presso giuristi contemporanei'.

[54] Nörr, D., *Rechtskritik in der römischen Antike,* München, 1974, pp. 16 y ss.

[55] Esto no significa que Neracio hubiera ignorado el *ius controversum* en sus obras, es más, el jurista se confronta con el pensamiento opuesto dando su punto de vista. Evidentemente, este tipo de problemas se encuentra fuera de su obra, en donde identifica reglas jurídicas. Ejemplos de textos en donde Neracio afronta la controversia jurisprudencial se observan en su libro tercero *membranarum,* en D. 40.7.17, en donde el jurista responde con una *deductio ad absurdum* a aquella parte de la jurisprudencia que habría aceptado la posibilidad del cumplimiento de la condición 'Si le dieras diez monedas al heredero ordeno que serás considerado libre' (*'Si decem heredi dedisset, iussus est liber esse'*) con dinero no obtenido de los beneficios del esclavo en la administración del peculio. En el libro quinto de la misma obra, en D. 30.124, Neracio propone la aplicación de una tesis de la escuela proculeyana en materia de designación nominativa en relación al legado *per damnationem* para la repartición interna de los gastos entre los herederos. Esta propuesta se encontraría en contraste con la tesis sabiniana, como se observa en Paulo, *libro octavo ad Plautium,* en D. 45.2.17. Si bien es cierto el *ius controversum* es

Según Cannata,[56] la vía ideal para una investigación sobre el método de los juristas romanos resulta ser el estudio de las reglas jurídicas, ya que la regla es un instrumento operativo especial del jurista; no de uno en específico sino algo común a todos.

Una última cuestión que consideramos importante determinar es si en Neracio hubiera sido posible distinguir la función normativa de la regla, de la función descriptiva del estado del *ars boni et aequi.*[57] La respuesta a tal cuestión no puede ser afirmativa porque el jurista, al delimitar las fronteras del *ius* mediante la individualización de reglas jurídicas, informa al mismo tiempo del derecho vigente en el momento histórico en el cual vive. Por ejemplo, cuando afirma en su libro tercero *regularum,* en D. 26.1.18, la prohibición de las mujeres para ser tutoras porque habría sido considerada una tarea de hombres (*Feminae tutores dari non possunt, quia id munus masculorum est*), el jurista habría identificado, con evidentes efectos normativos, la regla aplicable y, además, reconocía el caso de excepción: la atribución del emperador de tal encargo, previa solicitud de la interesada (*nisi a principe filiorum tutelam specialiter postulent*). Neracio, recordando el caso de excepción, no sólamente explicaba el límite de la regla, sino que también analizaba, bajo el aspecto normativo, el requisito necesario para permitir a la mujer ser tutora. Con este ejemplo resulta evidente la dificultad de separar, en la obra neraciana, la función normativa de la regla, de la función descriptiva del estado del *ars boni et aequi.*

contemporáneamente inestabile, no significa que genere incertidumbre, al contrario, proporciona una serie de soluciones que podían ser tomadas abstracta y objetivamente vigentes como bien afirma Talamanca, M., *rec.* Nörr *Rechtskritik in der römischen Antike,* en *BIDR,* 80, 1977, p. 414 yss., situación por la cual si, en los *regularum libri XV,* de Neracio, hubiera sido incorporada una tesis aplicada únicamente por la escuela proculeyana (por ejemplo, el criterio de la ripartición interna de los gastos entre los herederos, en caso de designación nominativa en relación al legado *per damnationem*) no habría causado una sorpresa, pero, como los pocos textos que tenemos a disposición de esta obra, no incorporan ejemplos en este sentido, parecería más probable que el jurista hubiera decidido excluir en esta obra todos los casos en donde no hubiera existido una *communis opinio* de la jurisprudencia vigente.

[56] Cannata, *rec.* Schmidlin, *op. cit.*, p. 180, tesis aceptada por Giuffrè, «*Regulae iuris*» *e metodi della «scientia iuris». Prospettive di approfondimenti*, cit. 11.

[57] Problema que se cuestiona Giuffrè, *op. cit.*, p. 18, 'puó e deve distinguersi, per la mentalitá piú antica, una funzione normativa della *regula* da una funzione soltanto descrittiva dello stato dell'*ars boni et aequi*? Non per caso talune fonti lasciano trasparire una qualche sinonimicitá di *definitio* e di *regula*...' Nörr, *op. cit.*, pp. 23 y ss., explica correctamente que el lenguaje jurídico tiene elementos normativos y descriptivos y, por ello, si bien la regla tiene un estilo descriptivo como modalidad de expresión, la visión de una regla para un jurista habría tenido un valor normativo. En el mismo sentido, Bretone, *op. cit.*, pp. 305 y ss.

EL CONTROL CONVENCIONAL DE LOS INTERESES USURARIOS COMO TEMA RELEVANTE DENTRO DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Ramón Hernández Cuevas

Si prestais a aquellos de quienes esperáis recibir, ¿qué gracia tendréis? También los pecadores prestan a los pecadores para recibir de ellos igual favor.

Martín Lutero

Sumario: I. Introducción. II. ¿Qué es la usura? III. Los intereses legales, tanto en asuntos civiles como mercantiles. IV. El criterio de los tribunales colegiados en torno al interés usurario. V. La interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. VI. La lesión civil. VII. El control convencional de la usura. VIII. El tratamiento de la usura en los fallos judiciales de algunos tribunales colegiados. IX. Comentarios a las resoluciones judiciales. X. Temas relevantes. XI. La agenda pendiente. XII. Conclusiones. Bibliografía.

I. Introducción

Es bien conocido que dentro de los temas que actualmente permean en el ambiente judicial y social, el denominado *control convencional* o de *"convencionalidad"*,[1] de la usura —o más bien, de los intereses usurarios—, en

[1] Dicho término significa una comparación entre el Pacto de San José de Costa Rica y otas convenciones sobre Derechos Humanos a las que el país ha desplegado, con las disposiciones del interno de las naciones adheridas al modelo. Esta denominación fue tilizada por el juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sergio García Ramírez, en el caso Myrna Mack Chang *vs*. Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2003. (Hiters, Juan Carlos. "El control de convencionalidad", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constituional*, p. 191).

particular, es uno relevante. También es sabido que, mediante una práctica ampliamente difundida por muchos años, tanto los particulares como las instituciones bancarias carecían de una regulación racional, ya fuera de tipo legislativo, interpretativo o, incluso, voluntario, en el cobro de intereses pactados en un contrato o título de crédito.

La manera ordinaria (contractual) de pactar intereses, principalmente de mutuos con interés documentados en un pagaré, se volvió una cuestión cotidiana. El impacto económico nocivo causado a los deudores mediante la adquisición de créditos, aunque era un tema conocido por todos, se volvió imperceptible o ignorado; esto es, el cobro de intereses encontró una justificación de hecho, "su aceptación tácita por los deudores", aunado a que se desdeñó su análisis en aras de tutelar la libertad contractual de las personas.

Las causas para solicitar un crédito, ya sea de un particular o bien de una institución de crédito, son muchas: la compra de un vehículo o cualquier mueble, la adquisición de un inmueble, saldar un adeudo, un apuro económico, realizar un negocio, etcétera. La solicitud de un préstamo siempre viene precedida por un estado de necesidad monetario o por el deseo de realizar un proyecto; pero ello, desde luego, no puede estimarse un respaldo suficiente para aprobar el cobro de intereses elevados.

Frente al cobro de un interés costoso, se contrapone como causa de descargo, en favor del acreedor, la existencia de una voluntad contractual; esto es, tanto el deudor como el acreedor, en uso de su libre albedrío, pactan el pago, por tanto, lo legalmente celebrado debe ser cabalmente cumplido. Sin embargo, dicha conducta, bajo nuestra perspectiva, es cuestionable; sin desconocer que la maquinaria que mueve al mundo de los negocios es la utilidad o ganancia, pues sin ésta no existe un fundamento económico que permita el intercambio de bienes y servicios; empero, aun dicho beneficio debe tener como frontera: el lucro.

La exclusión de la explotación del hombre por el hombre, *homine lupus homine*, es un principio social general que, llevado al derecho, busca procribir cualquier tipo de aprovechamiento desmedido. En este contexto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 350/2013, confirió lineamientos generales para los juzgadores y operadores jurídicos, mediante una interpretación conforme a la Constitución, y determinó la inhibición del cobro intereses usurarios. Dicho criterio resulta novedoso y de gran impacto jurídico y económico dentro de nuestra sociedad, que ha permitido, tanto a tribunales de instancia como a los reguladores de la protección de derechos fundamentales, disminuir el porcentaje de la tasa de un interés usurario.

Este artículo busca acercar al lector a los antecedentes de la usura y al control convencional que actualmente ejercen los tribunales judiciales, tanto ordinarios como constitucionales.

II. ¿Qué es la usura?

Para Bentham,[2] sólo es posible la existencia de dos definiciones de la usura:

1. El cobro de un interés mayor al permitido por la ley; que sería la definición política o legal; y
2. El cobro de un interés mayor al acostumbrado entre los hombres; que sería la definición moral y la única que tendría valor sin la intervención de la ley.

En opinión de De Vitoria,[3] hablar de usura significa hablar de la exigencia, en un contrato concreto —el préstamo—, de la devolución de una cantidad mayor a la prestada. Éste sería el ámbito propio de la discusión sobre la usura, de modo que *prestar a usura* sería prestar esperando una cantidad mayor a la entregada. Luego, la usura sería una práctica que rompe la igualdad debida en un contrato de préstamo, es una práctica injusta por consiguiente.

Al respecto, Jiménez Muñoz manifiesta que la usura podrá producirse tanto si los intereses ilícitos son simples como si son anatocísticos.[4] Para dicho autor, la ilicitud que diferencia a la usura (ilícita) de los intereses lícitos radica en la naturaleza abusiva de su exigencia, ya sea por motivos objetivos —cuantía excesiva del tipo de interés, en función de las circunstancias ya subjetivos (circunstancias del prestatario)—, que la fuerzan a aceptar la realización del negocio jurídico usurario.

En palabras del mismo publicista, por usura se entiende, en el lenguaje vulgar, toda operación económica excesiva, dirigida a aprovecharse de la necesidad del prójimo para enriquecerse. Sin embargo, el concepto jurídico es más restringido y se relaciona con el préstamo; de modo que debemos entender por usura el lucro económico de carácter excesivo que se percibe en función de un contrato de mutuo o una operación económica similar. La libertad contractual del prestatario resulta prácticamente eliminada, pues éste

[2] Bentham, Jeremy, *En defensa de la usura*, p. 20.
[3] De Vitoria, Francisco, *Contratos y usura*, p. 56.
[4] Jiménez Muñoz, Francisco Javier, *La usura: Evolución histórica y patología de los intereses*, pp. 61 y 62.

se ve forzado por su necesidad y carece de la capacidad suficiente para aceptar o rechazar las condiciones del préstamo que se le propone: como consecuencia, por el "estado de necesidad" del prestatario, desaparece la igualdad que debe imperar entre los contratantes.

Para Vallés y Pujals,[5] respecto a la usura, debe responderse la siguiente interrogante: ¿Pueden pactarse los intereses del tipo que se quiera o, por el contrario, al exceder determinado tipo han de considerarse abusivos y, por lo tanto, ilícitos? Ésta es la cuestión que aún hoy apasiona y divide; sobre lo cual no hay concordia de pareceres. Es la cuestión de la usura.

El concepto de la conducta usuraria que nos interesa es, desde luego, el que priva dentro del ámbito jurídico. Si bien en el ámbito social es común el intercambio de bienes y servicios y, por ello, se debe dar a cambio, como contraprestación, un pago, el mismo debe ser proporcional al bien o al servicio adquirido, pues es injusto (legal y moralmente) que el pago rebase en extremo al bien o servicio adquirido.

Por tanto, desde mi punto de vista, una aproximación al concepto de usura la definiría como: "Aquella conducta económica observada por el acreedor contra el deudor, que se traduce en el aprovechamiento injustificado, desporporcionado, ventajoso y, en consecuencia, excesivo; operado dentro de la celebración de un contrato o de la suscripción de un título de crédito, para la obtebción de una ganancia abusiva".

Empero, ¿cuál sería el parámetro objetivo para saber cuándo se está en presencia de una conducta lucrativa? Por ejemplo, no es lo mismo cobar el 10% (diez por ciento) de interés cuando se presta un millón de pesos, que cuando el mutuo es por mil pesos. Alguien podría decir que sí, pues en la cuantía del negocio —dependiendo del monto prestado al deudor— se refleja el estatus de la persona. En el ejemplo aludido, resulta obvio que cada deudor tiene una diversa capacidad económica: quien piede un millón de pesos tiene más posibilidad de pagar los intereses, que quien obtiene solamente mil.

El Artículo 21, numeral 3, de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos dispone que "tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley".

Por tanto, la usura debe ser entendida como un provecho abusivo sobre la propiedad de alguna persona. Pero ésta y cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre están prohibidas a la luz de dicho pacto internacional.

[5] Vallés y Pujals, J., *Del préstamo a interés de la usura y de la hipoteca*, p. 80.

De igual forma, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos es un tratado internacional que rige en nuestro país, en conformidad con los párrafos primero, segundo y tercero del Artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de donde se obtienen las siguientes directrices:

1. Los Derechos Humanos son los reconocidos en la Constitución, pero también en los tratados internacionales de los que México es parte.
2. Las leyes ordinarias deben interpretarse en conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales.
3. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los Derechos Humanos, y el Estado debe prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los mismos en los términos que establezca la ley.

Como hemos visto, la usura es una forma de explotación del hombre por el hombre. Al estar prevista su proscripción en un tratado internacional, suscrito por el Estado Mexicano, tal prohibición se torna un Derecho Humano que debe ser respetado, protegido y garantizado por éste.

III. Los intereses legales, tanto en asuntos civiles como mercantiles

El interés civil

El Código Civil Federal, en el Artículo 2395, dispone que el interés legal es el **nueve por ciento anual**. El interés convencional es el que fijen los contratantes, por lo que puede ser mayor o menor que el interés legal. No obstante, cuando el interés sea tan desproporcionado que haga fundadamente creer que se ha abusado del apuro pecuniario, de la inexperiencia o de la ignorancia del deudor, a petición de éste el juez, teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso, podrá reducir equitativamente el interés hasta el tipo legal.

Por su parte, también el Artículo 2395 del código Civil, aplicable en la Ciudad de México, de manera idéntica al anterior, establece que el interés legal es el nueve por ciento anual. Mientras que el interés convencional es el que fijen los contratantes y puede ser mayor o menor que el interés legal; pero

cuando el interés sea tan desproporcionado que haga fundadamente creer que se ha abusado del apuro pecuniario, de la inexperiencia o de la ignorancia del deudor, a petición de éste el juez, teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso, podrá reducir equitativamente el interés hasta el tipo legal.

El interés mercantil

El Artículo 362, primer párrafo, del Código de Comercio establece que los deudores que demoren el pago de sus deudas, deberán satisfacer, desde el día siguiente al del vencimiento, el interés pactado para este caso o, en su defecto, el *seis por ciento anual.*

La disparidad legislativa para uno y otro tipo de intereses obedece, quizá, a que en los negocios civiles, los contratos suelen ser por más tiempo, en cambio, en materia mercantil son menos duraderos; por tanto, en donde se conviene una mayor temporalidad es necesario que exista un mayor margen de ganancia.

Al observar las tasas legales o dispuestas por la ley para el pago de intereses, se puede distinguir que son bastante "honestas", pues para los asuntos civiles es una tasa del 9% (nueve por ciento) anual, que equivale a 0.75% (punto setenta y cinco por ciento) mensual. Mientras que en la materia mercantil es el 6% (seis por ciento) anual y, por ende, el .50% (punto cincuenta por ciento) mensual. De este modo, al tomar como referentes los límites legales, ¿se debe tomar como usurario cualquier porcentaje que los exceda? Dicha interrogante será motivo de una respuesta posterior.

V. El criterio de los tribunales colegiados en torno al interés usurario

La vía penal [6]

Antes del criterio contenido en la jurisprudencia por contradicción de tesis 350/2013, la interpretación hecha por los tribunales colegiados no encontró un punto de acuerdo, pues algún órgano jurisdiccional consideró que el cobro de intereses usrarios sólo podía ventilarse en el ámbito penal, pues si en un

[6] La tesis corresponde al Segundo Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Segundo Circuito, en la tesis Tesis: II. 2o. C. T. 4 C y corresponde a la Octava Época y cuenta con el registro digital 210004.

juicio mercantil el demandado estimaba que el interés pactado era usurario y que con su cobro el actor obtenía un lucro indebido, ello, en todo caso, podría hacerse valer en la vía penal, no en la civil.

La declaración oficiosa de que un interés inconvencional es ilegal [7]

Aquí se expone que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la ejecutoria de la que derivó la jurisprudencia 1a./J. 132/2012 (10a.), de rubro: INTERÉS USURARIO EN MATERIA MERCANTIL. CUÁNDO DEBE CONSIDERARSE QUE EXISTE Y EN QUÉ MOMENTO PROCESAL DEBE ESTUDIARSE. examinó cuándo debe estimarse usurario el interés en materia mercantil y cuáles son las consecuencias de pactar un interés lesivo. Asimismo, resolvió el tema relativo a si las autoridades de instancia están facultadas para analizar oficiosamente la lesividad de los intereses pactados, concluyendo que en atención a los principios de *litis* cerrada y de equilibrio procesal, el juzgador no puede tomar en consideración cuestiones distintas a las que integraron la *litis* del juicio natural, ni introducir algún tema distinto dentro del mismo.

En esta ejecutoria se dio pauta para considerar que en aquellos casos en que la autoridad responsable oficiosamente introduce el tema de la usura y declara inconvencional el pacto de intereses, su actuación resulta ilegal y, por ende, da lugar a conceder el amparo y la protección de la Justicia Federal contra dicha declaratoria.

El pacto de intereses moratorios usurarios es violatorio de Derechos Humanos[8]

Al emitirse este criterio, se expusieron los siguientes planteamintos:

1. La usura, en su sentido gramatical, se define como el interés excesivo en un préstamo.
2. El Artículo 78 del Código de Comercio consagra el principio *pacta sunt servanda*, esto es, lo estipulado por las partes, en cualquier forma que

[7] Esta tesis corresponde al Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito, corresponde a la Décima Época, resistro digital 2005852.

[8] La tesis aislada corresponde al Primer Tribunal Colegiado del Trigésimo Circuito, Tesis XXX.1o.2 C (10a.), Décima Época, con número de registro digital 2001361.

se haya establecido, debe ser llevado a efecto. Empero, esa libertad contractual tiene la limitante prevista en el numeral 77 de la codificación en cita, que se refiere a que tiene que versar sobre convenciones lícitas.

3. La Convención Americana sobre Derechos Humanos —de contenido obligatorio y exigible en México— establece, en su Artículo 21, numeral 3, que la usura y cualquier otra forma de explotación humana por el hombre, deben ser motivo de prohibición legal.
4. Dicha disposición se trata de un derecho fundamental, en virtud de lo dispuesto el Artículo 1° de la Carta Magna. En este orden de ideas, el Artículo 174, segundo párrafo, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito no fija un límite para el pacto de intereses en caso de mora en un título de crédito, pues la voluntad de las partes rige —en principio— para dicho acuerdo; esto en correlación con el mencionado numeral 78 de la codificación mercantil y con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que proscribe la usura.
5. Si bien la legislación mercantil contempla la posibilidad de cobrar intereses por los préstamos, basada en el principio de libre contratación, en atención al contenido de los Artículos 21, numeral 3, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 1° de la Constitución Federal, debe reconocerse la protección al deudor frente a los abusos y la eventualidad en el cobro de intereses excesivos, por constituir usura.
6. Por tanto, permitir que la voluntad de las partes esté sobre dicha disposición convencional sería solapar actos de comercio que conculquen Derechos Humanos.

Los intereses excesivos constituyen usura [9]

Al expedirse este criterio se valoró que, en conformidad con el Artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las autoridades del Estado mexicano tienen la obligación de respetar, proteger y garantizar los Derechos Humanos; en consecuencia, están facultadas para pronunciarse en torno a ese tema, con la limitante, para las autoridades jurisdiccionales, de no hacer declaración de inconstitucionalidad de normas generales, sino sólo inaplicar la norma que consideren se contrapone a la Constitución Federal y a los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos.

[9] La tesis corresponde al Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Décima Época, Tesis I.7o.C.21 C (10a.), con número de registro digital 2001810.

De ahí que, si el Artículo 174 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito previene que los intereses se computarán a razón del tipo pactado, debe observarse que contraviene lo dispuesto en los Artículos 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en tanto que no instituye límites, parámetros o elementos que permitan a los particulares y a las instituciones de crédito, normar su criterio en la aplicación de los intereses que pudieran derivarse de las diversas convenciones que celebran al tipo pactado.

V. La interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Sobre los intereses usurarios, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 350/2013,[10] cuyo criterio es obligatorio, determinó lo siguiente:

> PAGARÉ. EL ARTÍCULO 174, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO, PERMITE A LAS PARTES LA LIBRE CONVENCIÓN DE INTERESES CON LA LIMITANTE DE QUE LOS MISMOS NO SEAN USURARIOS. INTERPRETACIÓN CONFORME CON LA CONSTITUCIÓN [ABANDONO DE LA JURISPRUDENCIA 1a./J. 132/2012 (10a.) Y DE LA TESIS AISLADA 1a. CCLXIV/2012 (10a.)]. Una nueva reflexión sobre el tema del interés usurario en la suscripción de un pagaré, conduce a esta Sala a apartarse de los criterios sostenidos en las tesis 1a./J. 132/2012 (10a.), así como 1a. CCLXIV/2012 (10a.), en virtud de que en su elaboración se equiparó el interés usurario con el interés lesivo, lo que provocó que se estimara que los requisitos procesales y sustantivos que rigen para hacer valer la lesión como vicio del consentimiento, se aplicaran también para que pudiera operar la norma constitucional consistente en que la ley debe prohibir la usura como forma de explotación del hombre por el hombre; cuando esta última se encuentra inmersa en la gama de Derechos Humanos respecto de los cuales el artículo 1o. constitucional ordena que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar. Así, resulta que el artículo 21, apartado 3, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, prevé la usura como una forma de explotación del hombre por el hombre, como fenómeno contrario al derecho humano de propiedad, lo que se considera que ocurre cuando una persona obtiene en provecho propio y de modo abusivo sobre la propiedad de otra, un interés excesivo derivado de un préstamo; pero además, dispone que la ley debe prohibir la usura. Por lo anterior, esta Primera Sala estima que el artículo 174, párrafo segundo, de la Ley General de

[10] La jurisprudencia se puede consultar en la Décima Época de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 7, Junio de 2014, Tomo I, Materia Constitucional, Civil, Tesis 1a./J. 46/2014 (10a.), página 400, con número de registro en el sistema de búsqueda electrónico 2006794.

BIBLIOTECA
ESCUELA LIBRE DE DERECHO

Títulos y Operaciones de Crédito, que prevé que en el pagaré el rédito y los intereses que deban cubrirse se pactaran por las partes, y sólo ante la falta de tal pacto, operará el tipo legal, permite una interpretación conforme con la Constitución General y, por ende, ese contenido normativo debe interpretarse en el sentido de que la permisión de acordar intereses tiene como límite que una parte no obtenga en provecho propio y de modo abusivo sobre la propiedad de la otra, un interés excesivo derivado de un préstamo; destacando que la adecuación constitucional del precepto legal indicado, no sólo permite que los gobernados conserven la facultad de fijar los réditos e intereses que no sean usurarios al suscribir pagarés, sino que además, confiere al juzgador la facultad para que, al ocuparse de analizar la litis sobre el reclamo de intereses pactados en un pagaré y al determinar la condena conducente (en su caso), aplique de oficio el artículo 174 indicado acorde con el contenido constitucionalmente válido de ese precepto y a la luz de las condiciones particulares y elementos de convicción con que se cuente en cada caso, a fin de que el citado artículo no pueda servir de fundamento para dictar una condena al pago de intereses mediante la cual una parte obtenga en provecho propio y de modo abusivo sobre la propiedad de su contrario un interés excesivo derivado de un préstamo. Así, para el caso de que el interés pactado en el pagaré, genere convicción en el juzgador de que es notoriamente excesivo y usurario acorde con las circunstancias particulares del caso y las constancias de actuaciones, aquél debe proceder de oficio a inhibir esa condición usuraria apartándose del contenido del interés pactado, para fijar la condena respectiva sobre una tasa de interés reducida prudencialmente que no resulte excesiva, mediante la apreciación de oficio y de forma razonada y motivada de las mismas circunstancias particulares del caso y de las constancias de actuaciones que válidamente tenga a la vista el juzgador al momento de resolver.

En esta tesis, en resumen, la Primera Sala expresó las siguientes consideraciones esenciales:

1. La usura se puede presentar y combatir o enfrentar en diversos ámbitos, no sólo a través de la lesión.
2. El artículo 21, apartado 3, de la Convención Americana de los Derechos Humanos, obliga al Estado mexicano a prohibir, en sus leyes, la usura y cualquiera otra forma de explotación del hombre por el hombre, al prever: "Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley".
3. La usura consiste en que una persona obtenga, en provecho propio y de modo abusivo sobre la propiedad de la otra, un interés excesivo derivado de un préstamo.
4. Se abandonó el criterio de que el control de los actos que contengan pactos usurarios sólo puede hacerse si las partes lo invocan por vía de acción o excepción, al fijarse la *litis* en el juicio respectivo, para considerar que debe hacerse de oficio por cualquier autoridad en el ámbito de su competencia.

Con base en lo anterior, se debe considerar que, para la actualización de la usura, no es necesario que dicho tema deba ser forzosamente materia de la *litis*, pues la Suprema Corte de Justicia de la Nación, claramente dispuso que se abandonó el criterio de que el control de los actos que contengan pactos usurarios sólo puede hacerse si las partes lo invocan por vía de acción o excepción, al fijarse la *litis* en el juicio respectivo, para considerar que debe hacerse de oficio por cualquier autoridad en el ámbito de su competencia.

De la misma forma, tampoco es necesario demostrar la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de las demandadas para proceder a la reducción de intereses por usura, pues la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia precisada, faculta a cualquier autoridad, en el ámbito de sus atribuciones, a que pueda realizar el examen, sin ser necesario que las partes lo invoquen por vía de acción o excepción, pues su análisis puede ser, incluso, oficioso.

VI. La lesión civil

Al respecto, debe observarse que con anterioridad a la emisión de la precisada jurisprudencia por contradicción de tesis 350/2013 vigente, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación había considerado, "en la diversa jurisprudencia derivada, a su vez, de resolver la Contradicción de tesis 204/2012", que para la actualización de la usura se debería comprobar la lesión y, como consecuencia de ello, dos requisitos: uno de tipo objetivo, consistente en la desproporción entre las prestaciones estipuladas en el pacto de intereses, y otro de tipo subjetivo, que se traduce en que el referido desequilibrio sea causado por la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria del afectado.

Este criterio se sostuvo en la jurisprudencia que dice:[11]

INTERÉS USURARIO EN MATERIA MERCANTIL. CUÁNDO DEBE CONSIDERARSE QUE EXISTE Y EN QUÉ MOMENTO PROCESAL DEBE ESTUDIARSE. El orden jurídico nacional sanciona la prohibición de usura de dos maneras; como tipo penal, y como ineficacia (bajo la figura de la lesión). Así, le da un tratamiento distinto dependiendo del ámbito en que ocurra. En ese sentido, y conforme a los artículos 2, 81, 385 y 388, del Código de Comercio; 17, 2230 y 2395 del Código Civil Federal; 79 y 190 de la Ley de Amparo, así como el artículo 21, apartado 3, de la Convención Americana

[11] La jurisprudencia se puede consultar en la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XVII, Febrero de 2013, Tomo 1, Materia Constitucional, Civil, Tesis 1a./J. 132/2012 (10a.), página 714, con número de registro en el sistema de búsqueda electrónico 2002817.

sobre Derechos Humanos, se aprecia que, en el ámbito mercantil, el pacto de intereses usurarios (o lesivos) se sanciona otorgando al afectado, a su elección, la posibilidad de accionar la nulidad relativa o la reducción equitativa de las prestaciones (*cuanti minoris*) y, de manera excepcional, estas acciones se sustituyen, en algunas ocasiones, por la de daños y perjuicios, como en los casos de la compraventa y permuta mercantiles. Luego, debe precisarse que la lesión, al ser la causa de las referidas acciones, debe tener lugar al momento de celebrar el pacto de intereses, al tratarse de una ineficacia de tipo estructural que se da en el momento de la celebración del acto jurídico. En consecuencia, para que se actualice esta figura, se deben comprobar dos requisitos: uno de tipo objetivo, consistente en la desproporción entre las prestaciones estipuladas en el pacto de intereses y otro, de tipo subjetivo, que se traduce en que el referido desequilibrio sea causado por la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria del afectado. En esa virtud, y en atención a los principios de equilibrio procesal y litis cerrada que rigen en los juicios mercantiles, regulados en los artículos 1327 del Código de Comercio, y 17 del Código Civil Federal, se advierte que el análisis de los intereses lesivos debe hacerse a petición de parte. El principio de litis cerrada ordena que el juzgador únicamente debe atender a las acciones deducidas y a las excepciones opuestas en la demanda y en la contestación, respectivamente, pues con ello queda fijada la litis. Por lo que, con posterioridad, no se podrán analizar hechos que se hayan expuesto antes de que se cierre la litis y el juzgador no podrá tomar en consideración cuestiones distintas a las que integraron el juicio natural, ni introducir algún tema distinto dentro del mismo, ya que, de hacerlo, se rompería el principio de equilibrio procesal que debe regir entre las partes. Ahora bien, dentro del juicio de amparo en materia civil rigen diversos principios y, conforme a ellos, el juez de amparo no se encuentra facultado para introducir conceptos de violación, variarlos ni modificarlos, por lo que la sentencia que en él se dicte no debe comprender más cuestiones que las propuestas en la demanda de garantías, pues no le está permitido suplir o ampliar en forma alguna tal demanda, salvo las excepciones contempladas en el artículo 76 bis de la Ley de Amparo pues, de lo contrario, se dejaría en estado de indefensión al tercero perjudicado, quien no habría tenido la oportunidad de ser escuchado en relación con dicho tema, ni en el juicio de origen, ni en el referido procedimiento constitucional.

Sin embargo, tal exigencia —que el tema de la usura sea planteado dentro de la *litis* del juicio natural, *per se,* a lo resuelto en la jurisprudencia 350/2013—, ya no es operante, ya que dicho criterio fue superado (abandonado) por la jurisprudencia mencionada que constriñe a cualquier autoridad para que, en el ámbito de sus atribuciones, pueda realizar el examen, sin ser necesario que las partes lo invoquen por vía de acción o excepción, pues su análisis puede ser, incluso, oficioso.

VII. El control convencional de la usura

Hablar del control de convencionalidad se convirtió en un tema novedoso en nuestro medio jurídico nacional. Ello a partir de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, específicamente, la del Artículo 1° de la Constitución Federal, que ahora establece:

> 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.

Antes de la reforma constitucional citada, era impensable hablar del control convencional e, incluso, del bloque de constitucionalidad.

No es el caso de ocuparnos de si el control de convencionalidad que realizan los tribunales nacionales, como la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es un sistema o un método "puro", pues hay un grupo de publicistas que consideran que el control convencional sólo corresponde a la Corte Interamericana de Derechos Humanos; de ahí que, lo que realizan los tribunales nacionales adheridos al pacto de San José, es una "especie del control de convencionalidad".[12]

Para hablar del control de convencionalidad, considero que, primero, es básico entender el denominado bloque de constitucionalidad.

[12] Castilla Juárez, Karlos A., "El Control de Convencionalidad. Un nuevo debate en México", en *El control difuso de convencionalidad*, p. 93.

¿Qué es el bloque de constitucionalidad?

En palabras de Edgar Corso, la noción de bloque de constitucionalidad es de origen francés, de los años setenta, y constituye una terminología utilizada principalmente para hacer referencia a un conjunto de normas situadas a nivel constitucional, cuyo respeto se impone a la Ley. Con ella se le dio valor constitucional tanto a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, como al preámbulo de la Constitución de 1946. Fue la manera en que los franceses completaron su Constitución de 1958, la que, curiosamente, no tiene un catálogo de Derechos Humanos. En la noción de bloque de constitucionalidad quedaban incluidos los instrumentos internacionales.[13]

El bloque de consticuionalidad o "*bloc de constituciolaité*" es una expresión acuñada en Francia y se considera de origen doctrinal. Según la mayoría de las opiniones, el creador es Louis Favoreu, quien, al comentar una decisión del consejo constitucional, estableció que para analizar una ley se debía partir de la Constitución Francesa de 1958, además de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, refiriéndose de esta forma a la ampliación del parámetro de control constitucional.[14]

Al hacer referencia al bloque de constitucionalidad, indudablemente se identifica a todas aquellas normas que, pese a no estar en la constitución, *per se*, se ven integradas a las disposiciones de la norma suprema y, en consecuencia, también adquieren un rango constitucional (sobre el tema de la incorporación de las normas internacionales de Derechos Humanos, actualmente todavía existe una discusión de si éstas se encuentran a la par, por debajo o, inclusive, por encima de la constitución).

Sin embargo, lo cierto es que cualquier norma de Derechos Humanos, para ser aplicable en nuestro país, tiene que seguir el proceso dispuesto en el Artículo 133 de la Constitución Federal; que, en síntesis, se reduce a que un tratado internacional debe ser celebrado por el presidente de la República y aprobado por la Cámara de Senadores. En el caso de la Convención Americana, es de sobra conocido que la ratificación de dicho convenio se dio, por nuestro país, en el año de 1981 y que se ratificó la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, el 16 de diciembre de 1998.

[13] Corzo Sosa, Edgar, "Control Constitucional, Instrumentos Internacionales y Bloque de Constituconalidad", en *Estudios en Homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, p. 755.

[14] Chavarín Castillo, José Manuel, "El bloque de Constitucionalidad en México", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, p. 84.

En mi opinión, en nuestro país, es correcto hablar de un "bloque de constitucionalidad", a la luz de lo dispuesto en el párrafo primero del Artículo 1° de la Constitución Federal, el cual establece 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. Es decir, si bien nuestra Carta Magna, a diferencia de otras, sí contiene un catálogo específico de derechos fundamentales —en sus primeros 29 artículos—, la conexión establecida en el Artículo 1° ha generado la existencia de ese *bloque de constitucionalidad*. Así, una vez satisfechos los requisitos establecidos en el Artículo 133, aunque el tratado internacional no esté incrustado en el entramado constitucional —obviamente—, sí forma parte del mismo, por extensión o adhesión. Lo cual es importante, porque al formar parte de los derechos de más alto rango, ello hace permisible el control de convencionalidad.

El control convencional

En estricto sentido, el control convencional significa que los tribunales nacionales, tanto aquellos que carecen de facultades para realizar un control constitucional de los actos y de las leyes, como los que sí están autorizados, se encuentran obligados, de oficio, a realizar un examen de la convencionalidad de las normas locales frente a la Convención Americana. De manera general, como lo expresa Juan Carlos Hiters, la Corte Interamericana de Derechos Humanos realiza dicho cotejo, no sólo respecto de la Convención, sino también de la totalidad de lo que se ha llamado el *corpus iuris interamericano* o *corpus iuris internacional de los Derechos Humanos*, que abarca la propia jurisprudencia de ese organismo.[15] Incluso, en palabras de Castilla Juárez, dentro de ese cuerpo de normas, también es obligatoria la jurisprudencia. Entendida ésta como todas las resoluciones dictadas por la Corte en asuntos contenciosos, las opiniones consultivas y las medidas provisionales, con salvedad de que, para ser obligatorios todos esos criterios, es menester que el Estado haya sido parte.[16]

[15] Hiters, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 194.

[16] Castilla Juárez, Karlos A., *op. cit.*, p. 100.

Finalmente, para Osvaldo A. Gozaini, el control de convencionalidad es una interpretación normativa antes que un precedente jurisdiccional.[17]

En el caso de México, para el ejercicio del control convencional, se debe preferir, mediante una labor interpretativa, una norma internacional que tutele los Derechos Humanos, sobre otra de la legislación federal o local. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dispuesto varios pasos a seguir, como son:

1. Interpretación conforme en sentido amplio. Ello significa que los jueces del país —al igual que todas las demás autoridades del Estado mexicano— deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los Derechos Humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia;

2. Interpretación conforme en sentido estricto. Cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los Derechos Humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y

3. Inaplicación de la ley. Tal circunstancia surge cuando las dos alternativas anteriores no son posibles.

Dichas directrices están contenidas en la tesis aislada del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que dice:[18]

> PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. La posibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del país, en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación. En ese orden de ideas, el Poder Judicial al ejercer un control de convencionalidad ex officio en materia de Derechos Humanos, deberá realizar los siguientes pasos: a) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país —al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano—, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los Derechos Humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; b) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los Derechos Humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los Derechos Humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte.

[17] Gozaini A., Alfredo, "El impacto que produce en el derecho interno el control de convencionalidad", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, p. 185.

[18] La tesis se puede consultar en la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, Materia Constitucional, Tesis P. LXIX/2011(9a.), página 552, con número de registro digital 160525.

VIII. El tratamiento de la usura en los fallos judiciales de algunos tribunales colegiados

A continuación se expondrá una serie de casos resueltos por tribunales colegiados en la Ciudad de México, a partir de la jurisprudencia por contradicción de tesis 350/2013, que permiten advertir el criterio asumido en algunos casos sobre el pago de intereses usurarios. Sobra adecir que aquí sólo se traen a colación los apartados más importantes o sustanciales de cada sentencia, dado que reproducirlas de manera íntegra sería muy extenso.

1. *Examen de la usura en un Contrato de Mutuo con Interés y Garantía Hipotecaria*

El Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, resuelve el juicio de amparo 805/2014, en ejecutoria de 26 de marzo de 2015.

a) Clase de juicio: Especial hipotecario.
b) Pretensión de Origen: El pago de $350,000.00 (Trescientos cincuenta mil pesos 00/100 M.N.) por concepto de suerte principal.
c) El cobro de intereses: Se reclamó el pago de los intereses pactados en la cláusula Segunda, *in fine*, del contrato base, con la tasa del 10% mensual.

d) Sentencia del Juez de Primera Instancia: Se declaró parcialmente fundada la pretensión, se condenó al pago de la suerte principal pactada; y en cuanto a los interees moratorios se condenó al porcentaje demandado del 10% pactado.

e) Estudio en el Tribunal: El tribunal colegiado declaró fundado el concepto de violación en donde se impugnó la tasa del interés pactado; se hizo un estudio de la usura apoyado en la jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación surgida de la contradicción de tesis 350/2013.

Datos relevantes del asunto:

a) Las partes en el juicio son personas físicas.

b) El contrato de mutuo con interés y garantía hipotecaria se celebró por el monto de $350,000.00 (Trescientos cincuenta mil pesos 00/100 M.N.).

Los intereses se pactaron en la cláusula Segunda del contrato base de la acción, en conformidad con la cual, el plazo fue de un año forzoso para las acreedoras y voluntario para la deudora.

i. Los intereses se convinieron a razón del tres por ciento mensual.
ii. La deudora pagaría el dos por ciento mensual más, sobre el capital, como pena durante todo el tiempo de la mora, en caso de que los intereses dejaran de cubrirse dentro de los cinco días siguientes a la fecha señalada para su pago.
iii. Si la deudora diere lugar a un juicio, el interés se calcularía a razón diez por ciento mensual en sustitución del fijado previamente.

Actividad de la acreedora y de la deudora:

La mutuante no hizo manifestación alguna en todo el proceso respecto a su actividad y en el expediente no obraba constancia de que la actora tuviera como finalidad primordial la prestación de servicios financieros. Ambos deudores señalaron ser comerciantes, ante lo cual no existe alguna razón que justifique el interés pactado.

Finalidad del crédito:

La actora no refirió dato alguno al respecto, en tanto que la demandada únicamente aceptó haber suscrito el contrato de mutuo, sin proporcionar mayores datos.

Garantías para el pago del crédito:

En la cláusula Quinta del contrato garantizaron el préstamo mediante la constitución de la hipoteca en primer y único lugar en favor de las acreedoras solidarias sobre el inmueble descrito en el propio contrato.

La disyuntiva derivó en determinar si todos estos elementos servían de base para decidir si se justifica el pago de intereses por el 10% mensual, que representa el 120% anual.

El tribunal Colegiado consideró que esos elementos no justifican el pago de un interés moratorio elevado; por ende, había lugar a realizar la disminución del interés por ser usurario.

Factores que se tomaron en cuenta para la disminución

a) El Índice Nacional de Precios al Consumidor

Éste es un indicador económico por el que se mide la variación periódica de los precios de una canasta fija de bienes y servicios, representativa del consumo de los hogares. Con esto se da noticia indirectamente de la variación del costo del dinero en la vida cotidiana, pues el alza de los precios denota la merma del valor adquisitivo de la moneda, en el lugar y tiempo en que se hace la medición.

b) El costo Porcentual Promedio de Captación

Es el costo ponderado promedio que pagan las distintas instituciones financieras por la captación de los recursos en los distintos instrumentos, y cuya estimación mensual emite el Banco de México del 16 al 20 de cada mes en el *Diario Oficial de la Federación*. La ponderación se obtiene al multiplicar la tasa de interés por su peso en la captación de los distintos instrumentos de las instituciones financieras.

c) Los certificados de la Tesorería (CETES)

Son los títulos de crédito al portador emitidos por el Gobierno Federal desde 1978, en los cuales se consigna la obligación de éste a pagar su valor nominal al vencimiento. Dicho instrumento se emitió con el fin de influir en la regulación de la masa monetaria, financiar la inversión productiva y propiciar

un sano desarrollo del mercado de valores. A través de este mecanismo se captan recursos de personas físicas y morales a quienes se les garantiza una renta fija. El rendimiento que recibe el inversionista consiste en la diferencia entre el precio de compra y venta. Dicho instrumento se coloca a través de las casas de bolsa a una tasa de descuento y tiene el respaldo del Banco de México, en su calidad de agente financiero del Gobierno Federal.

d) Costo Anual Total (CAT) del financiamiento promedio de los créditos hipotecarios

Es el indicador del costo total de financiamiento con el cual es posible comparar el costo financiero entre créditos aunque sean de plazos o periodicidades distintas e incluso de productos diferentes, con el fin de informar al público y promover la competencia.

El CAT incorpora todos los elementos que determinan el costo de un crédito, como son la tasa de interés, las comisiones, primas de seguros que el cliente deba pagar de conformidad con su contrato de crédito —excepto el IVA aplicable—, además de otros elementos, como la garantía exigida y la periodicidad o frecuencia de pago. El CAT se expresa como porcentaje anual y se debe informar en todo tipo de crédito, cuyo monto sea inferior a 900 mil UDIS.

El tribunal colegiado aplicó dichos factores al contrato celebrado por las partes y ello dio como resultado lo siguiente:

Que la tasa más adecuada para el asunto es la equivalente al costo porcentual promedio para los créditos hipotecarios, es decir, el denominado Costo Anual Total (CAT) del financiamiento promedio de dichos créditos.Esto porque incluye todos los costos y gastos inherentes del crédito, como intereses, comisiones, estudios socioeconómicos, avalúos, costos de administración, pagos de seguro y la periodicidad de pagos, que en el año de 2012 fue del 13.98% anual. La decisión también se debió a las siguientes consideraciones:

i. La naturaleza del crédito de mutuo con garantía hipotecaria es comparable a un crédito bancario hipotecario, porque en ambos existe una garantía hipotecaria.
ii. La naturaleza de los intereses. Estos no se establecieron con la finalidad de obtener un lucro excesivo, sino como la obtención de una ganancia por el simple préstamo de dinero.

iii. La operación presentaba menos riesgos que el crédito al consumo, como es el concedido mediante tarjetas de crédito, pues en el caso, existe una garantía hipotecaria que lo respalda.
iv. Al ser las mutuarias personas físicas, no tienen que erogar los gastos inherentes a una institución financiera.
v. Si bien en el contrato base de la acción para el pago de los intereses se pactaron las siguientes tasas mensuales: 3%, 5% y 10%, de estos porcentajes resulta que la tasa del 3% equivale al 36%, la del 5% al 60%, en tanto la del 10% al 120%, todas de carácter anual.
La tasa más baja, que se transforma en 36% anual, equivale a más del doble de la tasa de 13.98 relacionada con el Costo Anual Total (CAT) mencionada. Por lo tanto, como dichas tasas exceden el interés legal anual, se estima justo y equitativo su reducción a la tasa del 13.98% (trece puntos porcentuales con noventa y ocho centésimas de punto) anual, equivalente a un 1.165% (un punto porcentual con ciento sesenta y cinco milésimas de punto) mensual.
vi. Consecuentemente, al no apreciarse de esta manera por la juez responsable, el acto reclamado conculcó los Artículos 14 y 16 de la Constitución Federal.

Se concedió el amparo para que el juez responsable dictara una nueva sentencia en la que, en lo relativo al pago de los intereses, debería ajustar las tasas de interés previstas en la cláusula Segunda del contrato base de la acción y reducirlas a la del 13.98% (trece puntos porcentuales con noventa y ocho centésimas de punto) anual, equivalente a un 1.165% (un punto porcentual con ciento sesenta y cinco milésimas de punto) mensual.

Dicha sentencia se resolvió por mayoría de dos votos, mientras que el Magistrado disidente argumentó lo siguiente:

> Voto particular.
> Comparto el criterio del tribunal, pero no una de las consideraciones que se vertieron para estimar que la tasa de interés pactada es usuraria.
> Se tomó como referente para determinar si los intereses pactados a razón del tres, cinco y diez por ciento mensual en el contrato base de la acción, eran usurarios, las tasas promedio de interés de crédito a los hogares, incluyendo bancos Sofoles, Indicador del costo de créditos hipotecarios, CAT promedio de créditos en pesos a tasa fija, que anualizada para el dos mil doce fue del trece punto noventa y ocho por ciento, arribando a la conclusión que efectivamente se advertía usura.
> La Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que la usura es una de las formas de violación al derecho humano de la propiedad y ocurre cuando una persona obtiene en provecho propio y de modo abusivo sobre la propiedad de otra, un interés

excesivo derivado de un préstamo y uno de los referentes objetivos para determinar si hubo usura son las tasas de interés de las instituciones bancarias para operaciones similares a las que se analizan, cuya apreciación únicamente constituye un parámetro de referencia.

En este contexto, la suscrita considera que las tasas de interés que los bancos fijan para sus operaciones respecto a los contratos hipotecarios, se encuentran dentro de un margen de legalidad y sana competencia que permite estimarlas ajustadas al derecho de propiedad [patrimonio] que protege el artículo 21.3 de la Convención americana sobre los Derechos Humanos, esto es, no se tratan de tasas de intereses usurarias.

En otras palabras, los referentes bancarios que se toman en consideración para determinar si los intereses pactados son usurarios o no, de modo alguno evocan, per se, a la usura; por lo que de primera intensión tanto las tasas mínimas como las máximas son fijadas dentro del derecho fundamental de la propiedad [patrimonio] que regula la convención.

La tasa máxima de intereses se puede obtener de la siguiente tabla, pues aun cuando es promedio, no se advierte que el Banco de México publique las tasas de interés que cada institución bancaria cobra.

Por tanto, en el caso particular se debió incluir, para determinar la existencia usuraria, la tasa máxima de intereses que las instituciones de crédito cobran en créditos hipotecarios (diecisiete punto treinta por ciento), pues el Máximo Tribunal del País determinó en las jurisprudencias invocadas que el juzgador debía ponderar las tasas bancarias fijadas en relaciones jurídicas similares, sin excluir la máxima.

2. *El examen de la usura en un pagaré*

El Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito resolvió el juicio de amparo 473/2015, en ejecutoria de 16 de octubre de 2015.

a) Clase de juicio: Ejecutivo Mercantil basado en un pagaré.

b) Pretensión de Origen: El pago de $320,000.00 (Trescientos veinte mil pesos 00/100 M.N.) por concepto de suerte principal.

c) El cobro de intereses: Intereses generados a partir del incumplimiento hasta la liquidación total del adeudo, a razón del 7% mensual.

d) Sentencia del Juez de Primera Instancia: La juez acogió el pago de la suerte principal, intereses y costas; pero redujo los intereses al 28.90% anual.

e) Estudio en el Tribunal: Se basó en la jurisprudencia surgida de la contradicción de tesis 350/2013, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Se declaró infundado el concepto de violación relativo a que las diferencias entre intereses ordinarios y moratorios es importante para aducir que en los primeros sí puede existir usura, pero en los segundos no, porque son una sanción al incumplimiento y no una ganancia.

a) Intereses ordinarios y moratorios

Se consideró que los intereses, ya sea ordinarios o moratorios, no dejan de ser intereses (cantidad de dinero adicional a la suerte principal que el deudor se obligó a pagar) y, en ese sentido, ninguno de ellos está exento de generar usura, ya que en términos de lo expuesto por el Máximo Tribunal, al resolver la contradicción de tesis invocada, "la usura se configura por la existencia de un interés excesivo en un préstamo; entretanto, la explotación del hombre por el hombre consiste en que un ser humano o persona jurídica utilice en provecho propio y de modo abusivo la propiedad de otro ser humano o persona", por lo que un interés ordinario, tanto como uno moratorio, puede ser excesivo.

b) Se precisó el papel del Banco de México

De igual forma, se consideró que los intereses, en el sistema financiero, se fijan en orden a la oferta y la demanda. El Banco de México no "autoriza" los intereses que las instituciones de crédito pactan con sus clientes, ni los califica de "usurarios" o "no usurarios"; sólo dispone algunos lineamientos generales que no inciden en el porcentaje de intereses que para cada instrumento fija y ofrece a sus clientes el banco.

En respeto a los Derechos Humanos, se consideró que no es dable estimar que los bancos no cometen usura por más altas que sean las tasas de intereses que pactan con su clientela, por el mero hecho de ser parte del sistema financiero. Esto, porque para que se dé la usura, como forma de explotación del hombre por el hombre, basta que "una persona obtenga en provecho propio y de modo abusivo sobre la propiedad de otro, un interés excesivo derivado de un préstamo", y eso no depende de la voluntad de los particulares. Los Derechos Humanos valen por sí y para sí en sus verdaderos valores, reconocidos a todas las personas por el solo hecho de serlo.

La usura no depende de si el acreedor o el deudor son o no comerciantes. En todo caso, su actividad sólo constituye un referente para evaluar objetivamente si la tasa pactada es excesiva o no. Así lo expresa el máximo tribunal

de la Nación: "si de las constancias de actuaciones se aprecian los elementos de convicción respectivos los siguientes: b) la calidad de los sujetos que intervienen en la suscripción del pagaré y si la actividad del acreedor se encuentra regulada".

Se negó el amparo a la quejosa.

3. *El examen de la usura en pagaré*

El Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito resolvió el juicio de amparo 100/2015, en ejecutoria de 30 de marzo de 2015.

a) Clase de juicio: Ejecutivo Mercantil, basado en un pagaré.
b) Pretensión de Origen: El pago de $70,000.00 (Setenta mil pesos 00/100) por concepto de suerte principal.
c) El cobro de intereses: El pago de los intereses convencionales que se han generado y los que se sigan generando, al 8% mensual según se estipuló en el documento base de la acción.
d) Sentencia del Juez de Primera Instancia: Acogió la pretensión principal y en cuanto al pago de los intereses, se condenó al pago a razón del 6% (seis por ciento) anual sobre la suerte principal y hasta hacerse el pago de lo condenado.
e) Estudio en el Tribunal: Se basó en la jurisprudencia surgida de la contradicción de tesis 350/2013, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El tribunal colegiado consideró fundado el argumento sobre que el juzgador responsable no debió reducir al interés legal, los intereses moratorios que debe pagar el tercero interesado.

El cobro de interés desmedido es considerado por la doctrina y por la normatividad internacional como una actividad de usura. Así se advierte también del Diccionario de la Real Academia Española (vigésima segunda edición, editorial Espasa), que define la usura como el interés excesivo en un préstamo. De acuerdo con esta definición, la usura constituye la estipulación de intereses desproporcionados, que establecen una ventaja patrimonial en favor del acreedor por la obtención de una ganancia superior a la que resulta de las tasas máximas de intereses permitidas.

Actualmente, el libre pacto de intereses no puede entenderse irrestricto. Disposiciones como el numeral 174 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que autoriza a las partes fijar libremente el monto de los intereses, admite una interpretación conforme con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para así concluir que la permisión de acordar intereses tiene como límite que una parte no obtenga en provecho propio y de modo abusivo, sobre la propiedad de la otra, un interés excesivo derivado de un préstamo.

El fenómeno usurario ha dado lugar a que los sistemas jurídicos adopten límites al pacto de intereses entre particulares, limitación que se fija a partir de dos criterios: el objetivo y el subjetivo.

Frente a tal escenario, para verificar si se presenta el fenómeno usurario, deben ser analizadas las condiciones del asunto y así decidir si una de las partes trata de obtener un interés desproporcionado, derivado de un préstamo.

Para llevar a cabo lo anterior, el juzgador debe apreciar elementos trascendentes, como el tipo de relación entre las partes, el monto y el plazo del crédito, si hay garantías para el pago del crédito, las tasas de interés de las instituciones bancarias para operaciones similares a la que se analiza, la variación del índice inflacionario nacional durante la vida real del adeudo, las condiciones del mercado y todo dato que genere convicción para calificar una tasa como notoriamente excesiva.

Ese análisis, además, se debe complementar con la evaluación del elemento subjetivo, es decir, calificar de manera más estricta el carácter excesivo de la tasa pactada, si es que existe, respecto de la persona del deudor, alguna situación de vulnerabilidad o desventaja en relación con la persona del acreedor; o bien, apreciar de manera menos estricta lo excesivo de la tasa pactada, si es que no existe, respecto del deudor, dato alguno sobre vulnerabilidad o desventaja en relación con la persona del acreedor.

En el caso revisado, se consideró que la responsable no tomó en consideración los parámetros señalados, pues nada dijo sobre tales aspectos y mucho menos fundó y motivó por qué tenía que reducir el interés hasta el legal.

El tribunal de amparo observó que la publicación de la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, muestra los datos proporcionados por las propias instituciones bancarias, respecto a las tasas de interés que regían en los meses de suscripción de los pagarés base de la acción. Los títulos fueron firmados el diez de enero de dos mil doce y para pago se estableció el diez de febrero de esa anualidad. En ese último mes (la publicación no señala las tasas para enero de dos mil doce),

las tasas de interés para la tarjeta de crédito básica, oscilaban entre el 37.70 por ciento anual, de la tarjeta Visa Básica del Banco del Bajío y el 67.91 por ciento anual de la tarjeta Banorte básica.

Estas tasas marcan los límites permitidos en el mercado financiero por el Banco de México y, por ende, sirven para determinar si el interés convencional pactado por los contendientes, es excesivo. También sirven para reducir el interés hasta el límite más alto, para que no sea usurario.

En el juicio natural se pretendió el cobro de intereses convencionales a razón del ocho por ciento mensual, lo que equivale al noventa y seis por ciento anual, tasa que rebasa la más alta autorizada por el mercado financiero, por una operación equivalente a la suscripción de pagarés. Esto dejó ver que la tasa anotada en los títulos de crédito que dieron lugar al contencioso, es usuraria; por lo que procede su reducción hasta la máxima autorizada para las instituciones de crédito, aunque no a la tasa legal mencionada por la autoridad responsable. No puede llegarse al extremo pretendido por la responsable, sino que la tasa de interés debe reducirse hasta llegar a una que sí esté permitida. Actuar en contrario alentaría que los deudores no cumplan con sus obligaciones de pago, debido a que el interés moratorio no significa ningún perjuicio para ellos. De este modo, en relación al pagaré base de la acción, el interés moratorio debe disminuir a una tasa del 5.65 por ciento mensual, el cual se obtiene al dividir, entre doce, la tasa anual del 67.91 por ciento, que fue la más alta para tarjeta de crédito básica, en la fecha referida.

Se otorgó el amparo a la quejosa.

4. *El examen de la usura en el arrendaiento*

El Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito al resolver el juicio de amparo 83/2016, en ejecutoria de diecisiete de marzo de dos mil dieciséis.

a) Clase de juicio: Controversia de arrendamiento inmobiliario.
b) Pretensión de Origen: La devolución del inmueble y el pago de la cantidad de $24,000.00 (Veinticuatro mil pesos 00/100 M.N.), derivado de las rentas adeudadas de diciembre de 2014 a marzo de 2015.
c) El cobro de intereses: El pago de $2,400.00 (Dos mil cuatrocientos pesos 00/100 M.N.), por concepto del 10% de intereses moratorios.

d) Sentencia del Juez de Primera Instancia: Condenó al pago de la prestación principal reclamada y el pago de los intereses moratorios.
e) Sentencia de segunda instancia: Confirmó la de primer grado.
d) Estudio en el Tribunal: Se basó en la jurisprudencia surgida de la contradicción de tesis 350/2013, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y se procedió al estudio oficioso de las obligaciones pecuniarias pactadas, pues del análisis de las constancias de actuaciones se advierte una violación al derecho fundamental de la propiedad, contenido en el Artículo 21, apartado 3, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por otra parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación abordó el tema de la usura, en relación a los intereses pactados en un título de crédito (pagaré); pero este pronunciamiento no limitó el derecho fundamental de propiedad, en su aspecto de prohibir la usura, a los casos de pagarés y/u operaciones crediticias.

Ahora bien, en el contrato de arrendamiento se pactó el pago de un interés moratorio, a razón del diez por ciento mensual, por la falta de pago de cada una de las rentas vencidas y no pagadas.

Análisis de los intereses pactados. Las partes pactaron el pago de un interés mensual, a razón del diez por ciento, que equivale al 120% anual, que confrontado con el interés legal (9% anual), se advierte que es aproximadamente trece veces superior; en función de ello, es que se da la existencia de un parámetro objetivo para tildar de usurarios tales intereses y, por tanto, procede su reducción.

Tanto el Artículo 2117, como el diverso 2395, ambos del Código Civil para esta ciudad, establecen que el interés legal es un referente objetivo para resarcir los daños y perjuicios ocasionados por las partes, sin excluir la posibilidad de que las partes puedan pactar un interés distinto. Sin embargo, el segundo de los preceptos establece que si la tasa que se pacte resulta ser tan desproporcionada, en relación al interés legal, que permita presumir que hubo abuso del acreedor, el juez puede reducirlos, incluso, hasta el monto del interés legal.

Reducción de la tasa. La Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que la notoria desproporción en los intereses pactados conlleva a la reducción de la tasa de interés, incluso hasta el tipo legal, según las circunstancias.

En este contexto, al reducir los intereses moratorios se debe evitar que se incentive el incumplimiento de la obligación de pago, es decir, no debe ser

tan baja que el deudor se vea motivado a incumplir con sus obligaciones, merced a que la tasa de interés le resulte irrisoria, lo cual generaría que ese incumplimiento se prolongue en el tiempo en detrimento al patrimonio del acreedor. Por tanto, los órganos jurisdiccionales deben considerar las circunstancias objetivas que rodean la relación jurídica subyacente y, con base en ellas, reducir la tasa de interés.

Sobre este punto, se estima pertinente atender las circunstancias que advirtió nuestro Máximo Tribunal, para reducir los intereses pactados en un pagaré, las que, desde luego, se deben adecuar en el caso del contrato. A saber: *a)* el tipo de relación existente entre las partes; *b)* la calidad de los sujetos que intervienen en la suscripción del pagaré y si la actividad del acreedor se encuentra regulada; *c)* el destino o finalidad del crédito; *d)* el monto del crédito; *e)* el plazo del crédito; *f)* la existencia de garantías para el pago del crédito; *g)* las tasas de interés de las instituciones bancarias para operaciones similares a las que se analizan, cuya apreciación únicamente constituye un parámetro de referencia; *h)* la variación del índice inflacionario nacional durante la vida real del adeudo; *i)* las condiciones del mercado; y *j)* otras cuestiones que generen convicción en el juzgador.

Lo anterior se da, precisa nuestro Máximo Tribunal, sobre la base de que tales circunstancias pueden ser apreciadas el juzgador (solamente si de las constancias de actuaciones obra válidamente prueba de ellas) para aumentar o disminuir lo estricto de la calificación de una tasa como notoriamente excesiva; análisis que, además, debe complementarse con la evaluación del elemento subjetivo, a partir de la apreciación sobre la existencia o no, de alguna situación de vulnerabilidad o desventaja del deudor en relación con el acreedor.

Ahora bien, trasladando esas circunstancias a las relaciones jurídicas reguladas por el Código Civil, se obtiene que en la reducción de intereses se atiende:

i. Al tipo de relación existente entre las partes.
ii. La calidad de los sujetos que intervienen en la relación jurídica; por ejemplo, si son profesionistas, comerciantes o si uno de ellos se dedica a la renta de inmuebles.
iii. Si existe regulación sobre el monto a pagar por concepto de intereses en arrendamiento inmobiliario o un parámetro establecido para tal efecto.

iv. El destino o finalidad del inmueble arrendado, esto es, si es para casa habitación, uso comercial o agrícola.
v. El monto de las rentas pactadas.
vi. El tiempo en que se generan intereses.
vii. La existencia de garantías para el pago de las rentas.
viii. Las condiciones del mercado inmobiliario, para determinar la oferta y la demanda del arrendamiento de inmuebles.
ix. La apreciación sobre la existencia o no, de alguna situación de vulnerabilidad o desventaja del deudor en relación con el acreedor.

De las constancias del juicio subyacente se advirtió que no existe una relación personal entre la arrendadora y el arrendatario, ni que alguno de ellos se dedique a una actividad comercial.

El tribunal manifestó no conocer alguna norma o referente que fije el interés moratorio en caso de incumplimiento de un contrato de arrendamiento.

Se trata de un inmueble destinado a local comercial (venta de alimentos), como se desprende de la cláusula tercera del contrato de arrendamiento.

El monto de la renta mensual pactada asciende a la cantidad de $6,000.00 (Seis mil pesos 00/100 M.N.), más el Impuesto al Valor Agregado.

Los intereses se generan mensualmente y su naturaleza moratoria persigue, por una parte, inhibir el incumplimiento de sus obligaciones y, por la otra, resarcir los perjuicios ocasionados, pues sólo se pactan para el caso de incumplimiento; es decir, pueden llegar o no a causarse.

No se advirtieron datos de la existencia de alguna situación de vulnerabilidad o desventaja del deudor en relación con el acreedor.

El arrendador no es comerciante, se puede afirmar que el dinero que recibe por concepto de rentas es para satisfacer necesidades personales.

Por otro lado, se apreció que el quejoso pagó diez meses de rentas, pues el reclamo se efectuó a partir del mes de diciembre de dos mil catorce, sin que se haya ordenado la entrega del inmueble.

Como en el caso se observó que las partes pactaron una tasa de interés superior a la legal (en una proporción de aproximadamente trece veces, tratándose de moratorios), ésta resultó excesiva, pues conforme a la tasa pactada (120%), el quejoso pagaría una suma anual, por concepto de interés, de $7,200.00 (Siete mil doscientos pesos 00/100 M.N.), de modo que el tribunal estimó adecuado ajustar la tasa pactada del 120% anual, al 30%.

De suerte que, resulta obligatorio proteger al deudor, a efecto de que no se vea disminuido su patrimonio de manera injustificada por el cobro de in-

tereses excesivos; pero, a su vez, se debe cuidar de no lesionar el patrimonio del acreedor cuando no percibe de manera oportuna los pagos de las obligaciones que pactó con el deudor. Es inconcuso que resulta correcto disminuir la tasa de interés moratorio pactada al 30%, lo que implica un pago anual de $2,160.00 (Dos mil ciento sesenta pesos 00/100 M.N.).

Se ortorgó el amparo a la quejosa.

5. *El examen de la usura en pagaré*

El Décimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito resolvió el juicio de amparo 9/2016, en ejecutoria de 21 de abril de 2016.

a) Clase de juicio: Especial hipotecario.
b) Pretensión de Origen: El pago de la suma de $120,000.00 (Ciento veinte mil pesos 00/100 M.N.)N (*sic*) por concepto de suerte principal.
c) El cobro de intereses: El pago de los intereses pactados en la cláusula segunda, parte in fine, del contrato base, desde la celebración, a razón de una tasa del 10% mensual.
d) Sentencia del Juez de Primera Instancia: Se declaró improcedente la vía y se absolvió del pago de intereses.
e) Sentencia de segunda instancia: Condenó al pago de la suerte principal y el pago de los intereses moratorios.
f) Estudio en el Tribunal: Se basó en la jurisprudencia surgida de la contradicción de tesis 350/2013, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La quejosa adujo que el juez natural debió analizar de oficio la protección del deudor frente al cobro de intereses excesivos por constituir usura, a cuyo presupuesto están obligados todos los jueces del sistema jurídico mexicano al observar el principio *pro personae* que se traduce en la interpretación más favorable de un derecho humano, cuando ésta sea contraria a la Norma Fundamental del país o bien algún tratado internacional de los que el Estado mexicano sea parte, ello sin requerir de un agravio expresamente aducido.

Se consideró fundado el argumento.

La usura. Dicha figura se actualiza cuando una persona obtiene, en provecho propio y de modo abusivo sobre la propiedad de otra, un interés excesivo derivado de un préstamo.

El Artículo 21, numeral 3, de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos dispone que "tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley". Por tanto, la usura, entendida como un provecho abusivo sobre la propiedad de alguna persona, así como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, están prohibidos a la luz de dicho acuerdo.

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos es un tratado internacional que rige en nuestro país, en conformidad con los párrafos primero, segundo y tercero del Artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del cual se obtienen las siguientes directrices:

1. Los Derechos Humanos son los reconocidos en la Constitución, pero también en los tratados internacionales de los que México es parte.
2. Las leyes ordinarias deben interpretarse en conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales.
3. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los Derechos Humanos, y el Estado debe prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los mismos en los términos que establezca la ley.

La usura es una forma de explotación del hombre por el hombre. Está prevista su proscripción en un tratado internacional suscrito por el Estado mexicano.

6. *Examen de la usura por la Suprema Corte de Justicia de la Nación*

Al respecto, se atiende al criterio de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la contradicción de tesis 350/2013, de donde deriva la tesis cuyo rubro es:

> PAGARÉ. EL ARTÍCULO 174, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO, PERMITE A LAS PARTES LA LIBRE CONVENCIÓN DE INTERESES CON LA LIMITANTE DE QUE LOS MISMOS NO SEAN USURARIOS. INTERPRETACIÓN CONFORME CON LA CONSTITUCIÓN [ABANDONO DE LA JURISPRUDENCIA 1a./J. 132/2012 (10a.) Y DE LA TESIS AISLADA 1a. CCLXIV/2012 (10a).

En esta tesis, la Primera Sala expresó estas consideraciones esenciales:

i. La usura se puede presentar y combatir o enfrentar en diversos ámbitos, no sólo a través de la lesión.
ii. El Artículo 21, apartado 3, de la Convención Americana de los Derechos Humanos, obliga al Estado mexicano a prohibir, en sus leyes, la usura y cualquiera otra forma de explotación del hombre por el hombre, al prever: "Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley".
iii. La usura consiste en que una persona obtenga, en provecho propio y de modo abusivo sobre la propiedad de otra, un interés excesivo derivado de un préstamo.
iv. Se abandonó el criterio de que el control de los actos que contengan pactos usurarios sólo puede hacerse si las partes lo invocan por vía de acción o excepción, al fijarse la litis en el juicio respectivo, para considerar que debe hacerse de oficio por cualquier autoridad en el ámbito de su competencia.

En la jurisprudencia citada, la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró que el estudio de la usura se puede practicar de oficio, pues existe la facultad de cualquier autoridad, en el ámbito de sus atribuciones, para que pueda realizar dicho examen, sin ser necesario que las partes lo invoquen por vía de acción o excepción.

De suerte que, el estudio de la usura debe ser oficioso por parte de la autoridad judicial en ejercicio de sus funciones.

Bajo este contexto, corresponde razón a la parte quejosa, por cuanto a que es incorrecta la omisión en que incurrió el juez natural, pues si bien se limitó a realizar la condena de los intereses sobre el monto pactado en la cláusula segunda, parte *in fine*, del contrato base de la pretensión —a razón de una tasa del 10% (diez por ciento) mensual, sobre la cantidad adeudada—, lo cual se reflejó en el tercero de los puntos resolutivos de la sentencia impugnada, es inconcuso que, como se puede observar de dicha resolución, ningún argumento expuso para sustentar su decisión. Es decir, no definió si el pacto de los intereses es o no usurario.

El Artículo 81 del Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México dispone que las sentencias definitivas deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y las contestaciones, así como con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito; condenando o absolviendo

al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. Cuando estos hubieren sido varios, se hará el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos. Luego, las sentencias definitivas, como la que es materia del presente asunto, para satisfacer el principio de congruencia, deben resolver sobre todos los puntos que fueron materia de la contienda, incluidos, los presupuestos de examen oficioso, como es el tema de la usura.

Lo anterior aunado a que la Suprema Corte de Justicia de la Nación también emitió un criterio en el que determinó que, en el caso de un contrato de mutuo con garantía hipotecaria, el deudor no tiene que probar el apuro pecuniario que lo determinó a aceptar un interés demasiado alto, puesto que la misma desproporción de éste es suficiente para concluir que quien se obligó a cubrirlo se encontraba en estado de necesidad.

Otorgamiento del amparo.

La sala debería considerar que el examen de la legalidad de la tasa del interés pactado, en conformidad con la jurisprudencia actual de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, **es oficioso** para el juez de instancia, ante lo cual debe realizar dicho análisis sobre la tasa del diez por ciento mensual pactado por las partes en la cláusula segunda del contrato base de la pretensión.

IX. Comentarios a las resoluciones judiciales

Las sentencias citadas son únicamente una muestra del trabajo de los tribunales colegiados sobre el tema de la usura. Como se puede advertir, constituyen un efecto "cascada o reflejo" del fallo de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación, entre cuyas características comunes encontramos las siguientes:

1. El apartado sustantivo del análisis de la usura se sustenta en la jurisprudencia por contradicción de tesis 350/2013.
   En gran medida, se retoma el examen de la usura como una violación a la Convención Americana, específicamente la conculación del Artículo 21, numeral 3, relativo a su prohibición. Asimismo, se destaca el contenido del Artículo 1° de la Constitución Federal, en donde, desde mi perspectiva, ya se establece ahora el bloque de constitucionalidad.
2. En todos los casos se realiza un examen de los intereses y se determina una disminución, al estimarse usurarios.

3. El análisis se efectúa tanto de los intereses ordinarios como de los moratorios.
4. El estudio de la usura se realiza sobre varios tipos de documentos o contratos, como son: pagarés y contratos de crédito o arrendamiento. El examen se realizó tanto en juicios de carácter ejecutivo mercantil, ordinario mercantil y especial hipotecario.
5. El parámetro o común denominador para el examen de los intereses es la publicación, realizada por el Banco de México, sobre la tasa de interés aplicable a los clientes "no totaleros" de la tarjeta de crédito; siendo ésta, la tasa promedio ponderada.

X. Temas relevantes

Desde mi punto de vista, no obstante la trascendencia de la interpretación realizada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en torno al tema de la usura y su conexión con los Derechos Humanos, entre otros; aún quedan varios temas relevantes sin resolver y, con certeza, en algún momento determinado deberán ser retomados para su estudio. Por ejemplo:

Uno de dichos temas es si el parámetro que comúnmente se utiliza (intereses que se pagan por el uso de las tarjetas de crédito) es el que más se aproxima y puede servir de "fiel de la balanza" para decidir cuándo un interés es usurario.

Otro es si la medida utilizada por el Banco de México —que es adecuada para la regulación del pago de intereses, cuando no se está en el supuesto de una tarjeta de crédito— conviene emplearse también en estos casos, pues los documentos analizados, además de los pagarés, también son algunos contratos como el de arrendamiento, mutuo o crédito.

Finalmente, un diverso tema que queda para la discusión y, quizá, para un eventual pronunciamiento —ya sea de los tribunales colegiados o bien de la Suprema Corte—, es si la tasa promedio ponderada es la que se debe considerar como no usuraria o bien, incluso, la tasa máxima que se utiliza para el pago de intereses en la tarjeta de crédito, cuyo porcentaje resulta mayor a la tasa promedio ponderada, pero que es menor a la pactada generalmente por las partes (mensual y anual) en un contrato o documento mercantil.

XI. La agenda pendiente

Derivado del presente trabajo, estimó que, entre otros, quedan pendientes para una investigación y discusión posterior, varios temas; los cuales consisten en determinar:

1. Si el control convencional que realizan los tribunales constitucionales de cualquier país es netamente puro o si solamente es una especie del control que realiza la Corte Intermericana de Derechos Humanos.
2. La jerarquía de los tratados internacionales con respecto a la Constitución Federal, en nuestro país.
3. Si la disminución en la tasa de interés, cuando se considere usuraria, puede operar en cualquier tipo de contrato o documento en donde se pacten intereses, pues hasta ahora sólo se ha realizado en los pagarés, contratos de arrendamiento y de crédito; de la misma manera, si el examen de la usura se puede practicar sobre todo tipo de figuras, como el cobro de intreses sobre intereses.

XII. Conclusiones

Primera. Antes de la jurisprudencia por contradicción de tesis 350/2013, en nuestro país subsistía el cobro de intereses a la tasa que las partes pactaran libremente. Los tribunales no realizaban un examen, ya fuera a petición de parte ni —mucho menos— oficioso, sobre el porcentaje que debería cobrarse sobre los intereses, dado que se imponía el criterio del *pacta sunt servanda*.

Segunda. La reforma constitucional de 10 de junio de 2011, sobre el contenido del Artículo 1° de la Constitución Federal, significó un "parte aguas" en nuestro medio jurídico, al incluirse como materia de protección "los Derechos Humanos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales nuestro país sea parte", dado que nuestra frontera para la protección de los Derechos Humanos siempre había sido, únicamente, los previstos en la Carta Magna Federal.

Así se creó el denominado bloque de constitucionalidad, el cual permite que la plataforma de protección se extienda a cualquier tratado internacional de la materia, el cual haya sido suscrito por el presidente de la República y el Senado.

Tercera. La existencia del control convencional para que los jueces, a quienes no está encargado propiamente dicho el control constitucional en nuestro país, es una herramienta que poco a poco se ha ido abriendo paso en las interpretaciones de los tribunales de primera y segunda instancia, lo cual ha permitido la apertura de una nueva doctrina judicial, pues ahora los jueces de los Estados tienen la posibilidad de "desaplicar una ley" cuando la estimen inconvencional; como ejemplo, lo previsto por el Artículo 362 del Código de Comercio.

Cuarta. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, por medio de la jurisprudencia 350/2013, expuso las razones por las cuales el examen de la usura se puede realizar de manera oficiosa por cualquier tribunal; lo cual ha permitido que aquellos casos en que existe una demanda judicial y, particularmente, el reclamo del pago de intereses, sean atendidos por los tribunales ordinarios o, bien, por los de carácter constitucional, los que analizarán la tasa pactada por las partes y, de considerarla elevada, la reducirán en beneficio del deudor.

Quinta. En mi opinión, a partir de la jurisprudencia citada, el examen de la usura debe realizarse sobre cualquier tipo de contrato o documento en donde se pacten intereses, pues lo que se tutela es la prohibición de la usura, lo cual debe hacerse extensivo a cualquier acto en donde exista un aprovechamiento de la explotación del hombre por el hombre.

Bibliografía

Bentham, Jeremy, *En defensa de la usura*, Madrid, Sequitur, 2009.

Castilla Juárez, Karlos A., "El control de convencionalidad. Un nuevo debate en México", en *El cotrol difuso de convencionalidad*, Eduardo Ferrer Mac-gregor (coord.), México, Fundap, 2012.

Corzo Sosa, Edgar, "Control Constitucional, Instrumentos Internacionales y bloque de Constituconalidad", en *Estudios en Homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Eduardo Ferrer Mac-gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, (coords.), Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.

Chavarín Castillo, José Manuel, "El bloque de Constitucionalidad en México", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, t. 23, enero-junio de 2015.

De Vitoria, Francisco, *Contratos y Usura,* Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 2006.

Gozaíni, Alfredo, "El impacto que produce en el derecho interno el control de convencionalidad", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 21, enero a junio de 2014, Porrúa.

Hiters, Juan Carlos, "El control de convencionalidad" en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constituional,* núm. 22, julio-diciembre de 2014.

Jiménez Muñoz, Franciso Javier, *La usura: Evolución histórica y patología de los intereses,* Madrid, Dykinson, 2010.

Vallés y Pujals, J., *Del préstamo a interés de la usura y de la hipoteca,* Barcelona, Librería Bosch, 1993.

Normas consultadas

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención Americana de Derechos Humanos.

Ley de Amparo.

Código de Comercio.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Páginas Electrónicas

Ius de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y LA JURISPRUDENCIA EN MÉXICO*

Rodolfo Moreno Madrigal**

Sumario: I. Presentación de la cuestión. II. La jurisprudencia en México. III. La teoría de la argumentación jurídica y la jurisprudencia en la práctica mexicana. IV. Propuesta de solución. V. Conclusiones. Fuentes consultadas.

1. Presentación de la cuestión

La práctica jurisprudencial mexicana, a lo largo de su historia, se ha caracterizado por resultar una práctica *sui generis* en relación con la forma en que el sistema de precedentes[1] funciona en los distintos sistemas jurídicos, ya sea que nos refiramos a sistemas de tradición continental europea o de *common law*.[2]

De manera general, es posible advertir cómo los propios órganos facultados para emitir jurisprudencia en nuestro país han aparejado esta actividad con la interpretación que en sede judicial se lleva a cabo de las normas;[3] empecinándose en caracterizar —con un espíritu totalizador— la práctica

* Trabajo final sustentado por el por el autor para obtener el título del Máster en Argumentación Jurídica por las Universidades de Alicante, España y de Palermo, Italia, septiembre de 2014.

** Abogado egresado de la Escuela Libre de Derecho y profesor de Derechos Humanos en la misma.

[1] Empleo el término "precedente" de forma amplia. Más adelante se expondrá la diferencia entre el modelo de precedentes y el modelo de jurisprudencia.

[2] Al respecto, resulta oportuno señalar que el sistema jurídico mexicano se ha visto influenciado, a lo largo de su historia, tanto por figuras pertenecientes al *common law*, como por instituciones de corte europeo constitucional, lo que podría arrojar pistas sobre el origen de su ambivalencia.

[3] Suprema Corte de Justicia de la Nación. *La jurisprudencia en México, Estado del Arte,* Serie de cuadernos de jurisprudencia 9, p. 299.

jurisprudencial, estableciendo su objeto, límites y alcance, así como su forma de aplicación. Esta caracterización ha sido llevada a cabo a través de la propia práctica jurisprudencial. Por decirlo de alguna manera: los órganos jurisprudenciales han emitido *jurisprudencia sobre jurisprudencia*, con la intención de dejar en claro la forma en que funciona ésta en nuestro ordenamiento jurídico. Lo anterior, me parece, podría representar un efecto negativo, pues lejos de alcanzarse algún grado de certeza o seguridad jurídica —como podría identificarse que fue la pretensión—, habría impedido un desarrollo y evolución racional de la institución, petrificando la jurisprudencia en México de forma artificial e inadecuada.

La dogmática imperante sobre la jurisprudencia en México se ha caracterizado por prestar una mayor atención y preocupación por atender a los criterios jurisprudenciales que sobre esta práctica emiten los órganos jurisdiccionales, que en desarrollar un verdadero análisis y conceptualización racional del sistema jurisprudencial.[4] Así, la doctrina sobre jurisprudencia, en términos generales, puede ser identificada, a lo sumo, como una dogmática descriptiva de la práctica jurisprudencial, enfocada principalmente en la presentación de la forma en que se integra la jurisprudencia en México, más que en desarrollar una teoría justificativa o un análisis con base en cualesquier criterio de corrección, en relación a dicha práctica.

Por otro lado, me parece que un campo elemental de la jurisprudencia ha sido soslayado por la dogmática, y es el relativo a la aplicación de ésta. Si bien es cierto que la jurisprudencia sobre jurisprudencia se ha ocupado de ello a través de criterios que establecen la forma en que ésta resulta obligatoria, la práctica mexicana se ha mostrado indiferente por abordar los alcances, implicaciones y limitantes que tiene la aplicación de un criterio jurisprudencial y con ello tratar de advertir, en su caso, los problemas que nuestro sistema jurisprudencial entraña.

Tomando en cuenta lo que *grosso modo* ha sido descrito hasta el momento, el presente trabajo pretende identificar la forma en que la jurisprudencia en México se desarrolla, tanto por lo que hace a su caracterización e integración, como a su aplicación, para confrontar dicha práctica con lo expuesto en términos generales por la denominada teoría estándar de la argumentación jurídica, tomando como referencia específica las tres concepciones de

[4] Como excepción a lo dicho se puede considerar la obra del Ministro Cossío Díaz, en la que, en relación al sistema de precedentes aplicable a las controversias constitucionales y acciones de constitucionalidad, realiza un interesante análisis jurídico de dicha figura con base en la dogmática del *common law*, para contrastarla con la regulación y práctica mexicana. Cossío Díaz, José Ramón, *La controversia constitucional*, p. 834.

la argumentación jurídica a que se ha referido Manuel Atienza.[5] Para lo anterior, consideré oportuno dividir el trabajo en tres apartados principales: en el primero de ellos se describirá la forma en que la práctica jurisprudencial mexicana se da; en seguida, se desarrollarán las cuestiones atinentes a la teoría del precedente y la jurisprudencia, a la luz de la argumentación jurídica, destacando los problemas o inconvenientes que pudieran existir entre dicha teoría y la práctica jurisprudencial mexicana; por último, se hará una propuesta para solucionar los problemas identificados, de acuerdo con la teoría de la argumentación jurídica referida.

II. La jurisprudencia en México

El presente apartado se desarrolla con la única pretensión de presentar, de manera general, la forma en que el modelo de precedentes y el diverso de jurisprudencia son atendidos por el ordenamiento jurídico mexicano y su práctica. Por ello, no debe ser entendido como un tratado sobre la jurisprudencia mexicana, pues aquí sólo se exponen las bases que serán empleadas para el desarrollo de apartados posteriores.

1. *Conceptualización y caracterización*

La Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ha conceptualizado a la jurisprudencia a través de diversos criterios jurisprudenciales, de los cuales es posible identificar que ésta es entendida como:

> Una fuente del derecho derivada de la interpretación constitucional y legal que, con fuerza obligatoria, crean determinados órganos jurisdiccionales al resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, con el propósito de fijar el correcto sentido y alcance de las normas jurídicas y adecuar su contenido a la dinámica de la vida en sociedad, a fin de mantener la seguridad jurídica en la esfera pública y privada.[6]

Como se aprecia, el concepto propuesto por la Suprema Corte mexicana identifica la jurisprudencia como una *fuente del derecho*, pero ¿qué entiende la Corte por el hecho que la jurisprudencia sea una fuente del derecho en el sistema jurídico mexicano? Al respecto, el mismo Tribunal Constitucional

[5] Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, p. 316.
[6] Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La jurisprudencia. Su integración*, pp. 19-21.

ha referido que la práctica jurisprudencial implica creación del derecho, pero que, a diferencia de la creación por vía legislativa, aquella no procede de simples consideraciones de oportunidad, ya que no es una creación libre, sino que se encuentra vinculada a los casos concretos, donde los tribunales son los encargados de establecer las reglas para la solución de estos.[7]

Otra de las características que contempla el concepto de jurisprudencia antes proporcionado, se relaciona con su *obligatoriedad*. Esta característica ha sido desprendida directamente de la regulación que sobre la jurisprudencia contempla el ordenamiento jurídico mexicano, es decir, del hecho que exista una disposición que así lo determina.[8]

Como también se puede identificar, la jurisprudencia ha sido caracterizada por el hecho que es *producida sólo por determinados órganos* jurisdiccionales, con exclusión de otros. En el Poder Judicial Federal esta facultad está conferida a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, los Plenos de Circuito y los Tribunales Colegiados de Circuito.

Respecto de las dos últimas características señaladas, es decir, las atinentes a la obligatoriedad y la competencia restringida a ciertos órganos para la emisión de jurisprudencia, queremos resaltar, desde este momento, el carácter formal con que las mismas son identificadas. En el próximo apartado ello será motivo de nuestro análisis.

Siguiendo con las características del concepto que nos proporciona la Suprema Corte Mexicana, toca abordar el relacionado con el objetivo de la actividad jurisprudencial, o sea, *fijar el sentido y alcance de las normas jurídicas*. Sobre el particular, la jurisprudencia sobre jurisprudencia se ha preocupado, de sobre manera, en señalar que la jurisprudencia no es ley, sino un criterio de interpretación de ésta y que la misma no agrega ni quita nada a aquella, sino que se limita a aclarar su significado y sus alcances.[9]

[7] En este punto la Corte apoya sus conclusiones en lo expuesto por el constitucionalista español Francisco Rubio Llorente. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La jurisprudencia en México,* 2ª. ed., SCJN, México, 2005, pp. 128-137.

[8] El fundamento de la obligatoriedad de la jurisprudencia lo podemos encontrar en los Artículos 94 y 107 de la Constitución, 215 a 230 Ley de Amparo, 232 Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, 43 Reglamentaria de las fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución, *et al.*

[9] Época: Sexta Época, Registro: 261095, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Volumen XLIV, Segunda Parte, Materia(s): Común, Penal, Página: 85, que al rubro se lee "JURISPRUDENCIA APLICABLE." Y Época: Sexta Época, Registro: 259866, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Volumen LXXV, Segunda Parte, Materia(s): Penal, Común, Página: 26, que al rubro se lee "JURISPRUDENCIA, APLICACION RETROACTIVA DE LA."

Relacionado con la característica antes apuntada, es importante mencionar dos criterios jurisprudenciales que al respecto se han emitido. El primero de ellos refiere al método de interpretación susceptible de ser empleado al fijar la jurisprudencia. Sobre este particular se ha dicho que, ante la oscuridad o insuficiencia de la letra de la ley, el juzgador puede utilizar el criterio de interpretación que considere adecuado en el caso concreto,[10] atendiendo a que los sistemas de interpretación que la jurisprudencia ha señalado se encuentran reconocidos en nuestro sistema jurídico y son: el método gramatical, lógico, sistemático e histórico.[11] El segundo de los criterios tiene que ver con la retroactividad de la jurisprudencia. Derivado de la característica que nos ocupa, en específico, la aseveración de que la jurisprudencia no es ley, la Suprema Corte de Justicia sustentó[12] como criterio obligatorio el que la jurisprudencia podía ser aplicada de forma retroactiva, ya que la prohibición constitucional de dicha práctica esta únicamente referida a la ley.

Sólo resta ocuparnos de la última característica identificable en la conceptualización de jurisprudencia, que se relaciona con la finalidad de la misma, es decir, la *seguridad jurídica*. Lo anterior, se ha dicho, es alcanzable ante la certeza en la aplicación en el orden jurídico que implica y da seguridad jurídica a los gobernados.[13]

2. *La formulación de la jurisprudencia mexicana*

Habiendo expuesto el concepto que sobre jurisprudencia es identificable en los diversos criterios jurisprudenciales que al respecto se han emitido, así como desarrollado de manera sucinta sus características, resulta pertinente, antes de analizar la forma en que se integra la jurisprudencia en el ordena-

[10] Época: Novena Época, Registro: 181320, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIX, Junio de 2004, Materia(s): Común, Tesis: 1a. LXXII/2004, Página: 234, que al rubro se lee "INTERPRETACIÓN DE LA LEY. SI SU TEXTO ES OSCURO O INCOMPLETO Y NO BASTA EL EXAMEN GRAMATICAL, EL JUZGADOR PODRÁ UTILIZAR EL MÉTODO QUE CONFORME A SU CRITERIO SEA EL MÁS ADECUADO PARA RESOLVER EL CASO CONCRETO".

[11] Época: Octava Época, Registro: 223218, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo VII, Abril de 1991, Materia(s): Común, Tesis: Página: 192, que al rubro se lee "INTERPRETACION DE LA LEY, INSTRUMENTOS AL ALCANCE DEL ORGANO JURISDICCIONAL PARA LA".

[12] Si bien esto ya no es así hoy en día, ello no se debe al abandono o superación del criterio jurisprudencial en comento, sino a una modificación legislativa del año 2013, relativa al juicio de amparo, a través de la cual se prohibió la aplicación retroactiva de la jurisprudencia para los juicios iniciados a partir de que dicha reforma entró en vigor.

[13] Suprema Corte de Justicia de la Nación. *La jurisprudencia. Su integración, op. cit.*, pp. 19-21.

miento jurídico mexicano, llamar la atención sobre un rasgo distintivo de la jurisprudencia en México y que tiene que ver con su formulación.

De manera general, se puede decir que la actividad judicial se manifiesta a través de sentencias, las cuales son emitidas al resolver los casos que les son planteados a los distintos órganos jurisdiccionales. Asimismo, resulta común para la práctica jurídica referir que en dichas sentencias los jueces justifican sus fallos, expresando las razones que sustentan su decisión. Así, en dicha justificación se encontrará el criterio jurisprudencial, el cual se podrá distinguir al identificar la *ratio decidenci*, es decir, la "regla", el "estándar", "criterio", "principio" o "razón" principal utilizados para resolver el caso. El cual deberá ser utilizado en casos futuros en los que exista una cierta identidad.[14]

Con lo dicho hasta ahora, es posible advertir que "sentencia" y "criterio jurisprudencial" no son lo mismo. Más bien, el criterio jurisprudencial se encontrará en una sentencia o será parte de ésta, pero no es la sentencia. Tomando en consideración esto, la dogmática construida en torno al precedente y la jurisprudencia ha señalado que la identificación de la *ratio decidendi* no se da en el caso en que fue emitida ésta, sino en el posterior en que se pretende hacer valer como tal, así "parece ser que el juego de la identificación se da en el marco de las relaciones entre los órganos y las partes y de los órganos inferiores y superiores entre sí dentro del flujo institucional propio de cada orden jurídico".[15]

La anterior problemática, referente a la identificación de la jurisprudencia en las diversas sentencias, pareciera que ha sido eludida por el ordenamiento jurídico mexicano —consciente o inconscientemente—, pero ha originado una serie de problemas que me parece resultan de enormes proporciones, ya no sólo por lo que respecta a la integración de la misma, sino también por lo que hace a su aplicación, lo cual será abordado más adelante. Por ahora, me parece adecuado tratar de explicar esta peculiaridad que tiene la formulación de la jurisprudencia en México.

Un vez que un órgano con competencia para emitir jurisprudencia emite una sentencia, identifica el criterio sustentado para la resolución del caso, el cual podrá ser susceptible de integrar jurisprudencia. Estos criterios que aún no forman jurisprudencia, pero que estarían en vías de hacerlo, son denominados *tesis aisladas*. Ahora bien, tanto las tesis aisladas, como la jurisprudencia en su momento, son recogidas en una formulación especial.

[14] Los términos aquí empleados para tratar de definir el concepto de *ratio decidendi* aparecen en la obra del Ministro José Ramón Cossío. Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit.*, pp. 712-713.

[15] Ingman, T., *The English legal process*, pp. 313-314, citado por Cossío Díaz, *op. cit.*

Me parece que la mejor forma de ejemplificar lo anterior es con la transcripción de alguna de estas formulaciones:

Séptima Época
Registro:239554
Instancia: Tercera Sala
Tesis Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Volumen 217-228, Cuarta Parte
Materia(s): Civil
Página: 132
Genealogía: Informe 1987, Segunda Parte, Tercera Sala, tesis 324, página 233.
GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES. SU TIERNA EDAD ES SUFICIENTE PARA CONFIARLOS A LA MADRE (LEGISLACION DEL ESTADO DE VERACRUZ).
El artículo 157 del Código Civil para el Estado de Veracruz, que regula y define la situación de los hijos en los casos de divorcio, establece en su regla primera, que cuando la causa de divorcio estuviera comprendida en las fracciones I, II, III, IV, VII, XIII, y XIV del artículo 141, los hijos quedarán bajo la potestad del cónyuge no culpable; en su regla segunda, que cuando la causa del divorcio estuviera comprendida en las fracciones VIII, IX, XII y XV del artículo 141, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge inocente; y en su regla tercera, que en el caso de las fracciones V y VI del artículo 141, que los hijos quedarán en poder del cónyuge sano. Como puede verse, la causal de divorcio a que se refiere la fracción X del artículo 141 del código en comento, no se comprende en ninguno de los casos a que aluden las reglas primera, segunda y tercera del mencionado artículo 141. En cambio, la regla cuarta y última del artículo 157 del Código Civil, dispone que en todos los casos de divorcio en que la ley no fije en favor de uno determinado de los cónyuges el cuidado de los hijos, el Juez determinará lo conveniente dentro de los términos del artículo 133, precepto según el cual, los hijos serán confiados al cuidado del padre y la madre en justa proporción y siguiendo hasta donde el Juez lo estime oportuno, la elección de los propios hijos expresada por estos libremente, y que en caso de incapacidad de los mismos para optar o expresar su elección, que el Juez decidirá en los términos convenientes al interés social y familiar de los hijos y los padres. Por tanto, la responsable procede correctamente al resolver sobre la guarda y custodia de los hijos menores, al confiar a los hijos a la madre por su tierna edad, conforme a la regla cuarta del artículo 157 del Código Civil del Estado de Veracruz, pues en los casos de divorcio por la causal prevista en la fracción X del artículo 141 del propio código, la ley no fija en favor de uno determinado de los cónyuges el cuidado de los hijos, sino que faculta al Juez para que bajo su prudente arbitrio y teniendo en cuenta los intereses superiores de los hijos, resuelva en favor de uno de los cónyuges, independientemente de que éstos o alguno de ellos sea cónyuge inocente o culpable.
Amparo directo 4680/86. Rodolfo Reynoso Mayoral. 24 de junio de 1987. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ernesto Díaz Infante. Secretario: Guillermo A. Hernández Segura.

El formalismo[16] sobre la jurisprudencia es tal, en México, que la regulación para su formulación resulta en extremo extensa. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido el Acuerdo 20/2013,[17] en el cual se regula pormenorizadamente la forma en que se redactan, elaboran, emiten y publican las formulaciones que ahora nos ocupan. De este cuerpo normativo, cobra relevancia el concepto que ofrece sobre las formulaciones que se hacen de las tesis aisladas y jurisprudencias, las cuales define como la expresión por escrito, en forma abstracta, de un criterio jurídico establecido al resolver un caso concreto, identificando además, que la tesis no es un extracto, una síntesis o un resumen de la sentencia.[18]

Por último, me parece insoslayable, para efectos del presente trabajo, advertir lo que el mismo Acuerdo 20/2013 indica en relación con la elaboración del texto de estas formulaciones, ya que se regula que éste debe derivar en su integridad de la parte considerativa fundamental de la resolución correspondiente, es decir, de la parte en que se expresa la fundamentación de la decisión, y no contener aspectos que, aun cuando se hayan tenido en cuenta en la discusión del asunto, no formen parte de aquélla, entendiendo por parte considerativa fundamental, la concerniente al planteamiento del problema o problemas tratados y las razones de su solución. De la misma manera, el acuerdo en cuestión establece que dicho texto debe ser redactado con claridad, de modo que pueda ser entendido cabalmente sin recurrir a la resolución correspondiente.[19]

3. *Integración de la jurisprudencia*

En México es posible identificar la coexistencia, por lo menos formal, tanto del modelo relativo a los precedentes, como el diverso jurisprudencial. Este último, el de más auge e importancia en el ordenamiento jurídico mexicano.

[16] El término "formalismo" es empleado en un sentido amplio, con lo cual se pretende comprender, tanto como una característica del derecho, como una concepción del derecho, atendiendo a la innegable conexión existente en dicha distinción. ATIENZA, Manuel, *op. cit.*, pp. 24-27.

[17] Acuerdo General 20/2013, de 25 de noviembre de 2013, relativo a las reglas para la elaboración, envío y publicación en el *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, de las tesis que emiten la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Plenos de Circuito y los Tribunales Colegiados de Circuito, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 12 de diciembre de 2013.

[18] *Ibid.*, Artículo 2.

[19] *Ibid.*, Artículo 4.

a) Modelo de Jurisprudencia

El modelo de jurisprudencia se encuentra regulado en la Ley de Amparo, la cual establece básicamente dos distintos mecanismos para la integración de la jurisprudencia. El primero de ellos es denominado por reiteración y el segundo llamado por contradicción o unificación de criterios.

i. Jurisprudencia por reiteración

La jurisprudencia por reiteración se logra cuando un mismo órgano jurisdiccional sustenta un mismo criterio, con una cierta mayoría calificada, en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario,[20] ya sea del mismo órgano o de uno diverso con jerarquía superior.[21]

Sobre esto, vale la pena destacar que el requisito para la integración de este tipo de jurisprudencia está en que el criterio, no la sentencia, sea sustentado y votado de acuerdo con lo establecido en la ley, es decir, atendiendo a una distinción antes hecha, el criterio y la sentencia no pueden identificarse. Entonces, lo relevante aquí será identificar si el criterio fue adoptado o no, por la mayoría necesaria en cada uno de los distintos casos, con independencia del sentido final de la sentencia. Por último, se debe decir que los órganos facultados para integrar esta clase de jurisprudencia son el Pleno y las Salas de la Suprema Corte, así como los Tribunales Colegiados de Circuito.[22]

ii. Jurisprudencia por unificación o contradicción

Este tipo de jurisprudencia se integra cuando uno de los órganos jurisdiccionales con competencia para ello, dilucida los criterios discrepantes sostenidos por órganos jurisdiccionales jerárquicamente inferiores. Así, el Pleno de

[20] Ley de Amparo, *DOF*, el 02 de abril de 2013. Artículos 222 a 224.

[21] Con independencia de los argumentos que bajo una óptica jerárquica o de cualesquier otra se pudieran plantear en contra de lo dicho, lo aquí señalado me parece interesante, ya que podría revelar el criterio de la SCJN al respecto, el cual se puede ver en el Acuerdo General 20/2013 del Pleno de la SCJN, mismo que en su Artículo 31 letra B, refiere que la publicación de una tesis puede ser omitida: "Cuando la Coordinación detecte que una tesis aislada o de jurisprudencia emitida por un Tribunal Colegiado de Circuito, en las materias propias de su competencia, sostiene un criterio distinto al contenido en una tesis de jurisprudencia o aislada de la Suprema Corte o de un Pleno del mismo Circuito, deberá informarlo a aquél, a efecto de que determine sobre su publicación. En el supuesto de que el Tribunal Colegiado de Circuito determine publicar la tesis, la Coordinación elaborará una nota de remisión a la o a las tesis de la Suprema Corte o del Pleno del mismo Circuito que contienen el criterio distinto, la cual se publicará al pie de la tesis del primero;"

[22] Se considera que lo expuesto aquí, para efectos del presente trabajo, resulta aplicable *mutatis mutandi* a la jurisprudencia emitida por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

la SCJN conoce de las contradicciones de criterios sustentados por las Salas de la Corte, estas conocen de las contradicciones sustentadas por los Plenos de Circuito[23] y estos, a su vez, en relación con las contradicciones que puedan existir en los criterios de los Tribunales Colegiados de Circuito.

Respecto a la materia de este tipo de jurisprudencia, es decir, los criterios discordantes, estos pueden provenir de cualquier asunto que resulte competente a los distintos órganos jurisdiccionales.

Sobre la finalidad de este tipo de jurisprudencia, la Primera Sala de la Corte ha sostenido, en un criterio jurisprudencial:

> La esencia de la contradicción radica más en la necesidad de dotar al sistema jurisdiccional de seguridad jurídica que en la de comprobar que se reúna una serie de características determinadas en los casos resueltos por los tribunales colegiados de circuito… Por ello, en las contradicciones de tesis que la Suprema Corte de Justicia de la Nación está llamada a resolver debe avocarse a reducir al máximo, cuando no a eliminar, ese margen de discrecionalidad creado por la actuación legal y libre de los tribunales contendientes.[24]

De la resolución de una controversia de criterios puede derivarse el que alguno de ellos prevalezca con carácter de jurisprudencia o, incluso, que el órgano que resuelva la contradicción pueda esgrimir un criterio nuevo en relación con los contradichos. Sin embargo, la ley señala que la resolución que decida la contradicción no afectará las situaciones jurídicas creadas anteriormente con la aplicación de los criterios contrarios.

b) Modelo de Precedentes

Este modelo es el seguido para las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad. De acuerdo con la ley que regula estos procedimientos, las razones en que se sustenten las sentencias, aprobadas por cuando menos ocho votos de los Ministros integrantes del Pleno de la Corte, serán obligatorias para las Salas, Plenos de Circuito, tribunales unitarios y colegiados de circuito, juzgados de distrito, tribunales militares, agrarios y judiciales

[23] A su vez, las Salas de la SCJN pueden conocer de los criterios contrarios que emitan los Tribunales Colegiados de Circuito, lo cual se da cuando dichos Colegiados pertenecen a un mismo circuito, pero tienen diferente especialización. Artículo 107 XIII de la Constitución.

[24] Novena Época, Registro: 165076, Instancia: Primera Sala, Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXXI, Marzo de 2010, Materia(s): Común, Tesis: 1a./J. 23/2010, Página: 123, que al rubro se lee "CONTRADICCIÓN DE TESIS ENTRE TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO. FINALIDAD Y CONCEPTO".

del orden común de los estados y del Distrito Federal, y administrativos y del trabajo, sean estos federales o locales.[25]

No obstante la anterior regulación, la inercia de la tradición jurisprudencial mexicana ha sido tal, que ha terminado por arrastrar el modelo de precedentes a los causes del modelo jurisprudencial. Así, aún y cuando el modelo de precedentes nos obligue a indagar en cada sentencia el criterio sustentado, el cual bastaría para ser obligatorio, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha llegado al extremo de también emitir formulaciones jurisprudenciales en este sistema, lo que, de suyo, ha tergiversado la razón de ser y finalidad del sistema de precedentes.[26]

4. *Interrupción y sustitución de la jurisprudencia*

a) Interrupción de la jurisprudencia

La legislación aplicable a la jurisprudencia en México establece las figuras de la interrupción de la jurisprudencia y una diversa relativa a su sustitución.

Por lo que se refiere a la primera de ellas, la legislación indica que la jurisprudencia se interrumpe y deja de ser obligatoria cuando se pronuncie sentencia en contrario. Aquí se puede considerar que la sentencia en contrario deberá ser emitida por el mismo órgano que emitió la jurisprudencia a interrumpir. Asimismo, se indica que en la ejecutoria en la que se decida interrumpir alguna jurisprudencia se deberán expresar las razones que la apoyen, las que, se dice, deben estar referidas a las consideraciones que se tuvieron para, en su momento, emitir la jurisprudencia que se interrumpe.[27]

Sin embargo, la jurisprudencia sobre jurisprudencia al respecto emitida, ha indicado que la falta de esas razones —dadas en forma explícita— podrá implicar una deficiencia de técnica procesal, pero ello no obsta para que no se interrumpa la jurisprudencia y deje de tener carácter obligatorio.[28]

[25] Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de mayo de 1995. Artículo 43.

[26] Opiniones como la aquí expresada se pueden encontrar en Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit.*, pp. 737-744. A la fecha de publicación del presente trabajo es necesario tomar en cuenta las modificaciones hechas a través del Instrumento normativo aprobado por el Pleno de la SCJN, el 4 de abril de 2016, por el que se regula la difusión del Semanario Judicial de la Federación, el cual modifica la forma en que los precedentes derivados de las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad son dados a conocer.

[27] Ley de Amparo. Artículos 228 y 229.

[28] Época: Séptima Época, Registro: 256804, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Volumen 31, Sexta Parte, Materia(s):

b) Sustitución de la jurisprudencia

Por lo que hace a la sustitución de la jurisprudencia, ésta se da cuando alguno de los órganos con competencia para emitir jurisprudencia solicita al órgano inmediato jerárquicamente superior, que la jurisprudencia por reiteración o contradicción que sostuvo este último sea sustituida, aludiendo las razones para dicha solicitud. Así, con motivo de un caso concreto previamente resuelto, los Tribunales Colegiados pueden pedir la sustitución de la jurisprudencia establecida por el Pleno de Circuito al que pertenezcan; los Plenos de Circuito podrán hacer dicha solicitud a las Salas de la Suprema Corte y éstas, lo correspondiente con el Pleno.

Por último, la ley establece las mayorías que en la votación se requiere para la sustitución de la jurisprudencia e indica que la resolución que se emita en el sentido de sustituir la jurisprudencia no afectará las situaciones jurídicas derivadas de los juicios en los que se hubiere aplicado la jurisprudencia sustituida, ni la que resolvió el caso concreto que motivó la solicitud de sustitución.[29] De esta forma, la sustitución de jurisprudencia es considerada como una tercera manera de integrar jurisprudencia.

5. Obligatoriedad y aplicación de la jurisprudencia

a) Obligatoriedad de la jurisprudencia

La obligatoriedad de la jurisprudencia, normalmente es abordada en relación con los sujetos que deben acatarla, es decir, en relación a los órganos jurisdiccionales que deben aplicar la jurisprudencia al resolver los casos de que conocen.

En esta tesitura, se debe decir que la lógica con que la legislación identifica a los órganos jurisdicciones obligados a acatar la jurisprudencia atiende a un principio de jerarquía judicial, lo que implica que la jurisprudencia de los órganos superiores debe ser acatada y cumplida por los diversos inferiores. Adicionalmente, se establecen órganos obligados al cumplimiento y acatamiento de la jurisprudencia que se encuentran fuera del Poder Judicial, ya

Común, Página: 37, que al rubro se lee "JURISPRUDENCIA, INTERRUPCION DE LA". Dicha jurisprudencia podría considerarse vigente, aún con la entrada en vigor de la nueva Ley de Amparo, con base en el transitorio sexto del decreto mediante el cual se expidió dicha ley.

[29] Ley de Amparo. Artículo 230.

que, no obstante, emiten actos materialmente jurisdiccionales, como pueden ser los diversos tribunales administrativos pertenecientes al Poder Ejecutivo.[30]

Se debe dejar en claro que la jurisprudencia obliga hasta que la misma ha quedado integrada de acuerdo con las figuras de reiteración, contradicción y sustitución, que ya han sido expuestas. Por lo que hace a las tesis aisladas, se debe decir que los criterios en ellas expresados no resultan obligatorios; sin embargo, en la práctica se podría identificar una especie de *stare decisis* implícito, pues existe una tendencia lógica de los tribunales a acatar los criterios establecidos por tribunales superiores aun y cuando estos no puedan ser considerados como jurisprudencia obligatoria todavía, de acuerdo con el ordenamiento jurídico mexicano.

Por lo demás, la dogmática mexicana ha identificado la obligatoriedad de la jurisprudencia aludiendo a una cuestión formal de índole legal, es decir, señalando el fundamento en la legislación que así lo establece.

b) Aplicación de la jurisprudencia

Uno de los ámbitos que probablemente es —y ha sido— menos abordado, es el relativo a la aplicación de la jurisprudencia. Sobre el particular, la Suprema Corte ha sostenido que cuando sea aplicable una tesis jurisprudencial a un caso concreto, porque los elementos de la controversia se ajusten precisamente al criterio que informa la tesis, su aplicación es inobjetable, aun cuando las partes no se hayan referido al criterio que sustenta la jurisprudencia aplicada. Asimismo, ha referido que sería ilegal la aplicación de una jurisprudencia, si ésta no fuere acorde con los elementos del juicio donde se aplica o se razonara de forma ilógica o incongruente para forzar la aplicación de la jurisprudencia a un caso concreto.[31]

En este orden de ideas, parecería que lo relevante en la aplicación de la jurisprudencia, a través de las formulaciones que el ordenamiento mexicano contempla, radicaría en identificar que los elementos de la controversia se ajusten precisamente al criterio que informa la tesis. No obstante lo anterior, la práctica judicial mexicana ha revelado que la facultad de los órganos para identificar la aplicabilidad o no de un criterio jurisprudencial a un caso concreto es muy limitada.

[30] Los órganos obligados al cumplimiento de la jurisprudencia y los supuestos se reglamentan en los Artículos 215 a 221 de la Ley de Amparo.

[31] Época: Séptima Época, Registro: 242326, Instancia: Tercera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Volumen 16, Cuarta Parte, Materia(s): Común, Página: 19, que al rubro se lee "JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, APLICACION DE LA".

Algunos Tribunales Colegiados de Circuito establecieron un criterio sumamente interesante al respecto; el cual parecía el inicio de un nuevo método para la aplicación de la jurisprudencia en México, que hasta ese momento se caracterizaba por el hecho de que los órganos jurisdiccionales obligados a aplicar la jurisprudencia se limitaban —o se limitan— a la lectura de las formulaciones jurisprudenciales y dejaban de lado o soslayaban cualesquier argumento tendente a evidenciar que la formulación jurisprudencial no atiende a lo resuelto en la(s) ejecutoria(s) respectiva(s). El criterio sustentado por los Tribunales señalaba que:

> Si de la lectura que se realice a las ejecutorias que integran una jurisprudencia se evidencia que no confluye un estudio analítico de la norma o normas que interpreta, ni las razones jurídicas y la precisión del método interpretativo al que se acudió para llegar a una determinada conclusión, sino que únicamente se mencionan cuestiones, sin discurrir sobre las mismas, el criterio asentado en la jurisprudencia, en rigor jurídico, no tiene el carácter de tal, porque la síntesis y los razonamientos en ella plasmados, no se refieren a lo realmente resuelto, examinado y dictaminado en las sentencias que le sirven de precedente.[32]

Ante la emisión de la tesis aislada antes expuesta, la Suprema Corte de Justicia de la Nación superó dicho criterio al resolver una contradicción de tesis, estableciendo que los Tribunales Colegiados de Circuito:

> Se encuentran legalmente imposibilitados para cuestionar el carácter, contenido y proceso de integración de la jurisprudencia, *independientemente del motivo que pretendan aducir*, por lo que una vez que han tenido conocimiento de ella, al actualizarse su aplicación a un caso concreto deben acatar aquel criterio forzosa e ineludiblemente, ya que de lo contrario se le desnaturalizaría al privársele de un atributo, que además de derivar de la propia norma constitucional, la justifica como una fuente formal del derecho.[33]

[32] No. Registro: 191,207, Tesis aislada, Materia(s): Común, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XII, Septiembre de 2000, Tesis: III.1o.A.39 K, Página: 764, que al rubro se lee: "JURISPRUDENCIA. SI LAS RESOLUCIONES QUE LA ORIGINARON NO DESENTRAÑARON EL ALCANCE Y SENTIDO QUE DEBE ATRIBUIRSE A LAS DISPOSICIONES LEGALES QUE SUPUESTAMENTE INTERPRETA, EN RIGOR JURÍDICO NO CONSTITUYE CRITERIO JURISPRUDENCIAL Y SU APLICACIÓN NO ES OBLIGATORIA".

[33] No. Registro: 185,721, Jurisprudencia, Materia(s): Común, Novena Época, Instancia: Segunda Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XVI, Octubre de 2002, Tesis: 2a./J. 106/2002, Página: 293, que al rubro se lee: "JURISPRUDENCIA. LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO SÓLO PUEDEN ANALIZAR SI UN CRITERIO JURÍDICO TIENE O NO TAL CARÁCTER, SI NO ESTÁ REDACTADO COMO TESIS CON RUBRO, TEXTO Y DATOS DE IDENTIFICACIÓN".

III. La teoría de la argumentación jurídica y la jurisprudencia en la práctica mexicana

En el punto anterior expuse de forma muy breve la manera en que el ordenamiento jurídico regula la jurisprudencia y cómo la práctica mexicana la ha llevado a cabo. Ahora, en el presente apartado, intentaré contrastar la jurisprudencia mexicana con la teoría de la argumentación jurídica. El propósito fundamental será identificar los principales problemas que encuentra la jurisprudencia en México; pondré el acento en lo que se refiere a la integración y aplicación de la jurisprudencia, tomando como piedra angular de dicho análisis la formulación de las tesis de jurisprudencia.

1. *El precedente en la teoría de la argumentación jurídica. Su ubicación y fundamentación*

Para el desarrollo del tema, seguiré la obra denominada *Teoría de la argumentación jurídica,* cuya autoría corresponde al filósofo del derecho de origen alemán, Robert Alexy.[34] En esta obra, al desarrollar una *teoría de la argumentación jurídica,* Alexy identifica que en los discursos jurídicos el *quid* de la cuestión gira en torno a la justificación o fundamentación de las decisiones jurídicas.

Siguiendo a Wróblewski, el autor alemán distingue la justificación interna de la justificación externa, señalando que el objeto de esta última estriba en fundamentar las premisas utilizadas en la justificación interna, las cuales pueden ser de tres tipos: 1. Reglas de derecho positivo; 2. Enunciado empíricos; y 3. Premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de derecho positivo. Derivado de lo anterior, señala que cada premisa se corresponde con distintos métodos de fundamentación. Así, indica que la fundamentación de una regla de derecho positivo consiste en mostrar su conformidad con los criterios de validez del ordenamiento jurídico. Con relación a la fundamentación de premisas empíricas, señala que puede recurrirse a distintos procederes que van desde los métodos de las ciencias empíricas, hasta las máximas de presunción racional. Por lo que toca a las premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de derecho positivo, sirve lo que designa como "argumentación jurídica".

[34] Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica,* p. 374.

Derivado de lo anterior, Alexy establece seis reglas y formas para la justificación externa, relacionadas con el método de la argumentación jurídica; entre las cuales reconoce la figura del *precedente*. Refiere que el origen del precedente está identificado con el principio de universalidad, en la exigencia que subyace a toda concepción de justicia de tratar igual a lo igual.[35] De lo anterior se concluye que, para el precedente, el problema consiste en identificar "lo igual", ya que nunca hay dos cosas iguales. Al respecto propone poner un énfasis especial en identificar y determinar la relevancia de las diferencias, de forma que así se nos permita identificar "lo igual".

Con ello, la teoría de la argumentación jurídica nos presenta razones fuertes para considerar y sustentar al precedente como un elemento esencial de la práctica jurídica; el cual encuentra su fundamento en el principio de universalidad y de justicia, principios que innegablemente orientan a toda práctica del Derecho. Por ello, se considera que, con independencia de que el ordenamiento jurídico mexicano regule o no la obligatoriedad del precedente o jurisprudencia en una regla de derecho vigente, esta institución estaría obligada a existir, si la pretensión del Derecho mexicano radica en ser una práctica racional. De la misma forma, es relevante advertir cómo la teleología del precedente identificada por la dogmática de la argumentación jurídica gira en torno a la justicia, a diferencia de la concepción positiva mexicana que la refiere únicamente a la seguridad jurídica que, en todo caso, es sólo una de las formas en que se puede expresar la justicia.[36]

2. *La distinción entre precedente y jurisprudencia*

Antes nos hemos referido a los conceptos de precedente y jurisprudencia sin tratar una distinción entre ellas. Ahora nuestro propósito es abordar *grosso modo* estas figuras, desde una perspectiva dogmática.

[35] Al respecto, Josep Aguiló ha señalado que la universalidad presupone el compromiso de resolver del mismo modo todos los casos iguales al que se ha decidido. Este compromiso hacia el futuro puede ser explicado desde dos expedientes: el primero supone ver a la universalidad como condición de racionalidad de cualquier discurso racional; mientas que el segundo implica ver a la universalidad como condición de igualdad formal en el ámbito normativo. Aguiló Regla, Josep, *Teoría general de las fuentes del derecho*, p. 255.

[36] Sobre este punto, resulta oportuno considerar lo señalado por Gustav Radbruch, para quien el Derecho contiene tres nociones de valor: la justicia, la adecuación al fin y la seguridad jurídica; las cuales, indica, se complementan mutuamente, aunque también pueden entrar el conflicto. Señala que la adecuación al fin está subordinada a las otras dos concepciones; sin embargo, los conflictos entre justicia y seguridad jurídica no pueden resolverse de manera unívoca, pues la seguridad es una forma de justicia. Atienza, Manuel, *op. cit.*, p. 42.

a) El modelo del precedente

El modelo del precedente resulta propio generalmente de los ordenamientos jurídicos de *common law,* aunque no es exclusivo de estos. Dicho sistema se caracteriza porque las razones de los jueces, sustentadas para la resolución de los casos y necesarias para estos, resultan una autoridad, es decir, se vuelven obligatorias para el mismo juez y para los jueces de menor rango, en asuntos posteriores en los que exista la misma cuestión.[37] Este modelo se sustenta en la figura jurídica del *stare dicisis,* la cual puede ser caracterizada de la siguiente forma: 1. La observancia del precedente no constituye una obligación jurídica en sentido estricto, es decir, su inobservancia no resulta un ilícito; 2. Su fundamento no se encuentra expresado en ninguna regla de derecho positivo; 3. Es considerada una práctica realizada por los jueces; y 4. Su verdadero control y obligatoriedad deriva de la jerarquía existente entre los jueces, donde los superiores pueden invalidar las decisiones de los inferiores.[38]

Una vez creado o sustentado el precedente, este modelo deja al juez tres alternativas ante el caso futuro a resolver: 1. Declarar y aplicar el precedente; 2. Mostrar que el nuevo asunto a resolver difiere, en cuanto a sus propiedades relevantes, de aquel en que se sustentó el precedente y, por lo tanto, declararlo inaplicable —lo cual es denominado *distinguishing* por la dogmática—; o 3. Si el precedente no deriva de un tribunal superior, derogarlo o anularlo, lo cual es llamado *overrule*.[39] Asimismo, dentro de este modelo es posible identificar dos variantes o concepciones del mismo: aquella en la que el precedente es obligatorio y otra, en la que el mismo sólo es de tipo persuasivo.

[37] Así expuesto por Josep Aguiló, siguiendo a Chamberlain de Iturralde, en Aguiló Regla, Josep, *op. cit.*, p. 144.

[38] Expuesto así por el Ministro José Ramón Cossío, siguiendo a Bankowski, Z., D. N. MacCormick y G. Marshall, *Precedent in the United Kindom*, en Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit.*, pp. 706-712.

[39] Aguiló Regla, Josep, *op. cit.*, pp. 143-146. Al respecto, Alexy refiere que "Es posible que un caso sea igual a otro caso anteriormente decidido en todas las circunstancias relevantes, pero que sin embargo se desee decidir de otra manera porque, entre tanto, ha cambiado la valoración de estas circunstancias. Si se quisiera adherirse sólo al principio de universalidad sería imposible tal diferente decisión. Pero esta exclusión de cualquier cambio sería entonces incompatible con el hecho que toda decisión plantea una pretensión de corrección. Por otra parte, el cumplimiento de la pretensión de corrección forma parte precisamente del cumplimiento del principio de universalidad, aunque sea solo condición". Alexy, Robert, *op. cit.*, pp. 261-266.

b) El modelo de la jurisprudencia

En términos generales, este modelo resulta acorde con los sistemas jurídicos de tradición europea continental y encuentra su característica principal en el hecho de que un criterio, para poder ser considerado obligatorio, debe estar sustentado en un conjunto de sentencias judiciales, la cuales deben ser vistas no sólo como documentos, ni como fuente de normas jurídicas individuales, sino como el conjunto de documentos de los cuales se pueden extraer o inferir normas jurídicas generales.[40]

Como se aprecia, la doctrina de la jurisprudencia identifica que a través de dicha institución se crea derecho objetivo, expresando que la incorporación al derecho de las normas que son empleadas por los jueces para dictar sus resoluciones se produce no únicamente por el hecho de que el órgano jurisdiccional hubiere sustentado un criterio, sino por la reiteración de decisiones que recurren a ese mismo criterio.[41] En la jurisprudencia también juega un rol importante la jerarquía de los órganos jurisdiccionales, pues la dictada por los superiores será obligatoria para los inferiores, quienes tendrán encomendada la tarea de unificar la doctrina jurisprudencial.

Por lo que respecta al modelo mexicano, coexisten el modelo de precedentes y el de jurisprudencia, como ya lo hemos advertido; pero esto desde una perspectiva formal legal. De igual forma, como lo hemos mencionado, el modelo de jurisprudencia es el de mayor raigambre en nuestro sistema, al grado que ha terminado por encausar en su concepción (legislación, formulación, aplicación, etcétera) al precedente, lo que podría llevarnos a señalar que, en última instancia, el único modelo que la práctica mexicana emplea es el de la jurisprudencia.[42] Lo anterior no es lo único que hay que resaltar de lo hasta aquí mencionado; también, por lo que hace a la jurisprudencia, se puede apreciar cómo la concepción mexicana de ésta no es del todo consistente y congruente con el modelo presentado desde la perspectiva dogmática. Si bien es cierto, esta dicotomía entre el razonamiento teórico y el razonamiento práctico resulta usual en el Derecho, por lo que hace a la jurisprudencia mexicana, implica o acarrea, según lo veo, varios problemas, mismos que serán abordados a continuación y que giran en torno a la formulación de la jurisprudencia que se hace en México.

[40] Josep Aguiló siguiendo a Guibourg, Ricardo,. *op. cit.*

[41] Las normas de origen judicial como fuente del derecho es un tema controversial que frecuentemente ha confrontado a la doctrina. Por exceder el objeto del presente trabajo, ello no será abordado, sin embargo, no se desconoce la cuestión.

[42] Ver apartado II.3.b.

3. *Análisis de la problemática de la integración y aplicación de la jurisprudencia mexicana con base en las tres concepciones de la argumentación jurídica*

En el presente apartado me ocuparé de identificar los principales problemas que la jurisprudencia mexicana encuentra, tanto para su integración, como para su aplicación; todo ello en torno a la peculiar formulación jurisprudencial regulada y empleada en el ordenamiento jurídico mexicano. Para efectos de lo anterior, me serviré de las tres concepciones de la argumentación jurídica identificadas por Manuel Atienza. Esto lo consideró plausible, ya que la formulación jurisprudencial será vista como un argumento o serie de argumentos que emplea el Derecho.[43] Antes de abordar los aspectos de integración y aplicación de la jurisprudencia, para efectos de la exposición del presente, me parece oportuno referir, aunque sea de una manera muy somera, la forma en que son identificadas las concepciones formal, material y pragmática de la argumentación jurídica.

La *concepción formal* ve la argumentación como una serie de enunciados sin interpretar, hace abstracción del contenido de verdad o de corrección de las premisas y la conclusión. Atiende a cuestiones formales relativas a lógica que debe existir para el paso de las premisas a la conclusión, por lo que puede decirse que ve a la argumentación no como una actividad, sino como un resultado. Se encuentra vinculada íntimamente con la lógica, (estándar o clásica), en atención a los esquemas argumentativos que dicha disciplina proporciona, como puede ser el silogismo subsuntivo.[44]

Por lo que se refiere a la *concepción material,* se puede decir que la esencia de ésta no radica en la forma de los argumentos, sino en aquello que hace que estos sean verdaderos o correctos. El centro de gravedad en dicha concepción radica en las premisas y en la conclusión; no en la inferencia lógica entre ellas, sino en su justificación.[45]

En lo atinente a la *concepción pragmática,* se puede decir que el acento en ella está en la aceptación que los argumentos tengan por parte de un auditorio (argumentación retórica) o en un diálogo (argumentación dialéctica). Lo importante para esta concepción es, en todo caso, la persuasión, pero atendiendo para ello a un límite moral o político; es decir, no se reduce a convencer por convencer de cualquier cosa, sino de lo bueno o lo verdadero.[46]

[43] Considero que ello también es congruente con la forma en que Alexy aborda el estudio del precedente.

[44] Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica,* p. 870.

[45] *Ibid.*, pp.110-114.

[46] *Id.*

a) Integración de la jurisprudencia

i. Concepción Formal

Desde la perspectiva formal se puede advertir que la principal problemática que identifico en la jurisprudencia es que, en la gran mayoría de los casos, el texto de dicha formulación pareciera corresponder únicamente a la conclusión de un silogismo. Al presentarse así la jurisprudencia, aun y cuando la pudiéramos considerar como la conclusión parte de un silogismo entimemático, resulta muy difícil, por no decir imposible, la reconstrucción de las premisas de dicho silogismo, pues no estarían presentes los elementos necesarios para ello de la sola lectura de la formulación.

En el supuesto de que la formulación jurisprudencial hubiera sido de tal manera cuidada que quedarán nítidas la forma lógica y las partes del argumento, la duda que subsistiría sería saber a qué corresponde dicho silogismo, si a la totalidad del criterio sostenido para resolver el caso —lo cual resultaría una tarea ardua y complicada en la formulación (mas no imposible)—, o si dicho silogismo se refiere sólo a uno, de varios, criterios sustentados para la resolución del caso. Bajo esta última óptica, siempre subsistiría la duda de si realmente la formulación recoge todas las premisas necesarias o si alguna de ellas se quedó únicamente en la resolución judicial y resultaría necesario conocerla para advertir el paso de las premisas a la conclusión. Como se ve, el común denominador aquí será la incertidumbre de saber si la formulación es correcta y completa desde un punto de vista formal, en relación con la manera en que fue emitida la resolución judicial, por lo que se tendría que recurrir a la lectura directa de la sentencia, lo cual no ocurre en la práctica mexicana, en la gran mayoría de los casos.

Otra de la problemáticas en la formulación tiene que ver con el tipo de lógica empleada para sustentar el criterio. Si bien es cierto, la utilización del silogismo subjuntivo es habitual en nuestra tradición judicial, nada impediría al órgano jurisdiccional emplear otro tipo de lógica, lo que, por lo menos, debe plantear la duda o considerarse al momento de formular la jurisprudencia. Por otro lado, se debe advertir que en la formulación de la jurisprudencia se omiten, por regla general, los datos fácticos relativos a la premisa menor en un silogismo deductivo judicial tradicional o, si se hace, se realiza de manera excepcional y como un hipotético, lo cual podría representar otro de los inconvenientes de la formulación jurisprudencial.[47]

[47] Acuerdo 20/2013 del Pleno de la SCJN. Artículo 4 que regula lo que se debe observar para la elaboración de las tesis "No contener datos concretos (nombres de personas, cantidades, objetos, entre otros) de carácter eventual, particular o contingente, sino exclusivamente los de naturaleza general y abstracta. Si se considera necesario ejemplificar con aspectos particulares del caso concreto, deberá expresarse, en primer término, la fórmula genérica y, en segundo lugar, la ejemplificación".

En adición a lo anterior, por lo que se refiere a la jurisprudencia por reiteración, es necesario hacer un comentario específico. Como ya se ha indicado, previo a la integración de este tipo de jurisprudencia se formula una tesis aislada, misma que si es sostenida como criterio en cinco casos ininterrumpidos, con una cierta mayoría, integrará la referida jurisprudencia. Pues bien, el problema aquí radica en el hecho de que la práctica mexicana ha demostrado que el aludido requisito se cumple utilizando (citando) la formulación de la tesis aislada en cuatro casos posteriores, es decir, si la formulación de la tesis aislada no es completa por lo que respecta a su estructura formal, ello es soslayado en los siguientes cuatro casos para la integración de la jurisprudencia, lo que pudiera originar que aún y cuando se cite en cinco ocasiones un mismo criterio, se estén empleando premisas completamente distintas en cada uno de los casos.

ii. Concepción Material

En la concepción material podemos identificar diversos problemas por lo que hace a la integración de la jurisprudencia. Derivado del hecho antes referido, en ocasión de la concepción formal, en la formulación jurisprudencial podremos encontrar premisas faltantes, por lo que será difícil o imposible que dicha formulación, ahora desde la perspectiva que nos ocupa, pueda presentar todos los elementos que permitan formar una creencia adecuada sobre los alcances del criterio sustentado; es decir, en ocasiones, las restricciones en la formulación impedirán advertir a cabalidad el criterio de corrección utilizado para la integración de la jurisprudencia. En relación con lo anterior, es habitual que un caso sea resuelto empleando para ello diversos criterios, métodos, principios, técnicas, etcétera. Pues bien, todos estos datos elementales, en la gran mayoría de los casos, quedan fuera en la formulación de la jurisprudencia, lo que ocasiona los problemas que en seguida se referirán, al momento de aplicarla.

Ahora bien, al hacer alusión al precedente en la teoría de la argumentación jurídica, señalamos que dicha figura se basa en el principio de universalidad; en la exigencia que subyace a toda concepción de justicia de tratar igual a lo igual. Asimismo, señalamos que aquí el problema consistía en identificar "lo igual", lo cual se podría lograr identificando y determinando la relevancia de las diferencias. Pues bien, lo anterior resulta imposible en el sistema jurídico mexicano, pues la regulación sobre la jurisprudencia expresamente señala que en su formulación no debe "contener aspectos que, aun cuando se

hayan tenido en cuenta en la discusión del asunto, no formen parte de aquélla".[48] De cualquier forma, es evidente que para poder advertir las diferencias de los casos, en aras de saber si nos encontramos ante casos iguales o no, será necesario recurrir a la lectura íntegra de la resolución judicial.

iii. Concepción Pragmática

Respecto a la concepción pragmática, parecería obvio que el órgano jurisdiccional sustenta un criterio jurisprudencial con la intención inmediata de persuadir o convencer a las partes de un procedimiento de que su resolución resulta justa, en el mejor de los casos, o apegada al derecho positivo vigente, como mínimo. Sin embargo, la práctica mexicana puede dar cuenta de una situación inusitada. En no pocas ocasiones, la resolución de un asunto se lleva a cabo a través de un documento que puede estar integrado por varios cientos de páginas, en las cuales se hace alarde toda clase de conocimientos, desde muy distintas perspectivas, ya sea aludiendo a cuestiones históricas, geográficas, científicas o, simplemente, con la cita de diversas doctrinas jurídicas. Pues bien, son reiteradas las ocasiones en que se han formulado tesis jurisprudenciales en las que recogen alguna doctrina, transcriben lo dispuesto por un artículo de una ley, etcétera, sin ofrecer más. Lo anterior puede deberse a diversas circunstancias, como la estadística en la emisión de jurisprudencia[49] u otras que salen del objeto de estudio del presente artículo. Lo relevante aquí es que dichas formulaciones parecieran que se erigen sin estar destinadas a alguien en específico, por lo que se haría necesaria la lectura íntegra de la jurisprudencia para advertir las razones por las que lo expuesto en la formulación fue expresado en la sentencia.

b) Aplicación de la jurisprudencia

i. Concepción Formal

De manera general, podemos decir que los problemas identificados para la integración de la jurisprudencia se ven reflejados al momento de su aplicación, ya que la falta de señalamiento de la lógica empleada, la omisión de premisas y demás cuestiones ya identificadas al momento de la formulación,

[48] *Idem.*

[49] Con esto quiero expresar que en ocasiones las formulaciones jurisprudenciales son elaboradas con la única intención de abundar al número de jurisprudencias emitidas, lo cual se ve reflejado en el conteo que de esto lleva el Consejo de la Judicatura Federal.

hacen que en la aplicación de la jurisprudencia exista la imposibilidad de constatar si, desde el punto de vista lógico, las premisas esgrimidas en el caso que dio origen a la jurisprudencia se encuentran en el diverso en el que se pretende aplicar. Así, desde un punto de vista formal, la aplicabilidad de una formulación jurisprudencial no se podrá advertir más que de la lectura completa de cada una de las sentencias, de forma tal, que se pueda tener la seguridad de cuáles fueron exactamente las premisas empleadas en el criterio sustentado y, una vez hecho esto, estar en posibilidad de advertir si las mismas subsisten en el caso en el que se pretende aplicar la jurisprudencia.

ii. Concepción Material

En cuanto a esta concepción, se identifica una problemática mucho mayor para la aplicación del criterio a través de la formulación jurisprudencial. "El uso de un precedente significa la aplicación de la norma subyacente a la decisión del precedente",[50] por lo que es preciso advertir la *ratio decidendi*, misma que hemos señalado se identifica con la razón o criterio principal utilizados para resolver el caso y el cual deberá ser utilizado en casos futuros en los que exista una cierta identidad. Así, para aplicar una formulación jurisprudencial se tendría que advertir que la misma constituye realmente la *ratio decidendi* sustentada en los casos que dieron lugar a la jurisprudencia y no *obiter dictum*. Por lo tanto, sería lógico que, en caso de que la formulación jurisprudencial no refleje la *ratio decidendi* se considere que dicha formulación no debe ser aplicada, ya que lo que dota de racionalidad a esta práctica, estriba en acudir directamente al material jurídico judicial de referencia, para realizar la mejor interpretación a partir de éste o la interpretación mejor justificada de reconstrucción de la *ratio decidendi*.[51] Ello es así porque lo que hace que la jurisprudencia tenga valor normativo para justificar un caso posterior es su universalidad, que, como ya se dijo, implica el compromiso hacia el futuro de resolver del mismo modo todos los casos iguales al que se ha decidido cuando subsisten las propiedades relevantes. De este modo, la correcta y completa identificación de la *ratio decidendi* es un requisito *sine qua non* para atribuir a la jurisprudencia valor normativo para la resolución de los casos futuros, pues sólo ello atenderá a la universalidad que, como condición necesaria —aunque no suficiente—, requiere la aplicación

[50] ALEXY, Robert, *op. cit.*, pp. 261-266.

[51] Agradezco toda la orientación que mi tutora, Victoria Roca, me dio para la elaboración del presente trabajo; específicamente sus aportaciones para el desarrollo del apartado que ahora se aborda.

del Derecho.[52] En este orden de ideas, otro aspecto fundamental, desde la perspectiva material, es lo atinente a las consideraciones de justicia material empleadas en la resolución del asunto en que se sustentó el criterio jurisprudencial, pues es obligado identificar las mismas y su relevancia en el caso, para con ello advertir no sólo su aplicabilidad en los casos futuros, sino, también, la pretensión de corrección empleada en la decisión, desde la perspectiva de la justicia, de forma que la aplicación de la jurisprudencia sea no solo consistente, sino también coherente.[53]

Pues bien, la facultad lógica de los órganos jurisdiccionales de identificar la *ratio decidendi* y dejar de aplicar las formulaciones jurisprudenciales que no impliquen ésta ha sido por completo nulificada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Como ya quedó expuesto en el presente, la jurisprudencia sobre jurisprudencia ha sustentado que los Tribunales Colegiados de Circuito "se encuentran legalmente imposibilitados para cuestionar el carácter, contenido y proceso de integración de la jurisprudencia, *independientemente del motivo que pretendan aducir*, por lo que una vez que han tenido conocimiento de ella, al actualizarse su aplicación a un caso concreto deben acatar aquel criterio forzosa e ineludiblemente, ya que de lo contrario se le desnaturalizaría al privársele de un atributo, que además de derivar de la propia norma constitucional, la justifica como una fuente formal del Derecho".[54] Me parece, es ésta la principal problemática en la aplicación de las formulaciones jurisprudenciales, ya que, con criterios como el antes transcrito, lo que se origina es una aplicación autómata de dichas formulaciones, relegando la argumentación que fundamente su aplicabilidad al caso concreto, ya que los órganos jurisdiccionales se enfocan únicamente en la lectura de la formulación jurisprudencial y soslayan el análisis completo de la determinación judicial de la que deriva ésta.

De lo anterior, surge la siguiente duda: ¿qué sucedería si un criterio reúne los requisitos para ser jurisprudencia o precedente obligatorio y el mismo no es recogido en una formulación jurisprudencial? Al respecto resulta ilustrativo lo señalado por el Ministro de la SCJN, José Ramón Cossío: "Muy

[52] Aguiló Regla, Josep, *op. cit.*, pp. 139-143.

[53] Al respecto, *ibid.*, pp. 122-125.

[54] No. Registro: 185,721, Jurisprudencia, Materia(s): Común, Novena Época, Instancia: Segunda Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XVI, Octubre de 2002, Tesis: 2a./J. 106/2002, Página: 293, que al rubro se lee: "JURISPRUDENCIA. LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO SÓLO PUEDEN ANALIZAR SI UN CRITERIO JURÍDICO TIENE O NO TAL CARÁCTER, SI NO ESTÁ REDACTADO COMO TESIS CON RUBRO, TEXTO Y DATOS DE IDENTIFICACIÓN".

posiblemente, el resultado sería que ni la Corte ni cualquiera de los tribunales mencionados… estimara que se encuentran 'obligados' a seguirlos".[55]

Otra de las problemáticas que se presenta, gira en torno al órgano que identifica la *ratio decidendi* en una sentencia. De acuerdo con la exposición hecha en el presente trabajo, pareciera que no hay duda de que esto es llevado a cabo por el propio órgano que emitió la sentencia en la que se sustentó el criterio, sin embargo —me parece—, ello da lugar a diversos problemas. Sobre este punto, el jurista americano Jerome Frank sostiene que "la parte constitutiva del precedente únicamente puede ser establecida a partir de la actuación posterior de un juez, pues sólo así puede darse el ejercicio de identificación necesario para ello".[56] Lo anterior podría complementar de manera afortunada el modelo jurisprudencial mexicano, pues permitiría o privilegiaría una mayor objetividad en el establecimiento de los criterios jurisprudenciales.

La identificación de la *ratio decidendi* por el propio órgano que emitió la sentencia podría ser precipitada, faltando a la verdad, parcial o simplemente incorrecta involuntariamente y, no obstante ello, la tesis jurisprudencial quedaría formulada y resultaría obligatoria. Así, desde una perspectiva de la argumentación jurídica, me parece que resultaría mucho más enriquecedor o, por lo menos, digno de un análisis detenido, que sean distintos órganos, y no el emisor de la resolución judicial, los que tengan que sustentar cuál fue la *ratio decidendi* de un caso concreto, con la intervención para ello de las partes, en un procedimiento concreto posterior. Evidentemente, esto último ocasionaría otra serie de problemas, pero sería en un supuesto en el que aún se podría argumentar y no estaríamos, como sucede hoy en día, ante la existencia de una formulación jurisprudencial considerada obligatoria en su aplicación.

Alexy identifica como una de las reglas para el uso del precedente, el que "quien quiera apartarse de un precedente, asume la carga de la prueba".[57] En la práctica mexicana, la figura *overruling* pareciera que encuentra su símil en la contradicción de tesis —cuando de ésta se emite un nuevo criterio—, en la interrupción de jurisprudencia y en la sustitución de jurisprudencia; es

[55] Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit.*, p. 740. Con esto no desconocemos el contenido de las tesis que al rubro se lee "JURISPRUDENCIA. PARA VERIFICAR LA EXISTENCIA Y OBLIGATORIEDAD DE LA QUE SE INVOCA COMO SUSTENTADA POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO DEBERÁN ACUDIR ANTE ÉSTA, POR CONDUCTO DE LOS ÓRGANOS", pero consideramos que lo señalado resulta ejemplificativo de los extremos que ha tenido la práctica mexicana al respecto.

[56] Frank, J., *Precedents and stability*, en Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit.*, p. 713.

[57] Alexy, Robert, *op. cit.*, pp. 261-266.

decir, y atendiendo a las características de cada una de las anteriores figuras, el *overruling* se da cuando se deroga, anula o deja sin efectos un precedente. Pues bien, la práctica mexicana encuentra otro problema en la aplicación de esta figura ya que ha relegado a los órganos jurisdiccionales de la obligación de tener que argumentar los motivos para apartarse o interrumpir un criterio, aún y cuando así lo establece la ley,[58] lo que, lejos de generar seguridad jurídica a los gobernados, produce el efecto contrario, pues pareciera que frases tan usuales en la práctica judicial mexicana, como: "Derivado de una nueva reflexión esta Corte estima apartarse del criterio" o sinonímicas, son suficientes para justificar el cambio de criterio, sin reparar en esgrimir mayores razonamientos al respecto.

Por último, en lo relativo al *distinguishing*, la problemática aquí se centra en el hecho de que, derivado de las limitaciones ya apuntadas en la formulación de las tesis jurisprudenciales, en la mayoría de los casos no es posible advertir, de la simple lectura de éstas, los elementos o características específicas que dieron lugar a sustentar un criterio y, por ende, la argumentación que se presenta en un procedimiento judicial, en el sentido de hacer ver que la formulación jurisprudencial no resulta aplicable al caso posterior, debido a que no hay la similitud necesaria en las características relevantes, resulta, en la gran mayoría de las ocasiones, vana para el órgano jurisdiccional que está obligado a aplicarla, pues, como se ha dejado ver, en la práctica mexicana pareciera que jurisprudencia y formulación jurisprudencial se identifican y, por lo mismo, los jueces se limitan a la lectura de la formulación.

iii. Concepción Pragmática

La principal dificultad que identifico, si ésta se puede clasificar así, en relación con la aplicación de los criterios sustentados por los órganos jurisdiccionales, a través de las formulaciones referidas, se relaciona directamente con lo expuesto en atención a la integración de la jurisprudencia sobre esta concepción. Así, la integración de formulaciones jurisprudenciales irrelevantes lo único que ha propiciado es que sean empleadas por los abogados y órganos jurisdiccionales para abonar al número de hojas de sus escritos y resoluciones, bajo la errónea concepción de que citar dichas formulaciones los relega, de alguna forma, de la necesidad de tener que argumentar sus pretensiones o decisiones bajo la falsa idea de un supuesto poder persuasivo *per se* de dichas formulaciones.

[58] Ley de Amparo. Artículo 228-229.

Por último, me resulta oportuna una advertencia, en atención a lo señalado por Manuel Atienza; las concepciones anteriores no pueden ser consideradas en lo individual, pues ello sería insuficiente y reduccionista, por eso, es necesario atender a cada una de ellas de forma conjunta, de manera tal, que se permita comprender el alcance total del problema identificado en la práctica jurisprudencial mexicana, específicamente en la utilización de las formulaciones jurisprudenciales.

c) Un caso

Para efectos de ejemplificar la problemática que acarrea el modelo jurisprudencial seguido en México, me parece oportuno reseñar un caso. En junio de 2011 fue emitida una importante reforma constitucional al juicio de amparo. Misma que, según el propio decreto por el que se expidió, entraría en vigor en octubre de 2011; momento para el cual el Poder Legislativo Federal debía haber emitido la nueva ley reglamentaria del juicio de amparo, acorde con la reforma constitucional. Sin embargo, el legislador no emitió la nueva Ley de Amparo en el plazo señalado para ello, por lo que hubo una reforma constitucional vigente, sin una ley reglamentaria específica (la cual no fue emitida sino hasta abril de 2013). Lo anterior implicó un sin número de problemas para los órganos jurisdiccionales, pues se enfrentaron al hecho de tener una regulación constitucional del juicio de amparo vigente, pero sin una adecuada reglamentación. Así, figuras novedosas introducidas al juicio de amparo a través de la reforma constitucional señalada, resultaban difíciles o imposibles de aplicar por no existir ley reglamentaria en los mismos términos.[59] En este estadio, se emitieron diversos y contradictorios criterios en relación con la forma en que se debía afrontar el desfase en la emisión de la legislación del juicio de amparo.

Específicamente, en relación con el amparo directo,[60] la reforma constitucional implementó una nueva reglamentación para la impugnación de actos judiciales procesales en procedimientos contenciosos administrativos. Este tema ocasionó una contradicción de tesis, pues mientras diversos órganos

[59] Como ejemplo de esto se puede mencionar la procedencia del juicio de amparo. Mientras que, con base en el anterior texto constitucional, era necesario acreditar un "interés jurídico" para la procedencia del juicio de amparo, a raíz de la reforma de 2011 se buscó ampliar la procedencia en este aspecto y se introdujo la figura del "interés legítimo" como parámetro de procedencia del juicio constitucional, lo cual flexibiliza la rigidez con que era evaluada la procedencia de este juicio por los órganos jurisdiccionales en México.

[60] Identificado también como el amparo casación, por su similitud con un recurso de casación, ya que procede contra resoluciones que ponen fin a un procedimiento jurisdiccional.

jurisdiccionales sustentaron que, con base en la aludida reforma y aun ante la inexistencia de ley reglamentaria, se debían "preparar" las violaciones procesales, interponiendo en su momento el medio ordinario de defensa, a efecto de poder hacerlas valer en el amparo directo; otros Tribunales Colegiados sustentaron que "mientras tales cargas o exigencias no sean concretamente establecidas en la Ley de Amparo mediante las reformas que correspondan al nuevo orden constitucional…, se estima que debe atenderse también a lo que actualmente exige dicha ley reglamentaria y a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación". Ante lo anterior, la Segunda Sala se avocó al conocimiento de la contradicción de tesis y resolvió que no era necesario cumplir con la carga procesal, ya que:

> La exigencia de agotar los recursos ordinarios para preparar la violación procesal antes de la promoción del juicio de amparo directo, constituye una carga procesal para el agraviado y en tales términos debe hacerse una interpretación armónica del artículo 107 con lo previsto en el diverso artículo 1°, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, en cuanto establece *el imperativo de efectuar la interpretación más favorable para el gobernado*, de tal manera que una conclusión distinta a la que aquí se propone, se traduciría en una obligación procesal que no rige para los juicios iniciados con anterioridad a la emisión de la nueva ley reglamentaria.[61]

Como se observa, el criterio que prevaleció como jurisprudencia, una vez resuelta la contradicción de tesis, se sustentó en la interpretación que la Corte consideró más favorable para el gobernado. Asimismo, también se puede advertir cómo en dicha resolución subyace el principio de seguridad jurídica, pues se consideró que la omisión del legislador en emitir la ley reglamentaria al juicio de amparo no le puede deparar perjuicio al gobernado por tener que cumplir con las cargas procesales que introdujo la reforma constitucional de 2011.

Pues bien, no obstante las anteriores razones, la formulación de la jurisprudencia que al respecto emitió la Sala fue tan genérica que no sólo se ocupó exponer la *ratio decidendi* del caso, es decir, el criterio sobre si era necesario o no agotar la carga procesal aludida, sin la existencia de la ley reglamentaria, a efectos de analizar la procedencia de la impugnación de violaciones procesales a través de un amparo directo, sino que la formulación jurisprudencial se refiere en general a toda la reforma constitucional. Dicha formulación jurisprudencial fue emitida bajo el siguiente rubro (título):

[61] Contradicción de tesis 239/2013, resuelta por unanimidad de votos de los Ministros integrantes de la Segunda Sala de la SCJN, mediante sesión de fecha 11 de septiembre de 2013.

> "REFORMA AL ARTÍCULO 107 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 6 DE JUNIO DE 2011. SU EFICACIA E INSTRUMENTALIDAD QUEDARON SUJETAS A LOS TÉRMINOS ESTABLECIDOS EN LA LEY REGLAMENTARIA". Con base en la anterior formulación jurisprudencial obligatoria, los órganos inferiores han estado obligados a supeditar la entrada en vigor de la reforma constitucional referida, no sólo por lo que hace a la carga procesal analizada en la contradicción de tesis, sino por todo lo que dicha reforma conlleva, aun y cuando se trate de nuevos derechos o "beneficios" en favor del gobernado,[62] lo cual, me parece, desatiende a lo efectivamente resuelto por la Sala y resulta contrario al principio que subyace en la resolución de la contradicción de tesis, es decir, no generar un perjuicio al gobernado obligándolo a cumplir con ciertas cargas procesales que aún no se encontraban reguladas en la ley reglamentaria, pues el legislativo fue omiso en expedirla en los plazos señaladas por la Constitución.[63] Lo anterior, sin que exista la posibilidad de que el órgano jurisdiccional que va a aplicar dicha jurisprudencia pueda analizar la efectiva *ratio decidendi,* pues, como ya hemos visto, está impedido para hacerlo.

IV. Propuesta de solución

Como una solución al problema planteado, puedo distinguir dos escenarios: El primero de ellos implica apartarse por completo del sistema de formulaciones jurisprudenciales que prevalece en México para establecer una práctica mucho más apegada a los usos propios del modelo jurisprudencial que se puede observar en otros países u órganos jurisdiccionales internaciones, es decir, que el modelo jurisprudencial gire en torno a la práctica de identificar el criterio sustentado directamente en las sentencias emitidas al respecto, sin considerar las formulaciones jurisprudenciales.

Por otro lado, me parece que la solución puede pasar no por deshacerse —o pretender deshacerse—, sin más, de la práctica mexicana al respecto construida, sino aprovechar todo el trabajo que al día de hoy existe —con la inmensa cantidad de criterios que han sido expresados a través de las referidas formulaciones jurisprudenciales—; empero, lo anterior, bajo una óptica distinta, al considerar las formulaciones jurisprudenciales únicamente como

[62] Como ya fue mencionado, uno de los aspectos más buscados a través de esta reforma fue ampliar la procedencia del juicio de amparo, sustituyendo el interés jurídico para ello, por el diverso legítimo. Pues bien, con base en la formulación jurisprudencial obligatoria que ahora nos ocupa, dicha modificación resultó irrisoria en muchos casos, aún y cuando dicho interés no fue objeto del estudio que dio pie a la jurisprudencia en comento.

[63] Época: Décima Época, Registro: 2005148, Instancia: Segunda Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo I, Materia(s): Común, Tesis: 2a./J. 147/2013 (10a.), Página: 728.

referencias que permitan, de una forma rápida y relativamente simple, advertir qué fue lo que pudo haberse sostenido en un caso o casos específicos. No obstante, lo que resulte vinculante debe ser aquello que efectivamente se encuentra en cada una de las resoluciones jurisprudenciales.

En ambos escenarios, consideraría necesario atender lo expuesto en el presente trabajo, esto es, la implementación clara de figuras como *la ratio decidendi*, así como el *overruling* y el *distinguishing,* con base en un *principio de argumentación*. En consecuencia, para el empleo de ellas debe ser necesario sostener las razones suficientes y no relegar su empleo a una justificación genérica o formalista.

Por último, me gustaría aclarar una cuestión: Reconozco que se podrá decir que en algunos apartados del presente texto se entremezclaron la figura del precedente y la jurisprudencia, de tal forma que pudiera considerarse que cuestiones atientes a una de ellas se extrapolaron hacia la otra y viceversa. Sobre ello, apelaría a una *falsa oposición*, en términos de Vaz Ferreria, porque me parece que para los objetivos y alcances del presente escrito, las cuestiones expuestas sobre ambas figuras, lejos de confrontarse, se complementan. Esto debido a que son consideraciones que atienden, ya sea a las bases comunes que ambas figuras presentan o a cuestiones que, si bien han sido expuestas o desarrolladas para una de las figuras en específico, su empleo en la diversa, lejos de contraponerse, abunda a su perfeccionamiento. Lo anterior, en adición a que en el empleo de la terminología se optó por respetar la forma en que cada uno de los autores considerados expusieron sus ideas, de lo que no se podría seguir que las mismas fueran exclusivas a una de ellas o que por ese simple hecho resultaran intrasladables a otras evidentemente análogas; máxime cuando las diferencias específicas que distinguen a ambas figuras, quedaron plenamente expuestas y fueron respetadas.

V. Conclusiones

A lo largo del presente artículo he tratado de exponer destacadamente la forma en que el precedente y la jurisprudencia son regulados por el ordenamiento jurídico mexicano, así como la manera en que la práctica mexicana se ha manifestado al respecto y la relación de ello con la teoría de la argumentación jurídica.

En un primer momento, se expuso el concepto de jurisprudencia, construido con base en la jurisprudencia sobre jurisprudencia que se ha ocupado

del tema. Ello me llevó a identificar que el sustento de la jurisprudencia en México tradicionalmente ha sido abordado bajo una óptima formal, lo que ha quedado reducido a un criterio legal. Lo anterior fue contrastado con la teoría de la argumentación jurídica, la cual nos proporcionó fundamentos mucho más sólidos para justificar esta figura, pues nos permitió advertir que el sustento de la jurisprudencia se encontraba en el principio de universalidad. De la misma forma, el presente estudio nos presenta a la seguridad jurídica como eje rector de la concepción de la jurisprudencia en México, sin embargo, una vez más, la teoría de la argumentación jurídica nos permitió advertir que la seguridad jurídica no es más que una de las posibles manifestaciones de la justicia y que es esta última la que se debe pretender.

Se fijó como premisa elemental de este trabajo, la descripción de la forma en que se integra y aplica la jurisprudencia en México, cobrando una relevancia especial la particular formulación jurisprudencial que se lleva a cabo, pues la práctica mexicana nos ha dejado ver cómo el sistema jurisprudencial gira en torno a ellas y no al material judicial en que fue emitido o adoptado el criterio. Así, dicha formulación fue empleada como piedra angular del principal análisis expuesto en el texto, pues se contrastó esa formulación con la teoría de la argumentación jurídica, con un sólo propósito: identificar los problemas que la mencionada formulación acarrea.

Para efectos de exponer lo anterior, y considerando la formulación jurisprudencial como un argumento, se emplearon las concepciones de la argumentación jurídica (formal, materia y pragmática) para analizar la formulación jurisprudencial, atendiendo para ello a los dos momentos principales, su integración y su aplicación.

De dicho análisis pudimos advertir una problemática general: las limitantes inherentes a la formulación jurisprudencial en México no permiten una evaluación correcta en la integración de la jurisprudencia, bajo ninguna de las concepciones apuntadas, ya que no permiten identificar la totalidad de las premisas necesarias para evaluar el paso lógico de éstas a la conclusión, ni tampoco permiten advertir el criterio de corrección de la jurisprudencia o si dicha formulación atiende o no a la *ratio decidendi*. Lo anterior me llevó a concluir que, contrario a la pretensión del sistema mexicano, una práctica racional de la jurisprudencia conlleva la necesaria remisión a la resolución en que fue sustentado el criterio.

De la misma forma, lo anterior se vio reflejado en el análisis hecho sobre la aplicación de la jurisprudencia en México; en el cual, de manera destacada, se advierte que el principio argumentativo resulta soslayado en la práctica

mexicana, a diferencia de lo que ocurre en figuras necesarias como el *overruling* y el *distinguishing*, en las que dicho principio argumentativo resulta inherente.

Por último, como propuesta de solución, opté por reconocer la tradición de la práctica jurisprudencial en México y el gran trabajo generado a raíz de ella —lo cual se manifiesta en la enorme cantidad de formulaciones jurisprudenciales hechas y en una práctica judicial circunscrita a estas—, para proponer la conservación de dichas formulaciones, pero empleadas bajo una óptica distinta: como simples referencias de aquello que fue o pudo ser resuelto en un caso concreto, con el fin de pasar a considerar como jurisprudencia obligatoria aquella que, a través de una práctica argumentativa racional, identifique la *ratio decidendi* en cada caso.

Fuentes consultadas

Doctrina

Aguiló Regla, Josep, *Teoría general de las fuentes del derecho,* Barcelona, Planeta, 2012.

Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica,* 2ª. ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica,* Madrid, Trotta, 2013.

_____, *El derecho como argumentación,* Barcelona, Planeta, 2006.

Cossío Díaz, José Ramón, *La controversia constitucional,* México, Porrúa, 2008.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Argumentación Jurisprudencial. Memoria del III Congreso Internacional de Argumentación Jurídica. ¿Cómo argumentar los derechos humanos?,* México 2013.

_____, *La jurisprudencia en México,* 2ª. ed., México 2005.

_____, *La jurisprudencia en México, Estado del Arte,* Serie de cuadernos de jurisprudencia, 9, México, 2013.

_____, *La jurisprudencia. Su integración*, 2ª. ed., México, 2005.

Tesis Jurisprudenciales y Ejecutorias

Época: Sexta Época, Registro: 261095, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Volumen XLIV, Segunda Parte, Materia(s): Común, Penal, Página: 85.

Época: Sexta Época, Registro: 259866, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Volumen LXXV, Segunda Parte, Materia(s): Penal, Común, Página: 26.

Época: Séptima Época, Registro: 256804, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Volumen 31, Sexta Parte, Materia(s): Común, Página: 37.

Época: Séptima Época, Registro: 242326, Instancia: Tercera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Volumen 16, Cuarta Parte, Materia(s): Común, Página: 19.

Época: Octava Época, Registro: 223218, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo VII, Abril de 1991, Materia(s): Común, Tesis: Página: 192.

Época: Novena Época, Registro: 181320, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIX, Junio de 2004, Materia(s): Común, Tesis: 1a. LXXII/2004, Página: 234.

Época: Novena, Registro: 165076, Instancia: Primera Sala, Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXXI, Marzo de 2010, Materia(s): Común, Tesis: 1a./J. 23/2010, Página: 123.

Época: Novena, No. Registro: 191,207, Tesis aislada, Materia(s): Común, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XII, Septiembre de 2000, Tesis: III.1o.A.39 K, Página: 764.

Época: Novena, No. Registro: 185,721, Jurisprudencia, Materia(s): Común, Instancia: Segunda Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XVI, Octubre de 2002, Tesis: 2a./J. 106/2002, Página: 293.

Época: Novena, No. Registro: 185,721, Jurisprudencia, Materia(s): Común, Instancia: Segunda Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XVI, Octubre de 2002, Tesis: 2a./J. 106/2002, Página: 293.

Época: Décima Época, Registro: 2005148, Instancia: Segunda Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo I, Materia(s): Común, Tesis: 2a./J. 147/2013 (10a.), Página: 728.

EL ABORTO Y SU "DESPENALIZACIÓN"

RESQUEBRAJAMIENTO ASAMBLEÍSTICO DEFEÑO
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 DE EDUCACIÓN, SALUD Y SEGURIDAD

SEGUNDA PARTE

APARTAMIENTO GROTESCO
DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA NORMATIVA FUNCIONAL

Carlos MÜGGENBURG

A la memoria de mi hermano Germán Müggenburg,
destacado abogado laboralista recientemente fallecido

SUMARIO: Introducción. Apartamiento de la dogmática jurídica normativa. A. Ilicitudes civiles. 1. Discriminación Masculina. 2. Protección Jurídica. B. Justificativa de antijuridicidad, destipificación o despenalización del aborto. 1. Elementos del Delito. Hipótesis normativa generalísima. 2. Despenalización. Ausencia de punibilidad. 3. El aborto normativamente destipificado como derecho temporal de privación de la vida en gestación de la madre y sus coparticipantes. 4. Impunidad encubierta.

Introducción

La llamada despenalización del aborto fue iniciada y aprobada por el Partido de la Revolución Democrática y sus, ya para entonces, decadentes adherencias políticas partidarias,[1] quienes fueron incapaces, no sólo de argumentar políticamente su propuesta, sino de comprender las implicaciones jurídicas que conllevaba, como ya lo vimos en la Primera Parte de este estudio.[2]

Resulta evidente que ignoraban, para empezar, no sólo la estructura lógica de la norma, sino, además, el hecho de que una hipótesis normativa como la concepción de un ser humano nuevo, no se agota necesariamente en una sola norma, menos aún en una rama del Derecho, el Derecho penal. Puede haber —de hecho hay— toda una serie de hipótesis normativas que contemplan este hecho natural, con diversas y sucesivas consecuencias jurídicas. Es decir, la fecundación del óvulo por el espermatozoide, como acontecimiento modificativo de la realidad (hecho jurídico), genera automáticamente múltiples y complejos sucesivos derechos y obligaciones a cargo, no sólo de la mujer concibiente que, como hemos visto, fue seudoprotegida —si es que no abandonada a su suerte— por el sistema jurídico generado por los abortistas perredianos y sus adherencias partidarias, sino de otras partes, como es el

[1] Votaron unánimemente, a favor de la reforma abortante de 2000, los 33 diputados del PRD: Martínez Parra, Cárdenas Pérez, Francisco Chiguil, Miguel Bortolini, Ernesto Chávez, Miguel Angel Peláez, Ángeles Correa, Virginia Jaramillo Flores, Ricardo Molina, Antonio Padierna, René Arce, Martí Batres, Alfredo Hernández, Yolanda Tello Mondragón, Roberto Rico, David Sánchez, Javier Hidalgo, Rigoberto Nieto, Ignacio Ruíz, Hipólito Bravo, Esteban Daniel Martínez, Rodolfo Pichardo, Sara Murúa, Guillermo Hernández, Vicente Cuéllar, Verónica Moreno, Martínez Rojo, Soto Camacho, Francisco Javier Serna, Rafael López De la Cerda, Márquez Franco, Ricardo Martínez y Martha García Rocha; los cinco de su engendrante PRI: Levin Coppel, Ortíz Haro, Luna Parra, Jesús Toledano y West; los dos de su adherente PT: René Rodríguez Ruíz y José Narro Céspedes; y el único del entonces todavía existente PCD: Alejandro Rojas. De la misma forma lo fue la de 2007, por 33 diputados del PRD: Humberto Morgan, Edgar Torres, Juan Bustos, Ricardo Benito Antonio León, Sergio Cedillo, Enrique Vargas, Juan Carlos Beltrán Cordero, Mauricio Toledo, José Luis Morúa, Hernández Mirón, Elba Garfias, Agustín Guerrero, Víctor Hugo Círigo, Cárdenas Sánchez, Isaías Villa Gónzalez, Daniel Ordóñez, Cristóbal Ramírez, Laura Piña, Hipólito Bravo, Antonio Lima Barrios, Arturo Santana Alfaro, Norberto Nazario, Salvador Martínez Della Rocca, Esthela Damián Peralta, Balfre Vargas, Miguel Sosa, Samuel Hernández, Daniel Salazar, Avelino Méndez, Tomás Pliego, Leticia Quezada, Sergio Ávila y Edy Ortíz Piña; cuatro de su mencionado engendrante PRI: Martín Olavarrieta, Tonatiuh González, Marco Antonio García y Jorge Schiaffino; los cuatro del aparentemente disidente de entonces PANAL: Rebeca Parada, Fernando Espino, Xiuh Guillermo Tenorio y Gloria Cañizo; los tres activistas protagónicos de la reforma y aliancistas PT-PSD: Jorge Díaz Cuervo, Pérez Correa y Juan Ricardo García Hernández; dos de los entonces también aliancistas PVEM-CONVERGENCIA, que podemos suponer no eran del PVEM: Alejandro Ramírez y Leonardo Alvarez. Diario de los Debates, 17 de septiembre de 1977 y 18 de agosto de 2000, pp. 4-7 y 82-83, respectivamente; y del 17 de septiembre de 2006 y 24 de abril de 2007, pp. 3-7 y 94-95, respectivamente.

[2] Publicado en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 39, México, Escuela Libre de Derecho, 2015, p. 555 y ss.

varón engendrante, y terceros, como podrían ser las autoridades ministeriales, sanitarias y, eventualmente, inclusive judiciales. Y no se diga las responsabilidades que el incumplimiento de dichas obligaciones, a cargo de esas partes y terceros, también genera necesariamente.

Irresponsablemente, como lo han sido, fueron incapaces de comprender o, en todo caso, de percatarse de que la realización de la hipótesis normativa hace inevitable la causación de derechos y obligaciones, y que estos, a su vez, generan irremediablemente otras hipótesis, y que la falta de previsión de estas últimas y su regulación fomenta lagunas legales, es decir, inseguridad jurídica. Lo cual provoca que eventualmente los jueces tengan que, a veces de manera tardía —para los primeros casos al menos—, resolver acudiendo a normas más generales que les puedan dar una pauta de restablecimiento del orden jurídico, frecuentemente variado también, hasta que un tribunal superior resuelve tales inconsistencias, que la insensata ignorancia, negligencia o desinterés legislativo, genera con sus egoístas, temerarias y populistas decisiones.

Apartamiento de la dogmática jurídica normativa

Aunque con su "pureza de método" sea una visión parcial meramente formal del Derecho, la lógica kelseniana normativa,[3] hipótesis y consecuencia, si bien carente del más elemental contenido axiológico, resulta ser el elemento unificador de las diversas ideologías de la teoría del Derecho, al grado tal que Eduardo García Maynez, a diferencia de Miguel Villoro Toranzo, la supone implícita en su teoría tripartita de los círculos interseccionados, pues a diferencia del segundo con su planteamiento cuatripartita, no incluye a los racionalistas o logicistas como un cuarto círculo.[4]

La dogmática jurídica no pertenece exclusivamente a una o algunas de las disciplinas jurídicas del sistema —al Derecho penal, por ejemplo—, como pareciera aunque, sin saberlo o quererlo, resultó ser la suposición de los diputados abortistas perredianos. Es, sin embargo, un elemento esencial del

[3] "[i]ntenta dar respuesta a la pregunta de qué sea, y cómo sea; pero no en cambio, a la pregunta de cómo el derecho deba ser o deba ser hecho … quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños … la ciencia jurídica tradicional … se ha confundido con la psicología y la sociología, con la ética y la teoría política", Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Roberto J. Vernengo (trad.), Universidad Nacional Autónoma de México, 1981, p. 15.

[4] García Maynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, México, 1984, pp. 44 y ss. Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, México, 1966, p. 12.

orden lógico, que junto con el ético y el sociológico, informan al Derecho necesarísimamente.[5]

El aborto o extracción manipulada anticipada del seno materno del feto o embrión para impedir su sobrevivencia, como tal, es el elemento fáctico que, previsto en las hipótesis normativas, que no en el articulado legislativista positivizado aprobado por los diputados perredianos y sus adherencias políticas, para unos u otros efectos y disciplinas del Derecho, como se ha dicho, genera sucesivamente un sinnúmero de consecuencias jurídicas o derechos y obligaciones en la norma primaria u obligacional, y una serie de consecuencias igualmente sucesivas en la secundaria o sancionatoria, consistentes, en este último caso, en la responsabilidad aplicable a aquellos sujetos que decidieron voluntariamente no cumplir con las obligaciones, consecuencia prevista en la norma primaria.

La hipótesis normativa consistente en la previsión normativa hipotética del hecho que puede acontecer, pero que sucedido, actualiza automáticamente una serie de consecuencias jurídicas, algunas literalmente previstas de manera específica en la ley y de otras más generales también previstas o implícitas en la ley. Es sabido que el carácter complejo y dinámicamente sucesivo del Derecho precipita, con la realización de un hecho jurídico, la actualización simultánea y secuencial de diversas hipótesis normativas queridas o no, inclusive antes de la realización negativa de las consecuencias de la norma obligacional o primaria que se presentan por el incumplimiento voluntario de la obligación o deber jurídico, a cargo del sujeto pasivo e inclusive de terceros. En otras palabras, un buen legislador no puede pensar simplistamente que un hecho sólo actualiza la hipótesis de una sola norma jurídica obligacional a la vez, ni que haya que esperar a que se dé el incumplimiento del deber prescrito en esa norma, para que se actualice la hipótesis de la norma sancionatoria o secundaria, para que surja la responsabilidad incumpliente.

La incapacidad para razonar, congénita o derivada de la precipitación ideológica fundamentalista y, por lo mismo, insensata de los legislantes perredianos, les llevó a no percatarse de que su llamada "despenalización" del aborto, como efecto de la actualización del supuesto normativo, no se agotó en la exoneración de la responsabilidad penal, sino que tiene otra serie de ramificaciones jurídicas, quizá en la propia disciplina del Derecho penal o en la del Derecho civil, entre otras.

[5] Preciado Hernández, Rafael, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, México, Jus, 1970, pp. 181 y ss.

A. Ilicitudes civiles

De manera específica, se entiende por ilícito el hecho (también llamado erróneamente acto, en el rubro del Capítulo V, del Libro Cuarto, primera Parte del Título Primero del Código Civil para el Distrito Federal) contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.[6] De manera genérica no vemos inconveniente en calificar de ilícita la conducta de cualquier sujeto que afecta los derechos de otro, tengan o no, tales sujetos, una relación jurídica convencional previa.

Es decir, siempre que exista un deber jurídico que implique una conducta activa u omisiva, derivado ya sea de ley o de la voluntad, cuyo incumplimiento por el obligado afecta los derechos del sujeto activo colocado en el otro extremo de la relación jurídica, sea por acuerdo de ellas o por la ley, se quebranta en mayor o menor medida el orden jurídico. El incumplimiento al deber de actuación o de omisión del sujeto pasivo, según el caso, automáticamente actualiza, entre otras, las hipótesis de otras obligacionales y también las normas sancionatorias que prevén las consecuencias aplicables que habrán de derivar del incumplimiento y que permiten al sujeto activo buscar la restitución del derecho conculcado o el cumplimiento forzado del deber, y si ello fuere imposible o indeseable para el afectado, entonces el resarcimiento o indemnización. Además, cuando el incumplimiento es grave o se considera que trasciende de la mera afectación causada al sujeto activo, la ley prevé la pérdida de derechos para el incumpliente y, además o alternativamente, una sanción en sentido específico o castigo, que consistirá en la pérdida de un derecho previamente existente, como puede ser, inclusive, la libertad o el ejercicio de un derecho que habría derivado del acto jurídico o contrato, de no haber sido éste incumplido.[7]

Que el legislador perrediano haya exonerado de responsabilidad penal a la mujer abortante y a los partícipes en el hecho —es decir, que haya calificado a las conductas abortivas como jurídicamente irreprochables, exentas de persecución gubernamental e insancionables, únicamente en el ámbito de los ilícitos penales—, no impide que esas mismas conductas puedan actualizar concurrentemente hipótesis normativas de otros ámbitos, como el del derecho civil o, quizá, el administrativo.

[6] Artículo 1830 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común, y para Toda la República en Materia Federal, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de marzo de 1928.

[7] García Maynez, Eduardo, *op. cit.*, p. 298 y ss.

1. Discriminación masculina

A partir del día siguiente al de la publicación en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, el 19 de julio de 2006, de la Ley para Prevenir y Erradicar la Discriminación en el Distrito Federal, derivado de la despenalización del aborto, se configuró una de las varias otras perredianamente ignoradas actualizaciones de hipótesis normativas y, con ello, sus consecuencias jurídicas. Efectivamente, el artículo 5 de dicha ley definió la discriminación como "toda distinción, exclusión, o restricción que, basada en... el sexo... tenga por efecto anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, así como la igualdad real de oportunidades de las personas".

Es incuestionable que la procreación es un derecho o libertad fundamental. Lo consagra el Artículo 4° constitucional no sólo al establecer que el varón y la mujer son iguales ante la ley y que ésta protegerá la organización y desarrollo de la familia, sino inclusive al indicar que "toda persona tiene el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos".[8] Lo argumentaron, aunque con un planteamiento constitucional aberrantemente sustentante del abortismo, los propios perredianos y sus adherencias, tanto al aprobar la iniciativa Robles Berlanga, como la Pérez Correa y Tonatiuh.[9]

Si bien el Artículo 6° de la propia ley antidiscriminación defeña excluyó como conductas discriminatorias "las acciones legislativas... que establezcan tratos diferenciados con el objeto de promover la igualdad real de oportunidades", el propio Artículo estableció, sin embargo, que lo anterior era viable, pero "sin afectar derechos de terceros". Entonces, debe reconocerse que se desconsidera la voluntad del padre en la acción abortiva engendrante, ya que ni siquiera se le permite opinar, es más, quizá ni llegue a enterarse, pues la decisión la toman dos médicos ejecutores que ni siquiera conocen la circunstancia por la que atraviesa la madre que, agobiada, toma una decisión bajo condiciones de desesperación. Además, dichos médicos la inducen de tal manera que fácilmente pueden obnubilar su capacidad de raciocinio lógico, lo que le impide conocer la verdad de la situación que le acontece y, más aún, la que el futuro le puede deparar, con todo lo cual debilitan, al menos, su voluntad decisoria. El error o inexacta apreciación de la realidad, circunstancial o, probablemente, inducido, y el temor a lo desconocido —al menos en las primerizas abortivas—, dejan la decisión en ese par de médicos que más parecerían ocasionalmente, surgientes verdugos o carniceros desconocidos para la madre. El padre, si irresponsablemente ha abandonado la situación, resulta no sólo "justificado", sino inclusive premiado por la ley, pues otros ajenos deciden por él; mas, hecho a un lado por mandato de ley, también se le desconoce su derecho humano a la procreación. La reforma penal abortista resultó de origen, no sólo contraria a la Constitución, sino subsecuentemente incompatible con la Ley para Prevenir y Erradicar la Discriminación en el Distrito Federal. La desmemoria e incongruencia o el cinismo legislativo, parece ser una constante en los perredianos y sus adherencias.

Es de llamar la atención el reaparecimiento del diputado David Razú Aznar, promovente del matrimonio homosexual inengendrante, igualante del matrimonio heterosexual, proponiendo con su peculiar estilo protagonista, su nueva ley. Entonces con una lógica, según él, reformadora y contradicente otra vez de la aristotélica.[10] Ahora, a escasamente cuatro años de vigencia de la anterior, como iniciativante de una Nueva Ley para Prevenir y Erradicar la Discriminación en el Distrito Federal, y sin mayor explicación, sino seguramente con las aprendidas estratagemas que su nueva acomodaticia militancia partidaria perrediana le proveyó, solamente omite, sin mayor explicación, la necesidad de que las acciones legislativas que establezcan tratos diferenciados con el objeto de lograr la igualdad sustantiva, respeten los derechos de terceros. Así presentó la iniciativa, sin explicar nada al respecto, en su supuesta exposición de motivos; y tal cual fue aprobada por sus correligionarios perredianos, sin dar cuenta de ello, dolosa o ignorantemente.[11]

El apartamiento de la técnica jurídica de los perredianos primeramente explicado, probablemente más ignorante que doloso, deja en evidencia no sólo que desconocen lo que una ley establece cuando expiden otra. Peor aún, cuando con una visión más fundamentalista que jurídica, deciden que las situaciones jurídicas, que de manera "novedosa descubren", no responden a la dogmática jurídica; la bilateralidad característica esencial de la norma jurídica les resulta intelectualmente incomprensible. Creen que pueden desconocer derechos de alguna de las partes involucradas en el hecho que deciden contemplar en la hipótesis normativa, y que pueden privar de sus derechos a cualquiera, por el sólo mandamiento voluntarista unilateral del legislador.

[8] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación* del 31 de diciembre de 1974, p. 2.

[9] Ver MÜGGENBURG, Carlos, "El Aborto y su Despenalización. Primera Parte. Etapa Legislativa", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 39, México, Escuela Libre de Derecho, 2015.

[10] MÜGGENBURG, Carlos, "El Matrimono Homosexual", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 36, México, Escuela Libre de Derecho, 2014, p. 390 y ss.

[11] *Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal*, del 29 de Abril de 2010 y *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, del 24 de febrero de 2011.

Ignoran después que los derechos de terceros, que su situación jurídica, no puede ser afectada sin su consentimiento, es decir, por la voluntad de otros. Ni aún la embarazada abortante, como hemos visto en condiciones de desesperación, pero de ninguna urgencia, a la que al menos habría que llevar a una situación de mayor tranquilidad para la toma de una decisión tan trascendente, y menos aún que un par de médicos circunstanciales, tienen derecho a desconocer el del padre engendrante, de al menos tener conocimiento de lo que está en el ámbito jurídico de sus atribuciones naturales, y que otros ajenos sin interés jurídico, estarán decidiendo por él.

a) Desechamiento del Consentimiento Gestativo y Voluntad Disidente del Progenitor

Tanto nacional como internacionalmente, no sólo se ha desconocido el involucramiento jurídico del padre de la creatura resultante del embarazo, cuando se plantea el "derecho de la mujer" a abortar, sino que se ha ignorado intencional o estratégicamente la acción de éste, no obstante ser un elemento esencial de la procreación resultante, quien ha sido evidentemente gestante indispensable de la misma. En el caso de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, pareciera que el tema estuvo proscrito por los iniciativantes abortistas y fue dejado en segundo o tercer término por los propios abortistas, a sabiendas timoratamente de que habrían de ser calificados de "machistas decadentes". Sin embargo, "inexpertamente" conforme al objetivo de los líderes ideológicos partidistas perredianos, la diputada María de los Ángeles Correa de Lucio, a cuyas "exposiciones" nos referimos en la primera parte de este artículo, tuvo a bien expresar "[q]ue las mujeres conjuntamente con su pareja lo puedan decidir [e]n eso no tenemos ningún problema y coincidimos con ustedes... lo que es real es que las mayoría de las veces son las mujeres quienes tienen que tomar esta decisión de manera individual".[12] Salvo esa referencia, el tema de la participación del progenitor no volvió a ser relevante. Evidentemente, la participación de la pareja masculina jamás volvió a ser siquiera insinuada y la diputada Correa de Lucio quizá fue reprimida por haber insinuado el tema que su natural consciencia le impulsaba.

De la misma manera, la doctrina proabortista internacional excluye la discusión del derecho del progenitor. El profesor de Derecho constitucional

[12] *Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal*, del 18 de Agosto del 2000, p. 35.

de la Universidad de Harvard, Laurence H. Tribe, se refiere a las teorías y apoyos en algún precedente judicial constitucional sustentativo del derecho exclusivo de la mujer a abortar, tales como el derecho a la privacidad, a la equidad y a la indiscriminación. Se refiere primero (citando al juez Antonin Scalia, de la Suprema Corte de los EUA, fallecido apenas el 13 de febrero del presente año) a un caso extremo en el que señala que el que procrea un hijo con la esposa de otro hombre, no tiene constitucionalmente derechos paternales que protejan su vínculo filial con ese hijo. Parece desprender de ello una conclusión general consistente en que "mientras los hombres conservan su derecho a la autonomía sexual y reproductiva, las restricciones al aborto niegan esa autonomía a las mujeres". Pero no se detiene mucho más en el punto.[13] En ninguno de los textos estudiados se hace siquiera análisis del derecho que pudiera asistir al progenitor, cuya voluntad y acción fueron tan esenciales como el de la mujer que resulta embarazada en el mismo acto de procreación. Se relega el acto jurídico como manifestación de voluntad que genera consecuencias de derecho, al de mero hecho, en el que la voluntad e, inclusive, el consentimiento de los progenitores o la voluntad de al menos uno de ellos —el masculino— es subsecuentemente desconocida por la manifestación unilateral de la otra. No se trata de una rescisión o ruptura que permite que el cumpliente pueda decidir no continuar siendo parte del acto, por la desconfianza surgida del incumplimiento de su contraparte. Aquí solamente una de las partes, la mujer, decide unilateralmente que no desea continuar vinculada con su contraparte, igualmente progenitora para el efecto de procrear una nueva vida. Ella sola toma la determinación, sin oír la opinión de su contraparte y, menos aún, sin obtener su consentimiento; inclusive, sin siquiera comunicarle la decisión que, pudiendo estar inducida médicamente, ha tomado. En cualquier acto jurídico, la ruptura con desacuerdo, corresponde resolverla a un juez. Es irrelevante si hubo o no consentimiento inicial, manifestación de la voluntad con error, dolo, mala fe, violencia o, inclusive, lesión de parte de terceros. Se creyó que la técnica jurídica normativa era desechable sin más, desconociendo que el derecho es un orden normativo por esencia complejo, interdisciplinario y concatenado. Como el agua, no basta con taponarla y cerrarle la salida, pues ella misma habrá de encontrar sus cauces, que si no fueron técnica o ingenierilmente dirigidos con sabiduría, tendrá en su desfogue efectos devastadores.

[13] TRIBE, Laurence H., *El Aborto. Guerra de Absolutos*, Suznjevic Dubravka trad., J. R. Cossio y otros (est. prelim.), Fondo de Cultura Económica / Instituto Nacional de Ciencias Penales, pp. 248 y ss.

b) Propiedad. Mezcla. Fusión

Dice Justiniano, en el apartado 27 del Libro Segundo de sus *Institutas*:

> [s]i dos propietarios han confundido voluntariamente materias que respectivamente les pertenecían, todo el cuerpo formado por la confusión es en todas sus partes común entre ellos; como si hubiesen mezclado su vinos, o fundido juntas barras de oro y plata. Lo mismo sucede cuando las materias sean diversas, y con ellas se haya creado una nueva especie… porque en este caso, no se duda que el nuevo objeto es común. Si por acaso y no por voluntad de los dueños, se confundiesen diversas materias o de una misma especie, la misma decisión ha sido adoptada.[14]

El romanista Eugene Petit, citando a Gayo, a Ulpiano y a Paulo, enseñaba:

> [h]ay confusión cuando los líquidos o metales en fusión, perteneciendo a propietarios diferentes, son mezclados juntos… En los dos casos, habiendo sido mezcladas las cosas de común acuerdo, entre los propietarios, el todo es común, puesto que es un resultado de propia voluntad, y la base de esta traslación de propiedad, hace que cada dueño de una de las cosas, sea copropietario de todo, es una tradición recíproca. Pero ¿cuál es el efecto si la confusión o la mezcla han tenido lugar por azar o por voluntad de uno solo? …esta comunidad sólo existe obligada por la fuerza de las cosas …[s] i la separación es imposible, el todo es común… [e]l reparto se obtiene por la acción *communi dividendo*… entonces se dice que está en estado de indivisión o de comunidad, es decir, que son copropietarios. La propiedad de uno está limitada por el derecho del contrario, de suerte que un copropietario no puede en principio disponer de la cosa común contra la voluntad de los otros… [e]l juez puede también condenar a cada una de las partes a prestaciones personales para con los demás: por ejemplo a pagar una cantidad de dinero a título de compensación.[15]

El Código Civil vigente regula, en forma aún más específica, en el Capítulo IV (Del Derecho de Accesión) del Título Cuarto, relativo a la Propiedad, del Libro Segundo de los Bienes, la mezcla de igual o diferente especie por voluntad de sus dueños o por casualidad, que no son separables, sin detrimento, cada propietario tendrá derecho proporcional, y prevé que ello aplicará también si mezclaren o confundieren por voluntad de uno solo, pero actuando de buena fe, y que el dueño de la cosa mezclada así, sin su consentimiento, puede permanecer en la indivisión o solicitar indemnización. Más aún, ordena que el actuante de mala fe, pierda la cosa mezclada o confundida,

[14] Ortolán, M., *Instituciones de Justiniano*, Melquiades Pérez Rivas (trad.), Buenos Aires, Heliasta, 2005, p. 74.

[15] Petit, Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano,* José Fernández González (trad.), Madrid, Ed. Saturnino Calleja, 1926, pp. 217, 185, 444 y 445.

y es responsable de los daños y perjuicios causados al codueño. Para determinar si hay buena o mala fe, la regla es que esta última se da cuando se dejan transcurrir las cosas a sabiendas.[16]

La monstruosidad creada por nuestros ignorantes legisladores perredianos y sus adherentes seudolegisladores —entonces todavía defeños— es aberrante. Pero, hacer declarar ahora a un juez que las disposiciones en materia de fusión o confusión de líquidos o materiales inseparables, o que biológicamente se presenta con la fecundación del óvulo femenino por el espermatozoide masculino que han dado origen a un nuevo cuerpo, inicialmente llamado huevo o cigoto, muy pronto embrión, y subsecuentemente hasta feto, inclusive, si el cálculo de las 12 semanas resulta inexacto, como generalmente lo es, y su destrucción por uno de los propietarios, dizque asesorado por médicos ocasionales, de las partes que regula el Código Civil, no resulten en una responsabilidad que hace imposible el reclamo de una indemnización por el hombre a la mujer, inclusive por daño moral, porque el aborto ha quedado "despenalizado", deja manifiesta la ignorancia de tales legisladores, que desconocen que un hecho puede actualizar diversas hipótesis normativas de muy distintas materias y que las consecuencias jurídicas de éstas, a su vez, sucesivamente, actualizan otras.

Su ignorancia de la dogmática jurídica normativa, hace que la pobre mujer abortante ahora se exponga, además del efecto sicológico por el que inevitablemente habrá de pasar, al haber sido dejada sola en su decisión, a una demanda por daños materiales o, por lo menos, de orden moral. Los médi-

[16] Artículo 926.- Si se mezclan dos cosas de igual o diferente especie, por voluntad de sus dueños o por casualidad, y en este último caso las cosas no son separables sin detrimento, cada propietario adquirirá un derecho proporcional a la parte que le corresponda, atendido el valor de las cosas mezcladas o confundidas.

Artículo 927.- Si por voluntad de uno solo, pero con buena fe, se mezclan o confunden dos cosas de igual o diferente especie, los derechos de los propietarios se arreglarán por lo dispuesto en el artículo anterior; a no ser que el dueño de la cosa mezclada sin su consentimiento, prefiera la indemnización de daños y perjuicios.

Artículo 928.- El que de mala fe hace la mezcla o confusión, pierde la cosa mezclada o confundida que fuere de su propiedad, y queda, además, obligado a la indemnización de los perjuicios causados al dueño de la cosa o cosas con que se hizo la mezcla.

Artículo 932.- La mala fe en los casos de mezcla o confusión se calificará conforme a lo dispuesto en los artículos 904 y 905.

Artículo 904.- Se entiende que hay mala fe de parte del edificador, plantador o sembrador, cuando hace la edificación, plantación o siembra, o permite, sin reclamar, que con material suyo las haga otro en terreno que sabe es ajeno, no pidiendo previamente al dueño su consentimiento por escrito.

Artículo 905.- Se entiende haber mala fe por parte del dueño, siempre que a su vista, ciencia y paciencia se hiciere el edificio, la siembra o plantación." Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común, y para Toda la República en Materia Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación, Sección Tercera, del 14 de julio de 1928, pp. 25, 29, 30, 201, 205 y 206.

cos abortantes, que seguramente se excusarán argumentando que obraron en cumplimiento del deber que la ley les ordena, inclusive de manera inmediata.

¿Qué le impedirá, cualquiera que sea la intención del hombre engendrante, argumentar que sus sentimientos, afectos y creencias; honor y reputación; la consideración que de sí mismo tienen los demás e, inclusive, su integridad psíquica física han sido vulneradas o ilegítimamente menoscabadas por la mujer abortante, quien ni siquiera le informó? —ya no digamos que le pidió su consentimiento. Se trata del ilícito civil, que no penal, que el seudolegislador omitió excluir de responsabilidad cuando creyó que bastaba con despenalizar, sin excluir la responsabilidad civil. La mujer abortante será responsable de la indemnización monetaria, aún y cuando no haya habido daño material, como lo ordena el Artículo 1916 del Código Civil del Distrito Federal (ahora flamante Ciudad de México) y del Federal,[17] aún y cuando para ello, el juez tome en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad y la situación económica de la madre abortante y del padre demandante.

Otra vez, el legislador —todavía defeño— desconoció el carácter dinámico y concatenado de las normas jurídicas, de los hechos que no son exclusivos de una sola rama del Derecho; que la sistemática jurídica[18] ordena su contenido, no en una sola disciplina, sino que coherentemente los ubica en una y en otra, según que el interés jurídicamente protegido afecte o rompa el orden jurídico, más gravemente o menos (al concernir a toda la colectividad o sólo a un individuo), mediante la afectación de bienes jurídicos más o menos amplios o ambos, pero con diferentes consecuencias jurídicas. Así, habrá que distinguir que, mientras un homicidio trastorna un interés más colectivo, la falta de pago de una renta lo hace en menor medida. Por ello, las sanciones

[17] Artículo 1916.- Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas. Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente Código. Código Civil para el Distrito Federal, Reformado, Primer Párrafo, *Diario Oficial de la Federación,* 10 de enero de 1994, Segunda Sección, p. 39.
"La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso. Reformado, *Diario Oficial de la Federación*, 31 de diciembre de 1982, Primera Sección, p. 17.

[18] García Maynez, Eduardo, *op. cit.*, pp. 310 y ss.

de una y otra norma habrán de ser cualitativa y cuantitativamente diferentes. La primera requiere, además de la indemnización, que cuando es aplicada por el juez penal, se llama reparación del daño y es de carácter netamente civil, resarcitoria para beneficio del afectado solamente; la segunda implica y tiende a lograr un escarmiento mayor y ejemplar al incumpliente y, por ello, la privación de un derecho personal —como lo es la libertad— o patrimonial —como lo sería una multa—, pero en beneficio o reparo del orden jurídico en general, de la colectividad.

2. Protección jurídica

Lo anterior se ve configurado una vez más, cuando leemos el Artículo 22 del propio Código Civil, que indica que el individuo concebido, esto es, desde que es el óvulo fecundado: "entra bajo la protección de la ley". Si hay protección jurídica, hay derecho subjetivo, decía Rudolf Von Ihering.[19] Es decir, hay una facultad que deriva de una norma. La norma es la expresión de la ley, y esta última no expresa otra cosa que normas que el jurista habrá de saber encontrar en el texto del articulado de la ley. La ley no dice otra cosa que normas que podrán estar en uno o varios artículos; pero identificado el supuesto jurídico que aplica al hecho sucedido, habrá de poderse identificar también su efecto jurídico —el derecho subjetivo y su correlativo deber intrínsecos en la norma— y luego habrá que identificar a los destinatarios de la norma —los sujetos activo o titular del derecho subjetivo y el pasivo u obligado—, como elementos extrínsecos de la norma obligacional. Todos ellos conceptos jurídicos fundamentales y comunes a las diversas disciplinas jurídicas.

a) Derecho subjetivo

Cuando el Artículo 22 del Código Civil establece "que desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley", se está refiriendo, precisamente, a esa protección legal que implica que alguien tiene un derecho subjetivo. Si el individuo a que se refiere es, en un principio, un óvulo fecundado, luego un embrión y, finalmente, un feto aún no desprendido del seno materno, ello es irrelevante para la ley. Tiene protección jurí-

[19] Von Ihering, Rudolf, *El Espíritu del Derecho Romano,* Bogotá, Leyer, p. 690 y *La Dogmática Jurídica,* Enrique Príncipe y Satorres (trad.), Buenos Aires, Losada, 1946, p. 181.

dica, tiene derechos. Quién lo va a proteger, habrá que determinarlo; no es posible ignorarlo. Habrá que identificar a ese titular del derecho que surge de la actualización de la hipótesis normativa, que es la concepción. Quién tiene la obligación o deber jurídico de dar esa protección, que también surge en razón de la bilateralidad —esencial característica del Derecho— y, con ello, de la norma, que es su expresión, también parece difícil de determinar, pero tampoco ello se puede desconocer por el jurista, pues hacerlo refleja la ignorancia de las características de la norma, de su funcionalidad, de su dinamismo, de su concurrencia y de la concatenación automática de una con otra. Esto cuando las consecuencias automáticamente dadas, no sólo son múltiples, sino que a su vez constituyen las hipótesis de otra serie de normas.

Ante el hecho jurídico de la concepción, el derecho y obligación de su protección —que son su consecuencia automática—, aparecen inmediatamente como sujetos en sentido jurídico individualizables (a los que les son atribuibles esas consecuencias), el engendrante —si aún no se le quiere llamar padre— y la embarazada —si tampoco se le quiere denominar madre—. Aparecen también, como sujetos destinatarios de la norma, los asistentes sanitarios —quizá médicos privados o del sector público, que habrán de asistir a la embarazada a partir de que sepa que lo está—, la misma autoridad y cualquiera otra persona o sujeto al que la realización del hecho que actualiza la hipótesis, le pueda alcanzar. Mientras no haya una excepción o exoneración de ese deber de protección, cualquiera que de una u otra manera se vea involucrado en el proceso, a partir de la concepción, deberá abstenerse de llevar a cabo hechos que impliquen desprotección del individuo concebido, según ordena la norma. Inclusive, estarán obligados a llevar a cabo acciones o conductas que protejan a ese individuo tal y como lo prevé la norma, en particular, el Código Civil, materia de este análisis por el momento.

La complejidad de sujetos y su presencia como sujetos y pasivos a la vez, dependiendo de la relación bilateral analizada, que la actualización de la hipótesis genera, hace que la embarazada también pueda resultar sujeto activo ejercitante del derecho subjetivo, consistente en la protección, si su contraparte médico o el propio engendrante, obligados a proteger al individuo engendrado, usan la violencia física o moral para que aborte.[20]

[20] Artículo 1818.- Es nulo el contrato celebrado por violencia, ya provenga ésta de alguno de los contratantes, ya de un tercero, interesado o no en el contrato.

Artículo 1819.- Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado. Código Civil para el Distrito Federal (en Materia Común y para Toda la República en Materia Federal), *Diario Oficial* para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común, y para Toda la República en Materia Federal del 31 de agosto de 1928.

A la inversa, si la embarazada quiere abortar y el engendrante está en desacuerdo con ello, en términos de lo dispuesto por el citado Artículo 22 del Código Civil, puede exigir y demandar la protección del concebido.

Si la embarazada o el engendrante hacen valer respectivamente su derecho subjetivo contra el otro o los demás sujetos pasivos, aunque penalmente los pasivos quedarán exonerados de esa responsabilidad si lo hacen dentro de las 12 semanas siguientes a la concepción (si pudieren llegar a probar que lo hicieron dentro de dicho plazo), no sucederá lo mismo desde el punto de vista del Código Civil. La realización de acciones contrarias a la protección del individuo concebido, ordenada por el propio Código, actualizarán la hipótesis, ya no de la norma obligacional que ya habrían incumplido, sino de la secundaria sancionatoria o responsabilitoria, por no haber cumplido con su obligación de protección.

La responsabilidad de los violadores de la norma obligacional o la posibilidad de que ello llegue a suceder, actualizará otros derechos subjetivos de quienes se ubiquen en la hipótesis de la norma sancionadora para impedir la realización del ilícito civil y exigir el cumplimiento de la obligacional o si ello ya no fuera posible, la responsabilidad por el ilícito civil cometido.

Evidentemente, los legisladores defeños han sido incapaces de comprender y ni aún de conocer la naturaleza ontológica, específicamente cosmológica[21] del óvulo fecundado, del embrión y, quizá, del mismo feto. Lo cual ha sido dejado, como otros tantos temas, no pendiente, sino abandonado, para que sea el órgano judicial, con base en los demás textos legales, quien lo resuelva.

De esta manera, si el seudolegislador criminalístico no sólo no le dio una naturaleza jurídica específica, sino que permite quitarle la vida —porque vida al menos animal diría que sí había—, elimina toda posibilidad de calificarlo de homicidio, menos aún de aborto. Se trata quizá de un ser vivo,

[21] A fin de llegar a conocer la naturaleza íntima metafísica de los cuerpos, la Cosmología investiga sus propiedades para por ellas, índices de la naturaleza, venir en conocimiento de ésta. Primero estudia las propiedades que sirven para la mera presentación de los cuerpos sin que impliquen mayor actividad: Cosmología Estática. Luego fija su atención en aquellas otras que ya acusan ulterior actividad como en las combinaciones químicas, etc., y por ello se llaman dinámicas (*dynamis*:fuerza): Cosmología dinámica. Si ahora las consideramos no cada cual por separado sino enfocamos a la vez a entrambas y preguntamos ¿vienen de dos fuentes diversas estas propiedades que así se ven como diversas? al considerarlas precisamente una frente, junto a las otras, hacemos un estudio de conjunto, de síntesis. He aquí la tercera sección de nuestro tratado: Cosmología sintética. Su tarea es ya tratar de averiguar cuál es la naturaleza íntima del cuerpo. Esta es la nota de toda la cosmología, la resolución del problema cosmológico, filosófico, metafísico: averiguar la naturaleza del mundo corporal. RAHAIM MANRÍQUEZ, Salomón, *Compendio de Filosofía*, 4ª. ed., México, 1985, p. 282.

pero ni siquiera lo cataloga como humanoide. Jurídicamente es una cosa, ni siquiera un animal; un bien surgido de una mezcla, de una fusión, en el mejor de los casos, como vimos arriba; cuya copropiedad puede generar desavenencias, que obviamente no le interesó regular; su finalidad era meramente politiquera.

Quien sienta vulnerados sus derechos, el progenitor que se oponga, por ejemplo, al aborto, pretenderá evitar, en cuanto se entere, que éste se consume y solicitará al juez que dicte providencias precautorias contra la embarazada, ejercitando contra ella una acción real para evitar que el bien o la cosa resultante de la fusión pueda ser "ocultado o dilapidado" y ordene "su secuestro".[22]

Los seudolegisladores defeños y sus copartícipes asesores y aplicadores de la norma penal exonerante de responsabilidad penal en caso de aborto, resultaron ser más ignorantes de lo imaginable o, muy probablemente, irresponsables, pues otra vez, ante una supuesta preponderancia del derecho de la mujer a abortar sobre el del engendrante o padre para impedirlo, la dejaron sola y desprotegida frente al riesgo de que dicho engendrante haga valer su derecho subjetivo, solicitando a un juez que le impida precautoriamente abortar. En caso de que esto último fuera ya imposible por haberse consumado, pedirá una indemnización por daño, al menos de carácter moral, por la afectación sicológica o de imagen que con el aborto pudiera sufrir el padre engendrante, como se ha mencionado arriba. Imaginemos aunque sea limitadamente la situación jurídica de esa embarazada que fue aconsejada para abortar y que ante la medida precautoria ordenada por un juez no lo pudiera hacer o que, habiéndolo realizado —además del sentimiento de culpabilidad y de la problemática orgánica y sicológica que con alguna frecuencia se presenta—, tenga que afrontar una demanda civil por daños de uno u otro tipo. Los engañantes legisladores perredianos y sus engendrantes adherencias prianas, entre otras, son responsables de sus deficiencias jurídicas. La impunidad, que inclusive desde el extranjero atribuyen a los gobiernos aplicadores de las normas del sistema legal mexicano, como su función y deber principal, ahora también se confirma en el caso de los hacedores de las normas jurídicas generales, los legisladores. ¿Cómo se atreven a proponerse y ser legisladores, si ni siquiera entienden la técnica jurídica de formulación y aplicación de normas jurídicas? Ni son capaces de asesorarse de aquellos que sí las entienden.

[22] Artículo 235.- Las providencias precautorias podrán dictarse: ... II. Cuando se tema que se oculten, dilapiden los bienes en que deba ejercitarse una acción real; Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, *Diario Oficial de la Federación* del 8 de septiembre de 1932, p. 3.

b) Condición Suspensiva

Jurídicamente se llama condición suspensiva al acontecimiento del cual depende la existencia de la obligación.[23] Es decir, se trata de uno de los elementos de la hipótesis normativa compleja y no simple que no se ha realizado y, con ello, la automaticidad de las consecuencias se encuentra suspendida, pues aunque parte de la hipótesis misma (algunos elementos) ya se pudieron haber realizado, otra parte, otro elemento, aún no —se encuentra pendiente—, pero puede realizarse. Por ello, dicha hipótesis no se ha realizado en plenitud; falta de darse o realizarse ese elemento que consiste en el acontecimiento futuro e incierto, que impide que las consecuencias (derechos y obligaciones) de esa norma específica se den. La automaticidad de las consecuencias se presenta cuando la hipótesis se ha realizado íntegramente y, en el caso de la condición suspensiva, falta precisamente ese elemento incierto que no se sabe si llegará a existir o no. El efecto jurídico o consecuencias, aún no se han dado. Lo anterior no significa, sin embargo, ni que solamente la realización de las consecuencias esté suspendida, ni que estemos frente a la nada jurídica.

Lo que en realidad sucede es que la hipótesis normativa no ha acabado de realizarse, falta darse el acontecimiento futuro que, al presentarse, generará la aplicación automática de las consecuencias, el surgimiento de las consecuencias jurídicas, es decir, de los derechos y de las obligaciones que serán atribuibles o imputables a los sujetos correspondientes que habrán de resultar acreedores o deudores, una vez que la hipótesis quede plenamente realizada, una vez que el acontecimiento futuro incierto se realice e integre a los demás.[24] No obstante, ello no significa que el deudor no se encuentre obligado a algo, ni que pueda desentenderse de la obligación que posiblemente o, mejor aún, probablemente tenga que cumplir al acontecer el único elemento faltante de realización de la hipótesis compleja en la integración de sus elementos. Resultaría jurídicamente aberrante, obligarse a algo que el sujeto pasivo evadiera al realizarse el acontecimiento futuro, simplemente argumentando que como los elementos de la hipótesis aún no se integraban, él estaba libre de cumplimiento de cualquier obligación, sea ésta convencional o derivada de la ley. Resulta obvio que si se ha manifestado la voluntad o se ha actualizado la hipótesis normativa parcialmente, es que se ha generado

[23] Artículo 1938.- La obligación es condicional cuando su existencia o su resolución dependen de un acontecimiento futuro e incierto.

Artículo 1939.- La condición es suspensiva cuando de su cumplimiento depende de la existencia de la obligación. Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para Toda la República en Materia Federal, *Diario Oficial de la Federación* del 31 de agosto de 1928, pp. 7 y 8.

[24] García Maynez, Eduardo, *op. cit.*, p. 319.

en la contraparte un derecho inmediato y no sólo una expectativa, pero que deriva de una norma subyacente a la norma cuya hipótesis está en proceso de complementación. En otras palabras, no se puede decir que la exigibilidad del derecho esté suspendida, sino que aún no nace la obligación que bilateralmente coexiste con tal derecho, aunque tampoco se pueda decir que estemos frente a "la nada jurídica".

Lo primero, porque es contrario a la dogmática jurídica normativa que pregona la automaticidad de las consecuencias, la suspensión de los efectos cuando se ha realizado la hipótesis; y de la segunda, porque es atentatorio de la seguridad jurídica, ofrecer algo que genere en la contraparte una expectativa que permita al potencial obligado desdecirse de su dicho, valga la redundancia. Se le estaría permitiendo al sujeto que la ley o su propia voluntad, queden a merced de un cambio unilateral de su propia voluntad y, con ello, afectar también unilateralmente el entorno jurídico de su contraparte, de aquél a quien le ha generado un derecho que en el peor de los casos, es el esperar a saber si la condición elemento de la hipótesis normativa se dará o no.

i. Hipótesis Normativa suspendida

En el caso concreto, el Artículo 22 ordena textual e imperativamente que se proteja al producto de la concepción como si hubiera nacido. Dicho Artículo —transcrito en lo conducente páginas atrás— establece que, además de la protección que debe darse al individuo concebido, "se le tiene por nacido para los efectos declarados por el presente Código". El Artículo 337 del propio Código tiene por nacido al individuo "que desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo ante el Juez del Registro Civil". Luego, la hipótesis normativa de protección prevista en el mencionado Artículo 22, ordena esperar, pero protegiendo hasta saber si el individuo concebido llega a ser nacido en términos del propio Código Civil. Sin embargo, otra vez, ello no puede entenderse como "la nada jurídica", puesto que entre tanto, no permite que el obligado, quienquiera que éste sea, lleve a cabo "actos" (técnicamente debió decir hechos) que impidan que la obligación pueda cumplirse. No puede entenderse que no haya obligados a abstenerse de proteger al concebido, que como no se sabe si la condición de nacer ser vivo y viable ocurrirá, entre tanto puede extirpársele. ¿Puede ignorarse jurídicamente que hay derechohabientes de esa obligación de protección, cuyos derechos están sólo a la espera de que nazca vivo y viable para que automáticamente surja su derecho?

Inclusive, en el caso en que el progenitor y la engendradora hubieran estado de acuerdo en provocar el aborto, ¿qué no habrá otros sujetos distintos a los anteriores, cuyos derechos se verían conculcados con la desprotección causada con el aborto? Pensemos, por ejemplo, en el caso de daño económico de los hermanos del abortado que, no obstante padecer potenciales defectos en su salud, habría sido vivo y viable en términos de ley, aunque pocos días después falleciera y hubiera sido designado heredero por persona distinta a tales progenitores. Por muy materializados que sean los intereses de esos hermanos, al producirse el aborto, es decir, al haberse violado la obligación de protección del concebido, habrán perdido toda oportunidad de hacerse del acervo hereditario que como parientes colaterales del abortado les correspondían.[25]

ii. Hipótesis Normativa Subyacente Legal Actualizada

Como se ha insistido, la condición suspensiva no es ni la nada jurídica ni la suspensión antidogmática normativa de las consecuencias jurídicas. Lo que sucede es que en el caso de la condición, la hipótesis normativa es compleja, se ha realizado parte de ella, pero es tan compleja, que al menos uno de sus elementos no se ha realizado aún, falta la condición suspensiva, ese elemento futuro de realización incierta que las partes habrán de esperar que suceda o no, para saber si resultan obligados o facultados.

Pero, ¿deben esperar las partes a que suceda o no ese acontecimiento futuro para saber si resultan una facultada u obligada? ¿Cuánto tiempo deben esperar a que se dé la condición? ¿Están en plena libertad de disponer del bien jurídico que han comprometido porque la hipótesis no se ha realizado y las obligaciones no han nacido?

El legislador perrediano y sus adherencias engendrantes prianas, y las petianas, entre otras, no son capaces de comprender la dogmática normativa funcional y, por ello, otra vez dejan en enorme riesgo de responsabilidad a la mujer embarazada, a la que dicen proteger. No se percatan de que civilmente el óvulo fecundado, embrión o, quizá, feto, está protegido como si hubiera nacido, hasta el tiempo en que se sepa si es nacido vivo y viable. Tampoco

[25] Artículo 1602. Tienen derecho a heredar por sucesión legítima: I. Los "... parientes colaterales dentro del cuarto grado...". Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para Toda la República en Materia Federal, *Diario Oficial de la Federación* del 31 de agosto de 1928, pp. 7 y 8.

se percata de que el Artículo 22 mencionado ordena esperar antes de dejar de proteger al concebido. Ignoran, por ignorantes —valga de nueva cuenta la redundancia— o irresponsables, que civilmente, si bien no penalmente, está prohibido desproteger al concebido, más todavía, matarlo, hasta en tanto no se sepa si nacerá, si será vivo viable en el lapso de los nueve meses que resten a partir de la concepción, con lo indeterminable que es aún científicamente saber cuándo exactamente se presenta.

Menos aún saben, ni quisieron saber, qué sucede civilmente, una vez que se ha dado la concepción, y están ante un supuesto normativo complejo al que le falta de sucederse uno de sus elementos. Ignoran que la ley ordena imperativamente al potencial obligado a abstenerse (obligación de no hacer) de algo que pueda impedir la realización de la condición. Ignoran que el sistema jurídico es más complejo que sus intereses politiqueros. Ignoran o cínicamente desechan la técnica jurídica normativa que enseña que prácticamente cualquier manifestación de voluntad, cualquier acontecimiento que constituya un hecho jurídico, puede estar actualizando a la vez un sinnúmero de hipótesis normativas, esas sí en plenitud, que pueden por lo tanto estar generando la automaticidad de sus consecuencias, de los derechos y obligaciones, y que su incumplimiento o realización negativa de las consecuencias normativamente ordenadas, a su vez, generará también automáticamente la actualización de las consecuencias de una o más normas sancionatorias o responsabilitorias.

Ignoran, inclusive, el texto de la ley; no obstante ser legisladores y estar obligados a conocerla, de hecho, mejor que sus destinatarios. Ignoran que el Código Civil para el Distrito Federal expresamente ordena, sin excepción, en su artículo 1942, que el deudor se abstenga de todo "acto" que impida que la obligación pueda actualizarse, más aún, el deudor no puede llevar a cabo acciones que pudieran impedir que el acreedor pueda llegar a ejercer su derecho; por ello, mientras tanto, el acreedor está facultado para ejercer cualesquiera actos conservatorios de su derecho.[26]

Se trata, pues, del caso en el que cualquier hecho o acto, que estando sujeto a una condición suspensiva, actualiza simultáneamente una hipótesis de una norma distinta prevista en ley. Misma, esta última, que las partes de la primera no pueden ignorar, la que aunque subyacente, se realiza en plenitud

[26] Artículo 1942.- En tanto que la condición no se cumpla, el deudor debe abstenerse de todo lo que impida que la obligación pueda cumplirse en su oportunidad. El acreedor puede, antes de que la condición se cumpla, ejercitar todos los actos conservatorios de su derecho. Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para Toda la República en Materia Federal, *Diario Oficial de la Federación* del 31 de agosto de 1928, pp. 7 y 8.

pese que a la primera le falta aún un elemento de la hipótesis. Que ordena al deudor no sólo esperar a saber si la condición se realizará, sino mucho más, le ordena no realizar acciones que impidan el cumplimiento de la obligación y el ejercicio del derecho, y autoriza al titular del derecho a impedir tales acciones.

El seudolegislador, inepto protector de la mujer abortante, la ha expuesto, como se ha indicado arriba, a que quienquiera que resulte ser titular de un derecho civil, actual o sujeto a condición de protección del concebido, le impida abortar o, si ya lo hubiera hecho, la haga responsable, según el caso, de daño moral o, inclusive, de daño patrimonial.

B. Justificativa de antijuridicidad, destipificación o despenalización del aborto

El Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia del Fuero Común y para Toda a la República en Materia Federal, de 1931, con mejor técnica jurídica, que deberían envidiar, pero que ignoran grotescamente los actuales —aún los más "notables"— seudolegisladores de la anhelante por ellos, que no por los habitantes, ahora Ciudad de México, preveía que "no es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación… [o] la mujer embarazada o el producto corran peligro de muerte".[27] En forma inercial seguramente —aunque ya desde entonces imperfecta técnicamente—, la reforma Robles Berlanga, publicada en aquel tiempo en la novedosa *Gaceta Oficial de Distrito Federal*, del 24 de agosto de 2000, repite —aunque con otras palabras— que "[n]o se aplicará sanción… [tampoco] …cuando el embarazo sea resultado… de una inseminación artificial no consentida… la mujer corra peligro de afectación grave a su salud, el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales al límite de que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada".[28]

La mejor técnica del mencionado Código Penal de 1931, perduró sólo nominalmente, pues los mismos perredianos, un par de años más tarde, publicaron su llamado "Nuevo Código Penal para el Distrito Federal", en cuyo

[27] Secretaría de Gobernación, Talleres Gráficos de la Nación, Tolsá y Enrico Martínez, México, 1931, pp. 70 y 71, Artículos 333 y 334.

[28] Gaceta Oficial del Distrito Federal del 24 de agosto de 2000, pp. 1 y 2.

Artículo 148, se reitera que "[n]o se impondrá sanción"[29] en prácticamente los mismos casos a que ya se había referido la reforma Robles Berlanga al citado Código de 1931.

La menos mala técnica del pasado, se rompe con la publicación del Decreto que Reforma los Artículos 145 y 148 del todavía denominado Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, junto con la que adicionó sobre el mismo tema, también sin la técnica jurídica legislativa apropiada, para identificar los numerales de los Artículos 16 bis 6 y 16 bis 7 (*sic*) a la Ley de Salud para el Distrito Federal,[30] como consecuencia de un debate desarrollado durante unos cuantos meses entre asambleísticos defeños de su mencionado engendrante Partido Revolucionario Institucional y su, ese sí, abortado sobreviviente producto, el Partido de la Revolución Democrática, para el caso del aborto en los mismos casos que desde la reforma Robles Berlanga, ya se contemplaban, pero ahora bajo el genérico "excluyente de responsabilidad", que de manera igualmente genérica, sin especificar la causa de la insancionabilidad, que sí se contenía en el Artículo 29 de su propio Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.[31]

[29] *Ibídem* del 16 de julio de 2002, p. 29.

[30] *Ibid* del 27 de enero de 2004, pp. 6 y 7.

[31] Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sistema de Consulta de Ordenamiento, Código Penal para el Distrito Federal —antes Nuevo Código Penal para el Distrito Federal— Proceso Legislativo Exposición de Motivos, Discusión Origen, Dictamen Origen 30 de septiembre de 2003 y 26 de diciembre de 2003. *Gaceta del Distrito Federal* del 27 de enero de 2004.
Artículo 29.- (Causas de Exclusión). El delito se excluye cuando: I. (Ausencia de conducta). La actividad o la inactividad se realice sin intervención de la voluntad del agente; II. (Atipicidad). Falte alguno de los elementos que integran la descripción legal del delito de que se trate; III. (Consentimiento del titular). Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) Que se trate de un bien jurídico disponible; b) Que el titular del bien jurídico, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien; y c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento. Se presume que hay consentimiento, cuando el hecho se realiza en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento. IV. (Legítima defensa). Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor. Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al lugar en que habite de forma temporal o permanente el que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el agente tenga la obligación de defender, a sus dependencias o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión. V. (Estado de necesidad). Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo; VI. (Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho). La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo o ejercerlo; VII. (Inimputabilidad y acción libre en su causa). Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el sujeto hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación. Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 65 de este Código. VII. (Error de tipo y error de prohibición). Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de: a) Alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate; o b) La ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta. Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto en el artículo 83 de este Código. IX. (Inexigibilidad de otra conducta). En atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al sujeto una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido conducir conforme a derecho. Las causas de exclusión del delito se resolverán de oficio, en cualquier estado del proceso. Si en los casos de la fracciones IV, V y VI de este artículo el sujeto se excediere, se estará a lo previsto en el artículo 83 de este Código. *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, 16 de julio de 2002, pp. 6 y 7.

La ignorancia de la técnica jurídica se hace por demás evidente cuando tratamos de analizar la congruencia entre la calificación de las "excluyentes de responsabilidad penal en el delito de aborto", del Artículo 148 mencionado y las específicas conductas excluidas, algunas desde el Código Penal de 1931, que declaraba impunes el aborto por imprudencia y el del embarazo resultante de violación, y las que la reforma Robles Berlanga adicionó en el año 2000; es decir, el aborto resultante de embarazo por inseminación artificial o por alteraciones genéticas o congénitas con riesgo de daños físicos o mentales. Resultó de la "genial" reforma, como se ha analizado, que, además de enfatizar que sólo son exclusiones de la responsabilidad penal, pero no de la civil o de otra naturaleza, la "insancionabilidad" se convirtió en "Causas de exclusión del delito". En el Artículo 29 del llamado Nuevo Código Penal se definían tales excluyentes en varias especies, como era la "Ausencia de Conducta", la "Atipicidad", el "Consentimiento del Titular", la "Legítima Defensa", el "Estado de Necesidad", el "Cumplimiento de un Deber" o el "Ejercicio de un Derecho", la "Inimputabilidad", el "Error de tipo y error de prohibición" y la "Inexigibilidad de otra conducta", lo que resultó en que, además de la confusión técnica entre los elementos del delito y su prerrequisito, como es la imputabilidad, por ejemplo, se volvió necesario, a partir de entonces, que se tuviera que determinar cuál o cuáles de las excluyentes de responsabilidad del Artículo 29, considerando la complejidad de cada uno de los elementos de los mismos, era la que resultaría aplicable para que el

juez pudiera exonerar a la abortante y sus copartícipes; ya no bastó la conducta misma descrita en el Artículo 148. Otra vez, el ignorante legislador seudoprotector de la abortante, le hizo la vida más complicada. Antes era clarísimo que no habría sanción en los casos de aborto previstos en el propio Artículo 148; en adelante, hubo que determinar en cuál de las excluyentes del artículo mencionado, podría ubicarse para desrresponsabilizarla penalmente. ¡Pobre mujer abortante, su propio seudoprotector legislante, se convirtió en su verdugo!

Peor aún resultó para la, esa sí, abortante reforma al entonces ya denominado solamente Código Penal para el Distrito Federal, publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, del 18 de diciembre de 2014,[32] derivada de

[32] Artículo 29.- (Causas de Exclusión). El delito se excluye cuando concurra una causa de atipicidad, causas de justificación o causas de inculpabilidad: A. Habrá causas de atipicidad cuando: I. (Atipicidad por ausencia de conducta). La actividad o la inactividad se realicen sin intervención de la voluntad del agente; II. (Atipicidad por falta de elementos del tipo penal). Falte alguno de los elementos que integran la descripción legal del delito de que se trate; III. (Atipicidad por error de tipo). El agente obre con error de tipo: a) Vencible que recaiga sobre algún elemento del tipo penal y respecto a ese tipo penal no se admita la realización culposa. En caso de que el error de tipo sea vencible y se admita la realización culposa, no se excluirá el delito y se estará a lo previsto en el primer párrafo del artículo 83 de éste Código; o b) Invencible. IV. (Atipicidad por consentimiento disponibilidad de bien jurídico). Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se cumplan con los siguientes requisitos: a) Que se trate de un bien jurídico disponible; b) Que el titular del bien jurídico, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien; y c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento. B. Habrá causas de justificación, cuando: I. (Legítima defensa). Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor. Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al lugar en que habite de forma temporal o permanente el que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el agente tenga la obligación de defender, a sus dependencias o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión; II (Estado de necesidad Justificante). El agente obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, lesionando otro bien de menor valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo; III. (Cumplimiento de un deber). El agente realice una acción o una omisión atendiendo un deber jurídico, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo; IV. (Ejercicio de un derecho). Cuando el agente realice una acción o una omisión atendiendo a su derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para ejercerlo; o V. (Consentimiento presunto). Cuando el hecho se realice en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento. C. Habrá causas de inculpabilidad, cuando: I. (Estado de necesidad disculpante o exculpante). Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, lesionando otro bien de igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere deber jurídico de afrontarlo; II. (Inimputabilidad y acción libre en su causa). Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender

que pareciera que el seudolegislador se percató de que se le había olvidado incluir como "causas de exclusión del delito, la inculpabilidad" y especificó dentro de ésta al "estado de necesidad… no ocasionado dolosamente"; "la inimputabilidad… [cuando] el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito… del hecho típico"; "la acción libre en su causa" como improcedencia de la inculpabilidad, sin percatarse de que, conforme a la reforma de su antecesor, en 2002, el aborto había dejado de estar despenalizado o insancionado, ya que desde entonces habría que probar la excluyente de responsabilidad aplicable. Una vez más, la pobre mujer abortante quedó abandonada a su suerte. En el caso de que el juez o el abogado defensor decidieran irse por la excluyente de responsabilidad denominada inculpabilidad, a partir de entonces, no por la doctrina bajo la cual ese elemento negativo del delito habría existido desde siempre, sino por el irresponsable legislador, que ahora inventa la inculpabilidad, no como inexigibilidad de otra conducta, sino como la ambigüedad que implica un estado de necesidad y, peor aún, como un requisito de comprobabilidad de la capacidad, el sujeto, previo al análisis subsecuente de si se dan los elementos del delito, ya que confunde dicha capacidad con el delito mismo. El análisis jurídico más elemental distingue entre el sujeto o persona que puede actualizar la hipótesis normativa, y esta última. Si el sujeto es incapaz permanente o temporalmente, la actualización de la hipótesis ya resulta irrelevante. Pero este legislador perrediano ha sido inepto, no pudo hacer tal distinción, ha considerado aberrantemente que la falta de capacidad es una de las especies de la inculpabilidad.

Como ya vimos en la Primera Parte de este artículo,[33] el híbrido resultante de las iniciativas Cuervo-Pérez Correa y Tonatiuh, denominó al aborto

el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado. Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 65 de este Código. (Acción libre en su causa). No procederá la inculpabilidad, cuando el agente al momento de realizar el hecho típico, hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación; III. (Error de prohibición). El agente realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto: a) Desconozca la existencia de la ley; b) El alcance de la ley; o c) Porque crea el agente que está justificada su conducta. Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, no procederá la inculpabilidad y se estará a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 83 de este Código. IV. (Inexigibilidad de otra conducta). Cuando el agente, en atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no le sea racionalmente exigible una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido conducir conforme a derecho. Las causas de exclusión del delito se resolverán de oficio, en cualquier estado del proceso. Si el agente se excede en los casos de legítima defensa, estado de necesidad justificante, ejercicio de un deber y cumplimiento de un deber se estará a los previsto en último párrafo del artículo 83 de este Código. *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, 18 de diciembre de 2014, pp. 13, 14 y 15.

[33] MÜGGENBURG, Carlos, "El Aborto…", *op. cit.*, p. 580.

"interrupción del embarazo", y solamente lo calificó como delito, por regla general, cuando fuera realizado "después de la décima segunda semana de gestación".

Por lo anterior, podemos reafirmar la grotesca falta de técnica normativa de los perredianos y sus adherencias, también en materia penal. No son capaces de distinguir y confunden, no obstante llamarse a sí mismos legisladores, entre una despenalización o insancionabilidad, una excluyente de responsabilidad (y el desconocimiento inicial como parte de ésta, y el manejo inadecuado de la inculpabilidad cuando la incorporaron subsecuentemente), y luego con su innovador léxico técnico penal, le llaman al hecho una "interrupción" del embarazo, para denominar un concepto, que iniciara de manera inercial por los perredianos como despenalización, no obstante que lo usaron desnaturalizadamente, y acabaron por calificarlo, sin saberlo o maliciosamente queriéndolo reconocer, como un elemento negativo del delito que confiere un derecho a privar de la vida a un ser vivo llamado ser humano en gestación, que excluye la antijuridicidad como elemento del delito y que técnicamente, aunque no se atreven a llamarlo así, implica necesarísimamente desde entonces, el ejercicio de un derecho que otorgaron a la propia madre y a sus colaboradores, llamados médicos.

Todo lo anterior quedó evidenciado, no sólo en sus vergonzantes productos legislativos, sino también en las propias iniciativas y en las discusiones asambleísticas de ínfimo nivel, en las que, como se ha visto, usaron indistintamente y, quizá como sinónimos, términos técnicamente diferenciables.

El texto mismo de la iniciativa Robles Berlanga se refirió sinonímicamente a exclusión de punción, conducta no punible, interrupción del embarazo, evitamiento de la penalización e inaplicación de sanción. Durante el llamado debate legislativo —si es que lo fue— de dicha iniciativa, se siguieron usando los mismos términos de igual manera; aunque con menos mala técnica, prevaleció el de la despenalización.[34]

En el caso de la iniciativa Cuervo-Pérez Correa y Tonatiuh, sucedió algo similar, no obstante que las Comisiones Unidas de Administración y Procuración de Justicia, de Salud y Asistencia Social y de Equidad y Género, suponemos que deberían haber contado con la experiencia del estudio de la iniciativa Robles Berlanga, e hicieran algún trabajo de edición para fusionarlas, por provenir no sólo de diputados diversos, sino inclusive de distintos partidos, la Coalición Parlamentaria Social Demócrata y el Partido Revo-

[34] *Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal*, 18 de Agosto del 2000, pp. 12-14, 24, 43-44, 49-51, 54, 58-59, 63, 65, 78, 83, entre otras.

lucionario Institucional, respectivamente.[35] No obstante que en la iniciativa híbrida resultante y durante el supuesto debate, predominó el término despenalización sobre el de interrupción del embarazo, finalmente optaron por esta última creativa noción, modernizadora del derecho penal.[36]

1. Elementos del delito. Hipótesis normativa generalísima

Enseñaba, el maestro Javier Alva Muñoz, posiblemente el mejor penalista que ha dado este país, seguidor de las teorías del alemán Edmund Mezger[37] —a quien, en opinión del autor, superó en la coherencia plena de sus planteamientos—, que el delito y sus elementos deberían ser estudiados en sí mismos, separadamente de su presupuesto y de su consecuencia. En otras palabras, como se ha dejado entrever arriba, ni la imputabilidad ni la sanción son partes integrantes del delito mismo. La primera tiene que ver con el sujeto que puede resultar imputado, lo que se analiza antes de ver si se actualizan los elementos del delito, pues no tiene caso entrar al análisis de estos últimos, sino hasta que se ha determinado si el sujeto, posiblemente responsable, es una persona capaz de ser imputado. De no serlo, resulta ocioso evaluar si se dan los cuatro elementos del delito, es decir, si hubo conducta, si está tipificada, si además se actuó de forma antijurídica y si, por último, lo hizo culpablemente. De igual manera, la sanción en sí misma tampoco es elemento del delito, pues sólo cuando los cuatro elementos del delito quedan acreditados, es que se actualiza la hipótesis normativa de la norma sancionadora, y será entonces que resultará aplicable la sanción o pena.[38]

El proceso lógico descrito no es distinto del que se seguiría, conforme a la más elemental Teoría de Derecho, en cualquiera de sus disciplinas. En el Derecho Civil, por ejemplo, una cosa es el sujeto y su capacidad, y otra perfectamente distinta el hecho jurídico contemplado en la hipótesis normativa concreta. Es cierto que la capacidad del sujeto forma parte de casi cualquiera hipótesis normativa como un elemento que hace que deje de ser simple y se vuelva compleja, pues para atribuirle o no al sujeto las consecuencias, tanto en la norma primaria u obligacional (derechos y obligaciones), como en la secundaria o sancionatoria (la responsabilidad), dicho sujeto habrá de actua-

[35] *Ibídem*, 24 de abril de 2007, pp. 31 y 32.
[36] *Ibíd.*, pp. 32-33, 36, 39, 50, 52, 92, 97 y 107, entre otras.
[37] MEZGER, Edmundo, *Tratado de Derecho Penal*, T. I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1946, pp. 325 y ss.
[38] ALVA MUÑOZ, Javier, *Derecho Penal, Primer Curso, Teoría del Delito*, Escuela Libre de Derecho, Apuntes de clase, 1970-1971.

lizar primero, como elemento presupuesto de la hipótesis, la capacidad. Además, conforme a la Teoría del Derecho, el hecho que actualiza una hipótesis, lo mismo puede corresponder a una u otra disciplina jurídica. Es el legislador quien, conforme a la sistemática jurídica, positivamente las ordena en una u otra materia o disciplina, en uno u otro código o en varios de ellos a la vez, con consecuencias diversas en una y/u otra.

Lo que sucede en la materia penal es que generalmente la norma obligacional o primaria no se contempla en los códigos de manera expresa, sino que está implícita. La ley penal parte de la base de que el deber u obligación propio de la norma primaria ha sido incumplido o violado por el sujeto, y que, por ello, dicho incumplimiento del deber —es decir, realización negativa de las consecuencias de la norma primaria— ha actualizado la hipótesis de la secundaria, sancionadora o responsabilitoria. La norma primaria u obligacional ordena respetar la vida. No cumplir con tal deber, actualiza la hipótesis de la secundaria, que es la expresamente prevista en la ley penal, la que automáticamente hace aplicable al homicida las consecuencias de ésta, es decir, la sanción penal.

El maestro Alva Muñoz no sólo hizo la distinción entre el sujeto, el delito u objeto y la sanción, sino que además abstrajo con meridiana distintividad, los elementos de toda hipótesis normativa delictiva, es decir, los elementos esenciales comunes aplicables a todos y cada uno de los delitos, a la hipótesis normativa de la norma sancionadora, contenidos en los articulados de ley —por lo general, confusamente elaborados por el legislador, como hemos visto que sin duda fue el caso del legislador perrediano inconsistente, titubeante y primer detractor del interés jurídico de la abortante, a quien demagógicamente decía proteger, pero que, por su falta de disciplina y honestidad intelectual, y por su preferente interés político partidista, abandonó en el camino—.

a) Positivos

De igual forma, el maestro Alva Muñoz explicaba que los elementos positivos —o esenciales, diría yo— para que el delito exista, eran la conducta, el tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad.

La conducta puede ser activa u omisiva, y se da, en mi opinión, cuando hay o debió haber habido el conocimiento, la oportunidad de la deliberación mental y la ejecución o exteriorización, sea ésta activa o abstentiva. La ausencia de conducta se configurará entonces y no habrá delito, cuando falta cualquiera de estos, sus elementos. Por ello, con excepción de la acción libre en su causa, que necesariamente supone el conocimiento y deliberación previos a la realización de la conducta tipificada, el trastorno mental temporal constituye ausencia de conducta y, con ello, inexistencia del delito por falta de uno de los elementos esenciales de este último.

Explicar el tipo o tipicidad pareciera ser bastante más sencillo, independientemente de que el mejor o peor legislador lo sepa hacer. Es conforme a la teoría del delito, la descripción de la conducta que debe ser generalmente prohibida o en ocasiones ordenada, ya que de lo contrario no habrá de ser sancionada. Dado el carácter interpretativo restrictivo propio del Derecho penal, resulta esencial la utilización del lenguaje técnicamente correcto en los elementos del tipo, sean estos materiales u objetivos, culturales e inclusive subjetivos (como explicaba el maestro Alva Muñoz), pero que generen la mayor certeza jurídica para su fácil apreciación. No está de más anticipar que una destipificación torcida hará que la conducta que fue delictiva, deje de serlo, por lo que el hecho jurídico que fue típico y deja de serlo, genera el derecho a realizar dicha conducta —por antinatural o aberrante que pueda serlo— una y otra vez, desde el punto de vista penal, salvo que la reiteración sea lo que constituya el elemento objetivo del tipo modificado. Ello, desde luego, con independencia —como ha sucedido en materia del aborto— de sus efectos civiles o propios de otra disciplina jurídica.

Enseguida habrá de considerarse el tercer elemento del delito, que es la antijuridicidad. Lo que significa que la conducta típica sea, además, contraria a derecho, pues no obstante que haya conducta, es decir, que se sepa qué se hace o deja de hacerse, y se decida hacerlo o no, libremente y se ejecute activa u omisivamente, estando no sólo esa conducta descrita como delictiva, sino además apartarse del deber de comportamiento objetivo, a lo ordenado por el derecho, sin que haya otra norma que permita u ordene una conducta adversa a la objetivamente mandada activa u omisivamente. La norma objetiva expresa, prohíbe y sanciona, por ejemplo, el apoderamiento de una cosa mueble ajena, sin derecho —robo—. Difícilmente habrá la posibilidad de que haya otra norma que lo permita. No sucede lo mismo, en cambio, con la prohibición de lesionar o privar de la vida a un agresor, caso en el cual existe otra norma específica, que bajo circunstancias de auténtica defensa legítima, lo permite. En cuyo caso la conducta deja de ser antijurídica. Es decir, ante la norma sancionadora más general que prohíbe u ordena una conducta determinada, existe una particular o específica en la que, si a la antijurídica se le

agregan algunas particularidades (defensa legítima por ejemplo), la norma de excepción permite realizarla sin que resulte ya entonces contraria a derecho.

Por último, el cuarto elemento del delito es la culpabilidad, que supone que el sujeto quiere que se dé el resultado de dañoso o, al menos, sabiendo que se puede dar, le es irrelevante que éste se produzca o no se produzca, o no toma las mejores medidas para evitarlo. Tiene la voluntad para que se dé el ilícito penal o, a sabiendas, no tiene la disciplina para evitarlo. Hay inobservancia de la diligencia debida. Podrá ser en grado de dolo si, conociendo el sujeto que el resultado dañoso se dará o se puede dar, lo quiere o no desea evitarlo. Lo será en grado de culpa si no quiere o no habría querido el resultado dañoso, pero no hace todo lo posible para evitar que este se dé. En el primer caso, el automovilista, por ejemplo, se percata que hay alguien parado en el arroyo vehicular y no hace algo por evitarlo y lo atropella. En el segundo, el automovilista no lo ve por causas ajenas a él mismo y lo atropella sin quererlo hacer. Es así que se distingue, para efectos de gradación de la pena, el carácter doloso o meramente culposo de la conducta e, inclusive, bajo circunstancias especiales para la exoneración o despenalización del delito como se verá más adelante.

Hemos visto que el maestro Alva Muñoz explicó que la conducta, el tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad eran los elementos esenciales del delito, es decir, los elementos esenciales generales de toda hipótesis normativa de la norma sancionadora (agregado mío). La falta de cualquiera de ellos, por su propia naturaleza de elemento esencial, hace que el delito no exista y que, por lo tanto, las consecuencias, es decir, la pena, no pueda aplicarse.

Por ello, más adelante habremos de analizar si el legislador —todavía defeño— fue capaz de comprender cuál o cuáles de los elementos del delito no se daban en el caso del aborto para que éste fuera insancionable o cómo fue que, conforme a la auténtica teoría del delito, técnicamente determinó que no lo había.

b) Negativos

Igualmente, el propio maestro Alva Muñoz enseñaba que la manera integral de entender la teoría del delito era a través de la comprensión de los elementos negativos del mismo, de sus contrapartidas: los casos de ausencia de conducta, de tipicidad, de antijuridicidad o de culpabilidad. Los llamaba ausencia de conducta, atipicidad, justificantes (justificativas, diría yo) e inculpabilidad.

Como se explicó, los casos de ausencia de conducta serían, entre otros, la inacción del sujeto que es empujado para derribar a otro sobre una vía de tren electrificada o la ausencia involuntaria de conocimiento de la realidad o de la verdad a través de la razón, como el caso del sujeto que sufre emoción grave que le causa un trastorno mental transitorio; esto es, los que afectan la primera fase de la conducta, los que están directamente relacionados con la razón o apreciación de la realidad, tratándose, desde luego, de un sujeto capaz, de un sujeto imputable. También habría ausencia de conducta cuando, no obstante que hay conocimiento, el segundo elemento de ésta, la voluntad, no se configura, ya que, al igual que en materia civil, impide la actuación libre, sea por una *viz absoluta* que físicamente fuerza a hacer algo o impide evitarlo, o una *viz compulsiva* o amenaza, que emocionalmente impide la expresión de la voluntad libre, por lo que, ante esa amenaza, se lleva a cabo el ilícito penal. La ejecución o inejecución de la conducta se dará en caso de ausencia de conducta viciada, sea por la falta conocimiento o de la libre voluntad.

Con respecto al segundo elemento del delito, la atipicidad, ésta se da cuando la conducta no está prevista expresamente en la ley como un ilícito penal. Podrá tener o no otras implicaciones o consecuencias en la ley, incluso como ilícito civil o administrativo (como hemos visto), pero no penal. En otras palabras, no existe un mandamiento implícito activo u omisivo cuyo incumplimiento actualice la hipótesis de la norma sancionadora. Habremos de analizar más adelante si la predominantemente llamada interrupción del embarazo, califica como una destipificación o si en realidad se ajusta de alguna manera a otro de los elementos negativos del delito.

El elemento negativo de la antijuridicidad es llamado en la doctrina las justificantes o, mejor dicho, justificativas de una conducta formalmente contraviniente de un mandato legal (como ya se explicó), pues habría una norma más específica que agrega elementos a la conducta antijurídica que exoneran o eliminan a la antijuridicidad. Se trata del cumplimiento de un deber y del ejercicio de un derecho, ante los cuales la ley no puede exigir una conducta diversa del sujeto, a pesar de su aparente o formal carácter antijurídico. Tal es el caso del custodio que no deja en libertad al reo o del que mata o lesiona en defensa legítima. En este último caso habremos de ver, con respecto al aborto, la teoría de la valuación de bienes.[39]

Finalmente, la inculpabilidad como elemento negativo de la culpabilidad. Si, como hemos dicho, la culpabilidad implica la inobservancia de la diligencia debida, habrá inculpabilidad como excluyente total de responsabilidad,

[39] MEZGER, Edmundo, *op. cit.*, pp. 444 y ss.

siempre que el sujeto imputable observe toda la diligencia debida, ya sea porque no pudo haber previsto el resultado dañoso o porque tomó todas las medidas a su alcance para evitarlo. Tal es el caso, retomando un ejemplo anterior, del automovilista que en la obscuridad no tiene por qué suponer que en la siguiente curva aparecerá un sujeto corriendo en la carretera de un sólo carril, en sentido contrario al del propio automovilista, en donde este último lo lesiona o priva de la vida.

En este contexto habremos también de evaluar más adelante si la madre y sus coadyuvantes médicos asesores, que la abandonan a su suerte en la toma de la decisión abortiva, pueden considerarse exculpados por no haber podido evitar el resultado dañoso o por haber tomado todas las medidas tendientes a evitarlo.

2. Despenalización. Ausencia de punibilidad

Resulta difícil encontrar en la doctrina un análisis de lo que constituye la despenalización, pero habremos de intentarlo, siguiendo la temática de la dogmática jurídica normativa. Como su nombre lo dice, la despenalización implica la no aplicación de la pena, de la sanción; no obstante que la hipótesis, es decir, el delito y con ello sus cuatro elementos, se ha realizado, pues es sólo la consecuencia de la norma secundaria o sancionadora que, por mandato expreso de la ley, no se aplica en ciertos casos. Lenguaje tal como "no se sancionará", "no se aplicará pena", es generalmente revelador de que no obstante que los elementos del delito o hipótesis normativa secundaria han sido actualizados, se determina por otra norma que en ciertos casos, queda despenalizada la acción típica antijurídica y culpable. Resulta entonces necesario saber, cuál es el común denominador —más allá del mero texto legislativo—; cuál es el elemento subyacente de esa nueva hipótesis normativa que hace inaplicable la sanción, que exonera de la responsabilidad penal.

Como hemos visto, el Código Penal para el Distrito Federal, llamado de 1931,[40] establecía expresamente en su Artículo 333, que no era punible "el aborto causado por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación". De forma similar, el Artículo 334 establecía que "[n]o se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada o el producto corra peligro de muerte, a juicio del médico que asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible, y no se corra peligro de demora."

[40] *Diario Oficial,* México, Talleres Gráficos de la Nación, 14 de agosto de 1931, pp. 70 y 71.

En ambos casos, el legislador expresamente utiliza terminología (no es punible, no se aplicará sanción) que técnicamente hace incuestionable la despenalización. Es decir, no se pone en tela de juicio que el delito se ha cometido, que sus elementos se integran:[41] que hay conducta que actualiza un tipo penal, que es antijurídica y culpable. Esa conducta es legislativamente incuestionable. No dice que haya ausencia de cualquiera de estos elementos; dice simplemente que en esos casos, hay inaplicación de la pena, hay despenalización. Pero, ¿cuál es el elemento hipotético en la norma que hace que la consecuencia jurídica aplicable al hecho, genere una consecuencia negativa, que la pena no se aplique? No se encuentra expresamente mencionado en un artículo de ley, pero sin duda está en una hipótesis normativa, lo que, al parecer, el legislador perrediano es incapaz de siquiera identificar, aunque el jurista sí es capaz de razonarlo, de identificar el interés jurídico que alternativamente se decidió proteger.

Tanto en el aborto por imprudencia, como en el de la violación; asimismo, en el de peligro de muerte de la embarazada o del producto, a que se refería el Código Penal de 1931, encontramos que ese legislador sí identificó que hay un elemento ajeno a la voluntad de la embarazada, para quedar desembarazada. No es el caso de un simple: "yo misma que tomé la decisión o, al menos, el riesgo de quedar embarazada, ya cambié de opinión, ya no quiero estar embarazada", pese a que libremente se ubicara en la hipótesis que naturalmente generó el embarazo. En la despenalización, se trata de una imprudencia o ausencia de voluntad del resultado delictivo, en caso de un embarazo consentido, o de la imposición (contra la voluntad) del ayuntamiento sexual (como diría el propio maestro Alva Muñoz); o una causa natural, también ajena o, mejor dicho, inclusive contraria a la voluntad de la embarazada, lo que el legislador consideró para que, no obstante que se dé la muerte del producto, la sanción sea inaplicable. No es la sola y libre voluntad de la embarazada y de sus aconsejantes lo que en esos casos determina la inaplicabilidad de la sanción.

Con bastante más claridad, aunque tomándolo de quizá mejores legisladores que les precedieron,[42] el llamado entonces "nuevo" Código Penal para

[41] Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez. Artículo 329, *Ibidem,* p. 70.

[42] Artículo 321 bis.- No se procederá contra quien culposamente ocasione lesiones u homicidio en agravio de una ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubino, adoptante o adoptado, salvo que el autor se encuentre bajo el efecto de bebidas embriagantes, de estupefacientes o psicotrópicos, sin que medie prescripción médica, o bien que no auxiliare a la víctima. *Diario Oficial de la Federación* del 10 de enero de 1994, que adicionó el Artículo 321 bis al Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal.

el Distrito Federal, publicado en la *Gaceta Oficial* del entonces todavía denominado Distrito Federal, del 16 de julio de 2002, estableció de manera técnicamente correcta que:

> [n]o se impondrá pena alguna a quien por culpa, ocasione lesiones u homicidio en agravio de una ascendiente descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, adoptante, o adoptado, cónyuge, concubina, concubinario, o cuando entre el agente y el pasivo, exista relación de pareja permanente, amistad o de familia, salvo que el agente se encuentre bajo el efecto de bebidas embriagantes, de estupefacientes o psicotrópicos, sin que medie prescripción médica, bien se diere a la fuga, o no auxiliare a la víctima.

Como se puede apreciar, tampoco en este caso hay la voluntad de generar el ilícito. En el mejor de los casos, se está actuando con imprudencia o inobservancia de la diligencia debida, como dice el artículo: con culpa, es decir, sin dolo.

Con independencia de coincidencia o incoincidencia con los elementos que el legislador incorporó en la hipótesis normativa exonerante de los casos mencionados, el elemento común de la despenalización no lo es, ni la ausencia de conducta, ni la ausencia del tipo penal, menos aún el ejercicio de un derecho, lo es la presencia de una conducta quizá culposa o imprudente, pero jamás la de querer el resultado, la de actuación con dolo.

Pero como se anticipó, hay un elemento más subyacente identificable por el jurista en esos casos de despenalización. De no ser así, habiendo conducta culposa en cualquier otro caso, el juez tendría que aplicar la sanción, seguramente en forma muy disminuida, más cercana a la pena mínima que a la máxima. Pero en los casos despenalizados, no obstante que existe conducta culposa, el propio legislador ordena que la sanción no se aplique. Pareciera ser que el legislador siente compasión o misericordia por aquél que sufre ya lo suficiente por haber sido, aunque involuntariamente, causa directa o indirecta de la pérdida o fallecimiento de un ser querido o por haberlo lesionado sin dolo. Por ello opta por obrar con clemencia, es decir, aplica la "virtud que modera el rigor de la justicia".[43]

Esto no es otra cosa que la aplicación de la equidad o epiqueya, por el propio legislador. Ya lo decía Aristóteles:

> ...hay daños causados por ignorancia, los cuales son errores, que se verifican siempre que se obra sin saber contra quien, como ni con qué fin se hace aquello que se hace; y así no se quería golpear ni con esta cosa, ni a este hombre, ni por esta causa, pero el hecho se ha verificado de distinta manera de cómo se pensaba ... [c]uando el daño ha sido causado contra toda previsión racional, es una desgracia. Cuando no es este precisamente el caso, pero sin embargo no hay maldad, es una falta, porque el autor del accidente ha cometido una falta, si el principio del daño causado está en él, mientras que no es más que una desagracia cuando el principio viene de fuera... [c]ausando tales daños y cometiendo tales faltas, se hacen, indudablemente, actos injustos, que sin duda son injusticias, pero no por esto, es el hombre que las comete esencialmente injusto y malo; porque el daño no procede precisamente de la perversidad de los que le causan... Las consideraciones precedentes conducen naturalmente a tratar de la equidad y de lo equitativo, y a estudiar las relaciones de la equidad con la justicia, y de lo equitativo con lo justo... La dificultad está en que lo equitativo, siendo lo justo, no es lo justo legal, lo justo según la ley, sino que es una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal. La causa de esta diferencia, es que la ley necesariamente es siempre general, y que hay ciertos objetos sobre los cuales no se puede estatuir convenientemente por medio de disposiciones generales ... lo equitativo es también justo, y vale más que lo justo, en ciertas circunstancias, no más que lo justo absoluto, pero es mejor.[44]

[43] *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Madrid, 1970, p. 310.

He transcrito extensamente a Aristóteles, porque estoy cierto de que el legislador perrediano y sus adherencias desconocen consustancialmente la dogmática jurídica normativa, como ha quedado demostrado. Menos aún entienden la ética de la exoneración responsabilitoria. Una cosa es no desear causar un daño de algo que es incontrolable, que ha excedido a la voluntad del sujeto y, otra muy distinta, unilateralmente y sin consideración a los bienes e intereses objeto de protección, querer el medio generador —la relación sexual—, a sabiendas de su no sólo posible, sino muy probable consecuencia natural, que es el engendramiento de un nuevo ser. Es la voluntad laxa y egoísta, incapaz de arrostrar los efectos de sus propios actos, inclusive temporalmente ante la existencia de opciones que evitan la comisión de un segundo error, aún más grave, que es la terminación intencional de la vida en gestación, consecuencia necesaria de sus propias acciones.

3. El aborto normativamente destipificado como derecho temporal de privación de la vida en gestación de la madre y sus coparticipantes

Haber definido el aborto como la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación, independientemente de los errores terminológicos ya analizados y debiendo descartar su tratamiento como despe-

[44] ARISTÓTELES, *Moral a Nicómaco*, 7ª ed., Patricio de Azcárate (trad.), México, Espasa Calpe Mexicana, Colección Austral, 1980, pp. 146 a 152.

nalización (no sólo porque dicha definición no corresponde a los aspectos técnicos normativos propios de la lógica jurídica, sino porque, además, se aparta de los éticos, ya no sólo particulares, sino también de los generales planteados, entre otros muchos, por Aristóteles), nos obliga a analizarlo como la generación de un derecho —humano, dirían ahora los neoconstitucionalistas dogmáticos— a cesar y hacer cesar la vida —esa sí, humana— en gestación, dentro de ese período de doce semanas.

Podría llegar a pensarse que el legislador perrediano habría creado una justificante o, mejor dicho, justificativa o elemento negativo de la antijuridicidad, uno de los cuatro elementos del delito. Ello no fue así, pues la justificativa o justificante, según la correcta dogmática normativa penal, implicaría que hubiera contemplado tal justificativa para uno o algunos casos muy específicos, y no una exclusión general de responsabilidad como sí lo hizo.

Tal sería, por ejemplo, la defensa legítima en el caso del homicidio. Pero sus elementos no se integran. Ni el feto, menos el embrión y el óvulo fecundado, han llevado a cabo una agresión o ataque actual y antijurídico, que amenacen lesionar intereses jurídicamente protegidos; lo que pueda ser defendido legítimamente y justifique que la agresión sea repelida,[45] el engendro es incapaz de llevar acabo agresión alguna.

Conforme al análisis del estado de necesidad que hace Alfonso Reyes Echandía, tampoco podría pensarse que se estuviera frente a una justificativa por estado de necesidad,[46] pues si bien temerariamente se pudiera afirmar que hubiera necesidad de proteger un derecho propio (el de elegir no mantenerse embarazada) o ausencia de un deber de afrontamiento de la situación (respeto a la vida en gestación), los demás elementos del estado de necesidad no se presentarían; es decir, el efecto (embarazo) era evitable —generalmente de una u otra forma—, fue causado por el propio agente (salvo el caso de la violación) de manera intencional o imprudentemente y la adecuación entre la magnitud del peligro y la entidad o naturaleza del daño causado. Por lo que pareciera que ni la mejor ni la única solución sería la elección del aborto.

Se trata, entonces, de una atipicidad, pues el legislador inventó su propia definición de aborto y con ello autorizó "la interrupción" —dice él— del embarazo, sin limitación alguna en ese período de doce semanas (aunque científicamente sea indeterminable su conteo inicial, como se explicó en la primera parte ya publicada de este artículo).[47]

[45] Mezger, Edmundo, *op. cit.*, pp. 434 y ss.
[46] Echandía Reyes, Alfonso, *Antijuridicidad*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1999, pp. 95 y 96.
[47] Müggenburg, Carlos, "El Aborto…", *op. cit.*, pp. 591 y 592.

Como es sabido, desde el punto de vista del derecho penal, las conductas no tipificadas, al no estar prohibidas, quedan en el campo de la libertad de actuación de sus destinatarios, los seres humanos. Esto es, penalmente se genera el derecho de llevarlas a cabo. Luego, la madre engendrante y sus asesores médicos y demás copartícipes, tienen el derecho de que el producto de la gestación sea extraído o eliminado por cualquier medio, por brutal que sea, dentro de ese plazo e, inclusive, pueden disponer del mismo como les plazca, pues, ignorante o intencionalmente, tampoco se prohibió expresamente su comercialización. La protección de la vida en esas condiciones y, más aún, el derecho a ésta, dejaron de ser bienes jurídicamente tutelados, intereses jurídicamente protegidos.

La libertad desracionalizada, mejor dicho, el libertinaje, que ignora intencionalmente que la libre voluntad es fuente de obligación, que unilateralmente no puede desconocer ni afectar derechos de otras esferas jurídicas con las que interfiere y que, por eso, la ley, como la otra fuente de obligación, prohíbe su renuncia sin consentimiento del beneficiario individual o colectivo del derecho correlativo, inclusive cuando no hay un titular contractual que capaz de contener al obligado, se ha erigido por los perredianos en un nuevo "principio jurídico" propio de su sistema de justicia.

4. Impunidad encubierta

Son sabidas las prácticas de la *Planned Parenthood Federation of America* que, en evidente conflicto de interés, litigó y obtuvo una sentencia de la Suprema Corte de los EUA en el caso *Parenthood vs. Dandorth,* en 1976 (428 US, p. 52, 1976), por la que se resolvió que el hombre que comparte la responsabilidad del embarazo, no tiene derecho de veto sobre el asunto. De la misma forma lo hizo la *Planned Parenthood of Southeastern* en el caso *Pennsylvania vs. Casey* (112 S. CT.112, 1992), en que se cuestionaba la constitucionalidad de la *Abortion Control Act de Pennsylvania,* que exigía que la mujer abortante diera su consentimiento, informando con 24 horas de anticipación el caso.[48] Dicha organización, a manera de franquicias, adquiere y vende órganos y tejidos de fetos obtenidos en abortos, que se realizan a razón de entre 340 y 550 dólares por "espécimen".[49]

[48] Tribe, Laurence H., *op. cit.*, pp. 121, 395, 490 y 550.
[49] *Desde la Fe*, Organización Editorial Mexicana, núm. 973, del 18 al 24 de octubre de 2015, p. 3 Disponible en: http//www.centerformedica progress.org/cmp//investigative-footage/

En la ahora flamantemente perrediana Ciudad de México, a pesar de que no la ley, pero sí el Reglamento de la Ley de Salud del Distrito Federal, en su Artículo 283, expresamente prohíbe "[e]l uso, para cualquier finalidad, de tejidos embrionarios o fetales producto de abortos inducidos", no existe sanción específica por la contravención a dicha prohibición, como podría ser la comercializan de los mismos. La "Agencia de Protección Sanitaria del Gobierno de Distrito Federal" tiene a su cargo, según el primer párrafo del Artículo 200 de la mencionada Ley, el sancionamiento administrativo de "[l]as violaciones de los preceptos... a sus reglamentos". Sin embargo, en términos generales, las sanciones que la propia Ley —en el Artículo 201— faculta a dicha Agencia imponer, son genéricas y su aplicación —en términos del Artículo 200, de la misma Ley— debe hacerse conforme "a lo establecido en la Ley del procedimiento Administrativo del Distrito Federal, el Reglamento de Verificaciones"; ello sin perjuicio de "las demás aplicables, así como de las penas que correspondan cuando sean constitutivas de delitos.[50]

El laberinto legislativo y reglamentario descrito, no es producto de la imaginación. Independientemente de que haya sido creado subrepticiamente o no, tiene un efecto práctico comprobado. La Secretaría de Salud del Distrito Federal, en el nivel local, y la Comisión Federal para la Protección de Ries-

[50] Artículo 283.- Para los efectos de este Reglamento procede el transplante de órganos, tejidos y células en seres humanos vivos cuando hayan sido satisfactorios los resultados de las investigaciones realizadas al efecto, representen un riesgo aceptable para la salud y la vida del donante y del receptor, y siempre que existan justificantes de orden terapéutico. Está prohibido: I. El transplante de gónadas o tejidos gonadales, y II. El uso, para cualquier finalidad, de tejidos embrionarios o fetales producto de abortos inducidos. Reglamento de la Ley de Salud del Distrito Federal. Artículo 200.- Las violaciones a los preceptos de este Título, sus reglamentos y demás disposiciones legales que de ella emanen, serán sancionados administrativamente por la Agencia, en ejercicio de sus facultades legales, sin perjuicio de las demás aplicables, así como de las penas que correspondan cuando sean constitutivas de delitos. La aplicación, ejecución y notificación de las sanciones administrativas objeto de este capítulo, serán conforme a lo establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal, el Reglamento de Verificaciones y asimismo, se deberá cumplir con lo establecido en la Ley de Establecimientos Mercantiles del Distrito Federal, en lo que sea aplicable. Ley de Salud del Distrito Federal. Gaceta Oficial del Distrito Federal del 7 de julio de 2011. Artículo 201.- Las sanciones administrativas que el Gobierno, a través de Agencia, podrá aplicar a las personas físicas, morales o jurídicas de los sectores social o privado por el incumplimiento de las disposiciones de esta Ley y las disposiciones legales vigentes en materia de salubridad local, serán las siguientes: I. Multa; II. Clausura, la cual podrá ser definitiva, parcial o total; III. Suspensión de actividades; IV. Prohibición de venta; V. Prohibición de uso; VI. Prohibición de ejercicio de las actividades a que se refiere la autorización revocada; VII. Prohibición de ejercicio de las actividades objeto del procedimiento de sanción; VIII. Requisa; IX. Medidas de seguridad; X. Aseguramiento; XI. Destrucción; XII. Arresto hasta por treinta y seis horas; XIII. Amonestación por apercibimiento, y XIV. Las demás que señalen los instrumentos jurídicos aplicables. A las personas morales o jurídicas involucradas en la comisión de cualquiera de los delitos previstos en este Capítulo, se les aplicará lo dispuesto en el Artículo 32 del Código Penal para el Distrito Federal. Ley de Salud del Distrito Federal. *Gaceta Oficial del Distrito Federal* del 17 de septiembre de 2009 y 18 de diciembre de 2014.

gos Sanitarios, en el nivel federal, niegan estar facultadas para supervisar los procedimientos abortivos, al menos en las clínicas privadas.[51] Así, por ignorancia, incertidumbre sobre la eficacia del sistema jurídico que han creado o desfachatez, no informan a quién corresponde esa función gubernativa.

Lo anterior es una muestra más de la incapacidad legislativa y de gobierno perrediana, que busca sus propios objetivos políticos y descuida los múltiples efectos que con sus reformas legales generan. Desconocen la prudencia elemental que cualquier jurista está obligado a poner en práctica. Ignoran la protección jurídica de bienes e intereses, que aún en su escenario reformismo protagónico, deberían prever o tratar de imaginar, para hacer reformas integrales, al menos congruentes con los intereses subjetivos particulares que persiguen. Por si fuera poco, sus autoridades ejecutivas, de por sí poco acostumbradas a la persecución de los ilícitos, no son sistemáticamente dotadas con los elementos apropiados para sancionarlos.

[51] *Desde la Fe*, Organización Editorial Mexicana, del 24 al 30 de julio de 2016, Eco, pp. 6 y 7. Disponible en: http://bit.ly/29klSw.

DISTINCIÓN Y EQUIPARACIÓN ENTRE LAS INSTITUCIONES DE ASILO Y REFUGIO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO*

PRIMERA PARTE

Elí Rodríguez Martínez**

A mi tía Marta, con todo el amor y la gratitud de un hijo

Sumario: I. Introducción. II. El asilo. a) Concepto. b) Antecedentes históricos. c) Regulación. III. El refugio. a) Antecedentes históricos. b) Definición. c) Distinción entre asilo y refugio. IV. Diferencia entre asilo y refugio en América Latina.

I. Introducción

El asilo y el refugio, en su carácter de instituciones humanitarias, nacieron con el objetivo de proteger al individuo, a fin de salvaguardar su vida, libertad e integridad personal, puestas en riesgo a causa de la persecución. Dichas instituciones tuvieron un origen común desde tiempos antiquísimos. Por ello, inicialmente se desarrollaron de manera paralela; sin embargo, con el transcurso del tiempo fueron adquiriendo características propias hasta llegar a tener un desarrollo normativo diferenciado. No obstante lo anterior, en tiempos

* Trabajo basado en la ponencia intitulada "La equiparación de la tradición latinoamericana de asilo y refugio en el sistema interamericano de Derechos Humanos" presentada durante el 2° Curso de capacitación y de intercambio profesional en Derecho Internacional de los Refugiados, realizado en Brasilia, del 5 al 9 de diciembre de 2014.

** Profesor de Derecho Internacional Público en la Escuela Libre de Derecho. Investigador del Centro de Investigación e Informática Jurídica de la ELD, Ciudad de México.
Correo: e.rodriguez@eld.edu.mx

recientes ambas figuras han venido acercándose, así que podemos afirmar que prácticamente se han fusionado, por lo que hoy día podemos emplearlas como sinónimos.

El objetivo del presente estudio, el cual consta de dos partes, es exponer brevemente dicho desarrollo normativo desde una perspectiva histórica. En la primera parte del trabajo —que constituye el presente texto— se expone cómo ambas figuras, el asilo y el refugio, tuvieron un desarrollo histórico-normativo determinado que las llevó a adquirir características propias que las diferenciaban claramente una de otra. En la segunda parte se analizará cómo dichas instituciones, a través de un desarrollo jurisprudencial, dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, han tenido un acercamiento tal que han llegado a fusionarse o equiparase en una sola figura. Por tanto, en la primera parte hablaremos de su diferenciación, mientras que en la segunda trataremos sobre su equiparación en el sistema interamericano.

II. El asilo

a) Concepto

Por su origen, la palabra "asilo" proviene del latín *asylum* que, a su vez, proviene del griego "ασυλον" (ásylon). Se compone por los vocablos: "ά" —que es la preposición negativa "sin"— y "sylon" —derecho de captura, capturar, violentar, devastar—, lo que equivale a decir "sin derecho a la captura", dando la idea de "lugar inviolable".[1]

El asilo es entendido como "la protección que un Estado otorga en su territorio o en otro lugar bajo el control de algunos de sus órganos a una persona que llega a solicitarlo".[2]

Debemos distinguir dos tipos de asilo:[3]

a) *Asilo territorial*. Es aquél que es concedido por el Estado asilante en el interior de su territorio, en el entendido de que el solicitante de asilo se encuentra dentro de dicho territorio.

[1] *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Tomo I, Buenos Aires, Driskill, 1996, p. 826.

[2] *Asilo en el Derecho Internacional Público*, Instituto de Derecho Internacional (Comisión 5ª), Resoluciones aprobadas en su sesión en Bath, septiembre de 1950, Artículo 1.

[3] Rodríguez Martínez, Elí, "El 'derecho de buscar asilo y a disfrutar de él': ¿Asilo o Refugio?, divergencias y convergencias", en *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Reflexiones en torno a su 60° Aniversario,* México, Porrúa, 2009, p. 316.

b) *Asilo diplomático*. Es aquél que es concedido por el Estado asilante en el territorio de otro Estado, pero en el interior de locales sujetos a su jurisdicción, tales como sus legaciones (embajadas), navíos de guerra, campamentos o aeronaves militares.

Señalaremos *prima facie* que, en América Latina, la figura del asilo es entendida —debido a su evolución histórica— como asilo diplomático, en tanto que, el refugio es equiparado al asilo territorial. De esta manera, cuando se habla de "refugio político", se entiende como "asilo territorial".

b) Antecedentes históricos

El asilo tuvo sus orígenes en la antigüedad y se desarrolló con el devenir del tiempo. Desde que apareció y hasta el siglo XVI, la figura del asilo funcionó como práctica destinada a la protección de delincuentes comunes con el objeto de proteger al individuo de penas en extremo severas.

1. El asilo en la antigüedad

Desde tiempos antiguos, la comisión de crímenes o delitos era considerada como una afrenta a la comunidad y se permitía la huida de quien había trasgredido el orden dentro del grupo. Por tanto, la figura del destierro o de la autoexclusión no era concebida como forzada o como una sanción, sino más bien era de carácter voluntario, con la finalidad de evitar la aplicación de la venganza privada.

Así, Heródoto menciona el caso de Adrasto, un frigio que huyó de Sardis, en Lidia (hoy Turquía), después de haber matado accidentalmente a su hermano. Al presentarse el palacio de Creso, éste le da la bienvenida y le dice que puede quedarse el tiempo que quiera.[4]

El concepto de asilo también aparece en obras dramáticas de la Grecia antigua, como en la tragedia *Edipo*, de Sófocles, en la cual Teseo —rey ateniense en Colona— recibe con compasión al exiliado Edipo,[5] o en el caso de "Las

[4] ACNUR, *La situación de los refugiados en el mundo. El desafío de la protección,* Madrid, Alianza Editorial, 1993, p. 1.

[5] González, David, *Un poco de historia: Los orígenes del asilo*. Disponible en: http://www.cooperantesblog.com/2007/10/05/un-poco-de-historia-los-origenes-del-asilo/ Consultado el 18 de mayo de 2016.

BIBLIOTECA
ESCUELA LIBRE DE DERECHO

no tenía por finalidad sustraer al delincuente de la acción de la ley, sino que, más bien, colaboraba en la superación de la legislación penal,[15] evitando una pena desproporcionada.

La primera mención que se nos ha trasmitido sobre esta labor mediadora de la Iglesia, en relación con el asilo, proviene del Concilio de Sárdica, del año 344, en el que su principal defensor fue el obispo Osius, de Córdoba.

Bajo el Imperio de Constantino, tras el reconocimiento del cristianismo como religión oficial del imperio, la Iglesia Católica adquirió ciertos privilegios, entre ellos, la concesión del asilo. Constantino decretó que todo aquél que se refugiase en una iglesia gozaría del derecho de asilo y no podía ser detenido ni apresado mientras permaneciera ahí. Los emperadores Teodosio II,[16] León[17] y Justiniano[18] reconocieron el asilo eclesiástico y promulgaron disposiciones relativas a dicha institución.

El derecho de asilo tampoco era extraño a los pueblos bárbaros antes del periodo de las invasiones. Así, por ejemplo, San Agustín en su magna obra *La Ciudad de Dios* cuenta cómo los bárbaros del norte, al invadir Roma, en el año 476 —invasión que condujo a la caída del Imperio Romano de Occidente—, respetaron la vida de quienes habían buscado refugio en las iglesias:

> Por ventura, ¿no persiguen el nombre de Cristo los mismos romanos a quienes por respeto y reverencia a este gran Dios, perdonaron la vida los bárbaros? Testigos son de esta verdad las capillas de los mártires y las basílicas de los Apóstoles, que en la devastación de Roma acogieron dentro de sí a los que precipitadamente, y temerosos de perder sus vidas, en la fuga ponían sus esperanzas, en cuyo número se comprendieron no sólo los gentiles, sino también los cristianos. Hasta estos lugares sagrados venía ejecutando su furor el enemigo, pero allí mismo se amortiguaba o apagaba el furor del encarnizado asesino y, al fin, a estos sagrados lugares conducían los piadosos enemigos a los que, hallados fuera de los santos asilos, habían perdonado las vidas, para que no cayesen en las manos de los que usaban ejercitar semejante piedad.[19]

[15] URQUIDI CARRILLO, Juan Enrique, "Consideraciones históricas en torno al asilo", en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana,* t. II, núm 13, México, 1981. p. 878.

[16] El *Codex Theodosianus*, promulgado en Oriente, pero adoptado en Occidente en el año 438 d.C., reconoce el derecho de asilo en las iglesias y lo extiende a todos sus anexos (casas, jardines, plazas o pórticos comprendidos dentro del recinto exterior del templo) y prohíbe ingresar con armas al santuario al momento de acogerse al asilo. GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina, *Derecho de asilo y "no rechazo" del refugiado,* Dykinson-Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1997, p. 46.

[17] La Constitución del Emperador León concedió el asilo a los deudores públicos y privados que se refugiaran en las iglesias, imponiendo la pena de muerte al que violara el santuario para extraerlos. DE TAPIA, Eugenio, *Febrero Novísimo, ó Libreria de jueces, abogados y escribanos*, t. VIII, Valencia, Imprenta de Ildefonso Mompié, 1830, p. 38. Si el asilado hubiera sido citado por una acción civil, en virtud de una contrato público o privado, debía responder y si no lo hubiera hecho y tuviera bienes muebles o inmuebles, éstos debían venderse hasta cubrir la cuantía de la deuda; pero si el asilado fuera un esclavo, colono o cualquier persona doméstica o sujeta a condición por querer huir por haber robado, debía ser devuelto asegurándole el castigo proporcionado o el perdón. GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina, *Ibidem*.

[18] El Código de Justiniano (529 d.C.) recopila las disposiciones sobre asilo dictadas por emperadores anteriores: Arcadio, Honorio, Teodosio, Valentiniano, Marciano y León; pero excluyó del asilo a todos aquellos acusados por delitos graves, tales como parricidio, adulterio, violación e incendio, entre otros. URQUIDI CARRILLO, Juan Enrique, *op. cit.*, p. 882.

Después de la caída del Imperio Romano, las leyes de los nuevos reinos feudales reconocieron el derecho de asilo eclesiástico. Así, Carlomagno realizó aportaciones sobresalientes; entre otras, excluyó de tal beneficio a los homicidas y, en general, a todos aquellos delincuentes sentenciados a pena de muerte. Constancia de ello se encuentra en una disposición del Concilio de Maguncia, reunido un año antes de su muerte, en 813.[20] Las leyes bárbaras, en lugar de prohibir —como lo hacían las leyes romanas— el arresto del asilado, regulaban de manera detallada las condiciones que debían darse para la entrega del mismo.[21]

En España, el Código del Rey Recesvinto, el *Liber Iudiciorum* o *Lex Visigothorum* (654) —cuya traducción del latín al castellano, con algunas modificaciones, se conoce como *Fuero Juzgo*— dispone, en su Liber IX, Título III (*De fugitivis et refugientibus*), que:

> Nengun omne non ose sacar por fuerza al que fuye á la Eglesia, fueras ende si se defendier con armas… Si algun ome saca su siervo, ó su debdor de la Eglesia, ó del altar por fuerza que ge lo non dé el sacerdote, ó el que guarda el iglesia, el que lo saca, si es omne de grand guisa, pues que lo sopiere el iuez fagal pechar C. sueldos á la eglesia por la deshonra. E si fuere omne de menor guisa, peche trienta sueldos; é si non oviere onde los pague, reciba C. azotes y el sennor aya su siervo quitamientre, y el otro aya su debdor.[22]

[19] SAN AGUSTÍN, *La ciudad de Dios*, 16ª ed., México, Porrúa, 2002, p. 3.

[20] URQUIDI CARRILLO, Juan Enrique, *op. cit.*, p. 884.

[21] *Dictionnaire D'Histoire et de Geographie Ecclésiastiques*, citado por GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina, *op. cit.*, p. 47.

[22] *Fuero Juzgo en latín y castellano, cotejado con los más antiguos y preciosos códices por la Real Academia Española,* Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 2002. Disponible en: http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor-din/fuero-juzgo-en-latin-y-castellano--0/html/ff8b0a00-82b1-11df-acc7-002185ce6064_416.htm Consultado el: 10 de junio de 2016.

2. El asilo en el Derecho canónico

El primer concilio que promulgó una disposición sobre este asunto fue el Concilio de Orange, de 441, pues anteriormente otras decisiones conciliares, como las del Concilio de Sárdica, no pasaban de ser meras recomendaciones a los clérigos para que intercedieran por los condenados a muerte.

Conforme al Concilio de Orange: "no hay que entregar a los que se refugian en la Iglesia, sino defenderlos por la reverencia del lugar, e interceder por ellos [*sic*]" (canon 5). De manera que "si alguno coge a los siervos ó esclavos de los Clérigos en lugar de los suyos que se han retraido á la Iglesia, sea excomulgado en todas las Iglesias [*sic*]" (canon 6).[23]

Esta forma de caridad cristiana evolucionó de la recomendación a la obligación de interceder, por parte de los clérigos; no para lograr la impunidad de los delincuentes, sino para conseguir que los asilados fueran juzgados con imparcialidad y no fueran víctimas de la venganza.

Disposiciones relativas al derecho de asilo, las podemos encontrar en los siguientes concilios universales: Concilio de Orange (441), Concilio de Orleans (511), Concilio de Toledo (681), Concilio de Maguncia (813), Concilio de Tribur (895), Concilio de Colonia (1280), etcétera. Por lo que respecta a concilios regionales, celebrados en la Península Ibérica, en los que se hayan establecido disposiciones relativas al asilo, podemos mencionar los siguientes: Concilio de Lérida (546),[24] VI Concilio de Toledo (638)[25] y XII Concilio de Toledo (681).[26] No obstante, el apogeo de la regulación del derecho de asilo eclesiástico debe situarse entre los siglos XII y XV. Después comenzarán los conflictos entre la justicia eclesiástica y la laica.

Piedra basilar del Derecho canónico de esta época es la *Concordia Discordantium Canonum* (Concordia de los Cánones Discordantes), mejor conocido

[23] Richard, Charles-Louis, *Los sacrosantos concilios generales y particulares. Desde el primero celebrado por los Apóstoles en Jerusalén hasta el Tridentino,* t. II, Madrid, Don Antonio Espinosa, 1793. p. 174.

[24] En el cual se establece que los clérigos no han de sacar o azotar al siervo suyo que se refugie en un templo cristiano.

[25] "Pero si él mismo [el que cometió determinado delito] arrepintiéndose de su maldad, se acogiere a la Iglesia, por intercesión de los obispos y reverencia al lugar, obtendrá la piedad real pero sin faltar a la justicia".

[26] "Acerca de aquellos que por miedo o terror se refugian en la Iglesia, decretó este santo concilio... que ninguno se atreva a sacar de allí a los que se refugiaron en la Iglesia, ni a causar ningún daño, mal o despojo a los que se encuentran en lugar sagrado, sino que se permitirá a aquellos que se refugien en la Iglesia moverse libremente dentro de una distancia de treinta pasos... para que puedan satisfacer dentro de los lugares señalados las exigencias de su naturaleza... Si alguno intentare violar este decreto, quedará excomulgado y será además severamente castigado por el rey".

como el "Decreto de Graciano" (*Decretum Gratiani*).[27] En dicha obra se recoge un texto del Concilio de Orange en el que se establece la prohibición de entregar a quienes se hayan refugiado en una Iglesia (*qui ad ecclesiam confugerint*) y la obligación de defenderlos "por reverencia al lugar santo y por la intercesión"; así como penas a quienes violaren estos refugios. De igual forma, entre otras disposiciones:[28]

- El canon 6 (el cual reproduce una "Decretal" del Papa Nicolás II) establece que los lugares de asilo tendrán inmunidad sesenta pasos a la redonda para las iglesias mayores y treinta para las capillas o iglesias menores.
- El canon 9 dispone la prohibición de "sacar del templo al que se refugió en él, ni se puede entregar a la muerte o al castigo, para que se conserve el honor de las iglesias, sino que los rectores de las mismas tienen que esforzarse por lograr su vida y su paz y reparar, según la ley, lo que inicuamente se hizo".
- El canon 20 conmina a la excomunión a quien se atreva a sacar por la fuerza, "del atrio o pórtico" de las iglesias, a un "esclavo fugitivo" o a un perseguido. Se determina multa y penitencia a los infractores.

Las colecciones sucesivas al "Decreto de Graciano" recogieron solamente el *ius novum*, es decir, las leyes y disposiciones posteriores. Las más importantes y autorizadas —que terminaron por formar, juntamente con él, el *Corpus Iuris Canonici*— son:

a) Las "Decretales de Gregorio IX" (*Decretalium Gregorii IX Compilatio*), de 1234.[29] En dicha obra se incluyen una Decretal de Inocencio III

[27] Obra monumental elaborada, en 1140, por Juan Graciano, monje camuldulense y profesor de teología práctica en Bolonia, Italia, quien trató trató de recoger, de forma ordenada y coherente, una enorme mole de textos canónicos (3,958 textos de la tradición canónica del primer milenio), tratando de armonizar en lo posible las diferencias legislativas antinómicas existentes entre ellos. Aunque fue una obra privada, fue tal la autoridad doctrinal y practicidad de esta "enciclopedia eclesiástica", que sirvió de libro de texto manual en las Facultades de Cánones de las Universidades de Bolonia, Sorbona, Salamanca y Oxford, además de servir de consulta en curias y tribunales. Rodríguez Díez Osa, José, "Invitación a una traducción española del *corpus iuris canonici*", en *Anuario Jurídico y Económico Escurialdense,* núm. XL, 2007, pp. 326 y 327.

[28] Gortázar Rotaeche, Cristina, *op. cit.*, p. 48.

[29] Obra también conocida como *Liber Extra*, fue una compilación de cánones conciliares y decretales, principalmente del Papa Gregorio IX, realizada por el canonista dominico español, Raimundo de Peñafort. Dicha obra cuenta con autoridad pública y valor legal al ser promulgada por el propio Gregorio IX, siendo entonces ley pontificia. Rodríguez Díez Osa, José, *op. cit.*, p. 329.

(1198-1216) y otra de Gregorio IX (1227-1241), en las que se establecen los casos de excepción al otorgamiento del asilo. Inocencio III, basándose en el principio, según el cual, quien se ha refugiado en la Iglesia no puede ser arrancado de ella de forma violenta, ni ser condenado a una pena temporal o a pena de muerte, establece como excepción a dicho principio a los ladrones públicos y los salteadores de caminos. Por su parte, Gregorio IX añade a esa enumeración a quienes cometen homicidios o mutilaciones en las mismas iglesias o panteones.

b) Las "Decretales de Bonifacio VIII" (1298),[30] las cuales no contienen disposiciones importantes respecto al derecho de asilo, y

c) Las "Decretales Clementinas" o "Constituciones Clementinas" (1317),[31] que excluyeron el otorgamiento del asilo eclesiástico en las puertas de las iglesias, ya que el asilo debía ser otorgado en el interior de las mismas y no en el exterior. Asimismo, excluyó del asilo a los herejes.

Sin embargo, en la versión oficial del *Corpus Iuris Canonici,* de 1582, se añadieron las (Decretales) Extravagantes de Juan XXII, compuestas por 20 Decretales de dicho pontífice (1316-1336) y las (Decretales) Extravagantes Comunes, constituidas por Decretales de varios Papas, desde Bonifacio VIII hasta Sixto IV.[32]

En la legislación posterior al *Corpus Iuris Canonici* encontramos algunas otras constituciones pontificias, entre las que podemos mencionar las siguientes:

* Gregorio XIV, *Cum alias nonnulli* (1591), que excluyó del otorgamiento del asilo a los ladrones públicos, los salteadores de caminos, los que talaren los campos, los que se atrevieren a cometer homicidios y mutilaciones de miembros en las iglesias públicas y sus cementerios, los que hicieren muerte a traición y los asesinos y reos de herejía o lesa majestad.[33]
* Benedicto XIII, *Ex quo divina* (1725), la cual excluye de la inmunidad eclesiástica derivada del asilo, no solamente a aquellos que cometieren homicidio a traición, sino también a los que mataren a su próximo de caso pensado y deliberado.[34]
* Clemente XII, *In supremo justitia solio* (1734), la cual también determinó que careciesen del beneficio del asilo aquellos que matasen a otro en riña, con tal que ese homicidio no fuese casual o por defender la propia vida.
* Asimismo, declaró que los reos de homicidio menores de 25 años, pero mayores de 20, y todos los que hubiesen auxiliado al matador con mandato de que hubiese resultado la muerte, quedaban también fuera del beneficio del asilo.[35]
* Benedicto XIV, *Offici nostri ratio* (1750), por la cual se quitaba la cualidad de alevosía a los reos de homicidio para eximirlos del asilo. Dicha bula se dirigió al gobernador de Cádiz, mandándole que en las causas sobre tales delitos se arreglasen a dicha Bula, no permitiendo que la curia eclesiástica conociese de las excepciones de embriaguez, locura, ni otros pretextos simulados a favor de los reos.[36]

Sin embargo, el asilo no sólo fue regulado por bulas o decretales papales, sino también por concilios, pues, además del Concilio de Orange, anteriormente citado, el Concilio de Trento (1545-1563) lo regula y lo defiende.

La regulación del asilo en el derecho canónico es vasta, ya que regulaba desde quiénes podían o no, allegarse al beneficio del asilo; las personas que debían ser excluidas de su otorgamiento; los lugares donde se debía otorgar; el procedimiento para la extracción de reos; etcétera, aspectos que rebasan el objeto del presente estudio.

[30] 64 años más tarde de la elaboración de las "Decretales de Gregorio IX", a sugerencia de la Universidad de Bolonia, el Papa Bonifacio VIII promulga una nueva recopilación de Decretales dispersas de Papas predecesores (Inocencio IV, Gregorio X, Nicolás III y IV y las suyas propias), así como los cánones disciplinares de los Concilios I (1245) y II (1274) de Lyon. Dicha obra también es conocida como *Liber Sextus* o *Liber Sextus Decretalium* ("Libro Sexto de las Decretales"), por ser una continuación de los cinco primeros libros de las "Decretales de Gregorio IX". *Ibidem*, p. 330.

[31] 15 años después de las "Decretales de Bonifacio VIII", el Papa Clemente V mandó publicar, en 1314, las nuevas normativas que incluyen los cánones del Concilio General de Viena (1311). Sin embargo, su muerte le impidió terminar la obra, por lo que fue revisada y promulgada oficialmente en 1317 por el Papa Juan XXII, bajo el título de *Liber Septimus Decretalium* ("Libro Séptimo de las Decretales"), aunque son mejor conocidas como *Constituciones Clementis V* o *Clementinae*. *Ibidem*, p. 331.

[32] *Ibidem*, p. 332.

[33] Cornejo Cornejo, Alejandra Rosalba, *op. cit.*

[34] *Colección en latín y castellano de las bulas, constituciones encíclicas, breves y decretos del santísimo padre Benedicto XIV*, t. III, Madrid, 1791, p. 3.

[35] López, Gregorio (comentarista), *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alfonso el IX* [*sic*], t. I, Imprenta de Antonio Bergnes, Barcelona, 1843, p. 550.

[36] Arrozala, Corenzo, *Enciclopedia española de Derecho y Administración o Nuevo Teatro Universal de la Legislación de España e Indias*, t. IV, Imprenta de Andrés y Díaz, Madrid, 1851, p. 210.

3. El asilo en el Derecho medieval español

Paralelamente a la regulación eclesiástica del asilo, la hubo también secular. La regulación secular, basada en el reconocimiento del asilo eclesiástico, llegó a coincidir en la mayoría de las veces con la regulación canónica.

Cabe señalar que fue en España, donde el asilo tuvo un notable desarrollo normativo, paralelo a la regulación canónica de esta figura. Como ya se comentó, el *Fuero Juzgo* —la traducción castellana del *Liber Iudiciorum*— contenía algunas disposiciones relativas al asilo, tales como el reconocimiento del asilo eclesiástico y el establecimiento de sanciones para quienes violaran la inmunidad eclesiástica y sacaren por fuerza a los refugiados.[37]

El Rey Jaime I fue quien, por vez primera, concedió la inmunidad a las iglesias en Valencia, en 1265; aunque en 1272 la limitó a la catedral y al templo de San Vicente de dicha ciudad, así como a la iglesia mayor de cada pueblo del reino.[38] También encontramos disposiciones relativas al derecho de asilo en *Las Siete Partidas*, magna obra del rey de Castilla, Alfonso X, "el Sabio".[39] La Primera Partida versa sobre el Derecho canónico. En su Título XI, "De los privilegios e de las franquezas que han las iglesias e sus cementerios":[40]

- Explica en qué consiste el derecho de asilo de las iglesias (Ley I);
- Establece que el asilo será concedido en las iglesias, en sus portales y en sus cementerios (Ley II);
- Diferencia entre el asilo de los hombres libres y el asilo de los siervos. Los hombres libres no podrán ser sacados de las iglesias por la fuerza (Ley II); los siervos serán entregados a su señor si éste jura y proporciona fiadores de no hacerles daño, hasta el punto de que si el clérigo no acepta las seguridades del señor, éste podrá entrar y aprehender al siervo por sí mismo (Ley III); y

[37] Cornejo Cornejo, Alejandra Rosalba, *op. cit.*

[38] Gutiérrez M., José, *Práctica criminal de España*, t. I, 5ª. ed., Madrid, Imprenta de Don Fermín Villalpando, 1828, p. 196.

[39] Alfonso X (1221-1284), rey de Castilla y León desde 1252 hasta 1284, tuvo una excelsa labor legisladora indisolublemente ligada a la recepción del Derecho romano en la península hispánica. Sus principales obras legislativas fueron: El Fuero Real, el Espéculo y las Siete Partidas, que constituyen un tratado de Derecho civil, penal y eclesiástico regulador de todos los aspectos de la vida nacional, y se inspira fuertemente en el derecho romano —principalmente en el *Corpus Iuris Civilis*— y en el derecho canónico —principalmente en las Decretales de Gregorio IX—, así como en antiguas leyes, costumbres y Fueros municipales de Castilla y León. *Idem*. Las Siete Partidas constituyen el mayor y más difundido ordenamiento jurídico que ha regido en España desde la Edad Media hasta la Moderna e influyó en el Derecho de algunas de sus antiguas colonias.

[40] López, Gregorio, *op. cit.*, pp. 240-244.

- Excluye del otorgamiento del asilo a los que roban, salteadores de caminos, a quienes queman las viñas y los campos, a los traidores, a los violadores y a aquellos que deben tributos a los reyes o emperadores (Ley IV y V).

Así, por ejemplo, la Ley I, del Título XI, de la Primera Partida señala que:

> Porque la Eglesia es casa de Dios, es mas honrada que otra… porende ha priuilegios mas que las otras casas de los omes, e mayormente en estas cosas: ca non deue ser apremiada de ningún pecho, nin otro embargo: nin deuen en ella, ni en sus Cementerios judgar los pleytos seglares: e mayormente los que fueran de justicia, porque seria contra razon e cruel cosa, de judgar los omes a muerte, o a lision, en el logar que es establecido para seruir a Dios, o para fazer obras de piedad, e misericordia.[41]

4. Decadencia del asilo en Europa

La decadencia del Derecho de Asilo en Europa inicia en los siglos XIII y XIV, al comenzar el renacimiento de los estudios del Derecho Romano; en virtud de que el Derecho Romano no admitió una institución sin fundamento jurídico, y hasta entonces el asilo sólo tenía una base más bien humanitaria, sustentada en la prohibición de la violación de los recintos sagrados.

El nacimiento del Estado moderno —que implicó la secularización y la centralización del poder en la figura del Rey o el Emperador— originó un conflicto entre la jurisdicción civil (del monarca) y la jurisdicción eclesiástica (del Papa). Aunado a lo anterior, los continuos abusos de que fue objeto el asilo, por parte de delincuentes comunes, llevó a los reyes y emperadores, en los siglos XV y XVI, a solicitar y/o exigir al Papa la limitación y reglamentación del mismo.

La secularización del poder, la reivindicación de los reyes y emperadores de su *autoritas* y *potestas* frente al Papa y "la Reforma" protestante provocaron el debilitamiento y declive de la figura del asilo eclesiástico. Esto motivó que el Concilio de Trento, en su Capítulo XX, se animara a defenderlo mediante la utilización de sus armas más efectivas: la excomunión[42] y el

[41] *Ibidem*, p. 240.

[42] La excomunión, además de su significado desde el punto de vista religioso, privaba a los gobernantes de su derecho a gobernar liberando a sus súbditos del vasallaje y también los inhabilitaba para el desempeño de cargos públicos (fue uno de los grandes poderes temporales de la Iglesia).

entredicho;[43] toda vez que la Iglesia no estaba dispuesta a permitir que nadie violara el derecho a la inmunidad del interior de sus templos (al fin y al cabo era territorio bajo su jurisdicción) y mucho menos que se utilizara la violencia para sacar a los refugiados, ni que se obligara su salida contra su voluntad mediante el engaño, el miedo o el asedio alimenticio.[44]

Debido al proceso de secularización, la institución del asilo se vinculó estrechamente al establecimiento de las misiones diplomáticas permanentes. Los embajadores siempre fueron considerados personas inviolables y gozaron de ciertos privilegios e inmunidades. Cuando la misión diplomática adquirió el carácter de permanente, aquellas garantías se extendieron a la residencia del embajador. Se consideraba que éste no podía gozar de la independencia necesaria para sus funciones si su residencia estaba sujeta al control de las autoridades locales. Al comprobar, los representantes diplomáticos, que tenían autoridad exclusiva en sus residencias y que podían tomar las medidas más apropiadas para el cumplimiento de sus funciones, estimaron que también podían dar asilo en ellas a las personas perseguidas. Así nace la práctica del "asilo diplomático".

De esta manera, el emperador Carlos I de España (y V de Alemania) dispuso "que las casas de los embajadores sirvan de asilo inviolable, como antes los templos de los dioses; y que nadie se permita violar este asilo, bajo cualquier pretexto que sea".[45]

En varios reinos europeos, los monarcas limitaron o abolieron el asilo eclesiástico:

* En Inglaterra, el *Privilege of Sanctuary* se mantuvo hasta 1603. El rey Jacobo I abolió el asilo eclesiástico en 1623; pero en virtud de que su práctica se mantuvo, el rey Jorge I renovó la supresión en 1722 y 1724.[46]

[43] Del latín *interdictum*, es la censura eclesiástica por la cual se prohíbe, a ciertas personas o en determinados lugares, el uso de los divinos oficios, la administración y recepción de algunos sacramentos y la sepultura eclesiástica. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*. Disponible en: http://dle.rae.es/?id=Flj4qYu Consultado el 15 de junio de 2016.

[44] Alabau Montoya, José, *Adulterio y Derecho de Asilo en Castilla. El suceso de Mira*. Disponible en: http://www.ventadelmoro.org/historia/comarca/Adulterio_y_derecho_de_asilo_en_Castilla_el_suceso_de_Mira.htm Consultado el 15 de junio de 2016.

[45] Esponda Fernández, Jaime, "La tradición latinoamericana de asilo y la protección internacional de los refugiados", en *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina*, Universidad Nacional de Lanús (UNLA)-Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)-Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), San José, 2004, p. 81.

[46] Gortázar Rotaeche, Cristina, *op. cit.*, p. 52.

* En Francia, el rey Luis XII suprimió, en 1515, todos los asilos de las iglesias, los conventos, los palacios y demás lugares privilegiados. Después, Francisco I autorizó a los jueces para que no mantuviesen el derecho de asilo a las iglesias ni a los monasterios que aún gozaban de él, declarando que en ninguna parte habrían de encontrar refugio los reos mandados a prender. Así, prácticamente desde 1529, el asilo eclesiástico desapareció en Francia. Los delincuentes podían ser detenidos en cualquier lugar donde se encontraran, con la sola limitación de que no se perturbaran las respetables ceremonias de la religión.[47] Por ello, en los últimos tiempos de la monarquía francesa, ya no se conocía la inmunidad de los templos.[48]
  En las villas flamencas que se anexaron a Francia como consecuencia de la Guerra de Sucesión (1740-1748), el rey Luis XV fue quien suprimió el asilo.
* En España, Carlos I (y V de Alemania), mediante un Edicto en 1540, prohibió de manera absoluta que los clérigos excomulgaran, ni siquiera amonestaran, a los oficiales seculares cuando ingresaran en los templos a detener al delincuente que buscase refugio.[49] Pero fue Felipe II, en 1570, quien desconoce el asilo.[50]
  Más tarde, por Real Decreto de 8 de febrero de 1746, el rey Felipe V dispuso que no valiera el asilo a los refugiados para excusarse del Real Servicio en el ejército o marina, por tanto, éstos podían ser extraídos de los templos.
* En los Países Bajos, los monarcas españoles Carlos I y Felipe II excluyeron el beneficio del asilo a los quebrados, en 1531; vagabundos, en 1541; incendiarios y ladrones, en 1542; y a los criminales de lesa majestad, a los falsificadores de moneda y a los autores de sedición, en 1570. Lo mismo hicieron en España y Venecia.[51]
* La institución del asilo también fue suprimida legalmente en otros reinos y condados: en Silesia, en 1743; en Toscana, en 1769; en Prusia, en 1794, en Franconia, en 1799; en Baden, en 1803; en Würtemberg, en 1804; en Weimar, en 1823 y en Sajonia, en 1827.[52]

[47] Luelmo, Julio, *op. cit.*, p. 177.

[48] Gutiérrez M., José, *op. cit.*, p. 190.

[49] *Loc. cit.*

[50] Coello, Alba, "El asilo frente a convenciones", en *Revista de la Asociación de Funcionarios y Empleados del Servicio Exterior Ecuatoriano*, Ministerio de Relaciones Exteriores, Numero 21, 1992, p. 75.

[51] Luelmo, Julio, *op. cit.*, p. 178.

[52] *Loc. cit.*

A manera de resistencia, como reacción ante la pérdida de su poder frente al monarca, la Iglesia no tuvo más que celebrar concordatos con reyes y emperadores a fin de salvaguardar el derecho de asilo. Así, por ejemplo, en Nápoles el asilo eclesiástico pervive hasta el Concordato de 1741, celebrado entre el rey Carlos y el Papa Benedicto XIV. En él se fijó definitivamente la forma y modo de extraer a los reos refugiados y se examinó judicialmente si podía o no aprovecharles el refugio; asimismo, se aumentó el número de crímenes excluidos del asilo y se disminuyó el número de lugares que para el efecto deberían considerarse como inmunes.[53]

Otros tantos concordatos pueden ser citados: el Concordato entre Carlos de Anjou y Honorio III, en 1285; Concordia entre Dioni de Portugal y los Obispos, confirmada por Nicolás IV, en 1289; Concordato entre Gregorio XVI y el Duque de Módena, en 1841; Concordato entre Pío IX y José I de Austria, en 1855 y el Concordato entre Pío IX y Ecuador, en 1862; entre otros.

La dificultad de encontrar refugio en el interior de los templos provoca que los delincuentes huyan de sus países, convencidos de la ineficacia de ampararse en los lugares sagrados. Como consecuencia de lo anterior, empieza a configurarse en Europa la figura del "asilo territorial", el cual es equiparado a la figura del refugio.

5. El asilo en las colonias españolas en América

Por otro lado, el mismo rey Felipe II, quien había prohibido el asilo (eclesiástico) en España y en todos sus territorios en 1570, paradójicamente lo promovió en sus colonias de América. Por Real Cédula de 1569 mandó al Virrey y oidores de la Real Audiencia de Lima guardar las inmunidades eclesiásticas y tener respeto a la autoridad de los prelados y ministros de la Iglesia.

En la Recopilación de los Reynos de Indias, de 1680, en el Libro I, Título V, "de la inmunidad de las Iglesias y monasterios, y que en esta razon le guarde el derecho de los Reynos de Castilla [*sic*]", en la Ley Primera se dispone que:

> Se guarde toda reverencia y respeto à los Lugares Sagrados y Ministros Eclesiasticos y la inmunidad à las Iglesias… Porque conviene que los naturales de nuestras indias tengan toda reverencia y respeto à los lugares sagrados, y a los Arçobispos, Obispos y Ministros de la Iglesia, Santos Sacramentos y Doctrinas… Y mandamos a nuestros Virreyes, Presidentes y Oidores, Governadores, Corregidores y otros Iuezes… hagan guardar y guarden con el rigor que convenga la inmunidad Eclesiastica en los casos que conforme á derecho de estos nuestros Reynos de Castilla se deve guardar [*sic*].[54]

[53] Arrozala, Corenzo, *op. cit.*, p. 158.

La Ley II establece que:

> No se admita en las Iglesias ni Monasterios à los que no deven gozar de su inmunidad… Rogamos y encargamos á los Prelados de las Iglesias y Monasterios de nuestras Indias, que no admitan à delinquentes que á ellos se acogieren, en los casos que conforme al derecho de estos nuestros Reynos de Castilla no deven gozar de inmunidad Eclesiastica… [*sic*].[55]

Fue el primer concilio mexicano (1555), el que por vez primera trató el tema del derecho de asilo eclesiástico en esas tierras. Lo hizo en los capítulos XXX ("Que ningún ocupe, ni encastille las iglesias, ni saquen los retraídos de ellas, ni les veden los mantenimientos, ni echen prisiones dentro, ni las cerquen, ni hagan leyes o constituciones contra la libertad eclesiástica") y XXXI ("Que los que se acogieren a las iglesias estén honestamente en ellas, y que tanto tiempo han de consentir estar así a estos, como a los desterrados que se acogen a ellas").[56]

De igual manera, en las *Pandectas Hispano-Megicanas*,[57] se dispone que:

> Por quanto nuestro Santísimo Padre Clemente XIV, felizmente reynante, á instancia de Nuestro Piadoso y Católico Monarca el Señor D. Carlos III (Dios le guarde), se ha servido por su Breve dado en Roma… y en uso de la plenitud de su Potestad, reducir los Asilos para los delinquentes en todos los Dominios de S.M. de las Españas y de las Indias… solamente… se habrá de guardar, y observar únicamente la Inmunidad Eclesiástica, y el Sagrado Asilo, según la forma de los Sagrados Cánones, y de las Apóstolicas Constituciones (*sic*).

[54] *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias* (1680). Disponible en http://www.gabrielbernat.es/espana/leyes/rldi/indice/indice.html Consultado el 21 de junio de 2016.

[55] *Loc. cit.*

[56] Citado por Luque Talaván, Miguel, "La inmunidad del sagrado o el derecho de asilo eclesiástico a la luz de la legislación canónica y civil indiana", en *Históricas Digital*, p. 265. Disponible en http://www.historicas.unam.mx/publicaciones/publicadigital/libros/conciliosNE/cpne011.pdf Consultado el 21 de junio de 2016.

[57] Rodríguez de San Miguel, *Pandectas Hispano-Megicanas ó sea Código General*, t. I, México, 1839. p. 132.

Sin pretender que se ha realizado un estudio exhaustivo sobre la institución del asilo eclesiástico en la América española, de lo antes expuesto puede concluirse que:

a) La figura del asilo, pese a su casi extinción en Europa, subsistió en América;
b) El asilo es concedido en lugares que gozan de inmunidad: en las iglesias, en el caso del asilo eclesiástico, y en las embajadas, en el caso del asilo diplomático;
c) El asilo es concedido a delincuentes, salvo aquellos que cometieren delitos considerados como graves, en tal caso, deberán ser entregados a la justicia civil; y
d) El desarrollo normativo del asilo en América Latina se enfocó al asilo diplomático.

Antes de seguir adelante, es preciso señalar que el asilo es una figura que, aunque no ha desaparecido por completo en Europa, prácticamente ha caído en desuso.

c) Regulación

Aunque el asilo tuvo su origen en Europa, su desarrollo normativo se dio en América Latina.

Aunado a la decadencia del asilo eclesiástico en Europa —tras la firma de los Tratados de Westfalia, en 1648—, se fue generalizando la aparición de legaciones permanentes con la designación, por parte de los Estados, de representantes ante los gobiernos extranjeros. Dichos representantes a menudo llegaban acompañados de una numerosa comitiva y, en algunas ocasiones, de fuerzas militares de su Estado; llegando a ocupar algunos barrios en la capital, surgiendo así el concepto de extraterritorialidad —es decir, el barrio que era ocupado se consideraba parte del territorio de su propio Estado—.[58] La instauración de las misiones diplomáticas da origen a la concepción moderna del asilo: el asilo diplomático.[59]

[58] Disponible en http://unilibreinternacional.blogspot.es/1332204124/ Consultado el 5 de julio de 2016.

[59] Urquidi Carrillo, Juan Enrique, *op. cit.*, p. 885.

Latinoamérica fue terreno fértil para el desarrollo del asilo, debido —en gran medida— a la inestabilidad política de los gobiernos, los continuos golpes de estado y las guerras civiles. En palabras de Galindo Vélez:[60]

> ...El asilo diplomático ha demostrado ser sumamente importante, aunque en algunos casos altamente controvertidos, para proporcionar protección a personas que la necesitan en situaciones sumamente difíciles. A veces, no hay tiempo de llegar a la frontera e ingresar a otro país para solicitar protección.

Así, la práctica del asilo encontró un fuerte arraigo y devino en costumbre; misma que tiempo después fue codificada en diversas convenciones internacionales.

En América Latina, la práctica del asilo se inicia sin la existencia de tratados que la reconozcan expresamente. Dicha tradición se consagró con el tiempo como costumbre regional y ha sido plasmada en diversas convenciones internacionales de carácter regional. La primera de éstas, en materia de asilo, se celebró en Lima, a raíz de un incidente diplomático entre los Gobiernos de Perú y de los Estados Unidos[61] y de otro entre los Gobiernos de Perú y Francia, ambos ocurridos en 1865.[62]

La reunión fue convocada por el Ministro de Relaciones Exteriores de Perú, a instancia del Ministro de Negocios Extranjeros de Francia, Drauyn-de-Lhuys, ante la negativa de Francia de entregar a los refugiados que había en su legación. Asistieron agentes diplomáticos de Inglaterra, Bolivia, Brasil, Chile, Francia e Italia. En la sesión del 15 de enero de 1867 se acentuó la opinión del Cuerpo Diplomático de no aceptar la propuesta del Gobierno peruano de abolir el asilo en las legaciones diplomáticas, por lo cual fue bruscamente levantada. Sin embargo, la posición de la mayoría de los diplomáticos fue confirmada en la sesión del 29 de enero. En dicha ocasión, nuevos representantes de América Latina se manifestaron por regular el asilo, a fin de evitar abusos, pero no abolirlo.[63]

[60] Citado por Esponda Fernández, Jaime, *op.cit.*, p. 88.

[61] En mayo de 1865, el General Conseco, de Perú, se vio obligado a refugiarse en la residencia del embajador de Estados Unidos en Lima. Habiendo dificultades al respecto, el Cuerpo Diplomático acreditado en Perú se reunió y acordó: "El Cuerpo Diplomático acuerda, adopta y considera que... el asilo debe ser concedido con la mayor reserva, y que debe circunscribirse al tiempo exclusivamente indispensable para que los refugiados puedan ponerse a salvo de otra manera, debiendo por lo demás, el agente diplomático, hacer todo lo posible para lograr ese resultado". Luelmo, Julio, *op. cit.*, p. 189.

[62] A consecuencia de la revolución del 6 de noviembre de 1865, el Gral. Manuel Ignacio Vivanco y los señores Pedro Calderón, Jorge Loaiza y Pedro José Carrillo, que habían sido ministros del gobierno del Gral. Pezet, buscaron asilo en la embajada de Francia en Lima, *loc. cit.*

[63] *Loc. cit.*

El primer tratado que reconoce expresamente la figura del asilo en América Latina es el Tratado de Derecho Penal Internacional,[64] al disponer:

> **Artículo 15.** Ningún delincuente asilado en el territorio de un Estado podrá ser entregado a las autoridades de otro, sino de conformidad a las reglas que rigen la extradición.
> **Artículo 16.** El asilo es inviolable para los perseguidos por delitos políticos, pero la Nación de refugio tiene el deber de impedir que los asilados realicen en su territorio actos que pongan en peligro la paz pública de la Nación contra la cual han delinquido.
> **Artículo 17.** El reo de delitos comunes que se asilase en una Legación, deberá ser entregado, por el jefe de ella, a las autoridades locales, previa gestión del Ministerio de Relaciones Exteriores, cuando no lo efectuase espontáneamente.
> Dicho asilo será respetado con relación a los perseguidos por delitos políticos; pero el jefe de la Legación está obligado a poner inmediatamente, el hecho, en conocimiento del Gobierno del Estado ante el cual está acreditado, quien podrá exigir que el perseguido sea puesto fuera del territorio nacional, dentro del más breve plazo posible.
> El jefe de la Legación podrá exigir, a su vez, las garantías necesarias para que el refugiado salga del territorio nacional, respetándose la inviolabilidad de su persona.
> El mismo principio se observará con respecto a los asilados en los buques de guerra surtos en aguas territoriales.

Las convenciones americanas en materia de asilo son las siguientes:

1. La Convención sobre Asilo.[65]
2. La Convención sobre Asilo Político.[66]
3. El Tratado sobre Asilo y Refugio Político.[67]
4. La Convención sobre Asilo Diplomático.[68]
5. La Convención sobre Asilo Territorial.[69]

[64] Adoptado en Montevideo, el 23 de enero de 1889, durante el Primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado. México no es parte. Firmado por Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay.

[65] Adoptada en La Habana, el 20 de febrero de 1928. Ratificada por el Gobierno de México el 6 de febrero de 1929. Publicada en el Diario Oficial de la Federación (*DOF*) el 19 de marzo de 1929.

[66] Adoptada en Montevideo, el 26 de diciembre de 1933. Ratificada por el Gobierno de México el 27 de enero de 1936. Publicada en el Diario Oficial de la Federación (*DOF*) el 10 de abril de 1936.

[67] Adoptado en Montevideo, el 4 de agosto de 1939. México no es Parte.

[68] Adoptada en Caracas, el 28 de marzo de 1954. Ratificada por el Gobierno de México el 6 de febrero de 1957. Publicada en el Diario Oficial de la Federación (*DOF*) el 5 de abril de 1957.

[69] Adoptada en Caracas, el 28 de marzo de 1954. Ratificada por el Gobierno de México el 3 de abril de 1982. Publicada en el Diario Oficial de la Federación (*DOF*) el 4 de mayo de 1981.

Sin pretender hacer un análisis de las convenciones mencionadas, toda vez que queda fuera del objeto del presente estudio, a continuación señalaremos las características del asilo:[70]

1. Es una institución de carácter humanitario, pues su finalidad es proporcionar protección a quien, bajo situación especial, huye de la persecución de su gobierno. Debido a esto, no está sujeto a reciprocidad.
2. Procede exclusivamente por persecución política: por motivos políticos, por la comisión de delitos políticos o por la comisión de delitos comunes con finalidad política.
3. El otorgamiento del asilo es un derecho que corresponde al Estado en el ejercicio de su soberanía. Por tanto, el Estado asilante no está obligado a otorgarlo ni a declarar los motivos por los cuales lo niega.
4. Corresponde al Estado asilante:
   a) Calificar la naturaleza del delito o de los motivos de la persecución y
   b) Calificar la urgencia.
5. Puede ser concedido dentro del territorio del Estado asilante, en el caso del asilo territorial, o fuera de él pero en locales sujetos a su jurisdicción, en el caso del asilo diplomático.

Como ya se ha mencionado, la práctica del asilo devino en costumbre regional, misma que fue reconocida por la Corte Internacional de Justicia en el caso relativo al derecho de asilo —caso Haya de la Torre (Colombia/Perú)—, en su sentencia de 13 de junio de 1951, al indicar que:

> Como la Corte señaló en su sentencia del 20 de noviembre, la Convención de La Habana, en su primer artículo requiere que la persona acusada o condenada por delitos comunes, deberá ser entregada a las autoridades territoriales, pero no contiene ninguna disposición similar respecto a los delincuentes políticos. Este silencio no puede ser interpretado en el sentido de que impone una obligación de entregar al refugiado en caso de que el asilo le haya sido concedido contrario a las disposiciones del artículo 2 de la Convención [de La Habana]. Tal interpretación sería contraria al espíritu que inspira a la Convención de conformidad con la tradición latinoamericana respecto al asilo [*mío*], una tradición de acuerdo a la cual los refugiados políticos no deberían ser entregados... Inferir de este silencio que hay una obligación de entregar una persona a quien el asilo ha sido irregularmente concedido sería ignorar tanto el papel de los factores extralegales en el desarrollo del asilo en América Latina como el espíritu de la Convención de La Habana.[71]

[70] Rodríguez Martínez, Elí, *op. cit.*, nota 3, p. 317.

[71] Haya de la Torre Case (Colombia/Perú). Judgment of June 13th, 1951. *Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders*, 1951. p. 81.

Más adelante, la Corte señala que:

> ...en principio el asilo no puede ser opuesto a la operación de la justicia. La seguridad que brinda el asilo no puede ser entendida como una protección contra la aplicación regular de las leyes y contra la jurisdicción de los tribunales legalmente constituidos. La protección así entendida autorizaría al agente diplomático a obstruir la aplicación de las leyes del país contrario a su deber de respetarlas. La Corte más adelante dijo que no podría admitir que los Estados signatarios de la Convención de La Habana intentaran sustituir la práctica de las repúblicas latinoamericanas [*mío*] por un sistema legal el cual garantizara a sus propios nacionales acusados de crímenes políticos de evadir la jurisdicción nacional...[72]

La concesión del asilo tiene las siguientes consecuencias:[73]

1. El derecho del Estado de admitir a una persona en su territorio;
2. El derecho del Estado de permitirle permanecer en su territorio;
3. El derecho del Estado de negarse a expulsarlo;
4. El derecho del Estado de negarse a extraditarlo; y
5. El derecho del Estado de no perseguir a la persona, castigarla o de alguna forma restringir su libertad.

III. El refugio

La evolución histórica del refugio estuvo, en un inicio, estrechamente vinculada a la del asilo, sin embargo, con el devenir de los siglos, cada una de estas figuras adquirió características propias y tuvo una evolución posterior diferente y, por demás, separada.

El asilo, como ya se expuso, se enfocó en el asilo diplomático; en tanto que el refugio se centró en la protección de criminales y perseguidos, principalmente conformando masas, identificándose con el asilo territorial.

[72] *Ibídem.*

[73] Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, *Temas selectos de derecho internacional*, 4ª ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 618.

a) *Antecedentes históricos*

En el Tratado de Kadesh —el primer tratado internacional en la materia—, firmado en 1278 a.C., entre el imperio egipcio y el hitita,[74] el rey hitita declaró: "en lo referente a un refugiado, yo afirmo bajo juramento lo siguiente: cuando un refugiado viene de tu tierra a la mía él no será enviado de regreso. El expulsar a un refugiado de la tierra de los hititas no es correcto".[75]

Respecto al pueblo de Israel, en las Sagradas Escrituras se hace referencia al refugio —entendido como asilo territorial—, desde sus primeros capítulos. Así, en el libro del Génesis se menciona que Caín, tras haber dado muerte a su hermano Abel, huye prófugo a la tierra de Nod, al oriente de Edén, a fin de estar a salvo por si alguien lo encontrara y deseara matarlo.[76]

No obstante lo anterior, el refugio no era conocido durante el período patriarcal, sino que fue hasta que el pueblo de Israel se estableció en Palestina (siglo VI a.C.) cuando aparecieron algunas ciudades de refugio[77] para quienes cometían homicidio culposo o imprudencial.[78]

En el Nuevo Testamento, en el Evangelio de Mateo se hace mención de que Jesús, junto con José, su padre, y María, su madre, huyeron a Egipto ante el peligro de ser asesinados por orden de Herodes.[79]

En la antigua Grecia, el poder de cada dios se encontraba limitado geográficamente a la ciudad cuyo destino protegía. No obstante, dicho poder no era suficiente para defender al refugiado de un perseguidor extranjero. Esto trajo

[74] Cornejo Cornejo, Alejandra Rosalba, *op. cit.*

[75] Gil Mauricio, Carlos Luis, *El asilo y la extradición. Instituciones básicas del Derecho Internacional.* Disponible en: http://www.monografias.com/trabajos72/asilo-extradicion-instituciones-derecho-internacional/asilo-extradicion-instituciones-derecho-internacional.shtml#ixzz4D8EELZD5 Fecha de consulta: 30 de junio de 2016.

[76] "Y dijo Caín a Jehová: Grande es mi castigo para ser soportado. He aquí me echas hoy de la tierra, y de tu presencia me esconderé, y seré errante y extranjero en la tierra; y sucederá que cualquiera que me hallare, me matará. Y le respondió Jehová: Ciertamente cualquiera que matare a Caín, siete veces será castigado. Entonces Jehová puso señal en Caín, para que no lo matase cualquiera que le hallara. Salió, pues, Caín de delante de Jehová, y habitó en tierra de Nod, al oriente de Edén" (Génesis 4:13-16. Edición Reina Valera, 1960).

[77] Eran 6 ciudades de refugio, 3 dentro de Palestina y 3 fuera (Números 35:15); éstas fueron: Cedes, Siquem, Quiriat-arba (Hebrón), Beser, Ramot y Golán (Josué 20:7-8).

[78] "El que hiriere a alguno, haciéndole así morir, él morirá. Mas el que no pretendía herirlo, sino que Dios lo puso en sus manos, entonces yo te señalaré lugar al cual ha de huir" (Éxodo 21:12-13. Edición Reina Valera, 1960).

[79] "He aquí un ángel del Señor apareció en sueños a José y dijo: Levántate y toma al niño y a su madre, y huye a Egipto, y permanece allá hasta que yo te diga; porque acontecerá que Herodes buscará al niño para matarlo. Y él, despertando, tomó de noche al niño y a su madre, y se fue a Egipto, y estuvo allá hasta la muerte de Herodes... Herodes entonces, cuando se vio burlado... se enojó mucho, y mandó matar a todos los niños menores de dos años que había en Belén y en todos sus alrededores". (Mateo 2:13-16. Versión Reina-Valera, 1960).

como consecuencia que no sólo el templo ofrecía protección al perseguido, sino la ciudad entera; de manera que el pueblo mismo o el rey de la *polis* se convirtieron en mediadores de la causa ante los dioses.[80]

Por lo anterior, en Grecia no sólo se reconocía la existencia del asilo —entendido como el asilo religioso, otorgado en los templos—, sino también el refugio —considerado como asilo territorial, concedido en las ciudades—. Por ello, en la tragedia de Esquilo, *Las Suplicantes*, Dánao y sus 50 hijas clamaban, al ser acogidos en Tebas: "Nosotros tendremos la residencia en este país, libres, sin rescate y con derecho de asilo contra todo mortal; nadie, ni habitante ni bárbaro, podrá llevársenos; y si alguien acude a la fuerza, el terrateniente que no nos ayude será privado de sus derechos de ciudadano y desterrado por sentencia del pueblo".[81]

Con la caída del Imperio Romano de Occidente y el ulterior surgimiento del feudalismo, la institución del vasallaje desarrolló dos conceptos que serían fundamentales en la posterior configuración del asilo: el privilegio de inmunidad territorial, no eclesiástica, y el refugio como concesión potestativa del soberano dentro de los límites de sus territorios. La persecución del fugitivo, por la comisión de un ilícito, no podía llevarse a cabo en los territorios de otro que no fuera su territorio de origen.[82]

Como ya se mencionó anteriormente, el asilo eclesiástico tuvo un gran auge durante la Edad Media, pero prácticamente desapareció durante los siglos XVIII y XIX —aunque cabe señalar que la Iglesia nunca renunció formalmente a dicho privilegio—. Debido a esta decadencia del asilo eclesiástico, se empieza a utilizar el asilo territorial —al que identificamos con la institución del refugio— como medida de protección.

Con motivo de las guerras de religión en Europa —originadas por el surgimiento de la Reforma protestante—, en Francia, el rey Enrique IV firmó en 1598 el Edicto de Nantes, mediante el cual autorizaba la libertad de conciencia y la libertad de culto a los protestantes calvinistas. Sin embargo, en 1660, Luis XIV emprendió una política de conversión —por demás forzosa— de los protestantes al catolicismo. Por ello, en 1685 revocó el Edicto de Nantes, mediante el Edicto de Fontainebleau, prohibiendo la práctica del calvinismo en territorio francés. Esto implicó, para miles de hugonotes (300,000), su conversión progresiva al catolicismo o su exilio a otros países en busca de

[80] Urquidi Carrillo, Juan Enrique, *op. cit.*, p. 881.
[81] Esquilo, "Las suplicantes", *Tragedias*, México, Grupo Editorial Tomo, 2007, p. 73.
[82] Cornejo Cornejo, Alejandra Rosalba, *op. cit.*

protección. Este evento causó que el Marqués de Brandenburgo, Federico Guillermo I (también rey de Prusia), proclamara en 1685 el Edicto de Potsdam, permitiendo la entrada y estadía de los hugonotes en su territorio.[83]

Así, poco a poco, el asilo territorial se convirtió en una práctica generalizada; de manera que en la Constitución francesa de 1793 —posterior a la Revolución— se consagró la institución del asilo (territorial), al disponer, en su artículo 120, que el pueblo francés "da asilo a los extranjeros exiliados de su patria por causa de la libertad. Lo rehúsa a los tiranos";[84] convirtiéndose en el primer texto constitucional en reconocer este derecho.

Hasta muy entrado el s. XVIII, el asilo fue practicado en Europa en sus dos modalidades: el asilo diplomático y el asilo territorial, aunque el primero, por sus características, fue poco utilizado.

De todo lo comentado hasta aquí, basta señalar que el asilo territorial —o la institución del "refugio"— tiene como característica principal el tener que cruzar una frontera internacional, a diferencia del asilo diplomático, el cual es concedido en el territorio del mismo Estado persecutor, pero en un local bajo la jurisdicción de otro Estado.

b) *Definición*

La definición universalmente aceptada de refugio se encuentra proclamada en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951.[85] Dicho instrumento da al refugio dos definiciones. La primera de ellas es de índole histórica, pues reconoce como refugiados a todos aquellos que fueron proclamados con tal calidad, en virtud de acuerdos internacionales anteriores a la adopción de la Convención de 1951 (Artículo 1, inciso A, párrafo 1). La otra definición es la que sirve como eje fundamental del Derecho Internacional de los Refugiados, misma que se señala en el párrafo segundo del Artículo 1, inciso A:

> 2°. Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1°. de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera

[83] Rodríguez Martínez, Elí, *op. cit.*, p. 322.
[84] Cornejo Cornejo, Alejandra Rosalba, *op. cit.*
[85] Adoptada en Ginebra, el 28 de julio de 1951. El Gobierno de México depositó su instrumento de Adhesión el 7 de junio de 2000. Publicada en el Diario Oficial de la Federación (*DOF*) el 25 de agosto de 2000.

acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

Cabe señalar que dicha definición tiene una "limitación temporal" y otra "limitación geográfica". La primera consiste en que sólo serán considerados como refugiados aquellos que surgieron como tales a consecuencia "de acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951"; en tanto que la segunda consiste en que dichos acontecimientos hayan ocurrido en Europa.[86] Las dos limitaciones fueron abrogadas con la adopción del Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados[87] (Artículo I.2).

c) *Distinción entre asilo y refugio*

Ambas instituciones, el asilo y el refugio, tienen por finalidad la protección del individuo, pues las dos tienen por objeto brindar la protección nacional a quien huye de su país de origen por motivos de persecución. Sin embargo, aunque similares por su carácter humanitario, ambas son diferentes; de ahí la necesidad de señalar las diferencias entre ellas:

1. El asilo es un derecho del Estado, por tanto, no existe un deber del mismo para concederlo. En cambio, el refugio es un derecho del individuo y, por consiguiente, existe el deber, para el Estado, de reconocerlo cuando se cumplen con los requisitos señalados por la Convención de 1951 (cláusulas de inclusión).
2. Debido a lo anterior, el asilo —al ser un acto discrecional del Estado— puede ser "concedido" por éste; mientras que el "reconocimiento de la condición de refugiado" constituye una obligación para el Estado y, por eso, constituye, *per se,* un acto de naturaleza declarativa.
   El asilo tiene dos modalidades: diplomático y territorial; por lo mismo, puede ser concedido dentro o fuera del territorio del Estado asilante. En cambio, el refugio solo puede ser reconocido dentro del Estado asilante; es decir, se requiere como requisito ineludible que el refugiado cruce una frontera internacional.

[86] Ortiz Ahlf, Loretta, *Derecho Internacional Público*, 3ª ed., México, Oxford University Press, 2004, p. 530.

[87] Adoptado en la ciudad de Nueva York, el 31 de enero de 1967. El Gobierno de México depositó su instrumento de adhesión el 7 de junio de 2000, *Diario Oficial de la Federación*, 25 de agosto de 2000.

3. El asilo procede exclusivamente por persecución política; a diferencia del refugio, que procede por persecución por raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o por opinión política.
4. En el asilo, un individuo debe ser considerado como perseguido en el momento; en tanto que, en el refugio, basta un "temor fundado de persecución", el cual puede ser presente o futuro.
5. El asilo fue concebido para proveer protección para casos aislados o poco numerosos; mientras que el refugio otorga protección tanto a personas individuales como a grupos de personas.
6. En la institución del refugio, el Estado está obligado a no devolver (principio de "no devolución" —*non refoulemont*) al solicitante del reconocimiento de la condición de refugiado, hasta en tanto no se reconozca dicha calidad; en cambio, en el asilo el Estado puede devolver al solicitante de asilo hasta en tanto no se le conceda dicha protección.
7. La concesión del asilo encuentra su fundamento en las convenciones regionales latinoamericanas en la materia; mas el refugio es otorgado sobre la base un instrumento universal: La Convención de 1951.
8. Los instrumentos internacionales sobre asilo, a diferencia de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, no prevé cláusulas de exclusión y cesación, ni la figura de la repatriación voluntaria.[88]

Por tanto, comparativamente, el refugio otorga una protección más amplia que el asilo, pues éste es de alcances mucho más limitados.

IV. Diferencia entre asilo y refugio en América Latina

Como se ha venido apuntando, los términos "asilo" y "refugio" se utilizan con distintas acepciones en América Latina; de manera que se asume que el "asilo" corresponde a la institución del asilo diplomático, en tanto que el "refugio" se refiere al asilo territorial.

A diferencia de lo que sostienen algunos autores, quienes afirman que existe una confusión terminológica (entre asilo y refugio) en América Latina,[89] lo

[88] Fischel de Andrade, José H., "Derecho de los refugiados en América Latina: Reflexiones sobre su futuro", en *Derecho Internacional de los Refugiados*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001, p. 209.

[89] Léase Franco, Leonardo, "Acerca de la confusión terminológica 'asilo-refugio'. Informe de Progreso", *El asilo y la protección de refugiados en América Latina*. Disponible en: http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/5/2032/12.pdf Fecha de consulta: 10 de julio de 2016.

cierto es que existe una clara distinción conceptual entre ambas instituciones, de manera que los términos empleados reflejan esta distinción.

De tal forma que el Artículo XXVII de la "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre" dispone que:[90]

> Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales.

La redacción del Artículo 22.7 de la "Convención Americana sobre Derechos Humanos" es más precisa,[91] al señalar que:

> Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.

Ambos instrumentos hacen clara mención al asilo diplomático, al señalar que éste procede por "persecución que no sea motivada por delitos de derecho común" —según los términos de la Declaración— o por persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos —en los términos de la Convención.

Observemos que, tanto la redacción de la Declaración Americana, como la de la Convención Americana, remiten el otorgamiento a lo dispuesto en las leyes nacionales y en "los tratados internacionales". Para 1948, fecha en la que fue redactada la Declaración Americana —de donde viene la redacción original—, ya se había adoptado tratados en la materia; a saber, la Convención de La Habana de 1928, la Convención de Montevideo de 1933 y el Tratado de Montevideo de 1939. Mientras tanto, para 1969 —fecha en la que se adoptó la Convención Americana—, ya se había adoptado las Convenciones de Caracas sobre Asilo Diplomático y la Convención de Caracas sobre Asilo Territorial, ambas de 1954, en las que se señala claramente que el asilo es un derecho del Estado y no del individuo.[92]

[90] Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, el 2 de mayo de 1948.

[91] Adoptada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. El Gobierno de México depositó su instrumento de adhesión el 24 de marzo de 1981, *Diario Oficial de la Federación*, 7 de mayo de 1981.

[92] Así, por ejemplo, en el artículo II de la Convención de Caracas sobre Asilo Diplomático se dispone que "Todo Estado tiene derecho de conceder asilo; pero no está obligado a otorgarlo ni a declarar por qué lo niega"; de igual manera, el artículo I de la Convención de Caracas sobre Asilo Territorial señala que "Todo Estado tiene derecho, en ejercicio de su soberanía, a admitir dentro de su territorio a las personas que juzgue conveniente...".

Cabe señalar que, por lo que respecta al Tratado de Montevideo sobre Asilo y Refugio Político, éste identifica al asilo con el asilo diplomático[93] y asimila el asilo territorial con el "refugio político".[94]

Por otra parte, como ya se ha mencionado, la práctica del asilo devino en costumbre regional, misma que fue reconocida por la Corte Internacional de Justicia en el caso Haya de la Torre (Colombia/Perú).

Dado el arraigo de la figura del asilo (entiéndase como asilo diplomático) en América Latina, al día de hoy las constituciones de varios países de la región reconocen la figura del asilo como asilo diplomático o hacen clara distinción entre el asilo y el refugio o identifican al refugio como el asilo territorial, tal es el caso de:

1. Bolivia,[95]
2. Brasil,[96]
3. Costa Rica,[97]
4. Cuba,[98]
5. Ecuador,[99]

[93] Artículo 2. El asilo solo puede concederse en las embajadas, legaciones, buques de guerra, campamentos o aeronaves militares, exclusivamente a los perseguidos por motivos o delitos políticos y por delitos políticos concurrentes en que no procede la extradición. Los jefes de misión podrán también recibir asilados en su residencia, en el caso de que no viviesen en el local de las embajadas o legaciones.

[94] Artículo 11. El refugio concedido en el territorio de las Altas Partes Contratantes, ejercido de conformidad con el presente Tratado, es inviolable para los perseguidos a quienes se refiere el Artículo 2°, pero el Estado tiene el deber de impedir que los refugiados realicen en su territorio actos que pongan en peligro la paz pública del Estado del que proceden.

[95] Artículo 29, Fr. I de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia: "Se reconoce a las extranjeras y los extranjeros el derecho a pedir y recibir a*silo o refugio* por persecución política o ideológica, de conformidad con las leyes y los tratados internacionales".

[96] Artículo 4 de la Constitución Política de la república federativa de Brasil: "La República Federativa de Brasil se rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios: 10. Concesión de *asilo político*.

[97] Artículo 31 de la Constitución Política: "El territorio de Costa Rica será asilo para todo perseguido por razones políticas. Si por imperativo legal se decretare su expulsión, nunca podrá enviársele al país donde fuere perseguido".

[98] Artículo 13 de la Constitución de la República de Cuba: "La República de Cuba concede asilo a los perseguidos por sus ideales y luchas por los derechos democráticos, contra el imperialismo, el fascismo, el colonialismo y el neocolonialismo; contra la discriminación y el racismo; por la liberación nacional; por los derechos y reivindicaciones de los trabajadores, campesinos y estudiantes; por sus actividades políticas, científicas, artísticas y literarias progresistas, por el socialismo y la paz". Como podrá observarse, todas estas causales caen dentro de los "motivos políticos".

[99] Artículo 41 de la Constitución de la República de Ecuador: "Se reconocen los derechos de asilo y refugio [*mío*], de acuerdo con la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Las personas que se encuentren en condición de asilo o refugio gozarán de protección especial que garantice el pleno ejercicio de sus derechos. El Estado respetará y garantizará el principio de no devolución, además de la asistencia humanitaria y jurídica de emergencia".

6. Guatemala,[100]
7. Honduras,[101]
8. México,[102]
9. Nicaragua,[103]
10. Paraguay,[104]
11. Perú,[105]
12. República Dominicana,[106] y
13. Venezuela.[107]

Bajo la misma tesitura, en la "Declaración de Río de Janeiro sobre la Institución del Refugio",[108] se diferencia ambas figuras al señalar, en su Preámbulo, que los Ministros del Interior del MERCOSUR, Bolivia y Chile se

[100] Artículo 27 de la Constitución Política de la República de Guatemala: "Guatemala reconoce el derecho de asilo y lo otorga de acuerdo con las prácticas internacionales".

[101] Artículo 101 de la Constitución Política de Honduras: "Honduras reconoce el derecho de asilo en la forma y condiciones que establece la Ley. Cuando procediere de conformidad con la Ley revocar o no otorgar el asilo, en ningún caso se expulsará al perseguido político o al asilado, al territorio del Estado que pueda reclamarlo. El Estado no autorizará la extradición de reos por delitos políticos y comunes conexos".

[102] Artículo 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: "En caso de persecución, por motivos de orden político, toda persona tiene derecho de solicitar *asilo*; por causas de carácter humanitario se recibirá *refugio*. La ley regulará sus procedencias y excepciones".

[103] Artículo 5, 8° párrafo, de la Constitución Política de la República de Nicaragua: "Nicaragua fundamenta sus relaciones internacionales en la amistad y solidaridad entre los pueblos y la reciprocidad entre los Estados. Por tanto… asegura el *asilo para los perseguidos políticos*".
Artículo 42: "En Nicaragua se reconoce y garantiza *el derecho de refugio y de asilo*. El refugio y el asilo amparan únicamente a los perseguidos por luchar en pro de la democracia, la paz, la justicia y los derechos humanos. La ley determinará la condición de asilado o refugiado político, de acuerdo con los convenios internacionales ratificados por Nicaragua. En caso de que se resolviera la expulsión de un asilado, nunca podrá enviársele al país donde fuese perseguido".

[104] Artículo 43 de la Constitución de la República de Paraguay: "El Paraguay reconoce el derecho de *asilo territorial y diplomático* a toda persona perseguida por motivos o delitos políticos o por delitos comunes conexos, así como por sus opiniones o por sus creencias. Las autoridades deberán otorgar de inmediato la documentación personal y el correspondiente salvo conducto.
Ningún asilado político será trasladado compulsivamente al país cuyas autoridades lo persigan".

[105] Artículo 36 de la Constitución Política del Perú: "El Estado reconoce el *asilo político*. Acepta la calificación del asilado que otorga el gobierno asilante. En caso de expulsión, no se entrega al asilado al país cuyo gobierno lo persigue".

[106] Artículo 46, inciso 2) de la Constitución de la República Dominicana: "Toda persona tiene derecho a solicitar *asilo* en el territorio nacional, *en caso de persecución por razones políticas*. Quienes se encuentren en condiciones de asilo gozarán de la protección que garantice el pleno ejercicio de sus derechos, de conformidad con los acuerdos, normas e instrumentos internacionales suscritos y ratificados por la República Dominicana. No se consideran delitos políticos, el terrorismo, los crímenes contra la humanidad, la corrupción administrativa y los delitos transnacionales".

[107] Artículo 69 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: "La República Bolivariana de Venezuela reconoce y garantiza el derecho de *asilo y refugio*".

[108] Celebrada en Río de Janeiro, Brasil, el 10 de noviembre del 2000.

reunieron en el marco de la VIII Reunión de Ministros del Interior del MERCOSUR, "considerando el derecho universal de *solicitar refugio*, consagrado en el Artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del Hombre".

Cabe señalar que, conforme al Artículo 14.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,[109] "en caso de persecución, toda persona tiene derecho a *buscar asilo*, y a disfrutar de él, en cualquier país".

Puede observarse que en la Declaración de Río se sustituyó, a propósito, el término "asilo", de la Declaración Universal, por el de "refugio", a fin de diferenciar la naturaleza de ambas figuras.

Como conclusión al presente estudio, se puede afirmar que las figuras del asilo y refugio en América Latina se encuentran claramente diferenciadas, pues constituyen figuras jurídicas distintas, por lo que los términos "asilo" y "refugio" no son empleados como sinónimos, ni existe una confusión terminológica, como se ha pretendido sostener.

No obstante lo anterior, como se expondrá en la segunda parte de este estudio, las instituciones del asilo y refugio han tenido, en tiempos recientes, un acercamiento; a tal grado, que es posible sostener que, con base en un desarrollo jurisprudencial, han llegado a ser sinónimos.

[109] Adoptada mediante Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

PANORAMA LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DEL DAÑO MORAL

Luis Ariel Salanueva Brito

Sumario: I. Introducción. II. Generalidades. 1. Tipos de daño: materiales y morales 2. Concurrencia de daños materiales y morales. 3. La indemnización del daño moral 4. Derecho a la indemnización por daño moral. 5. Personas que tienen derecho a la indemnización por daño moral. III. Responsabilidad civil. 1. Tipos de responsabilidad civil generadora de daño moral. 2. Régimen especial del abuso del derecho. 3. Algunos casos de responsabilidad civil que involucran daño moral. 4. Elementos de la acción de responsabilidad civil que da lugar a la indemnización del daño moral. 5. Algunos aspectos procesales de la acción. IV. Delitos. V. Actividad administrativa irregular. VI. A manera de resumen.

I. Introducción

El Derecho positivo mexicano regula el derecho a la reparación del daño moral en diversos ordenamientos civiles, administrativos y penales.[1] Sin embargo, su protección en sede judicial y administrativa es todavía insuficiente.

[1] Si bien el daño moral es una figura preponderantemente civil, su regulación no sólo se encuentra en los códigos civiles sino que también existe en otras leyes administrativas y penales. Estas leyes no sólo remiten a los códigos civiles sino que también contienen aspectos distintivos como formas especiales de indemnización o limites a su monto. En efecto, en el ámbito civil el daño moral está regulado en el Código Civil para el Distrito Federal (en adelante el CCDF), en la Ley de responsabilidad civil para la protección del derecho a la vida privada, el honor y la propia imagen en el Distrito Federal (en adelante la Ley de Responsabilidad Civil) y en los diversos códigos de los estados, así como en el Código Civil Federal y en la Ley Federal del Derecho de Autor (Artículo 216 bis y otros). En el ámbito administrativo, el daño moral se encuentra regulado en la Ley de responsabilidad patrimonial del Distrito Federal (Artículo 16 y otros) y la Ley federal de responsabilidad patrimonial del Estado (Artículo 14 y otros). En el ámbito penal, el daño moral se encuentra regulado en el Código Penal para el Distrito Federal (Artículo 42 y otros) y en el Código Penal Federal (Artículo 30 y otros).

Una de las causas de lo anterior es la relativa novedad del *daño moral* en el ordenamiento jurídico mexicano y la brevedad de su enseñanza, en algunas facultades de derecho, que sólo dedicaban alguna clase a esta figura, dada su escasa regulación e importancia práctica. Poco a poco esta situación ha cambiado, así lo demuestran las leyes que la han incorporado, las numerosas tesis que ha emitido el Poder Judicial en las dos últimas épocas[2] y la trascendencia que han tenido algunos casos en los medios de comunicación. Algunos de los casos mediáticos han constituido verdaderos hitos en la historia del derecho mexicano. Ejemplo de lo anterior es el caso del hotel Mayan Palace en Acapulco, donde un joven murió luego de caer al lago artificial que estaba electrificado por una bomba sumergible que tenía un cortocircuito. El médico del hotel no contaba con el equipo de salvamento. Al conocer del asunto, la Corte resolvió que la indemnización, para ser justa, debe ser suficiente no sólo para resarcir el daño sufrido por las víctimas sino también para reflejar la desaprobación de las conductas ilícitas y disuadirlas. En este sentido, dicha indemnización debe tomar en cuenta, entre otros factores, la grave negligencia del hotel. Es importante destacar que, como parte de la fundamentación y motivación de esta sentencia, la Corte analizó la figura de los *daños punitivos*, una especie de multa civil propia del derecho americano. En consecuencia, el Hotel fue condenado a pago de treinta millones de pesos. Otros casos han tenido repercusión mediática al involucrar políticos, periodistas e incluso medios de comunicación. Es famoso el caso de la periodista Isabel Arvide quién llamó a la señora Sasha Montenegro "encueratriz venida a menos" y calificó de "bastardos"· a los hijos que tuvo con el ex presidente López Portillo. Luego de una larga batalla legal, la señora Montenegro obtuvo una cuantiosa indemnización de la periodista.

Ahora bien, la actual regulación legal y jurisprudencial del daño moral, al contenerse en diversos ordenamientos y abarcar numerosos aspectos, ha causado que la figura en estudio alcance cierto grado de complejidad, lo que también, a nuestro modo de ver, ha provocado que su protección resulte insuficiente. En efecto, la aplicación de una figura compleja requiere tiempo para su estudio legal, jurisprudencial y fáctico lo que incrementa los costos humanos y económicos necesarios para implementar soluciones basadas en ella.

[2] La Suprema Corte y los Tribunales Colegiados han emitido numerosas tesis aisladas y jurisprudenciales sobre diversos aspectos del daño moral. Tan sólo en la novena y décima época, hasta junio de 2016, existen 133 tesis que mención al daño moral en su rubro y 16 de estos criterios son jurisprudencia. Muchas de estas tesis reflejan la trascendencia de derechos fundamentales como el honor, la justa indemnización, la libertad de expresión, el derecho a la información, el derecho de réplica y la libertad de imprenta en el daño moral. Lo anterior ha inyectado flexibilidad en un derecho tradicionalmente rígido y conservador como el Derecho civil.

Así las cosas, el presente estudio tiene como objetivo sistematizar los principales criterios que integran el caudal jurisprudencial emitidos en la novena y décima época[3] así como las disposiciones contenidas en diversas leyes y ordenamientos de la Ciudad de México; en especial el Código Civil para el Distrito Federal (en adelante CCDF), la Ley de responsabilidad civil para la protección del derecho a la vida privada, el honor y la propia imagen en el Distrito Federal (en adelante la Ley de Responsabilidad Civil), la Ley de Responsabilidad Patrimonial del Distrito Federal (en adelante Ley de Responsabilidad Patrimonial), el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (en adelante CPCDF), la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, el Código Penal para el Distrito Federal (en adelante CPDF) y el Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante CNPP).

Nuestra intención es proporcionar al lector un panorama claro que le permita identificar los casos que involucran daño moral así como los principales problemas que pueden presentarse en el juicio o procedimiento en el que se reclame esta figura. Para ello, hemos echado mano también de la experiencia acumulada durante varios años al representar a numerosas víctimas de daño moral y defender a medios de comunicación por conductas tachadas de ilícitas y generadoras de este tipo de daño.

En este sentido, en primer término estudiaremos las generalidades del daño moral. Aquí abordaremos los diversos tipos de daño trascedentes para el derecho, identificando en qué consiste el daño propiamente moral y la posibilidad de concurrencia de daños materiales y morales; después veremos en qué consiste la indemnización por daño moral; en qué situaciones existe el derecho a la indemnización y qué personas tienen derecho a la misma.

En segundo término, estudiaremos las situaciones en que existe derecho a la indemnización por daño moral, a saber: responsabilidad civil, delitos y actividad administrativa irregular.

Al abordar la *responsabilidad civil*, distinguiremos los tipos de responsabilidad que dan lugar a la indemnización por daño moral (dentro de los que se encuentra el abuso de los derechos fundamentales de libertad de expresión e información, respecto del cual no entraremos en detalles, ya que su estudio no es propio de una visión panorámica), ejemplificaremos casos de cada tipo de responsabilidad, abordaremos los elementos de la acción de responsabilidad civil y algunos aspectos procesales de dicha acción.

[3] En adelante, las tesis y jurisprudencias, dada la comodidad que brindan los medios electrónicos, se citan por su rubro y número de Registro Ius que permite ubicarlos en la página de semanario judicial de la Federación http://200.38.163.178/sjfsist/Paginas/tesis.aspx y en los medios de almacenamiento electrónico que la corte publica periódicamente.

Después, de manera somera abordaremos el régimen de los delitos y de la actividad administrativa irregular como hechos generadores de daño moral.

Finalmente, resumiremos los aspectos más importantes de nuestro estudio.

II. Generalidades

1. *Tipos de daño: materiales y morales*

Según el bien sobre el que recaen, los daños trascedentes para el Derecho pueden clasificarse en materiales y morales.

Los daños materiales recaen sobre el patrimonio (daños patrimoniales) y sobre el cuerpo de un ser humano ocasionando su incapacidad o muerte[4] (daños personales). Los daños patrimoniales son aquellos que recaen sobre los bienes directamente valorables en dinero; cuando consiste en la pérdida o menoscabo se llaman daños y cuando consisten en la privación de una ganancia lícita se llaman perjuicios.

En cambio, los daños morales son los que lesionan *a un derecho o a un simple bien o interés de carácter no pecuniario* como *las angustias, las aflicciones, las humillaciones, el padecimiento o el dolor*.[5] Los ordenamientos legales identifican el daño moral con la afectación a los derechos de la personalidad entre los que se encuentran: los sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico, la consideración que de una persona tienen los demás y la propia imagen.[6]

Los daños morales pueden ser presentes y futuros. El daño moral presente "se encuentra ya producido al momento de dictarse sentencia. Este daño comprende todas las pérdidas efectivamente sufridas, tanto materiales como extra-patrimoniales; en estas últimas entrarían los desembolsos realizados para la atención del daño". Por su parte, el daño moral futuro "es aquel que todavía no se ha producido al dictarse la sentencia, pero se presenta como una previsible prolongación o agravación de un daño actual, o como un nuevo menoscabo futuro, derivado de una situación del hecho actual. Para que el daño futuro pueda dar lugar a una reparación, la probabilidad de que el beneficio ocurriera debe ser real y seria, y no una mera ilusión o conjetura de la mente del damnificado".[7]

Como el lector puede observar, el ámbito del daño moral es bastante extenso. Bajo su protección entran casos tan distintos como el sufrimiento de los hijos por la muerte de su padre en un accidente automovilístico, causado por la impericia de un conductor; la violación a la vida privada, causado por la apertura ilícita de una caja de seguridad bancaria; el desprestigio de un político, a consecuencia de una nota de internet que le imputa falsamente delitos contra la salud; la depresión de una mujer, a causa de las lesiones en su rostro causadas en un intento de homicidio; la angustia de los padres cuando su hijo de tres años cae por las escaleras de un hotel y se lesiona de gravedad; la impotencia y coraje de un paciente que sufrió una cirugía practicada sin observar las reglas del arte médico, reduciendo su expectativa de vida, etcétera.

2. *Concurrencia de daños materiales y morales*

Los daños materiales y morales pueden concurrir en un mismo caso. En efecto, *la realidad demuestra que, por lo general, un menoscabo de aquella naturaleza puede generar, además del daño moral, también uno de carácter patrimonial. Inversamente, es posible que la lesión a derechos patrimoniales sea susceptible de causar, al mismo tiempo, no sólo un daño patrimonial sino también uno de carácter moral*.[8]

Por ejemplo, una pareja de novios contratan a una empresa de banquetes para su boda; si dicha empresa no entrega el banquete, los novios no sólo pierden el dinero gastando en el banquete (daño patrimonial) sino que se les causa angustia, enojo y desprestigio (daño moral). En el mismo sentido, una persona que sufre una lesión no sólo sufre un daño personal, sino que también se ve afectada en sus sentimientos, configuración y aspecto físicos (daño moral) y tendrá que desembolsar el pago de los doctores y hospitales que intervengan en el tratamiento de sus lesiones (daño patrimonial).

[4] Véanse los Artículos 1915, 1916, segundo párrafo, 2108 y 2109 del CCDF.

[5] Véase el Registro Ius número 2006733 del rubro "DAÑO MORAL. DE ACUERDO CON SU CONCEPCIÓN EN NUESTRA TRADICIÓN JURÍDICA, AQUÉL SE DETERMINA POR EL CARÁCTER EXTRA-PATRIMONIAL DE LA AFECTACIÓN. DAÑO MORAL. DE ACUERDO CON SU CONCEPCIÓN EN NUESTRA TRADICIÓN JURÍDICA, AQUÉL SE DETERMINA POR EL CARÁCTER EXTRA-PATRIMONIAL DE LA AFECTACIÓN."

[6] Veánse los artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal (en adelante el Código Civil) y 7, fracción VI, de la Ley de Responsabilidad Civil para Ley de responsabilidad civil para la protección del derecho a la vida privada, el honor y la propia imagen en el Distrito Federal (en adelante Ley de Responsabilidad Civil).

[7] Véase el Registro Ius número 2006736 del rubro "DAÑO MORAL. SU CLASIFICACIÓN ATENDIENDO AL MOMENTO EN QUE SE MATERIALIZA".

[8] Véase el Registro Ius número 2006735 del rubro "DAÑO MORAL. PUEDE PROVOCAR CONSECUENCIAS PATRIMONIALES Y EXTRA-PATRIMONIALES".

Es importante destacar que por disposición legal expresa, el daño moral es independiente del daño material.[9] Es decir, el daño moral debe repararse aún y cuando no exista daño material.[10] Esto cobra especial relevancia ya que algunas leyes especiales, al igual que el CCDF hacía a principios de la década de los ochentas del siglo pasado, hacen depender la reparación del daño moral de la existencia del daño moral.

3. *La indemnización del daño moral*

En muchos casos, la indemnización del daño moral consiste en el pago de una cantidad de dinero. Sin embargo, el papel que este desempeña no es el mismo que juega en la reparación de los daños materiales, donde puede lograrse alguna equivalencia entre el daño y su reparación, en cambio, en el daño moral, el dinero sólo juega un papel de compensación o satisfacción, ya que no se puede *poner precio al dolor o a los sentimientos humanos*.[11]

Por otra parte, la indemnización del daño moral no necesariamente comprende dinero, puede consistir también en la publicación de un extracto de la sentencia cuando la afectación puede ser resarcida por este medio (por ejemplo, cuando recae sobre el honor, y fue difundida en un medio informativo).[12]

4. *Derecho a la indemnización por daño moral*

Ahora bien, no todo daño moral genera un derecho a su indemnización. Por ejemplo, el secuestrador condenado legalmente por una sentencia judicial, que pasa varios años en prisión, puede sufrir un importante quebranto moral

[9] Artículo 1916, segundo párrafo, del CCDF.

[10] Véase el Registro Ius número 2006734 del rubro "DAÑO MORAL. LA ACCIÓN PARA RECLAMAR SU REPARACIÓN ES AUTÓNOMA A LA DEMANDA DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS PATRIMONIALES (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL)".

[11] Véase el Registro Ius número 173279 del rubro "INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL Y RESARCIMIENTO POR DAÑOS MATERIALES. DISTINCIÓN ENTRE SU FINALIDAD Y CUANTIFICACIÓN".

[12] Véase los Registros Ius números 202917 del rubro "DAÑO MORAL. LA PUBLICACION DE LA SENTENCIA QUE CONDENA A RESARCIR EL, SOLO PROCEDE EN AQUELLOS CASOS EN QUE SE HA MENOSCABADO O MANCILLADO EL HONOR DE LA PERSONA AFECTADA", Ius número 173789 del rubro "DAÑO MORAL CAUSADO POR UN TEXTO IMPRESO EN UN MEDIO DE COMUNICACIÓN SOCIAL. SU REPARACIÓN DEBE HACERSE MEDIANTE LA PUBLICACIÓN DE UN EXTRACTO DE LA SENTENCIA DICTADA EN EL JUICIO RESPECTIVO, EN LAS MISMAS CONDICIONES EN QUE SE HIZO LA PUBLICACIÓN QUE LO CAUSÓ (ARTÍCULO 1916 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL)", artículos 39 y 41 de la Ley de Responsabilidad Civil.

al verse privado de su libertad, honor y reputación; sin embargo, este daño no da derecho a la reparación, ya que el daño sufrido fue consecuencia de una condena impuesta de conformidad con la ley.

En el mismo sentido, existen diversas situaciones que pueden generar un daño moral, pero que no dan lugar a la indemnización, a saber: la sola presentación de una demanda, si no se basa en hechos falsos, calumniosos o injuriosos, no da lugar a la indemnización del daño moral, ya que se fundamenta en el licito ejercicio del derecho de acceso a la justicia;[13] algo similar acontece con las denuncias que, si no se basan en hechos dolosamente falsos sólo se traducen en la "facultad que aquél tiene de acudir a las autoridades indagadoras";[14] en el mismo sentido, una nota periodística que se limita a ejercer lícitamente los derechos de opinión, crítica y expresión de las ideas no genera derecho a la indemnización del daño moral.[15]

Para que exista derecho a la indemnización del daño moral deben actualizarse los supuestos de la responsabilidad civil, o bien, el daño debe ser causado por un delito o por una actividad administrativa irregular del Estado. Estudiaremos en líneas adelante estas figuras.

5. *Personas que tienen derecho a la reparación del daño*

No sólo las personas físicas tienen derecho a la reparación del daño moral, sino también las personas morales, en caso de que se afecte la consideración que de ellas tienen los demás, así como los bienes del patrimonio moral compatibles con su naturaleza.[16]

[13] Véase el Registro Ius número 185208 del rubro "DAÑO MORAL. SU RECLAMACIÓN NO PUEDE SUSTENTARSE EN LA SIMPLE PRESENTACIÓN DE UNA DEMANDA, A NO SER QUE ÉSTA SE BASE EN HECHOS FALSOS, CALUMNIOSOS, INJURIOSOS O DE NATURALEZA SEMEJANTE".

[14] Véanse los Registro Ius número 186301 del rubro "DAÑO MORAL CON MOTIVO DE DENUNCIA DE HECHOS". y número 199294 del rubro "DAÑO MORAL. LA DENUNCIA DE HECHOS QUE PUDIERAN CONSTITUIR UN DELITO, FORMULADA ANTE EL MINISTERIO PUBLICO, NO IMPLICA UN DAÑO NI UN HECHO ILICITO PARA CONFIGURARLO".

[15] Véase el Registro Ius número 199883 del rubro "DAÑO MORAL, NO SE ESTA OBLIGADO A LA REPARACION DEL, CUANDO SE EJERCEN LOS DERECHOS DE OPINION, CRITICA Y EXPRESION DE LAS IDEAS A QUE ALUDE EL ARTICULO 6o. CONSTITUCIONAL".

[16] Véase el Registro Ius número 178767 del rubro "DAÑO MORAL. LAS PERSONAS MORALES ESTÁN LEGITIMADAS PARA DEMANDAR SU REPARACIÓN EN CASO QUE SE AFECTE LA CONSIDERACIÓN QUE TIENEN LOS DEMÁS RESPECTO DE ELLAS (ARTÍCULO 1916 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL)"; y Artículo 6º de la Ley de Responsabilidad Civil.

III. Responsabilidad civil

1. *Tipos de responsabilidad civil generadora de daño moral*

Existe responsabilidad civil cuando se causa un daño otro, por el incumplimiento de una obligación nacida de un contrato, o bien, por la violación al deber genérico de no dañar a otro;[17] al primer tipo de responsabilidad se le llama contractual y al segundo extracontractual.

A su vez, la responsabilidad civil extracontractual se divide en objetiva o subjetiva.[18] La responsabilidad subjetiva se funda en elementos psicológicos: intención de dañar (dolo) o el descuido o negligencia (culpa). En cambio, la responsabilidad objetiva no se funda en un elemento psicológico; basta que el daño se cause por el uso de mecanismos, instrumentos, aparatos, vehículos automotores o substancias peligrosas.[19]

Tanto la responsabilidad contractual (ya sea que el contrato tenga naturaleza civil o mercantil),[20] como extracontractual, en sus vertientes subjetiva y objetiva, dan lugar a la indemnización civil por daño moral.[21]

2. *Régimen especial del abuso del derecho*

Existe un régimen especial de la responsabilidad civil extracontractual, que da lugar a la reparación del daño moral: el abuso del derecho.

Para que proceda la reparación del daño moral, causado por el abuso del derecho, es necesario acreditar un elemento psicológico, que va más allá

[17] Veánse los Artículos 1830 y 1910 del CCDF. Si bien es lugar común que la responsabilidad civil extracontractual cuando existe un hecho ilícito, preferimos el término hecho generador, ya que el hecho ilícito sólo es propio e indiscutido respecto de la responsabilidad civil extracontractual subjetiva, pero no así respecto de la objetiva.

[18] Registro Ius número 2006178 del rubro "RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL. SUS DIFERENCIAS".

[19] Artículo 1913 CCDF.

[20] Véase el Registro Ius número 162895 del rubro "DAÑO MORAL. LA ACCIÓN COMPENSATORIA CORRESPONDIENTE ES DE CARÁCTER CIVIL, AUNQUE SU EJERCICIO SE RELACIONE CON EL CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO MERCANTIL".

[21] Artículo 1916, segundo párrafo, del CCDF y Registros Ius número 2006804 del rubro "DAÑO MORAL. SE GENERA CON INDEPENDENCIA DE QUE LA RESPONSABILIDAD SEA CONTRACTUAL O EXTRACONTRACTUAL". y número 205257 del rubro "RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA Y REPARACION POR DAÑO MORAL, NO SON ACCIONES CONTRADICTORIAS Y PUEDEN COEXISTIR VALIDAMENTE EN EL MISMO PROCEDIMIENTO".

del dolo o la culpa, a saber: que el derecho sólo se ejerció con el fin de causar un daño, sin utilidad para el titular.[22]

De forma similar, cuando se abusa de los derechos fundamentales de libertad de expresión e información, es necesario acreditar diversos elementos psicológicos que también más allá del dolo o la culpa:[23] como regla general, que el daño se causó con negligencia inexcusable, es decir una culpa grave o gravísima, no entender lo que todo el mundo entiende;[24] si se trata de servidores públicos hay que acreditar la malicia efectiva (es decir, que la información fue difundida a sabiendas de su falsedad, con total despreocupación sobre si era falsa y con el único propósito de dañar);[25] si se trata de figuras públicas, basta con que la información haya sido difundida a sabiendas de su falsedad. Este tipo de responsabilidad civil tiene un régimen especial: el previsto en la Ley de Responsabilidad Civil antes mencionada.

3. *Algunos casos de responsabilidad civil que involucran daño moral*

A continuación exponemos ejemplos de los distintos tipos de responsabilidad civil que dan lugar a la indemnización por daño moral:

a) Un caso de responsabilidad contractual que da lugar a la reparación del daño moral es la pareja de novios que contrata un servicio de banquetes para el día de su boda y no recibe el servicio sufriendo angustia, enojo y desprestigio.

b) Entre los casos de responsabilidad extracontractual subjetiva que da lugar a la reparación del daño moral, se encuentra el del niño que cae tres metros por el vacío que existe en el descanso de las escaleras de

[22] Artículo 1912 CCDF.

[23] Artículos 28, 29, 30, 31 y 32 de la Ley de Responsabilidad Civil.

[24] El Registro Ius número 2003634 del rubro "LIBERTAD DE EXPRESIÓN. INTERPRETACIÓN DE LA NEGLIGENCIA INEXCUSABLE DE LOS PERIODISTAS EN LA LEY DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA, EL HONOR Y LA PROPIA IMAGEN EN EL DISTRITO FEDERAL". se refiere a la negligencia inexcusable en los siguientes términos: "La falta de cuidado tiene que ser de tal magnitud que se considere inexcusable".

[25] La Corte ha entendido en forma diferente la malicia efectiva en el Registro Ius número 2003303 del rubro "LIBERTAD DE EXPRESIÓN. SUS LÍMITES A LA LUZ DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DUAL Y DEL ESTÁNDAR DE MALICIA EFECTIVA". "El estándar de 'real malicia' requiere, para la existencia de una condena por daño moral por la emisión de opiniones, ideas o juicios, que hayan sido expresados con la intención de dañar, para lo cual, la nota publicada y su contexto constituyen las pruebas idóneas para acreditar dicha intención".

un hotel, sin que éste haya puesto avisos del peligro. Al caer, sufre fracturas en su brazo, en la órbita de su ojo, queda inconsciente y sus vacaciones se convierten en una larga y dolorosa visita al hospital.

Por su importancia, hay que destacar como ejemplos de la responsabilidad extracontractual subjetiva los casos del *bullying* y el *mobbing*.

El *bullying* consiste en:

> diversas agresiones que incluso siendo en sí y por separado leves, terminen produciendo menoscabo a la integridad moral al ejecutarse de forma reiterada, sistemática y habitual, de tal suerte que impliquen alteraciones psicoemocionales que repercutan en los ámbitos social, afectivo y académico de un menor de edad.[26]

El *mobbing* o acoso laboral consiste en conductas con los siguientes rasgos:

> *i.* El objetivo de intimidar, opacar, aplanar, amedrentar o consumir emocional o intelectualmente al demandante, con miras a excluirlo de la organización o satisfacer la necesidad, por parte del hostigador, de agredir, controlar y destruir; *ii.* Que esa agresividad o el hostigamiento laboral ocurra, bien entre compañeros del ambiente del trabajo, o por parte de sus superiores jerárquicos; *iii.* Que esas conductas se hayan presentado sistemáticamente, es decir, a partir de una serie de actos o comportamientos hostiles, pues un acto aislado no puede constituir acoso; y *iv.* Que la dinámica en la conducta hostil se desarrolle según los hechos relevantes descritos en la demanda.[27]

c) Un caso de responsabilidad extracontractual objetiva es la persona que es atropellada por un camión estacionado sin conductor a consecuencia de una falla mecánica en el freno de mano. En este caso, el daño moral consiste en el dolor que acompaña a las lesiones.

d) Un caso de responsabilidad civil extracontractual que involucra el abuso de los derechos fundamentales de libertad de expresión e información es el de la periodista que insulta, con expresiones totalmente innecesarias para el ejercicio de la libertad de expresión, a una artista que es una figura pública.[28]

[26] Registro Ius número 2010341 del rubro "BULLYING ESCOLAR. ESTÁNDAR PARA ACREDITAR LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL DAÑO MORAL GENERADO EN UN MENOR".

[27] Registro Ius número 2006868 del rubro "ACOSO LABORAL (MOBBING). CARGA PROBATORIA CUANDO SE DEMANDA LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL EN LA VÍA CIVIL".

[28] Véanse los Artículos 14 y 7, fracción VII, de la Ley de Responsabilidad Civil, antes citada.

4. *Elementos de la acción de responsabilidad civil que da lugar a la indemnización del daño moral*

Para que la acción de responsabilidad civil de lugar a la indemnización de daño moral es necesario alegar (esto es, narrar en forma clara y precisa)[29] y probar[30] tres elementos, a saber: el hecho generador, el daño moral y la relación causal entre el hecho y el daño.[31]

a) Hecho generador: El actor debe alegar y probar la existencia de un hecho generador de responsabilidad civil en sus vertientes contractual o extracontractual.

Esto es, el actor debe alegar y probar alguno de los siguientes hechos: *i.* El incumplimiento de una obligación nacida de un contrato; *ii.* Un acto u omisión culposo o doloso; *iii.* El un uso de mecanismos, instrumentos, aparatos, vehículos automotores o substancias peligrosas; *iv.* El abuso de un derecho ejercido con el fin de causar un daño, sin utilidad para el titular; o *v.* El abuso de los derechos fundamentales de expresión o información realizados con algunos de los siguientes elementos subjetivos: negligencia inexcusable (por regla general), malicia efectiva (en el caso de que la víctima sea un servidor público), o a sabiendas de que la información difundida es falsa (en caso de que la víctima sea una figura pública).

b) Daño moral: El actor debe alegar y probar la afectación a alguno de los derechos de la personalidad. La Corte ha dividido el daño moral, como género en tres especies tomando como criterio el interés afectado: "*i.* Daño al honor, el cual afecta a una persona en su vida privada, honor o propia imagen; *ii.* Daños estéticos, que son los que afectan la configuración y los aspectos físicos de las personas; y *iii.* Daños a los sentimientos o a la parte afectiva del patrimonio moral, como se les ha denominado en la doctrina, y que hieren a un individuo en sus afectos".[32]

[29] Véase el Artículo 255, fracción V, del CPCDF.

[30] Véase el Artículo 281 del CPCDF.

[31] Véase los registros Ius número 167736 del rubro "DAÑO MORAL. PRESUPUESTOS NECESARIOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN RELATIVA (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL)"; Ius número 160425 del rubro "DAÑO MORAL. ES LA ALTERACIÓN PROFUNDA QUE SUFRE UNA PERSONA EN SUS SENTIMIENTOS, AFECTOS, CREENCIAS, DECORO, HONOR, REPUTACIÓN, VIDA PRIVADA, CONFIGURACIÓN Y ASPECTOS FÍSICOS, O BIEN, EN LA CONSIDERACIÓN QUE DE SÍ MISMA TIENEN LOS DEMÁS, PRODUCIDA POR HECHO ILÍCITO". y el artículo 36 de la Ley de Responsabilidad Civil.

[32] Véase el Registro Ius número 2006737 del rubro "DAÑO MORAL. SU CLASIFICACIÓN EN CUANTO AL CARÁCTER DEL INTERÉS AFECTADO".

El daño debe probarse de forma directa o indirecta:

> El daño moral puede acreditarse directamente a través de periciales en psicología u otros dictámenes periciales que puedan dar cuenta de su existencia. Asimismo, el daño puede acreditarse indirectamente, es decir, el juez puede inferir, a través de los hechos probados, el daño causado a las víctimas.[33]

c) Relación causal: Una relación de causalidad adecuada entre el acto generador de responsabilidad civil y el daño.[34] Al respecto, debe recordarse que el daño moral no sólo abarca daños presentes, sino también futuros; la relación causal puede establecerse respecto de ambos tipos de daños, pero en todo caso debe ser adecuada.

5. *Aspectos procesales de la acción*

La complejidad sustantiva de la figura estudiada se traduce en la dificultad de su planteamiento procesal, donde destacan los siguientes aspectos: importancia de la prueba presuncional, cuantificación del monto del daño moral, prescripción, costas, competencia y vía.

a) Importancia de la prueba presuncional. La prueba presuncional tiene gran importancia en la prueba de los elementos de la acción del daño moral, al menos en dos aspectos: para acreditar los elementos subjetivos del hecho generador del daño y para acreditar la existencia del daño moral; en estos caso debe probarse un hecho conocido para llegar a un hecho desconocido.[35]

En efecto, la prueba idónea para acreditar los elementos subjetivos del hecho generador del daño (como el dolo, culpa, malicia efectiva, negligencia inexcusable, etcétera) es la presuncional. Por ejemplo, puede acreditarse la intención de atropellar a una persona (hecho desconocido) de ciertos hechos conocidos, como que el impacto ocurrió en pleno día, en un camino recto, sin obstáculos visibles, existiendo una franca enemistad entre el conductor y la víctima, etcétera.

Por otra parte existen presunciones legales y humanas para probar la existencia del daño moral.

[33] Registro Ius número 2006803 del rubro "DAÑO MORAL. POR REGLA GENERAL DEBE PROBARSE YA SEA DE MANERA DIRECTA O INDIRECTA".

[34] Veáse el Artículo 2110 del CCDF.

[35] Véase el Artículo 379 del Código de Procedimientos Civil

Tres importantes presunciones legales de la existencia del daño moral se encuentran en la parte final el primer párrafo del Artículo 1916: *Se presumirá* que hubo *daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas*. En este sentido, la existencia de un lesión orgánica producida por una responsabilidad objetiva presume la existencia de dolor físico, es decir de daño moral.[36]

Por otra parte, una presunción humana de la existencia del daño moral, reconocida por la jurisprudencia, es la que se limita a los *bienes de éste que son de carácter intangible e inasible, y que ordinariamente mantienen su esencia en el fuero interno de las personas, como los sentimientos, la dignidad y la autoestima, en atención a que la prueba directa de su afectación es difícil o imposible de allegar, y sin embargo, resulta evidente o indiscutible que ciertos actos ilícitos menoscaban esos valores, como consecuencia natural u ordinaria, según lo enseñan las máximas de la experiencia y la aplicación de las reglas de la lógica, pues nadie duda de la perturbación que produce, normalmente, la muerte de un ser querido como los padres, los hijos o el cónyuge, ni la socavación de la autoestima por actos de mofa o ridiculización, como tampoco del menoscabo de la dignidad, con actos degradantes de cualquiera especie.*

En cambio por lo que hace a *los valores del patrimonio moral que no comparten en la misma medida las mencionadas cualidades de intangibilidad, inasibilidad o interioridad, sino que surgen y dependen de la interacción del sujeto con factores externos y de su relación con otras personas, como la fama o la reputación, respecto de los cuales la afectación no es resultado necesario, natural y ordinario del acto ilícito, pues para empezar no todas las personas los poseen, sino que pueden tenerse o no, y por otra parte, como se mueven dentro del mundo material, son susceptibles de prueba en mayor medida; por tanto, respecto de estos valores prevalece la carga de comprobar la existencia y magnitud del valor aducido, su afectación, y que el ilícito fue la causa eficiente de la merma del valor*[37]

[36] Registro Ius número 175977 del rubro "DAÑO MORAL. LO CONSTITUYE EL DOLOR FÍSICO PRODUCIDO POR UNA LESIÓN ORGÁNICA DERIVADA DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA, BASTANDO ACREDITAR LA EXISTENCIA DE AMBAS PARA QUE PROCEDA LA ACCIÓN DE REPARACIÓN".

[37] Véanse los Registro Ius número 163713 del rubro "TEORÍA DE LA PRUEBA OBJETIVA DEL DAÑO MORAL. SÓLO ES APLICABLE CUANDO EL DAÑO SE PRESUME"; Ius número 2006802 del rubro "DAÑO MORAL EN EL CASO DEL FALLECIMIENTO DE UN HIJO. SE PRESUME RESPECTO DE LOS PARIENTES MÁS CERCANOS"; y el Artículo 1916, parte final, del CCDF. del hecho generador del daño dic. CASOS QUE EJEMPLIFIQUEN ESTE ABUSO?

b) Cuantificación del monto de la indemnización del daño moral. La cuantificación del monto de la indemnización del daño moral se hace en sentencia con base en los siguientes elementos: *i. El tipo de derecho o interés lesionado; ii. El nivel de gravedad del daño; iii. Los gastos devengados o por devengar derivados del daño moral; iv. El grado de responsabilidad del responsable; y v. La capacidad económica de este último.*[38] La situación económica de la víctima puede tomarse en cuenta para la indemnización correspondiente a las consecuencias económicas del daño moral, pero no por lo que hace a las consecuencias extra patrimoniales.[39]

La reparación del daño moral, no sólo tiene un carácter indemnizatorio, sino también punitivo, lo cual puede llegar a impactar en el monto de la indemnización. En palabras de la Corte: *el carácter punitivo de la reparación del daño se deriva de una interpretación literal y teleológica del Artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal. Dicho Artículo dispone que en la determinación de la 'indemnización', se valoren, entre otras circunstancias, los derechos lesionados, el grado de responsabilidad y la situación económica de la responsable. De esta forma, el juez no debe solamente considerar en su condena aquellos aspectos necesarios para borrar, en la medida de lo posible, el daño sufrido por la víctima, sino que existen agravantes que deberán ponderarse en el quántum de la indemnización. Como se puede observar, este concepto no busca únicamente reparar el daño en los afectos de la víctima, sino que permite valorar el grado de responsabilidad de quien causó el daño.*

En algunos casos, los límites al monto de la indemnización han sido declarados inconvencionales por violación al derecho a la justa indemnización.[40]

c) Prescripción. La prescripción del daño moral es de dos años en términos del Artículo 1934 del Código Civil y 38 de la Ley de Responsabilidad Civil.

[38] Véase Registro, Ius número 2011534 del rubro "REPARACIÓN DEL DAÑO EN MATERIA PENAL. PARÁMETROS PARA LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERA)".

[39] Véase Registro Ius número 2010425 del rubro "INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL. LA CONDICIÓN ECONÓMICA DE LAS VÍCTIMAS NO DEBE TOMARSE EN CUENTA PARA DETERMINAR LA INDEMNIZACIÓN POR CONSECUENCIAS EXTRAPATRIMONIALES DEL DAÑO MORAL (INTERPRETACIÓN CONFORME DEL ARTÍCULO 7.159 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE MÉXICO)".

[40] Registro Ius número 2006959 del rubro "DAÑOS PUNITIVOS. ENCUENTRAN SU FUNDAMENTACIÓN LEGAL EN EL ARTÍCULO 1916 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL"; e Ius número 2011513 del rubro "RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO DE JALISCO Y SUS MUNICIPIOS. EL ARTÍCULO 11, FRACCIÓN II, DE LA LEY RELATIVA, QUE ESTABLECE UN MONTO MÁXIMO COMO LÍMITE AL QUE DEBERÁ SUJETARSE LA INDEMNIZACIÓN POR EL DAÑO MORAL QUE OCASIONE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA IRREGULAR, ES INCONSTITUCIONAL E INCONVENCIONAL, AL RESTRINGIR ARBITRARIAMENTE EL DERECHO DEL PARTICULAR A RECIBIR UNA INDEMNIZACIÓN JUSTA".

Al respecto, es importante destacar que la jurisprudencia ha precisado cuando empieza a correr el plazo en algunos casos discutidos: respecto de las publicaciones realizadas en internet, el plazo corre a partir de su publicación;[41] en el caso de publicaciones periódicas, el plazo se inicia a partir de su término de vigencia, es decir: el último día del mes o de la semana en que aparecieron.[42] En el caso del contagio del VIH, el plazo se cuenta a partir de que la víctima se entera de que se le causó esa afectación.[43]

d) Competencia y vía. La acción de responsabilidad civil que involucra daño moral es de carácter personal.[44] En consecuencia, el juez competente es el del domicilio del demandado.[45] Hasta en tanto se dicte sentencia condenatoria el asunto es de cuantía indeterminada; en consecuencia, los juzgados de lo civil, y no los jueces orales civiles, son competentes para conocer este tipo de asuntos.[46] La vía procedente es el juicio ordinario civil.[47]

d) Costas del daño moral. En el daño moral, el asunto es de cuantía indeterminada hasta en tanto el juez fije mediante sentencia el monto de la indemnización;[48] en este momento, el asunto pasa a ser de cuantía determinada.[49] De otra forma, es decir si la sentencia es absolutoria el juicio siendo de cuantía indeterminada.[50] Lo anterior tiene trascendencia en el tema de

[41] Registro Ius número 2001285 del rubro "DAÑO MORAL. PLAZO PARA LA PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES EJERCIDAS PARA EXIGIR RESPONSABILIDAD POR PUBLICACIONES REALIZADAS EN LA INTERNET (LEY DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA, EL HONOR Y LA PROPIA IMAGEN EN EL DISTRITO FEDERAL)".

[42] Registro Ius número 161106 del rubro "DAÑO MORAL DERIVADO DE PUBLICACIONES PERIÓDICAS, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DEL. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1934 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL".

[43] Registro Ius número 205202 del rubro "DAÑO MORAL. PRESCRIPCION PARA EJERCITAR LA ACCION DE INDEMNIZACION POR CONTAGIO DEL VIRUS DE INMUNODEFICIENCIA HUMANA (VIH O HIV O SIDA)".

[44] Véase el *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*, Artículo 25.

[45] *Ibidem*, Artículo 156, fracción IV.

[46] *Ibidem*, Artículo 50, fracción VIII.

[47] *Ibidem*, Artículo 255.

[48] Véanse los Registro Ius número 2000760 del rubro "DAÑO MORAL. EL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN PROVENIENTE DEL ACTO O HECHO ILÍCITO QUE DA ORIGEN A AQUÉL, SÓLO SE DECLARA EN LA SENTENCIA DEFINITIVA"; e Ius número 167941 del rubro "DAÑO MORAL. LA CUANTÍA DE LA INDEMNIZACIÓN DEBE DETERMINARSE POR EL JUEZ, INDEPENDIENTEMENTE DE LA CANTIDAD PEDIDA EN LA DEMANDA".

[49] Véase el Registro Ius número 2011513 del rubro "RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO DE JALISCO Y SUS MUNICIPIOS. EL ARTÍCULO 11, FRACCIÓN II, DE LA LEY RELATIVA, QUE ESTABLECE UN MONTO MÁXIMO COMO LÍMITE AL QUE DEBERÁ SUJETARSE LA INDEMNIZACIÓN POR EL DAÑO MORAL QUE OCASIONE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA IRREGULAR, ES INCONSTITUCIONAL E INCONVENCIONAL, AL RESTRINGIR ARBITRARIAMENTE EL DERECHO DEL PARTICULAR A RECIBIR UNA INDEMNIZACIÓN JUSTA"; e Ius número 163838 del rubro "CUANTÍA DEL JUICIO. ES INDETERMINADA EN LA RECLAMACIÓN POR DAÑO MORAL MIENTRAS EL JUEZ NO FIJE SU INDEMNIZACIÓN".

[50] Véase el Registro Ius número 171493 del rubro "CUANTÍA DEL JUICIO. ES INDETERMINADA EN LA RECLAMACIÓN POR DAÑO MORAL, SI LA SENTENCIA ES ABSOLUTORIA".

pago de gastos y costas, ya que sólo cuando existe condena a una cantidad líquida pueden cuantificarse las costas conforme al Artículo 128 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, es decir conforme a un porcentaje del monto del negocio; en caso contrario, las costas se cuantifican de acuerdo con el Artículo 129 de dicho ordenamiento, es decir, de acuerdo con un arancel.

IV. Delitos

Es importante destacar que en 2006, con la entrada en vigor de la Ley de Responsabilidad Civil antes mencionada (véase el tránsitorio tercero del Decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 19 de mayo de 2006), se derogaron los delitos contra el honor y las conductas típicas que constituían la difamación y calumnia pasaron a ser ilícitos civiles que dan lugar a la indemnización del daño.

Aclarado lo anterior, podemos decir que si la acción u omisión encuadra exactamente en un delito tipificado por la ley se generan diversos tipos de pena, entre las que se encuentra la sanción pecuniaria.[51] Ésta comprende la reparación del daño y alcanza el "daño moral sufrido por la víctima o las personas con derecho a la reparación, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud psíquica y física de la víctima".

Por ejemplo, las víctimas y ofendidos de los delitos de lesiones, homicidios, daño en propiedad ajena, etc. que resientan daños morales además de daños materiales tienen derecho a la reparación del daño moral conforme a los tiempos y formas que establece el CNPP.

En efecto, la víctima y el ofendido por el delito tienen derecho a esta reparación y puede solicitarla al órgano jurisdiccional, con independencia de que el ministerio público la solicite.[52] En todo caso, la víctima u ofendido tienen derecho a recurrir la resoluciones que versen sobre la reparación del daño.[53]

Durante la investigación, el Ministerio público tiene el deber de recabar las pruebas para determinar el daño y tiene la obligación de solicitar al juez su reparación.[54]

[51] Véase el Artículo 1°, 30, fracción V, 37 y 42, fracción III del CPDF

[52] Véase *Código Nacional de Procedimientos Penales*, Artículos 109, fracción XXIV y XV, 338, fracción IV.

[53] *Ibídem*, Artículo 459, fracción I.

[54] *Ibídem*, Artículo 131, fracciones V y XXII, 213 y 335, fracción VIII.

El juez puede decretar medidas provisionales para garantizar dicha reparación y en la sentencia debe fijar su monto.[55] En caso de que la prueba no permita con certeza determinar el monto, la liquidación se realiza vía incidental en la ejecución de sentencia.[56]

En los casos en que proceda la acción penal por particulares, es posible solicitar y obtener la reparación del daño.[57]

La prescripción del delito extingue también las penas.[58] En consecuencia, la prescripción del delito extingue la el derecho a la indemnización del daño moral.

V. Actividad Administrativa Irregular

Los daños morales causados por entes públicos de la Ciudad de México se rigen por Ley de Responsabilidad Patrimonial del Distrito Federal, en adelante Ley de Responsabilidad Patrimonial.

En este caso, la parte interesada tiene derecho a la reparación del daño moral cuando existe actividad administrativa irregular de los entes públicos de la Ciudad de México que es causa del daño.[59]

Se entiende por actividad administrativa irregular *aquella que cause daño a los bienes y derechos de los particulares, siempre que se sea consecuencia del funcionamiento irregular de la actividad o servicios públicos, que no se haya cumplido con los estándares promedio de funcionamiento de la actividad o servicio público de que se trate y que exista la relación causa efecto entre el daño ocasionado y la acción administrativa irregular imputable a los entes públicos*.[60]

La indemnización debe pagarse en moneda nacional, pero el pago puede convenirse en especie e incluso en parcialidades cuando no afecte el interés público. El monto de la indemnización se calcula de acuerdo con lo dispuesto por el CCDF, tomando en consideración la magnitud de los daños, pero no debe exceder del equivalente a 10,000 veces la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México vigente, por cada reclamante afectado.[61]

[55] *Ibídem*, Artículos 138 y 206, 401, 403 y 406.

[56] *Ibídem*, Artículo 406, párrafo V.

[57] *Ibídem*, Artículo 430, fracción II.

[58] Artículos 105, CPDF.

[59] *Ley de Responsabilidad Patrimonial,* Artículos 1, 3, y 5.

[60] *Ibídem*, Artículo 3, fracción I.

[61] *Ibídem*, Artículos 13 y 16.

La reclamación puede presentarse ante el órgano público presuntamente responsable o ante la Contraria General.[62] En caso de que se dicte resolución que niegue la indemnización o que el monto no satisfaga al interesado, éste podrá impugnarla mediante el recurso de inconformidad en vía administrativa o mediante el juicio de nulidad ante el Tribunal Contencioso Administrativo.[63] El procedimiento se rige por Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal, Código Fiscal en la vía administrativa y Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la vía jurisdiccional. El ordenamiento supletorio respecto al ofrecimiento, desahogo y valoración de pruebas en el CPCDF.[64]

El derecho a reclamar la indemnización prescribe en un año computado "*a partir del día siguiente a aquel en que se hubiera producido la lesión patrimonial o a partir del momento que hubiesen cesado sus efectos lesivos, si fuesen de carácter continuo. Cuando existan daños de carácter fisico o psíquico a las personas, el plazo de prescripción empezará a correr desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas*".[65]

VI. A manera de resumen

El desarrollo legislativo y jurisprudencial del daño moral abarca los ámbitos civil, penal y administrativo y engloba diversos aspectos. A nuestro juicio, entre los principales aspectos de dicho desarrollo destacan los siguientes:

- No todo daño moral genera un derecho a su indemnización.
- Para que surja este derecho es necesario que el daño moral sea consecuencia de un hecho generador de responsabilidad civil, de un delito o de una actividad administrativa irregular.
- Los diversos aspectos sustantivos y procesales que abarca la ley y la jurisprudencia requieren que el planteamiento de una acción de daño moral exitosa preste atención a diversos aspectos entre los que destacan, por su complejidad y dificultad, los siguientes: *i.* Encuadrar correctamente el tipo de figura civil, penal o administrativo aplicable; *ii.* La importancia de la presuncional en la prueba de los elementos de la acción; *iii.* Los aspectos para que deben tomarse en cuenta en la cuantificación del daño moral; *iv.* El términos para la prescripción de la acción civil; y *v.* Las particularidades de cada procedimiento para reclamar el daño moral.

[62] *Ibídem*, Artículo 23.
[63] *Ibídem*, Artículo 30.
[64] *Ibídem*, Artículo 25.
[65] *Ibídem*, Artículo 32.

LAS CONSTITUCIONES DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE PUEBLA, DE CARA AL DESARROLLO CONSTITUCIONAL DEL ESTADO MEXICANO (1825-1917)

Juan Pablo Salazar Andreu*

Sumario: Introducción. La Constitución Política de Puebla de 1825 y sus reformas. Las reformas de 1831. La Constitución Política de Puebla de 1861 y sus reformas en 1870, 1880, 1883, 1892 y 1894. Constitución Política de Puebla, 1917. Abreviaturas. Fuentes.

Introducción

Tras el movimiento insurgente que se presentó de 1810 a 1821, el enfrentamiento entre los bandos liberal (que apoyaba el federalismo y fue avalado por Estados Unidos) y conservador (que buscaba establecer también la república, pero centralista); así como la fuerte influencia de las logias masónicas yorkinas y escocesas, se dieron como resultado batallas militares y legislativas, a nivel Federal y local, en las que la instrumentación de Constituciones reflejó los ideales y ambiciones políticas.

Puebla, en la primera década del siglo XIX y mediante diversas reformas y congresos constituyentes, permitió que el ideario político en turno fuera impuesto; esto pese a los intentos de invasión de Estados Unidos y Francia, principalmente.

* 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 y Miembro del Comité editorial de la Revista *Archivum* de la Junta de Historia Eclesiástica Argentina.

Es necesario señalar que el presente artículo atiende de manera preponderante los textos constitucionales de inspiración federalista que tuvieron vigencia en el territorio de Puebla, desde el inicio del México independiente: la Constitución de 1825, con sus reformas en 1831; la Constitución de 1861, reformada en 1862 y 1870, modificada en 1880, en 1883 y 1894. Finalmente se elabora la constitución de 1917 con sus enmiendas.

Otro punto que es digno de resaltarse, es que diversos autores han abordado el tema de las Constituciones de Puebla, pero presentando divergencias en sus conclusiones; ejemplos de ello son:

- En *Relación histórica del Congreso del Estado de Puebla*, Ramón Sánchez Flores enumera la Constitución de 1825, la Constitución de 1861, la Constitución de 1892 y la Constitución de 1917.[1]
- Rodolfo Archundia de la Rosa señala la Constitución de 1825, la Constitución de 1861 y la Constitución de 1917.[2]
- Ricardo Morales y Diego Flic identifican las Constituciones de 1825, 1861, 1880, 1892, 1917 y 1982.[3]
- Margarita de la Villa de Helguera considera como Constituciones los textos de 1825, 1861, 1880, 1894 y 1917.[4]
- Fernando García Rosas destacó las Constituciones de 1825, 1861 y la Constitución de 1917.[5]
- Raymundo García cita los textos constitucionales de 1825 y 1861, con sus reformas de 1880, 1883 y 1892.[6]

Por lo anterior, resulta imperativo brindar un poco de luz sobre las contradicciones y discordancias entre las aportaciones de estos autores; objetivo principal del presente artículo.

[1] Sánchez Flores, Ramón, *Relación Histórica del Congreso del Estado de Puebla 1810-2003*, pp. 88 a 210.

[2] Archundia, Rodolfo, "La autonomía del poder judicial del Estado de Puebla", en *Derecho Constitucional Estatal*, pp. 298-299.

[3] Morales Carrasco, Ricardo y Flic, Diego, "Puebla", en *Historia constitucional de las entidades federativas*, pp. 688 a 692.

[4] De la Villa, Margarita, *Constituciones vigentes en la República Mexicana*, p. 1129.

[5] García Rosas, Fernando, *Historia del Congreso del Estado de Puebla*, p. 9332.

[6] García García, Raymundo, *La Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Puebla*, p. 910.

La Constitución Política de Puebla de 1825 y sus reformas

Al término del efímero imperio de Iturbide, en 1823, en la capital del país surgiría la disyuntiva respecto del tipo de gobierno y de Estado que reemplazaría al ideario monarquista. El Obispo Antonio Joaquín Pérez Martínez, indiscutible líder, ex diputado y ex presidente de las Cortes de Cádiz y España y miembro distinguido del iturbidismo; y el presbítero Miguel Ramos Arizpe, también ex diputado de las cortes de Cádiz e indiscutible forjador del liberalismo y federalismo mexicano, canónigo de la Catedral angelopolitana, tuvieron una participación preponderante en la transmutación del sistema.

La noticia del triunfo de las ideas federalistas, no fue bien recibida en Puebla por el jefe superior político, el intendente, el Ayuntamiento y, desde luego, por la diputación provincial. Autoridades criollas que en el pasado avalaron el Plan de Casamata y tuvieron una actuación decisiva en la caída del Imperio fueron reprimidas mediante la violencia, ya que desde la Ciudad de México se envió un ejército encabezado por Manuel Gómez Pedraza, quien no sólo calmó a los inconformes, sino que se convirtió en el primer gobernador de Puebla.[7]

La consolidación del régimen federal en 1824, trajo consigo la primera Constitución Mexicana. El Estado de Puebla se sumó al nuevo proyecto político y jurídico, expidiendo posteriormente, en 1825, su propia Constitución. En ella participaron algunos ex integrantes de la otrora diputación provincial, pero los adversarios del federalismo buscaron debilitarla.[8]

El 1 de enero de 1825, el primer congreso de los Estados Unidos Mexicanos comenzó sus trabajos. Los estados de Puebla y México tuvieron el mayor número de diputados en relación con otras entidades federativas. El 3 de enero de 1825, José María Calderón fue nombrado gobernador interino del estado, reemplazando a Manuel Gómez Pedraza.[9]

En diciembre de 1825, la primera Constitución política poblana fue jurada y publicada, contemplando que cualquier modificación a su texto debería realizarse hasta el año de 1831. Dicha Constitución, al igual que la Federal de 1824, encontraron inspiración en la Constitución de Cádiz, convirtiendo "sencillamente en estados" las diputaciones provinciales establecidas en el texto gaditano.[10]

[7] *Vid* mi trabajo sobre la "Génesis y Evolución del Gobernador en Puebla", que será publicado en las *Memorias del XVI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*.

[8] González Oropeza, Manuel, *La constitución Federal de 1857 y sus reformas*, p. 3.

[9] Lomelí Vanegas, Leonardo, *Breve historia de Puebla*, p. 164.

[10] Rodríguez, Jaime E., *La independencia de la América Española*, p. 366.

Las reformas de 1831

En 1824, un nuevo Congreso estableció el Acta Constitutiva de la Federación, instituyendo el sistema federal e iniciando el debate para la Constitución que regiría al país. En Puebla, la Junta quedó integrada por los generales José Antonio Echávarri y José María Calderón, el intendente José M. Morón y otros personajes que se autonombraron Congreso del Estado Libre y Soberano de Puebla de los Ángeles, quienes formaron un gobierno autónomo y un "cuerpo legislativo". Además, provocaron al nuevo gobierno nacional, que respondió enviando al general Manuel Gómez Pedraza y a Vicente Guerrero; el primero como jefe político y militar y Gobernador del Estado. Posteriormente, de acuerdo con la convocatoria nacional, se emitió el bando solemne para la conformación de una nueva legislatura "legítima" que sería la encargada de redactar la primera Constitución poblana en 1825.[11]

El primer Congreso Constitucional fue operado por el general Gómez Pedraza y se instaló solemnemente el 19 de marzo de 1824. Muchos de sus miembros fueron elegidos para las representaciones en las Cámaras del Congreso de la Unión y otros ocho habían sido nombrados diplomáticos o jefes del Estado. El Congreso Constituyente del Estado de Puebla estaba integrado por:[12] *Antonio María de la Rosa, Diputado Presidente; Antonio Díaz, Diputado Vice-Presidente; Antonio Manuel Montoya, Rafael Francisco Santander, Apolinario Zacarías, Carlos García, Félix Necoechea, Antonio José Montoya, Mariano Garnelo, Rafael Adorno, Patricio Furlong, Joaquín José Rosales, Joaquín de Haro y Tamariz, José María Oller, Diputado Secretario; Manuel de los Ríos y Castropol, Diputado Secretario.*

Puebla se convertía entonces en uno de los primeros estados de la Federación en darse una Constitución propia, lo que animaba a los demás a seguir su ejemplo. Sin embargo, la entidad se caracterizó por su inestabilidad política, debido a la intranquilidad presente en el país como consecuencia de la tensión entre centralistas y federalistas, así como por el desequilibrio económico debido a la fuga de capitales, tras la expulsión de los peninsulares.

[11] Sánchez Flores, Ramón, *Relación histórica del Congreso del Estado de Puebla 1810-2003*, p. 90.

[12] Constitución Política del Estado Libre de Puebla, sancionada por su Congreso Constituyente en 7 de diciembre de 1825.

Debido a que la Constitución Federal de 1824 estableció que su texto no podía revisarse antes del año 1830,[13] los legisladores poblanos también plasmaron, en el Artículo 180 de la Constitución estatal de 1825, que "hasta el año 1831, no podrá variarse ningún artículo de esta Constitución; aunque antes de aquella época serán admisibles a discusión, las proposiciones que se hicieren al efecto",[14] de lo cual se advierte que las propuestas de reformas se realizarían hasta 1831.

El 4 de diciembre de 1829, el ejército bajo las órdenes de Anastasio Bustamante se pronunció por el restablecimiento de la Constitución, teniendo como verdadero objetivo el derrocamiento del recién nombrado presidente Vicente Guerrero, quien, por cierto, decretó la expulsión de los españoles, además de satisfacer las ambiciones de Bustamante (que buscaba la silla presidencial para él mismo). El pronunciamiento en análisis fue apoyado por numerosos poblanos sumamente disgustados por los actos de gobierno de Guerrero. Los primeros en adherirse fueron el Congreso y la comandancia militar. El 13 de diciembre de 1829, entró a Puebla el General Bustamante junto con sus tropas. Entonces el Congreso disolvió la milicia cívica y destituyó al gobernador Patricio Furlong. En su lugar nombró al coronel Juan José Andrade.

Ya en enero de 1830, Bustamante, que no simpatizaba con el sistema federal, tuvo en su mira la Constitución Federal de 1824.[15]

El segundo Congreso Constitucional de Puebla se instaló el 2 de mayo de 1830, pero la resistencia del Gobernador depuesto, Cosme Furlong, y de otros constitucionalistas obligó a que dicho Congreso decayera.

La legislatura poblana instaló el Tercer Congreso Constitucional, en enero de 1831. Éste se encargó de las reformas a la Constitución de 1825. El diputado presidente, don José Cayetano Gallo y José María Marín, diputado vicepresidente, convocaron a la Comisión reformadora y a la diputación, constituida por legisladores diferentes a quienes habían conformado el Primer Congreso Constituyente.

[13] Cruz Barney, Oscar, *Historia del Derecho en México*, p. 649.

[14] Constitución Política del Estado Libre de Puebla, sancionada por su Congreso Constituyente en 7 de diciembre de 1825, pp. 51-52.

[15] Sánchez Flores, Ramón, *Relación Histórica del Congreso del Estado de Puebla*, pp. 93-94.

Primer Congreso Constitucional Puebla (11 de diciembre de 1825)	**Tercer Congreso Constitucional Puebla** (25 de mayo de 1831)
Propietarios: 1. Dr. José María Oller, cura de Tlacotepec. 2. Pbro. Antonio María de la Rosa. 3. Antonio Montoya y Yurami. 4. Lic. José María Quintero. 5. Antonio Díaz Guzmán. 6. Corl. Joaquín Haro Tamariz. 7. Lic. José M. Zambrano y Vicinay, cura de Chapulco. 8. Lic. Felix Quio Tecuanhuey. 9. Lic. Antonio González Cruz, cura de Tianguismanalco. 10. Lic. José M. Crespo. 11. Cap. Aniceto Benavides. 12. Rafael Santander. 13. Pbro. Marcelino Ezeta. 14. Corl. Patricio Furlong. *Suplentes*: 1. Pbro. Mariano Serrano. 2. José Antonio Palacios. 3. Manuel M.Vargas. 4. Mariano Salgado. 5. Cap. Francisco Meza. 6. Lic. Juan N. Mora. 7. José Juan Llufriú.	*Presidente*: Don José Cayetano Gallo. *Vicepresidente*: José María Marín. *Comisión reformadora*: 1. José Vidal de Villamil. 2. José Joaquín Ramírez. 3. Marcelino de Ezeta. 4. Juan González Cabofranco. 5. José Manuel Ruíz y Sotomayor. 6. José Antonio Sánchez y Angón. 7. Manuel Espejo y Castropol. 8. Antonio Montoya. 9. Elberto Herrero. 10. José María Borbolla. 11. Juan José Paz. *Diputados Secretarios*: 1. Manuel Ignacio Loaiza. 2. Mariano Cal.

Los Artículos que se reformaron de la Constitución de 1825, fueron un total de 26, a saber: 5, 23, 44, 51, 52, 53, 58, 61, 62, 63, 77, 90, 91, 113, 124, 148, 150, 156, 162 y 163. También se incluyó, entre el Artículo 160 y 161, tres Artículos más; las facultades primera y quinta del 162, y se intercaló una entre la cuarta y quinta; y se derogaron los Artículos 45, 151, 154 y 155, así como la facultad tercera del 159; que en su mayor parte hacen referencia a cuestiones administrativas.

La reforma del Artículo 1, que modifica el 25, es sumamente llamativa:

> No serán ciudadanos del Estado, ni podrán residir en él, los naturales o vecinos de la República (exceptuándose los hijos de familia), que desde el año de 1821 emigraron a puntos dominados por el Gobierno español, mientras la España no reconozca la independencia.

Dicha reforma se presentó como consecuencia del movimiento de Independencia, que provocó la expulsión de los españoles, decretada por el Presidente Vicente Guerrero.

Cabe destacar la actuación del Obispo Antonio Joaquín Pérez Martínez, cuya inteligencia, influencia y sagacidad es observable en muchas de las decisiones políticas que se tomaron en el Estado de Puebla. Su amplia trayectoria como canónigo, las tablas políticas que le dieron el haber presidido las Cortes de Cádiz[16] y el papel preponderante que tuvo en el, ya de por sí selecto, grupo de los "persas" se vieron reflejadas en el devenir histórico de Puebla.

La Constitución Política de Puebla de 1861 y sus reformas en 1870, 1880, 1883, 1892 y 1894

La Constitución Federal de 1857 estuvo impregnada, de acuerdo con González Oropeza, del espíritu de la norma fundamental norteamericana.[17] Derivada de la primera, la poblana de 1861 reemplazaría al texto constitucional de 1825, que se reformó seis años después, consolidando el triunfo de los yorkinos en territorio poblano.

En 1857, el gobernador Miguel Cástulo Alatriste buscó afianzar la legitimidad de la nueva Constitución Federal en Puebla, frente al rechazo que presentaban diversos grupos sociales. Como parte de sus acciones, expulsó al gobernador de la mitra angelopolitana, José Antonio Reyero y enajenó bienes pertenecientes a la orden de los dominicos. Con todo ello provocó el disgusto y la indignación de la sociedad poblana de la época.[18]

En la capital del país, Ignacio Comonfort desconoció la Constitución de 1857, provocando un conflicto que desembocaría en el encarcelamiento de Benito Juárez. Mientras tanto, en la ciudad de Puebla, el gobernador Alatriste enfrentó a la oposición conservadora. Desde enero de 1861 buscó reorganizar el gobierno, aplicar las Leyes de Reforma y convocar a un Congreso que expidiera la nueva constitución poblana, con una fuerte influencia de la ideología yorkina.[19] Alatriste ejerció una política antieclesiástica, procediendo a la exclaustración de religiosos de los conventos angelopolitanos, en febrero de 1861; así como a la demolición de inmuebles de su propiedad.

[16] Lomelí Vanegas, Leonardo, *op. cit.*, p. 139.
[17] González Oropeza, Manuel, *op. cit.*, p. 8.
[18] Lomelí Vanegas, Leonardo, *op. cit.*, p. 211.
[19] *Ibid.*, p. 215.

Dichas exclaustraciones fueron acompañadas con la desamortización de bienes del clero secular y regular. Aun así, los insurrectos continuaban dando batalla en el interior del estado.[20]

El 19 de septiembre de 1861, los constituyentes poblanos obligaron a renunciar al gobernador Alatriste, logrando que el mismo mes, el recién nombrado gobernador, Francisco Ibarra Ramos, promulgase la nueva constitución.

Las legislaturas comprendidas entre 1861 y 1870, no constituían en rigor un Congreso, ya que sus integrantes formaron una asamblea que representaba a una parte de los distritos, aparte de que los diputados no eran designados por voto directo, sino por el capricho del grupo de poder en turno.[21]

Puebla se convirtió en un campo de batalla ideológico y violento entre liberales y conservadores; así como entre los propios liberales, debido a su búsqueda por encumbrar a sus incondicionales en los más importantes cargos públicos, especialmente en la gubernatura.

Concordamos con González Oropeza cuando afirma:

> Como puede apreciarse, los dos promotores más grandes de reformas en el texto constitucional de 1857 fueron Juárez y Porfirio Díaz. Los procedimientos y los objetivos de las reformas fueron distintos. A Juárez le preocuparon las alcabalas y la división territorial del Estado mexicano. A Díaz, en cambio, la concentración del poder en el ejecutivo federal fue su tónica, así como la reelección y sustitución presidenciales.[22]

Debe añadirse la presión que Juárez ejerció en Puebla, sin importar los medios empleados, con la finalidad de que sus incondicionales conservasen los cargos públicos. Por su parte, con similar método y vía las reformas constitucionales, Díaz procuró apoyarse en un ejecutivo estatal fuerte. No se debe olvidar tampoco el periodo de influencia de Lerdo, quien también realizó maniobras políticas por medio de su gran amigo Romero Vargas, para consolidar su influencia en territorio poblano.[23]

[20] *Ibid.*, pp. 216 a 220.
[21] Sánchez Flores, Ramón, *op. cit.*, p. 139.
[22] González Oropeza, Manuel, *op. cit.*, p. 7.
[23] *Vid* mi trabajo sobre el Senado poblano.

Las reformas y adiciones del año 1870

El decreto número 125 del Tercer Congreso Constitucional del Estado de Puebla, que reformó la Constitución Política del Estado, en 1861, parecería lejano e intrascendente en la actualidad; sin embargo, el referido decreto incorporó, en su momento, una serie de innovaciones relevantes a la norma fundamental de la entidad federativa.

Los antecedentes del decreto fueron la invasión de Francia y la caída del Segundo Imperio Mexicano de Maximiliano de Habsburgo; así como que "el día 25 de junio de 1867 entró Juárez a México, y el 14 de agosto expidió la ansiada convocatoria para... elegir diputados, miembros de la Suprema Corte y presidente".[24] En Puebla, el gobernador interino y comandante militar, Juan N. Méndez, suprimió algunos Artículos de dicha convocatoria, por lo que "el gobierno provisional de la nación... el 19 de septiembre de 1867, revocó el nombramiento del general Méndez como gobernador interino y comandante militar de Puebla, designando para sustituirlo a Rafael J. García",[25] quien tomó posesión de su cargo el día 26 del mes y año en cita y publicó la convocatoria con antelación.

Juan N. Méndez fue quien obtuvo la mayoría de votos como candidato a gobernador del Estado de Puebla en dichas elecciones, pero su triunfo electoral no fue ratificado por los diputados que constituían el Congreso del Estado. Ese cuerpo colegiado declaró como gobernador al también candidato Rafael J. García, argumentando que las elecciones habían sido irregulares y carentes de legitimidad. Como consecuencia de lo anterior, se suscitó una serie de revueltas en el norte y sur del Estado, por lo que Rafael J. García tuvo que renunciar a su cargo, tras convocar a elecciones extraordinarias, que se verificaron el día 30 de mayo. En éstas:

> Cuatro fueron los candidatos que participaron Fernando Ortega, ex gobernador; Ignacio Romero Vargas, amigo de Sebastián Lerdo de Tejada; Ibarra y Santiago Vicario... el segundo de ellos resultó ganador de la contienda electoral con cerca de 60,000 votos, por lo que el Congreso declaró gobernador constitucional del Estado de Puebla a Ignacio Romero Vargas en la sesión pública ordinaria del día 22 de junio del año 1869.[26]

[24] Contreras Cruz, Carlos, *et al.*, (comps.), *Puebla, textos de su historia*, p. 13 y 20.
[25] *Ibid.*, p. 14.
[26] *Ibid.*, p. 30.

Bajo la administración del gobernador Romero Vargas, concretamente "el 16 de septiembre de 1869, fue inaugurado uno de los símbolos de progreso en Puebla: el ferrocarril Mexicano de la ciudad de México a Puebla".[27]

> Siendo ya, Romero Vargas, gobernador del Estado de Puebla, el 18 de noviembre de 1870, los diputados al Congreso del Estado de Puebla, Ignacio Gómez Gil, Esteban Lamadrid y Joaquín García Villalba, presentaron una iniciativa al propio Congreso, para reformar y adicionar la constitución Política del Estado de Puebla expedida el 14 de septiembre de 1861, misma que los legisladores en cita consideraban necesaria para contribuir a una mejor administración de los negocios públicos…[28]

En la exposición de motivos de la iniciativa de reformas que se aborda, se advierte que los legisladores manejaron cuatro ejes torales que sustentarían las reformas a la Constitución Política del Estado de Puebla, expedida el 14 de septiembre de 1861, a saber:

1. División del Poder Legislativo en dos cámaras, la del Senado y la de representantes o diputados.
2. Aumento del número de diputados, a razón de uno por cada treinta mil habitantes.
3. Requerimiento de dos tercios de votos de los diputados y senadores para insistir en una publicación, cuando el gobierno haga observaciones a alguna ley antes de que se publique.
4. Reducción del número de secretarías y se proceda a nueva división territorial.[29]

Ramón Sánchez Flores[30] y Manuel González Oropeza,[31] con relación a los ejes de la iniciativa de reformas constitucionales, afirman y coinciden en que los autores de la iniciativa aseveraban que las reformas en comento eran la única defensa posible contra los arranques de una asamblea política apasionada o poco reflexiva, así como también respecto de las influencias perniciosas de los gobiernos.

La iniciativa de reformas fue objeto de algunas deliberaciones en la Comisión de Puntos Constitucionales del Tercer Congreso Constitucional del Estado de Puebla. El 10 de diciembre de 1870, el órgano legislativo aprobó,

[27] Sánchez Flores, Ramón, *op. cit.*, p. 145.
[28] González Oropeza, Manuel, *op. cit.*, p. XLV.
[29] Sánchez Flores, Ramón, *op. cit.*, p. 151.
[30] *Id.*
[31] González Oropeza, Manuel, *op. cit.*, pp. XLV y XLVI.

con algunas modificaciones, el decreto número 125, por el cual se reformaron y adicionaron diversas disposiciones de la Constitución Política del Estado de Puebla, expedida el 14 de septiembre de 1861. Una vez sancionado el decreto de referencia por el entonces gobernador, Ignacio Romero Vargas, el día 12 de diciembre de 1870; con fecha 15 del mismo mes y año, se publicó en el tomo I, número 161, de la Publicación Oficial del Gobierno del Estado Libre y soberano de Puebla.[32]

Son dignos de mención tres hechos desarrollados en el contexto del decreto mencionado:

- La Constitución de Puebla expedida el 14 de septiembre de 1861 pasó de tener 132 artículos a 157.
- Las reformas y adiciones que se realizaron a la Ley Suprema del Estado, fueron declaradas nulas por el Cuarto Congreso Constitucional de la entidad, mediante el Decreto número 25, de fecha 1 de agosto de 1877,[33] mismo que fue sancionado por el entonces gobernador, Juan Crisóstomo Bonilla, el día 2 de agosto del año ya citado.
- El 6 de agosto de 1877, los entonces diputados M. R. Méndez, Pascual L. Lara, Miguel Jimarez y Ángel Cabrera, integrantes del cuarto Congreso Constitucional del Estado de Puebla, presentaron a ese cuerpo legislativo una iniciativa para reformar y adicionar diversos artículos de la Constitución Política del Estado de Puebla de 1861. De la exposición de motivos que aparece al inicio de aquella iniciativa se desprende que en la misma se retomaron algunos aspectos de las diversas reformas y adiciones a la Constitución de Puebla que fueron nulificadas por el Decreto indicado al inicio de este párrafo. Entre los aspectos que retomó la iniciativa de los diputados, destacan: "aumento en el número de diputados al Congreso del Estado de Puebla,… y la publicación de las leyes, decretos o acuerdos devueltos por el Ejecutivo con observaciones, cuando las dos terceras partes de los diputados presentes insistieren en ello".[34]

[32] Tercer Congreso Constitucional del Estado de Puebla, Decreto número 125, en 161, 15 de diciembre de 1870, Imprenta del Hospicio, Puebla, pp. 1 a 3.
[33] Cuarto Congreso Constitucional del Estado de Puebla, Decreto número 25, Imprenta del Hospicio, sin lugar de edición, 1877.
[34] *Id.*

Esquema relativo a las reformas constitucionales de 1870

Las reformas se expidieron el 11 de mayo de 1870 y se mandaron a publicar el día 12 de julio del mismo año, siendo gobernador del Estado Ignacio Romero Vargas y secretario de justicia.

Un nuevo proyecto de reformas a la Constitución se publicó en tres secciones en la publicación oficial, de la siguiente manera:

- Con fecha jueves 24 de noviembre de 1870, en la publicación oficial, se hace del conocimiento general el proyecto de reformas a la constitución de 1861, que en una sección inicial hace referencia a los Artículos 5, 6 y 19.
- En la publicación del día sábado 26 de noviembre de 1870 se plasma la continuación de las reformas, correspondiéndole a los Artículos 23, 24, 25 y 29.
- En el periódico oficial del día lunes 29 de noviembre de 1870 se publica la parte final del proyecto de reformas, correspondiendo a los Artículos 78 a 141.

Las reformas comprendidas en el trienio 1880-1883

En 1880, estando cerca en el recuerdo la Revuelta de Tuxtepec, Porfirio Díaz finalizó su primer periodo presidencial y transmitió el poder a su compadre Manuel González; obedeciendo primordialmente al lema de no reelección del movimiento que encabezó.[35]

En Puebla, la influencia del general Díaz se hizo patente en 1880, al apoyar a Méndez, quien obtuvo la gubernatura y tomó posesión de su cargo el 1 de octubre del mismo año. Meses después, Manuel González inició su periodo de gobierno; pero entre ambos mandatarios empezaron a producirse eventos desafortunados, toda vez que el gobernador poblano no podía controlar a la gran cantidad de forajidos que inquietaban a la sociedad. Peor aún, la crisis económica del año 1883, que golpeó la economía nacional, tuvo graves efectos para el estado de Puebla, ya que Méndez no pudo realizar las obras públicas que tenía previstas, afectando severamente el panorama social y pese a la experiencia del gobernador como militar.[36]

[35] Lomelí Vanegas, Leonardo, *op. cit.*, pp. 256-257.
[36] *Ibid.*, p. 258.

También es importante señalar que bajo el gobierno de Juan Crisóstomo Bonilla fue cuando se efectuaron las reformas de 1880, que estructuraron una constitución de 17 títulos, con 175 artículos y 6 transitorios. Al respecto debe destacarse la influencia de Díaz y su camarilla.[37] Así también, en el trienio 1880-1883 llegaron a México 1500 italianos para establecer colonias agrícolas e industriales en el estado de Puebla.[38]

Constitución de 1861, reformada en 1892 y 1894

Porfirio Díaz asumió la presidencia, manteniendo el poder en sus manos hasta la primera década del siglo XX, gracias a la reforma constitucional de 1878, mediante la cual se permitió la reelección presidencial.[39]

En Puebla, la oferta política de Mucio P. Martínez,[40] incluía reformar la administración de justicia y erradicar la corrupción administrativa; sin embargo, su gobierno se caracterizó por concentrar el poder político en una camarilla cerrada e incondicional, entre los que se encontraban hijos de personas ilustres de sus distritos y otros políticos que representaban a distritos que nunca antes se había oído mencionar. De la misma manera, la administración pública estatal alcanzó niveles de corrupción realmente preocupantes, aunque ciertamente mantuvo el orden social dentro del territorio de la entidad, practicando una verdadera intolerancia a la menor señal de disidencia en las fábricas o el campo, y menos aún en la política estatal. Así también, logró reducir a su mínima expresión la inseguridad en los caminos.

Mucio P. Martínez encabezó un gobierno estatal que sería prototipo del que durante muchos años tuvo México: servil con el poder central (como en otras épocas) y con los principales intereses económicos; represivo y autoritario ante los movimientos sociales para mantener el control del Estado y creó y consolidó una gran red de intereses entorno a la estructura formal de gobierno.

Durante el porfiriato, a la luz del modelo del liberalismo gestado en Europa occidental, la industrialización se concentró en la producción de textiles.[41]

[37] Sánchez Flores, Ramón, *op. cit.*, p. 167.
[38] Sandoval Pardo, Fernando, *Historia Crítica del Estado Mexicano*, p. 690.
[39] Carrión, Antonio, *Historia de la ciudad de Puebla,* Peral, Miguel Ángel, *Gobernantes de Puebla,* Pac, México, 1975; Pérez de los Reyes, Marco Antonio, *Historia del Derecho Mexicano*, II parte: Porfirio Díaz (1830-1915), www.sanmiglelguide.com/porfirio-diaz-2.htm,29/08/08.
[40] Peral, Miguel Ángel, *op. cit.*
[41] Falcón, Romana, Thomas, Raymundus y Buve, Joshep, *Don Porfirio, Presidente, nunca omnipotente: Hallazgos, reflexiones y debates*.

Los empresarios de la industria textil recurrieron a medios semejantes a los que en las haciendas aseguraban el aprovechamiento económico y la sujeción política e ideológica de la mano de obra, tales como el caserío obrero, los reglamentos, las multas y la vigilancia administrativa, establecidos para disciplinar a los trabajadores; así como la tienda de raya, la capilla y la colaboración gubernamental, lo que fue el patrón para administrar las fábricas durante el inicio del siglo XX. La autoridad de los empresarios se extendió mucho más allá del proceso de trabajo, pues existe evidencia de que establecían una relación estrecha con el jefe político e intervenían de modo directo en el nombramiento de los jueces de paz en las fábricas, en acuerdo con el gobernador del Estado, el ayuntamiento o el jefe político, en su caso, asegurándose de esta forma uno de los medios más importantes para controlar el espacio fabril.

La reforma constitucional de 1894 reforzó la figura del gobernador en el Estado, tal como se desprende de la comparación con las modificaciones constitucionales de 1892.

1. Se cambia la denominación tradicional de los poderes del Estado (Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial), para quedar como departamentos. Cuestión que pone de manifiesto una clara tendencia centralista.
2. Se crea el Consejo de Gobierno, órgano compuesto por personas designadas directamente por el Gobernador del Estado, que tiene la finalidad de erigirse en jurado para conocer de las acusaciones en contra de los jefes políticos, jueces de primera instancia en lo Civil y Penal y los agentes del Ministerio Público adscritos a los tribunales servidos por dichos jueces.
3. Eliminación del requisito de vecindad para poder ser candidato a una diputación estatal, situación que trajo como consecuencia que los diputados estatales continuaran en el ejercicio de su diputación en las subsecuentes legislaturas, con la única salvedad del cambio de distrito electoral.
4. Cabe destacar que la Constitución de 1892 establecía, en su Artículo 54, que "el gobernador durará en su cargo cuatro años, tomará posesión el primero de febrero, y no podrá ser reelecto sino pasado un periodo"; no obstante lo anterior, en la Constitución de 1861, reformada en 1894, en su Artículo 58, se suprimió la prohibición de reelección.

Con motivo de la expedición de las reformas constitucionales de 1894, se emitieron las siguientes normatividades:

a) Ley Orgánica de los Artículos 26, 56, 80 y 108 de la Constitución del Estado, publicada el 12 de octubre de 1894.
b) Ley Orgánica de los Títulos III y VI, del libro Segundo de la Constitución del Estado, publicada el 16 de septiembre de 1894.
c) Ley Orgánica del Título IV, libro III, de la Constitución del Estado de 17 de septiembre de 1894.

Las reformas constitucionales de 1894 fueron planeadas para consolidar la estructura de control absoluto del Poder Ejecutivo, situación que fue una constante de 1892 a 1911, siguiendo el ideal porfirista de "orden y progreso", tan atractivo para las élites poblanas.

Constitución Política de Puebla, 1917

En la primera década del siglo XX, Puebla fue el escenario donde iniciaría el estallido social a través de los hermanos Serdán, familia de tendencia maderista. El gobernador-caudillo, Mucio P. Martínez, no pudo sostener los cimientos carcomidos del régimen y sucumbió ante los insurrectos.

En Puebla, la revolución, conocida vulgarmente como "la bola", se caracterizó por la violencia y la inseguridad; así como por la epidemia de gripe española, los fusilamientos arbitrarios en el atrio de la Catedral angelopolitana y la emisión indiscriminada de billetes.[42]

Cesáreo Castro sería designado, por Venustiano Carranza, como Gobernador y Comandante militar del estado de Puebla. Enfocó su administración a combatir el bandolerismo (en el que se incluía a los miembros de los zapatistas) y a terminar la campaña anticlerical, al reabrir al culto público los templos y permitir el regreso del venerable Ramos Ibarra y González, primer Arzobispo de Puebla.[43]

Castro también promulgó la Ley Orgánica Municipal y lanzó la convocatoria para elegir a los representantes del Estado Libre y Soberano de Puebla con el fin de que acudiesen al llamado de Carranza y conformaran el Congreso Constituyente, en la ciudad de Querétaro.[44] Ahí, la actuación del poblano

[42] Magaña, Orestes, *Puebla en la Bola,* p. 7.
[43] Lomelí Vanegas, Leonardo, *op. cit.,* p. 320.
[44] *Ibid.*, pp. 320 y 321.

Pastor Roauix fue determinante para la elaboración del nuevo texto constitucional, especialmente en los debates y redacción de los Artículos 27 y 123.[45]

Tras el Constituyente de Querétaro, las entidades de la República Mexicana se dieron a la tarea de redactar su propio texto constitucional. En Puebla, después de varios años de guerra y presencia política de militares, reaparecieron los civiles.[46] El gobernador Castro fue reemplazado por el doctor Alfonso Cabrera, candidato carrancista que triunfó en una polémica elección y que era hermano del Secretario de Hacienda, Luis Cabrera. Con un Congreso favorable, Cabrera tomó posesión de su cargo el 27 de julio de 1917.[47]

Los diputados del Congreso estatal elaboraron la Constitución poblana de 1917. El texto fue aprobado el 8 de septiembre y entró en vigor el 1 de octubre del referido año.[48] Los integrantes del Consejo Poblano eran campesinos, artesanos, militares y profesionistas, destacando entre estos el abogado Gilberto Bosques.[49]

Finalmente, en el otoño de 1917, la Constitución poblana inició su periplo histórico, enfrentándose a diversos desafíos y múltiples reformas; destacando la de 1982, bajo el gobierno de Guillermo Jiménez Morales. Hoy en día, en el texto constitucional del estado han quedado plasmadas las aspiraciones de los diversos grupos en el poder.

[45] *Id.*, p. 321.
[46] *Id.*
[47] *Id.*
[48] García García, Raymundo, *op. cit.*, p. 8.
[49] Sánchez Flores, Ramón, *op. cit.*, p. 181.

Abreviaturas

BHCE: Biblioteca del Honorable Congreso del Estado de Puebla.

BJML: Biblioteca José María Lafragua, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla.

Fuentes

Impresas

* Anexo I: Tercer Congreso Constitucional del Estado de Puebla, Decreto número 125.
* Anexo II: Tercer Congreso Constitucional del Estado de Puebla, Constitución Política del Estado L. y S. de Puebla.
* Anexo III: Cuarto Congreso Constitucional del Estado de Puebla. Decreto número 125.
* Anexo IV. Cuarto Congreso Constitucional del Estado de Puebla. Iniciativa de reforma a la Constitución del Estado de 1861.
* Tercer Congreso Constitucional del Estado de Puebla, Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Puebla, expedida y sancionada por el Congreso Constituyente el día 14 de septiembre (*sic*) de 1861, protestada y publicada el 18 del mismo, reformada conforme al decreto número 125 del Tercer Congreso Constitucional del Estado, Imprenta del Hospicio, Puebla, 1871.
* Tercer Congreso Constitucional del Estado de Puebla, Decreto número 125, en "Publicación Oficial del Gobierno del Estado Libre y Soberano de Puebla", tomo I número 161, 15 de diciembre de 1870, Imprenta del Hospicio, Puebla.
* Cuarto Congreso Constitucional del Estado de Puebla. Decreto número 125, Imprenta del Hospicio, sin lugar de edición, 1877.
* Cuarto Congreso Constitucional del Estado de Puebla. Iniciativa de reforma a la Constitución del Estado de 1861, sin lugar de edición, 1877.

Bibliográficas

ARCHUNDIA DE LA ROSA, Rodolfo, "La Autonomía del Poder Judicial del Estado de Puebla", en *Derecho Constitucional Estatal. Estudios Históricos, legislativos y teórico-prácticos de los estados de la República Mexicana*, Francisco José de Andrea Sánchez (coord,), México, 2001.

CARRIÓN, Antonio, *Historia de la Ciudad de Puebla*, Tomos I y II, México, 1970.

CASTRO MORALES, Efraín, *Lecturas de Puebla*, Tomo I, México, 1994.

CONTRERAS CRUZ, Carlos (*et al.*), *Puebla, Textos de su historia*, Tomos I, IV y V, México, Gobierno del Estado de Puebla, Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora, Instituto de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Autónoma de Puebla, 1993.

CRUZ BARNEY, Oscar, *Historia del Derecho en México*, 2ª edición, México, Oxford University Press, 2004.

DE LA VILLA DE HELGUERA, Margarita, *Constituciones vigentes en la República Mexicana. Con las Leyes Orgánicas de los territorios Federales y del Departamento del Distrito Federal*, Tomo II, México, 1962.

GÁMIZ PARRAL, Máximo N., *Derecho Constitucional y Administrativo de las Entidades Federativas*, México, 2003.

GARCÍA CANTÚ, Gastón, *Lecturas de Puebla. Historia*, Tomo I, México, 1994.

_____, *Lecturas Nacionales Independencia y Federalismo*, Tomo III, México, 1995.

GARCÍA GARCÍA, Raymundo, *La Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Puebla. Sus Reformas 1917-2007*, México, 2008.

GARCÍA ROSAS, Fernando, *Historia del Congreso del Estado de Puebla*, Inédito, 1999.

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.

_____, *Los Congresos Constituyentes durante los últimos 150 años de México*, México, 2008.

LEE BENSON, Nettie, *La diputación provincial y el federalismo mexicano*, México, 1994.

LOMELÍ VANEGAS, Leonardo, *Breve Historia de Puebla*, México, 2001.

MAGAÑA, Orestes, *Puebla en la Bola*, México, 2008.

MORALES, Ricardo y FLIC DAVOS, Diego, "Puebla", en *Historia constitucional de las entidades federativas mexicanas*, México, 2007.

PERAL, Miguel Ángel, *Gobernantes de Puebla*, David Cienfuegos Salgado (coord.), México, 1975.

PÉREZ DE LOS REYES, Marco Antonio, *Historia del Derecho Mexicano*, Tomo III, México, 2002.

RODRÍGUEZ, Jaime E., *La Independencia de la América Española*, México, 2008.

SALAZAR ANDREU, Juan Pablo, "El Senado Poblano una curiosa Institución surgida en el ocaso del Juarismo", en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, V. XX, México, 2008.

SÁNCHEZ FLORES, Ramón, *Relación Histórica del Congreso del Estado de Puebla 1810-2003. Corporación, legislatura, constituciones, recintos, agenda*, Congreso del Estado de Puebla México, 2003.

SANDOVAL PARDO, Fernando, *Historia crítica del Estado Mexicano. Análisis estructural y superestructural de los Estados azteca, novohispano e independiente (1325-1911)*, México, 2001.

TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México* (1808-1998), México, 1998.

Legisgráficas

Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Puebla, POE 27-02-1892.

Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Puebla, POE 16-09-1894.

Colecciones Especiales, Class RR-MSKGF8237.2/1894, Sala de Archivos y Colecciones Especiales Universidad de las Américas Puebla, Impresa en la Escuela de Artes y Oficios de 1894.

Ley Orgánica de los Artículos 26, 25, 80 y 108 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Puebla de 1861 reformado en 1894.

Ley Orgánica del Título 4°, Libro III, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Puebla de 1861 reformado en 1894.

LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA FEDERAL ENTRE 1869 Y 1910: CASOS DE FALSIFICACIÓN DE MONEDA EN EL PRIMER JUZGADO PENAL DE DISTRITO EN TOLUCA

Mario A. Téllez G.*
Mariana Moranchel P.**

Sumario. 1. Introducción. 2. La codificación en México *vs* el arbitrio judicial. 3. Los expedientes penales por falsificación de moneda. 4. Comentarios finales.

1. Introducción

La forma de juzgar en materia penal en el México del siglo XIX constituye, desde nuestra perspectiva, uno de los problemas más atractivos de la historia del Derecho mexicano. Desafortunadamente, todavía no se ha estudiado con la profundidad debida, no obstante que a través de ello es posible ponderar, entre otras muchas cosas, los cambios y continuidades sufridas por el derecho, así como las influencias doctrinales y las distintas presiones ejercidas por los distintos actores en los procesos. Aunado a esto, en el caso particular del siglo decimonónico mexicano, hay por analizar otro problema de gran relevancia, que está íntimamente relacionado con el importantísimo cambio de

*Profesor titular en laUniversidad Autónoma Metropolitana, Cuajimalpa.
**Profesor titular en la UAM, Cuajimalpa.

paradigma jurídico: el proceso de codificación racionalista;[1] esto es, cuando se exigió finalmente a los juzgadores mexicanos, después de varias décadas de discusión jurídica sobre la necesidad de crear los códigos nacionales, que "de creadores pasaran a ser sólo aplicadores del derecho".[2]

En apariencia, la entrada en vigor de los códigos debió cambiar la forma de juzgar, pero hasta el momento no se han estudiado suficientemente las formas concretas en las que operó dicho cambio. Y la importancia de esta cuestión es de enorme relevancia. No hay que olvidar que hasta la actualidad se juzga, por lo menos esa es todavía la intención, precisamente bajo el paradigma de la codificación racionalista.

Por supuesto que los alcances de este trabajo son limitados. En todo caso, se trata de acercarse al estudio de expedientes penales que abarcan un periodo que va de los años setenta del siglo XIX a la primera década del XX, en el ámbito del primer juzgado de distrito en materia penal con sede en Toluca, para valorar los cambios sufridos en la administración de justicia penal con la entrada en vigor del código penal y, también, apreciar rápidamente las influencias legislativas y doctrinales que tuvieron los juristas, es decir, abogados y juzgadores, en ese arco temporal. Para quienes se pregunten sobre la delimitación temporal, 1869-1910, hay que decirles que se definió en función de dos cuestiones elementales, la primera de orden documental y, la segunda, de orden político-jurídico.

En primer lugar, por razones que se desconocen, en la Casa de la Cultura Jurídica "José María Lozano", de Toluca —repositorio en el que se han consultado los expedientes criminales para esta investigación—, sólo se conservan documentos penales fechados a partir, precisamente, de 1869. Tal vez el triunfo de los liberales sobre los conservadores, dos años antes, tiene alguna relación pero esto es únicamente una suposición. Probablemente más adelante haya posibilidad de confirmarlo. Algunos expedientes más se encuentran en el Archivo Histórico del Poder Judicial del Estado de México y otra cantidad, bastante mayor, está en el Archivo General de la Nación. Por fortuna, la fecha no constituye necesariamente una mala noticia, en función de que 1869

[1] Sobre el apasionante problema de la codificación existe una amplia bibliografía; ver, a manera de ejemplo: González, Ma. del Refugio, *El derecho civil en México,* México, UNAM, 1988, Téllez, Mario, "Un proyecto de reforma de la administración de justicia en el Estado de México: las discusiones previas a la codificación (1825-1830)", en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, UNAM, XIII, 2002, pp. 219-264; Cruz Barney, Óscar, *La codificación en México: 1821-1917. Una aproximación*, México, UNAM, 2004, Ramos N., Carlos, *El Código napoleónico y su recepción en América Latina*, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.

[2] Soberanes, José Luis, *Historia del Derecho Mexicano*, México, Porrúa, 1998.

coincide casi cronológicamente con la entrada en vigor del Código Penal del Distrito Federal de 1871, aplicable para el orden federal, como el propio ordenamiento lo señala al inicio.[3] Incluso ésta podría ser otra posible razón que explique la aparición de estos documentos en la Casa de la Cultura Jurídica. En segundo lugar, y para explicar el otro extremo temporal del trabajo; 1910 ha sido elegido precisamente por el término de una importante época en la historia de México, El Porfiriato, y por el inicio de la Revolución Mexicana. Mucho podrá discutirse —y se ha hecho— sobre la profundidad y cantidad de los cambios sucedidos después de 1910 pero, en todo caso, constituye una frontera temporal que nosotros no hemos querido soslayar.

Finalmente, por cuanto a la limitación material, la falsificación de moneda, hay que señalar que, para el periodo 1869-1910, existen en la Casa de Cultura un total 81 cajas que contienen varias decenas de expedientes. Se revisaron todas y, en términos generales, se aprecia que aunque los expedientes están numerados no hay continuidad cronológica entre ellos, es decir, se trata de documentación muy fraccionada. Hasta el punto de que para 1891 no existe ningún expediente penal: o fueron destruidos o están en otros repositorios. Del total de documentos se seleccionaron 29, todos sentenciados. En varios casos incluyen hasta la segunda instancia (ver al final la "Tabla de Expedientes"). Después de mirar con calma este universo documental, nos dimos cuenta que los que versaban sobre falsificación de moneda eran de los más recurrentes y constantes a lo largo del período, de allí la limitación material. Esta circunstancia nos permite suponer varias cosas que sólo enunciaremos porque no son objeto de estudio en este trabajo. Primera, que el delito de acuñación y circulación de moneda falsa fue uno de los de mayor incidencia; segunda, evidencia la debilidad del Estado Mexicano para hacer cumplir el derecho —debilidad que se ha revelado nuevamente con particular crudeza en nuestros días—; y tercera, su incapacidad para fabricar la moneda fraccionaria que demandaba la economía nacional, problema que, por cierto, venía arrastrándose desde hacía largo tiempo.[4]

[3] Téllez G., Mario A. y López Fontes, José, *La legislación Mexicana de Manuel Dublán y José María Lozano*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Escuela Libre de Derecho, 2004, Tomo XI, p. 597.

[4] Ruggiero Romano había señalado, para la última parte del periodo colonial novohispano y para las primeras décadas independientes: "toda la economía es pobre porque no hay suficientes monedas en circulación, ni monedas fuertes para las operaciones importantes —ni todavía menos— fraccionarias para la vida corriente de la mayoría de la población", en *Moneda, seudomonedas y circulación monetaria en las economías de México*, México, FCE, 1998, p. 247.

2. La codificación en México *vs* el arbitrio judicial

Es indudable que el proceso de codificación constituyó uno de los momentos más relevantes en el pensamiento jurídico de Occidente. Sobre él se ha publicado gran cantidad de bibliografía. Lo mismo ha sucedido en el caso mexicano. Es por ello que aquí sólo trataremos de recoger algunas pinceladas sobre el fenómeno.[5]

El primer código que se promulgó en el Estado de México fue el Código civil de 1870. El Código penal apareció cinco años después, en 1875. Sin embargo, el surgimiento de estos ordenamientos no fue de ninguna forma casual, más bien, constituyeron la concreción de un largo y azaroso proceso de las ideas jurídicas de la época; ideas que en los círculos jurídicos y políticos del estado y del país se venían discutiendo casi desde los inicios del siglo XIX.[6] Sin olvidar, por supuesto, que la propia *Constitución de Cádiz* de 1812, en su Artículo 258, había establecido en forma expresa la necesidad de promulgar los códigos civil, criminal y de comercio para toda la monarquía.

No obstante, lo anteriormente descrito supone la transición a una nueva forma de entender el Derecho, pero ¿cuál era la anterior —que es contra la que se opuso la codificación—? Esta supone un período de conformación de más largo plazo que se remonta hasta el mundo medieval y al periodo de incorporación del Nuevo Mundo por los conquistadores. Sería "temerario" intentar resumir en unos cuantos párrafos el Derecho previo a la codificación, pero sí podemos citar a uno de los juristas argentinos vivos más destacados, que publicó una obra clave sobre aquel derecho, y a unos de los juristas prácticos hispanos más influyentes del siglo XVI, para ilustrarnos con un par de pinceladas sobre el tema. Víctor Tau señala:

> Era el arbitrio una nueva exteriorización de la vigorosa concepción casuista, en cuanto delegaba en el juez o en el ministro la facultad de decidir determinada situación según la apreciación que él realizara de las circunstancias de las cosas y las personas. Era, pues, una atribución creadora de Derecho en determinadas ocasiones, ya otorgada por ley, doctrina o costumbre, ya dada de modo implícito.
>
> Fue también frecuente en los negocios de justicia, sobre todo en las causas penales. El arbitrio judicial concedía al juez amplias facultades para adecuar las penas a los casos concretos que debía resolver. Esto se observa, según Ávila Martel, en dos formas: una era la apreciación de las circunstancias que modificaban la responsabilidad penal para aplicar el castigo; y otra era cuando el legislador delegaba en el juez el establecimiento de la pena. En este sentido, el arbitrio fue un instrumento de templanza del rigor de la ley, rebajando las penas, y adaptándolas a la realidad y a las ideas de la época.[7]

Por su parte, Jerónimo Castillo de Bovadilla en lenguaje propio de la época y refiriéndose al mismo tema, enseñaba:

> Y como quiera que todos los hechos de los hombres no se pueden medir por regla de hierro, la cual no puede torcer, según dicen el Filósofo y Egidio Romano, y esto por razón de las circunstancias, y de las mudanzas que hay en los hechos, que son sin cuenta, y sin medida, y por eso no los puede reglar ley recta, e igual, que es como regla de hierro, que siempre está derecha: y bien, así como no vendrá una horma igual a todos los pies, si no son todos de un mismo grosor, grandor y largor, conviene, que se reglen los negocios por la regla Lesviana de plomo, que se puede encorvar y aplicar a las circunstancias de las obras: y así es necesario, que la ley se encorve y acomode, tal vez al rigor, y tal vez a la misericordia: y por esto el Derecho Positivo se llama Derecho de cera, porque siendo la circunstancia digna de piedad, el Juez modifique, y ablande su sentencia más de lo que la ley manda: y por el contrario, si la malicia de la culpa lo merece, la endurezca con más estrecha y rigurosa justicia de lo que la ley positiva dispone... porque esta compañía y trabazón de la justicia y misericordia consiste en examinar las circunstancias de los negocios, discurramos brevemente por las reglas, que para la noticia de esto podrá guardar el corregidor, y digo, que por las circunstancias se regula y mide la pequeñez o grandeza de las obras y de las honras, y de los delitos según Aristóteles y fray Alonso de Castro: y por las cosas que proceden, y se siguen, se declara la verdad de ellos y se alumbra el entendimiento para proveer.

Para discernir con prudencia los delitos e imponer las penas, decía Castillo que era preciso tener en cuenta la causa, la persona, el lugar, el tiempo, la calidad, la cantidad y el suceso, circunstancias éstas que podían llevar a los jueces a aumentar o disminuir las penas. Concluía:

> Y como quiera que todas las dichas consideraciones y circunstancias se fundan en razón, y según los Filósofos, no caen debajo de arte, por su grande variedad, y se dejan al arbitrio de prudente Juez, pueden muy bien para el juicio de ellas la misericordia y el rigor, y fortaleza estar juntas con la justicia.[8]

[5] Parte de lo que se expone en este apartado ha sido retomado del artículo de Mario A. Téllez G., *op. cit.*, del que se respetó la bibliografía citada.

[6] Ver el interesante capítulo "El derecho de transición", de Ma. del Refugio González, *op. cit.*, pp. 119-137. En él, la autora explica los cambios sufridos en el derecho mexicano del siglo XIX.

[7] Tau, Víctor, *Casuismo y sistema*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992, pp. 534-535.

[8] *Ídem*, pp. 502-503.

Los comentarios de Víctor Tau, desde el presente, y de Jerónimo Castillo de Bovadilla, del siglo XVI, son estupendos botones de muestra que evidencian con claridad elementos fundamentales de cómo debía aplicarse el derecho de Antiguo Régimen y de la importante institución del "arbitrio judicial"; a ellos nos referiremos de forma reiterada.

De regreso a la codificación decimonónica, hay que señalar que la investigación histórico jurídica ha avanzado más sobre la vertiente de la materia civil,[9] pero en otro momento habría que reflexionar sobre el proceso de codificación entendido en un amplio sentido, sin restringirlo a una rama en particular, como se ha hecho hasta el momento.

La palabra código proviene del latín *codex*[10] o *codicus*, y como Víctor Tau lo explica, el concepto del vocablo 'código' sufrió una importante transformación en el siglo XIX. Para ejemplificarla señala que en la edición de 1804 del *Diccionario de la Lengua Española* se definía "Código": "como colección de leyes o constituciones de algún soberano, que toma su nombre del príncipe que la mandó hacer, o del autor que la hizo: como el código Teodosiano, código Justiniano, etc." Sin embargo, en la 13ª edición del mismo *Diccionario* —de 1899— la misma voz se definía, primero, como "cuerpo de leyes dispuestas sobre un plan metódico y sistemático";[11] en segundo término, como "recopilación de las leyes o estatutos de un país" y, en tercero, como lo hacía la edición de 1804.[12] El cambio sufrido entre uno y otro momento no era sino el tránsito, a través de la incorporación de las ideas racionalistas, de la concepción antigua a la moderna de la palabra código.[13]

[9] De hecho, toda la bibliografía aquí citada sobre codificación se refiere a la codificación civil.

[10] "Codex-icis: tablilla para escribir, libro, registro, escrito", Pimentel, Julio, *Diccionario Latín-Español. Español-Latín*, México, Porrúa, 1999. Ver también la misma voz y las afines en *Diccionario Jurídico Mexicano*, tomo "A-CH", México, Porrúa, 1996.

[11] O como lo define actualmente y de forma más precisa Mariano Peset, un "código es una ley que regula toda una rama del derecho, de manera homogénea, sistemática y articulada, con un lenguaje breve y preciso", citado en Soberanes, José Luis, "Las codificaciones del derecho privado mexicano en el siglo XIX", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 10, núm. 10, 1986, p. 376.

[12] Tau, Víctor, *La codificación en la Argentina 1810-1870. Mentalidad social e ideas jurídicas*, Buenos Aires, Imprenta de la Universidad, 1977, nota a pie de página núm. 2; De Icaza, Francisco da una explicación similar, "La codificación civil en México 1821-1884", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 9, núm. 9, 1985, p. 265.

[13] En el *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense.... Por Don Joaquín de Escriche. Con citas del derecho, notas, y adiciones por el licenciado Juan N. Rodríguez de San Miguel*, 1837 (edición y estudio introductorio por Ma. del Refugio González), México, UNAM, 1996, la palabra "código" se define de la forma antigua, como la "colección de las constituciones de los emperadores romanos", donde el *Fuero Juzgo*, las *Partidas* y las recopilaciones, por extensión, también estaban comprendidas en la categoría de códigos.

Es, precisamente, dentro de la tradición jurídica romano canónica, que a la idea de ordenar y sistematizar al Derecho se le llamó codificar; acción que ubicada en el devenir histórico se llama proceso de codificación. No obstante, como bien aclara Refugio González, "el término codificación ha sido definido de varias maneras en distintas épocas, por diversos autores, dentro de los diferentes sistemas jurídicos que existen".[14]

En la Europa continental, el proceso de codificación se consolidó en la última parte del siglo XVIII, hasta alcanzar su máxima expresión en Francia con la promulgación, en 1804, de su primer Código Civil. La revolución que esto le significó al Derecho, inserta en la Ilustración, impactó en América en la parte que pertenecía a la tradición del Derecho Romano Canónico, es decir, a las amplias posesiones españolas desde México hasta Argentina, a Brasil como parte del reino portugués y a los pequeños enclaves franceses del Caribe y de la Louisiana. Y "tuvo por objeto, de acuerdo con René David, acabar con la fragmentación del derecho y la multiplicidad de las costumbres";[15] se trataba de "obtener una ordenación y simplificación de las normas existentes". Sin embargo, para algunos la reforma "debía transformar radicalmente el método y los principios del antiguo derecho". Pensaban que el orden jurídico ya no respondía a las necesidades propias del momento.[16]

Este movimiento renovador se inscribió dentro del Derecho Natural racionalista. En él se recogió parte del derecho natural cristiano de origen medieval, pero incorporó rasgos propios como la secularización y la autonomía de la razón humana, según lo cual, el hombre podía ser el constructor de su propio destino. Esta corriente, al insertarse en la segunda mitad del siglo XVIII en la Ilustración, permitió el cambio definitivo del viejo orden legal y una nueva concepción de la legislación, en donde la novedosa técnica jurídica permitía la construcción dogmática de conceptos expresados a través de leyes, constituciones y códigos.[17]

Por lo que se refiere a España y a sus extensos dominios americanos, fue en la Constitución gaditana de 1812, en la última fase del período colonial, donde quedó escrito por primera ocasión que se impulsaría la creación de los códigos. Así, el influjo de los ordenamientos franceses promulgados a principios del siglo XIX quedaría materializado por los liberales españoles y americanos de la época. No obstante, como lo señala José Ma. Castán, la codificación en la América española también se nutrió de un corpus jurídico

[14] González, *op. cit*, pp. 63 y ss.

[15] Citado en *Ibidem*, p. 65.

[16] Tau, *La codificación en..., op. cit.*, p. 77.

[17] *Ibidem*, pp. 22-25.

fraguado a lo largo de los siglos, de la aplicación —en un primer momento— del Derecho castellano trasplantado, del Derecho romano, de una misma literatura hispánica y europea heredera del *ius cummune*, de la labor integradora de las audiencias americanas y de una práctica jurídica semejante en todos los virreinatos.[18]

En el caso particular de México, tras lograr su independencia, una más de las preocupaciones de sus políticos fue, como en el resto de América Latina, crear los códigos civil, penal y mercantil que, por fin, dieran a los ciudadanos certidumbre y seguridad en la administración de justicia.[19] El derecho aplicado hasta entonces había sido promulgado por el rey, pertenecía a una forma de gobierno que ya no se correspondía con la realidad; además, la naturaleza misma de ese derecho tampoco guardaba relación con los nuevos tiempos que se vivían.[20] Con los códigos se esperaba que terminara la anarquía jurídica y que los jueces transitaran, de creadores del Derecho —con el uso y abuso del arbitrio judicial—, a ser sólo sus estrictos aplicadores.[21]

Los enormes problemas económicos derivados de la guerra civil de independencia, aunados a los profundos procesos de cambio generados en todos los órdenes por la Ilustración hicieron cada vez más acusada esta necesidad. Los diversos grupos políticos, a pesar de su diversidad ideológica, estaban de acuerdo en emprender esta tarea; no obstante, su concreción no pudo darse con la celeridad deseada porque no coincidían en la forma específica en que debía crearse esos cuerpos legales.

En el ámbito general del pensamiento jurídico novohispano mexicano, con el paso de colonia a país independiente, lo que se pretendía era pasar de un Derecho profundamente casuístico, que en la práctica cotidiana de los tribunales se manifestaba en el abuso del arbitrio judicial por parte de los juzgadores,[22] a otro Derecho legislado que fuera homogéneo, sistemático y articulado con un lenguaje breve y preciso, donde los jueces "simplemente" aplicaran la ley al caso concreto. Este cambio jurídico expresado en breves palabras representaba tales transformaciones en la mentalidad social de la época, que en la realidad llevaría varias décadas realizarse.[23] Por supuesto, una de las premisas fundamentales para iniciar el trayecto de transformación, de acuerdo con los juristas de entonces, era contar con los códigos respectivos. Pero como esos cuerpos no se podrían concretar en el corto plazo, la administración de justicia tuvo que ingeniárselas para continuar en funciones bajo esas contradicciones mientras tanto.

En este contexto —que implica considerar las limitaciones que el tiempo imponía para renovar todo el marco legal— se entiende que, para evitar, en la medida de lo posible, los vacíos jurisdiccionales, los primeros gobiernos hayan aceptado la aplicación de las disposiciones coloniales, mientras no se opusieran a la nueva legislación que se iba creando poco a poco. Pero como la sucesión de los propios gobiernos tampoco se daba de forma ordenada, ni los grupos de poder se ponían de acuerdo en los principios políticos básicos que darían sustento al Estado nacional, en la práctica cotidiana, los tribunales tuvieron que actuar en la ambivalencia permanente. Trataron, por un lado, de asimilar e impulsar —a veces más en apariencia— los nuevos conceptos jurídicos y las nuevas formas de organización que imponía el liberalismo y la división de poderes; mientras que, por otro, echaron mano constante de las prácticas judiciales tantas veces reeditadas de la doctrina jurídica de antaño, y de todo el viejo y complejo *corpus* legal; material que, por la demanda que tenía de quienes actuaban en los tribunales, con el tiempo fue reimpreso y adicionado constantemente en ediciones mexicanizadas.

Como lo apunta María del Refugio González, la idea de codificar estuvo presente en todos los grupos políticos mexicanos. Tanto liberales como conservadores coincidían en que debían crearse esos cuerpos jurídicos.[24] Sin embargo, dos puntos podrían señalarse como esenciales y que marcaron la diferencia entre uno y otro bando. El primero se refiere a la posición que debía ocupar la Iglesia y su doctrina dentro de la sociedad y, con ello, en materia jurídica, la regulación de cuestiones fundamentales como el estado civil de las personas (matrimonios, nacimientos y defunciones) y sobre cam-

[18] Castán Vázquez, José Ma., *La influencia de la literatura jurídica española en las codificaciones americanas*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1984, pp. 28-29.

[19] Para algunos autores, el proceso de codificación mexicano puede dividirse en tres períodos que coinciden con cambios políticos importantes a nivel nacional. El primero va de los inicios del siglo XIX al término del Imperio de Iturbide; el segundo, de la Primera República Federal a la Restauración de la República y el tercero iniciaría poco antes de 1870 —fecha en la que apareció el primer Código Civil para el Distrito Federal, que a la postre sería incorporado con distintos matices por la mayoría de los estados (Icaza, *op. cit.*, pp. 271-272.)— y continuaría hasta la fecha. Por supuesto que estos períodos son más bien formas de explicación histórica y no verdaderas divisiones entre un período y otro. Existen hilos de continuidad que permiten el paso un período al otro. Sin embargo, y para los mismos fines explicativos, es preciso señalar que los proyectos de reforma de la administración de justicia mexiquense que se presentan en este trabajo se ubican en el segundo período señalado.

[20] González, *op. cit.*, p. 117.

[21] Soberanes, "Las codificaciones del derecho…", *op. cit.*, p. 377.

[22] Téllez, Mario, "La aplicación de la justicia criminal ordinaria en el Valle de Toluca: la transición del antiguo régimen a los primeros años de la época independiente (1800-1829)", tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2000, pp. 200-211.

[23] González, *op. cit.*, pp. 57-114.

[24] *Ibidem*, p. 70.

bios en ciertos aspectos del derecho de propiedad, de las sucesiones y los contratos. El segundo punto está relacionado con la cuestión política y con la postura ideológica de cada grupo. Mientras los liberales, identificados con el federalismo, pugnaban por el respeto de la soberanía de los estados y porque, en consecuencia, la creación de los códigos fuera competencia interna de cada entidad; los conservadores, partidarios del centralismo, planteaban que los códigos fueran expedidos por el legislativo nacional y, por tanto, que tuvieran aplicación general en todo el territorio.[25]

Estas circunstancias nos permiten entender que la Constitución federal de 1824, de filiación liberal, no hiciera mención alguna en su articulado sobre la necesidad de codificar. En cambio, en su artículo 160 estableció que las causas civiles y criminales serían resueltas al interior de los estados. Bajo esta perspectiva puede inferirse que los propios estados se asumieron facultados para codificar al interior de sus fronteras.[26] En consecuencia, entre 1827 y 1829, Oaxaca promulgó su *Código Civil* por libros; Zacatecas publicó, en 1829, un *Proyecto de Código Civil* para su discusión; Jalisco hizo lo propio en 1833 con el proyecto de la primera parte de su código civil; Guanajuato, en el mismo año, convocó a un concurso para premiar el mejor proyecto en esa materia;[27] y el Estado de México, en el interregno, también discutió algunas iniciativas sobre la administración de justicia local, que contenían la simiente de los que pudieron ser sus códigos futuros. Los Códigos de Zacatecas y Oaxaca no siguieron un mismo modelo en cuanto a la manera de tratar las distintas materias del ámbito civil, a pesar de la influencia que pudo tener en ambos ordenamientos el código civil francés. Ambos plantearon "codificar" en el sentido ilustrado de la palabra, como ordenar y sistematizar el derecho.[28]

Así, hubo que esperar a que transcurrieran las décadas de lucha entre liberales y conservadores, hasta después de 1867, con el triunfo liberal, para que se lograra consolidar la codificación en los términos que se habían propuesto. Fue en dichas condiciones que se promulgó el primer *Código Penal para el Distrito Federal y la Federación* en 1871. Por su parte, la mayoría de los estados decidió trasladar el contenido de éste a su legislación y lo promulgó como propio; lo mismo había sucedido poco antes con el Código Civil.

[25] Para una exposición más amplia y detallada de lo arriba expuesto ver *Ibidem*, pp. 81-114.

[26] El artículo 160 de la Constitución de 1824 estableció: "El Poder Judicial de cada Estado, se ejercerá por los tribunales que establezca ó designe la constitución; y todas las causas civiles ó criminales que pertenezcan al conocimiento de estos tribunales, serán fenecidos en ellas hasta su última instancia y ejecución de la última sentencia".

[27] González, *op. cit.*, p. 86.

[28] *Ibidem*, pp. 87-90.

3. Los expedientes penales por falsificación de moneda

Basta echar un vistazo rápido a las colecciones de legislación del siglo XIX mexicano para darse cuenta de la cantidad de leyes nacionales —federalistas y centralistas— y locales que intentaron frenar y castigar la acuñación y circulación de moneda falsa. En el ámbito de las transacciones mercantiles pequeñas, en el que se movía la mayor parte de la población, el problema era mayor. De allí la notable proliferación de este delito, que fue muy recurrente en el primer juzgado de distrito en materia penal con sede en Toluca.

Es probable que, de no existir las inconsistencias del fondo documental que se han mencionado arriba, el panorama delincuencial sería diferente. No obstante, mientras esto puede comprobarse, aquí se presentan los expedientes sobre amonedación y circulación de moneda para el período que nos interesa.

El 3 de abril de 1869, en el juzgado de distrito del Estado de México, se inició un proceso penal "Contra Jose y Jose Maria Correa por falsa amonedacion". Después del desahogo del proceso, al momento de sentenciar, el Lic. Bernardo de la Rosa hizo diversas consideraciones que estaban en contra de la inocencia de estos personajes y concluyó:

> Considerando que los reos no han probado en manera alguna lo contrario de lo que en estos autos aparece contra ellos, sino que antes bien han confesado lisa y llanamente su delito, cuya confesion esta adminiculada con una prueba testimonial perfectamente rendida constituyendo ambas cosas una prueba plenisima, que no puede desecharse y por lo mismo debe considerarse probado el delito... con fundamento del articulo 8 del Decreto de 12 de Julio de 1836 y haciendo uso del arbitrio judicial que concede la ley 8 del 31 Partida 7ª... condeno á Jose y Jose Maria Correa á la pena de cinco años de presidio contados desde la fecha de sus aprehension [10 de febrero de 1870].[29]

Con la argumentación del juez, es evidente que su forma de juzgar descansa sobre la figura del arbitrio judicial, como la explicó Víctor Tau. Por supuesto que en esos años así era la forma de juzgar éste y cualquier otro delito. Pero vamos a explicarlo un poco.

¿Qué decía el Artículo 8 del Decreto de 12 de julio de 1836 y la Partida 7, título 31, ley 8 (en adelante P 7, 31, 8)? Este Decreto se refería a la "Pena de los monederos falsos, conocimiento de sus causas, y prohibicion de las casillas de cambio" y el Artículo 8, señalaba: "La pena del fabricante, introductor

[29] Casa de Cultura Jurídica "Ministro José María Lozano", en adelante CCJ "MJML", 1, F-EM/S-1er JDT/ Se P/ AÑO 1869/155-386/ 159, 103 fs. En todas las citas se ha mantenido la ortografía original de los documentos.

o receptador, será la del último suplicio, tan luego como se haya sustanciado la causa; y la de los demas cómplices será de cinco á diez años de presidio". Por su parte, la P 7, 31, 8 era el fundamento puntual del arbitrio judicial "Que cosas deuen catar los Juezes, ante que manden dar las Penas: e *por que razones las pueden crecer, o menguar, o toller*" (cursivas nuestras).[30] Es decir, si los reos eran culpables, de acuerdo con lo que se aprecia en el expediente y conforme a la letra del Artículo 8 del Decreto de 12 de julio, debieron ser condenados a la pena de muerte, pero en virtud del arbitrio, según P 7, 31, 8, el juez les impuso una pena extraordinaria de cinco años; pena que coincidía, según el Decreto mencionado, con la mínima aplicable solo a los cómplices.

Más tarde, en febrero de 1871, poco antes de la entrada en vigor del Código Penal de 1871, Juan Antonio Rubio fue acusado de "circular moneda falsa". Al final del largo, aunque rápido proceso, el juez, después de cinco considerandos en los que fundamentalmente duda de la culpabilidad de Rubio, sentenció: "Con fundamento de la ley 26 tit. 1º Parta. 7ª absuelvo del cargo a Don Juan Antonio Rubio" y lo puso en libertad bajo fianza, mientras el Tribunal Superior de Justicia revisaba el fallo. Este fallo fue confirmado exactamente en los mismos términos que la sentencia de primera instancia, en agosto de 1872, por la "Primera Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito fungiendo como de Circuito".

La P 7, 1, 26 tiene como título: "Como el juez deue librar la Acusacion por derecho, despues que la ouiesse oyda" y se refiere a algunas de las consideraciones que el juzgador debía tomar en cuenta para valorar las pruebas que se le presentaran. En alguna parte de esa ley 26, se puede leer: "E si las prueuas que fuessen dadas contra el acusado, non dixessen, e testiguassen claramente el yerro sobre que fue fecha la acusacion, e el acusado fuesse ome de buena fama, *duelo el Judgador quitar por sentencia*".[31] Esto constituyó el fundamento sobre el que se apoyó el juzgador para absolver del cargo a Juan Antonio Rubio. Ni siquiera hizo referencia al delito en lo específico, simplemente consideró la debilidad de las pruebas y el tribunal de alzada coincidió con su argumentación.

Dos años después, en 1873, se abrió juicio "Contra Luis Serrano y Demetrio García por monederos falsos".[32] Para estos momentos ya estaba vigente el Código Penal de 1871 y el juez resolvió de esta forma:

[30] Rodríguez de San Miguel, Juan N., *Pandectas Hispano-megicanas*, Estudio introductorio de Ma. del Refugio González, tomo III, México, UNAM, 1991, pp. 456-457 y 649-650 respectivamente.
[31] *Ibídem*, p. 366.
[32] CCJ "MJML", 2, F-EM/S-1er JDT/ Se P/ AÑO 1873/236-344/ 240, fs. 43.

> ...de conformidad con el art. 674 y sus correlativos del Codigo Penal y al espiritu del decreto de 22 de Julio de 1833 citado en la ley de 5 de enero de 1857 y teniendo en consideracion que respecto del primero de los enjuiciados está justificada la portacion de la moneda y de ninguna manera la ecepcion expuesta por él ni tampoco la circulacion á la ves que, el Código citado no impone la portacion; que con relacion al segundo no está probada ni una ni otra cosa, no habiendo en su contra mas que la presuncion de socio en el delito por cuanto que son compañeros en el giro de comercio y andan juntos por los caminos y las poblaciones: que si bien es cierto que no es un hecho justificado la circulacion es de presumir que con el objeto de hacerla se portaba la moneda; pero que esto no es bastante para condenar: que no estando probado tampoco que Serrano ni menos Garcia obren de acuerdo y como agentes de los fabricantes de dicha moneda, y que se trata de solo la cantidad de cuatro pesos quince centavos; con todo lo demas que ver y considerar convino... *con fundamento del Código Penal tit. 4º Lib. 3º y de la ley 26 tit 1º Part. 7ª absuelve del cargo á Luis Serrano y Demetrio Garcia... que se les ponga en absoluta libertad sino interpusieren recurso alguno en cuyo caso se archivará este juicio... poniendo á los reos en libertad en fiado..." no firmaron por no saber* (cursivas nuestras).[33]

El Código Penal de 1871, en su Libro Tercero se refería a "los delitos en particular" y el Título Cuarto era el de "Falsedad". No obstante, este título tenía diez capítulos. El primero, en efecto, trataba de la "Falsificación de moneda y alteración de ella", pero los otros nueve hacían referencia a otras tantas formas de falsificaciones que nada tenían que ver con la fabricación y circulación de moneda falsa.[34] Como se aprecia en el texto transcrito, el juzgador, en una atropellada pero dubitativa exposición sobre la culpabilidad y peligrosidad de los reos, se refiere vagamente al Código Penal —posiblemente para "legitimar" su sentencia—, pero donde verdaderamente parece que descansa su decisión es en la P 7, 1 26 que, como ya se expuso, imponía que las pruebas presentadas en juicio deberían ser contundentes para sentenciar en contra y que, en caso contrario, había que absolver, como lo hizo finalmente en este caso el juez. Es decir, este juez, formado todavía bajo la tradición del derecho de Antiguo Régimen, intentó incorporar a su sentencia el Código Penal, pero termina por utilizar la "vieja legislación" y su espíritu para atemperar el castigo, como ya lo señalaba desde el siglo XVI Jerónimo Castillo de Bovadilla.

Por otro lado, es muy importante mencionar que el Código Penal de 1871 no contiene ningún apartado que se refiera a la valoración de las pruebas ofrecidas en el proceso y ésta es una cuestión que tenía gran relevancia en

[33] CCJ "MJML", 2, F-EM/S-1er JDT/ Se P/ AÑO 1873/236-344/ 240, fs. 41vta - 42vta.
[34] Hernández, Aaron, *Código Penal de 1871 (Código Martínez de Castro), comentarios a la ley penal de 1871*, México, Porrúa, 2000, pp. 191-211.

la mentalidad de los juristas de la época, no sólo por el hecho de que a partir de esa valoración muy frecuentemente podía atenuarse la pena en cualquier proceso criminal, sino porque hacía siglos, ¡al menos desde la aparición de las Partidas en el siglo XIII!, que esa valoración era fundamental al momento de juzgar un delito.

Al año siguiente, en 1874, se inició juicio "Contra Florencio Martínez, Anastacio Guerrero, Margarito Saucedo, María Angela Robledo y Eufrocina Barreto por falsificacion de moneda".[35] En un rápido proceso, el juez concluyó de esta manera:

> ...y teniendo en consideracion las constancias de lo actuado, la calidad de la justificacion del cuerpo del delito, de falsa amonedacion, la cantidad de moneda falsa recogida á algunos de los reos, el tiempo que llevan de estar privados de su libertad, y la clase de prueva que contra ellos se ha podido obtener hasta ahora, de lo que resulta que Margarito Saucedo, halla portado el medio real falso, que se dice le fue encontrado, cuyo hecho aun no podia perjudicarlo, ni que este asi como el citado Martinez y la mencionada Barreto se hayan complicado en el delito que se atribuye á Guerrero y la Robledo, ni por último, que estos hayan cometido el delito de falsa amonedacion, de tres decimos y dos medios reales que forman cuarenta y dos centavos, que hayan utilizado los objetos recogidos y utiles para la falsificacion de moneda, y que á ese fin los cargasen con pleno conocimiento y voluntad... con fundamento de la ley 26 tit. 1°, part 7ª absuelvase del cargo á los reos mencionados... 2° que se pongan en absoluta libertad.[36]

Una vez más, frente a la debilidad de las pruebas y la escasa cuantía del delito, el juez invocó únicamente a la vieja ley de Partidas ya conocida. Esta vez ni siquiera tuvo la necesidad de mencionar por lo menos vagamente al flamante Código Penal, ni ninguna otra disposición.

No obstante, para 1876 la situación parece que comenzaba a dar un giro, como se advierte en el juicio "Contra Anastacia Cortez por circulacion de moneda falsa".[37] En la sentencia, el juez señaló que Anastacia Cortez confesó el cargo:

> ...porque se los dieron de limosna y no sabian que eran falsos; y habiéndole instado con apoyo de la ocultacion de cuatro reales en un zapato y de falta de justificacion de la coartada, insistió en la misma respuesta, agregando que no sabe como los introdujo en el zapato...
> ...y teniendo en consideracion la justificacion del cuerpo del delito, la aprehension real de la moneda, la ocultación de cuatro reales, la declaracion de la denunciada, la falta de justificacion de la coartada, la cual no habria sido probada aunque hubiesen declarado de conformidad las personas que la socorren y que ella cita en su preparatoria; por lo que no ha sido preciso examinarlas, pues no probaria su inocencia con el dicho de aquellas toda vez [que] del hecho de pedir y recibir limosna no se deduce necesariamente que haya recibido seis reales falsos... con fundamento de los artículos 674, 422 y 120 del Código Penal de 7 de Diciembre de 1871, y no olvidando que la Cortez no puede pagar multa alguna por su insolvencia la condena á tres dias de reclusion: y como los ha sufrido á contar desde el dia cuatro á la hora de la aprehension, la da por compurgada y manda que se le amoneste que en lo sucesivo no incurra en el mismo delito: que se le ponga en libertad absoluta.[38]

[35] CCJ "MJML", 1, F-EM/S-1er JDT/ Se P/ AÑO 1874/4-?/ 246, fs. 43
[36] CCJ "MJML", 1, F-EM/S-1er JDT/ Se P/ AÑO 1874/4-?/ 246, fs. 36vta-38vta.
[37] CCJ "MJML", 2, F-EM/S-1er JDT/ Se P/ AÑO 1876/14-19/ 14bis, fs. 8.

En este proceso, la actitud del juzgador cambia de forma importante. A diferencia de los cuatro expedientes revisados con anterioridad, deja de lado cualquier otra disposición y centra su fundamentación jurídica sólo en el Código Penal. El Artículo 674, en la parte que seguramente invocó el juez, refería que quien pusiera en circulación moneda falsa, pero sin acuerdo con el fabricante, sufriría la pena impuesta en el Artículo 422; supuesto que corresponde, de acuerdo con el expediente, al caso de Anastacia Cortez. Este Artículo 422 señalaba, en su fracción primera, que quien defraudara con moneda falsa o alterada, sufriría la pena del delito de "*robo sin violencia y una multa* igual á la cantidad que se proponga defraudar" (cursivas nuestras). Pero el juez, en vez de mencionar el Artículo 376 que trataba precisamente del "robo sin violencia", invocó el 120, que establecía que cuando las multas fueran menores a 16 pesos, "el arresto equivalente se computará á día por peso". Este cambio podría explicarse advirtiendo que el Artículo 376, fracción primera, marcaba que si el valor de la cosa robada no excedía el valor de cinco pesos sólo se impondría "una multa igual al valor triple de lo robado ó el arresto correspondiente á la multa". Es decir, el juez cambió su fundamentación porque 18 reales (el triple de seis reales de moneda falsa) eran menos que 16 pesos[39] y eso beneficiaba al acusado. Con esto se advierte —y acaso es lo más relevante, desde nuestro punto de vista— que aun utilizando exclusivamente el nuevo Código, y sin referirse a la "vieja legislación", atemperó igualmente el rigor del castigo.

Para 1877, en el juicio "Contra Antonio Castillo y Francisca Rodríguez o Trinidad Álvarez por circulacion de moneda falsa", las consideraciones del juez fueron las siguientes:

> ...no puede considerarse á Castillo y á sus esposa como simples portadores de moneda falsa, y como á tales imponerles la quinta parte de la pena que señala el arto 376, en

[38] CCJ "MJML", 2, F-EM/S-1er JDT/ Se P/ AÑO 1876/14-19/ 14bis, fs. 6vta-8.
[39] *Código Penal de 1871, op. cit.*, pp. 64, 125, 137 y 192.

su fraccion 4ª, conforme al artº 202 del Código Penal del Distrito Federal, como lo ha pretendido el defesor Lic. Cano y Rodriguez... son verdaderos circuladores de moneda falsa, y por lo mismo comprendidos en los arts. 674, 675 y 422 en su fraccion 1ª del relacionado Código, en la parte de que hablan del que á sabiendas pone en circulacion moneda falsa; puesto que no aparece probado que Castillo y su muger hayan obrado de acuerdo con el que fabricó la moneda... que las monedas falsificadas, segun el certificado de fs. 106, son de cobre, cubiertas con una capa de plata muy delgada; estando en proporcion los metales de 97 por 3, y la cantidad de ellas de mas de doscientos pesos... [Por lo que en virtud de las] las leyes 5ª tit. 8º Lib. 12 N. R.; 8ª tit. 31 Pa. 7ª y arts. 376 en su frac 4ª y 377 del ya citado Código Penal del Distrito Federal... condena á Antonio Castillo á un año de prision contado desde el 27 de Marzo próximo pasado en que se le declaró formalmente preso. 2º A Francisca Rodriguez ó Trinidad Alvarez, por el mismo delito á igual pena que el anterior y contada desde la misma fecha 27 de Marzo. 3º A que entre los dos paguen una multa de doscientos diez y seis pesos cincuenta centavos, ó en su defecto á que conforme al artº. 119 del Código expresado sufra cada uno dos meses de arresto, que se contarán desde el dia que se extingan su primera prision... Juez: Manuel González Urbina y Vicente Landa, secretario.[40]

En *Partidas* 7, 31, 8, como ya se ha visto, se fundamenta el arbitrio judicial y el encabezado del título 31 es por sí mismo elocuente: "Que cosas deben catar los jueces, ante que manden dar las penas, e porque razones las pueden crecer, o menguar o toller".[41] Por su parte, la ley 5ª, tít. 8º, Lib. 12 de la Novísima Recopilación hacía referencia a que las penas contenidas en todas las disposiciones relacionadas con la fabricación, introducción, uso y circulación de moneda falsa fueran aplicadas.[42] El Artículo 674 refiere, en su última parte (a ella apunta el Artículo 675), que al expendedor de moneda falsa, sin estar de acuerdo con el fabricante, sufriría la pena impuesta al fraude, establecida en la fracción 1ª del Artículo 422, que señalaba que era la que sufriría quien cometiera robo sin violencia, más una multa igual a la cantidad defraudada. El Artículo 376, fracción 4ª, hacía mención precisamente al robo sin violencia y a la pena de un año de prisión a quien robara por un monto de 100 a 500 pesos y el 377 a la forma de estimar la cuantía. El Artículo 119 imponía arresto de 16 hasta 100 días a quien no pudiera pagar sus multas. Este es el segundo caso, de los revisados hasta ahora, en que el juez, a pesar de citar legislación del Antiguo Régimen, se apegó puntualmente a lo establecido en el código penal.

[40] CCJ "MJML", 2, F-EM/S-1er JDT/ Se P/ AÑO 1877/48/ 48, fs. 199.

[41] Rodríguez de San Miguel, Juan N., *op. cit.*, p. 649.

[42] *Novísima Recopilación de las leyes de España dividida en XII Libros.... Mandada formar por Don Carlos IV*, Tomo V, Impresa en Madrid, Año 1805, edición digital propia.

Tres décadas más tarde, cuando podría suponerse que con tal distancia cronológica y con los códigos en pleno vigor, las circunstancias podrían ser diferentes, encontramos en 1907 el expediente penal "Contra Juan Portillos y comps por circulacion de moneda falsa". El razonamiento del juez, en su sentencia, fue el siguiente:

Contra Bernabé Conejo, originario de Salamanca, del Estado de Guanajuato, y vecino del pueblo de Santa Cruz del mismo Estado, de veinte años de edad, soltero, tejendero, José Vidal Romero originario de la ciudad de Juan de los Aldamas, perteneciente al mismo Estado, de treinta y ocho años de edad, soltero, zapatero; Juan Portillo, del mismo origen, de diez y nueve años de edad, soltero, pintor, y Porfirio Portillo, de la misma vecindad, de catorce años, soltero, albañil; acusados de los delitos de fabricacion y circulacion de moneda falsa... Considerando 1º Que el delito de circulacion de moneda falsa esta plenamente probado, no así el de su fabricacion. Considerando 2º Que la responsabilidad de este delito, el de circulacion, no resulta contra Bernabe Conejo; pues por lo actuado consta ser quien pretendio pagar con una moneda falsa el pulque, que tanto él como los demas acusados tomaron en el pueblo de San Martin, con la circunstancia de haber sido reconocido en rueda de pares, por Sabas Osorio, hermano de la vendedora. Consierando 3º. Que las monedas recojidas, segun la opinion de los peritos, son de plomo y estaño. Considerando 4º. Que acusados Somera, Juan y Porfirio Portillo, desde un principio han estado negativos, no resultando en su contra mas, que los dichos de Conejo y Pomposa Vazquez, dichos que no merecen ninguna fé y credito, por tenerle condicion de ser Conejo y Vazquez complices ó coreos en la misma causa, segun lo prevenido en la ley 21 tit 15 Part. 3ª. ´El complice del delito no es suficiente testigo contra el compañero de él.´ Considerando 5º que la declaracion hecha por Somera en su declaracion de fs. 15, no debe darsele valor alguno, una ves que en el mismo acto la retracte, lo que la hace ineficaz... artículos 39 frac IV-49-66-67-156-218. Código Penal, 674 del mismo Codigo reformado leyes 26 tit. 1º Part. 7ª 2 tit. 16 lib. 11 N. R. articulo 18º constitucional y 8º del ya citado Codigo Penal... se da por compurgado á Bernabe por el delito de circulacion de moneda falsa, con la prision sufrida... se le amonesta para que no reincida... se sobresee respecto de Vidal Somera, Juan y Porfirio Portillo, bajo fianza de veinticinco pesos á cada uno.[43]

No parece relevante seguir refiriéndonos de forma puntual a los artículos y ordenamientos señalados por el juzgador —varios han sido referidos en los expedientes previos—, pero sí cabe destacar que, igual que en décadas previas, aparecen entre mezclados el derecho de Antiguo Régimen y el Código Penal; de la misma manera, toda la argumentación jurídica es para atemperar el rigor del castigo, en este caso particular, es para liberar a los acusados, "después de la prisión sufrida". Todo prácticamente de la misma forma como sucedía a principios de siglo en el Valle de Toluca, en lo que se conocía entonces como la baja justicia, y que hemos podido documentar con amplitud.

[43] CCJ "MJML", 2, F-EM/S-1er JDT/ Se P/ AÑO 1907/65-119/ 65, fs. 107.

4. Comentarios finales

Los siete expedientes revisados, de forma particular las respectivas sentencias por la acuñación y circulación de moneda falsa, evidencian la difícil transición entre el derecho del Antiguo Régimen y el derecho racionalista y positivista representado por el Código penal de 1871. Seguramente la mayoría de los abogados y juzgadores que participaron en esos casos fueron educados todavía en la tradición de lo que Víctor Tau denominó el "casuismo", pero también es cierto que la mayoría de ellos conocía el Código Penal, sobre todo en el caso de los juzgadores que después de 1871 tenían que "aplicarlo".

Un primer comentario general es que seis de los siete expedientes temporalmente están dentro de la vigencia del Código Penal y en cuatro de ellos los juzgadores sentenciaron usando el "arbitrio judicial", que fue citado con mayor o menor exactitud. Es decir, queda claro que la experiencia previa de varios siglos del uso del arbitrio judicial trascendió claramente después de la entrada en vigor del Código de 1871, que tenía como uno de sus principales objetivos suprimirlo. Sin saber si fue por decisión o distracción, a los juzgadores no les fue fácil alejarse de la aplicación del derecho del Antiguo Régimen, ni prescindir del uso del arbitrio judicial y adaptarse a la aplicación exclusiva del Código. Ambas formas de vivir el Derecho convivieron en un proceso de transición que no sabemos exactamente cuándo terminó, pero que seguramente llevó varios años más después de 1910.

Otro elemento que vale la pena comentar es que en los siete expedientes expuestos las penas fueron leves, probablemente porque los delitos cometidos no fueron de gran envergadura; no obstante —hay que señalarlo—, siempre es revelador observar esa tendencia y, más todavía, saber que coincide con lo acontecido en el Valle de Toluca en las primeras décadas del siglo XIX. Sugerente que sea en los extremos temporales del siglo, aun cuando sean jurisdicciones distintas. Pensamos que el rigor y crudeza del derecho del Antiguo Régimen, narrados de forma prolija y seductora por destacados juristas, como Francisco Tomás y Valiente en su libro *El derecho penal de la monarquía absoluta*,[44] es más bien una leyenda negra; como ya lo han señalado otros investigadores para el caso español. No dudamos que en ciertos casos fuera utilizado con todo rigor, pero la experiencia documental que hemos tenido en períodos distintos es diferente, por ello, suponemos que es más bien la excepción. Hemos constatado que la institución jurídica del arbitrio judicial fue usada precisamente como la llave para atemperar ese rigor.

[44] *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Madrid, Tecnos, 1992.

Sabemos también que el discurso de personajes de la talla del Marqués de Becaria, en su famosa obra *De los delitos y las penas*, que iba en dirección de la construcción de la leyenda, caló hondo y dio paso a lo que se conoce como la "dulcificación del Derecho Penal".

Para terminar, podemos decir que lo que tenemos documentado en este trabajo y otros relacionados son indicios que nos muestran que antes y después de la promulgación del Código Penal, los jueces —a veces de forma menos técnica o en ocasiones de forma más elaborada e independientemente del delito de que se trate— se inclinaron a disminuir el rigor de las penas. Esto último nos parece lo más revelador, pues, antes o después del Código y de cualquier manera que se haya aplicado, destaca que los juzgadores en repetidas ocasiones encontraron la forma de atenuar el castigo. Y la aplicación del Código, hay que reiterarlo, fue poco a poco. A veces, con retrocesos, sobreponiéndose a la "vieja legislación". Al menos hasta finales del Porfiriato, siguió haciéndose referencia a él una y otra vez. Habrá que seguirlo documentando.

TABLA DE EXPEDIENTES

No.	AÑO	EXPEDIENTE
1	1869 - 1870	Falsa amonedación
2	1869 - 1870	Infidencia y otros excesos
3	1869 - 1869	Infidencia
4	1869 - 1870	Sublevación
5	1871 - 1872	Circulación de moneda falsa
6	1872 - 1872	Peculado
7	1873 - 1873	Monederos falsos
8	1873 - 1873	Faltas a la autoridad
9	1873 - 1880	Abusos electorales
10	1874 - 1874	Falsificación de moneda
11	1874 - 1876	Abuso de facultades
12	1876 - 1878	Abuso de autoridad
13	1876 - 1877	Robo
14	1876 - 1876	Circulación de moneda falsa
15	1877 - 1879	Peculado
16	1877 - 1878	Circulación de moneda falsa
17	1877 - 1878	Celebración pública y solemne de varios actos religiosos fuera de los templos
18	1879 - 1880	Extracción de correspondencia
19	1885 - 1911	Delito previsto por la ley de 14 de diciembre de 1874, art. 15, frac. 4ª
20	1885 - 1891	Peculado
21	1894 - 1900	Rebelión
22	1895 - 1897	Abuso de autoridad y omisión en el cumplimiento de sus deberes
23	1896 - 1899	Injurias á los empleados del Ministro de Fomento y ofensas á la Nación
24	1899 - 1899	Fraude
25	1901 - 1905	Peculado y falsedad
26	1903 - 1903	Robo
27	1907 - 1908	Circulación de moneda falsa
28	1908 - 1909	Robo de estampillas
29	1910 - 1910	Circulación de moneda falsa

TERCERIZACIÓN LABORAL 2004 Y SUBCONTRATACIÓN LABORAL 2012

Mariana TENREIRO DE KAYE
Dionisio J. KAYE

Desde la entrada en vigor, de la Ley Federal del Trabajo, el 1° de mayo de 1970, en la que se desplegaron algunas nuevas prestaciones, en favor de la clase trabajadora, tales como el *Aguinaldo Obligatorio*, la *Prima de Vacaciones*, concluyendo que por cada peso que un trabajador se lleva al bolsillo, el empleador gasta, casi un 40% más en una serie de prestaciones que las leyes, conceden a los trabajadores, por ejemplo:

* Vacaciones: seis días por año.
* Prima vacacional: 25% del salario de los días de vacaciones.
* Aguinaldo: 15 días de salario, como mínimo, por año completo de servicios.
* Días de descanso semanal y obligatorio: 52 domingos y 8 días festivos
* Seguro Social: 28.675% del salario mínimo.
* Prima Dominical 25% del salario de ese día.
* Habitación: 5% del salario.
* Ahorro para el retiro: 2% del salario diario.
* Impuesto Local sobre Nóminas: 2% de la erogación total.

Total del costo de prestaciones legales y cargas sociales: 38.955%.

Concluyendo que su valor era muy alto, los especialistas en Relaciones Industriales y en Administración de Empresas, empezaron a estudiar y diseñar estrategias, para reducir el impacto económico de la Nueva Ley, y sólo, encontraron varios métodos para desvirtuar la existencia de una relación laboral.

Algunos de estos métodos, se tradujeron en verdaderos "fraudes a la Ley Laboral" que fueron detectados y destruidos por el Instituto Mexicano del Seguro Social, practicando visitas domiciliares, con las que lograba la afiliación de muchos trabajadores, no reconocidos como tales por sus patrones. En efecto, las empresas con un importante volumen de ventas a domicilio, celebraban con sus vendedores contratos de Comisión Mercantil; quienes contrataban profesionistas, para diferentes labores internas, de tipo administrativo, docente, control de calidad y producción, celebraban contratos de Prestación de Servicios rofesionales; los que contrataban personal para escribir artículos periodísticos, manuales internos, apuntes de clase, celebraban contratos de "Obra por encargo, en términos de la Ley Federal de Derechos de Autor.

La batalla de ciertas empresas para desvirtuar la existencia de una relación laboral, ha sido continua y sin tregua y la vivimos muy enfáticamente al inicio de este siglo, en que algunas organizaciones quisieron universalizar en México una figura, que ellos mismos denominaron "*Out Sourcing*" o "Tercerización Laboral", que consistió en transformar a los trabajadores, según su trabajo, en Socios de Sociedades Cooperativas de Producción (normalmente a obreros) o en Socios de Sociedades en Nombre Colectivo o de Sociedades Civiles Universales, contempladas en el Código Civil del Estado de Yucatán. (normalmente a empleados de oficina).

Independientemente de que esta estrategia sí desvirtuaba la existencia de una Relación Laboral, se llevaba a cabo con fines de Evasión Fiscal, ya que a los cooperativistas y socios de Sociedades en Nombre Colectivo se les pagaban sus sueldos, vía fondo de Previsión Social o via "Alimentos" que estaban exentos del Impuesto Sobre la Renta; aún cuando para el Impuesto Empresarial a Tasa Única, el importe de la nómina no era deducible, se hacía deducible via pago de prestación de Servicios y aprovechándose de una Resolución Judicial, en el sentido de que Socios o Accionistas no eran sujetos de aseguramiento, ante el IMSS, dejaron de afiliar a todos esos miembros de Sociedades Cooperativas de Producción, de Sociedades en Nombre Colectivo o Civiles Universales eludiendo el pago de cuotas al IMSS, al INFONAVIT y al SAR, así como los Impuestos Sobre Nóminas.

En vista de lo que hemos señalado en párrafos anteriores, el servicio de administración Tributaria, el año de 2008, emitió el siguiente Criterio:

> 05/ISR. Sociedades cooperativas. Salarios y previsión social. Se considera que realiza una práctica fiscal indebida:
>
> I. Quien para omitir total o parcialmente el pago de alguna contribución o para obtener un beneficio en perjuicio del fisco federal, *constituya o contrate de manera directa o indirecta a una sociedad cooperativa*, para que ésta le preste servicios idénticos, similares o análogos a los que sus trabajadores o prestadores de servicios le prestan o hayan prestado.
>
> II. *La sociedad cooperativa que deduzca las cantidades entregadas a sus socios cooperativistas, provenientes del Fondo de Previsión Social, así como el socio cooperativista que no considere dichas cantidades como ingresos por los que está obligado al pago del ISR.*
>
> III. Quien asesore, aconseje, preste servicios o participe en la realización o la implementación de cualquiera de las prácticas anteriores.
>
> Este criterio también es aplicable a las sociedades en nombre colectivo o en comandita simple.

Para combatir estas prácticas, se unieron el IMSS, el INFONAVIT y el SAT, practicando visitas domiciliares a estos sujetos y a los despachos de abogados y contadores, que vendían este tipo de servicios, accionando la actividad de la Procuraduría Fiscal de la Federación: denunciar el Delito de Defraudación Fiscal a dichos sujetos.

En las **Reformas a la Ley Federal del Trabajo año del 2012**, surge la figura del ***Contrato de Sub Contratación Laboral.***

Independientemente de que esta figura (tercerización Laboral con Sociedades Cooperativas o en Nombre Colectivo), fue satanizada por el SAT e IMSS desde el 2009, por haberse utilizado, básicamente para dejar de pagar Impuesto sobre la Renta y Aportaciones al IMSS y al INFONAVIT, la Reforma recoge la Subcontratación laboral, para que pueda ser utilizada legítimamente, por las Empresas, a partir de diciembre del 2012.

En el texto de la Reforma, esta figura Tercerización con Sociedades Cooperativas o Sociedades del año 2012, introduce la Subcontratación laboral, que define en el Artículo 15 A de dicha Ley, como: "El trabajo en régimen de subcontratación es aquel por medio del cual, un Patrón, llamado Contratista ejecuta obras o presta servicios con sus trabajadores bajo su dependencia, a favor de un Contratante, persona física o moral la cual fija las tareas del Contratista y lo supervisa en el desarrollo de los servicios o la ejecución de las obras contratadas".

Bajo esta definición en estos casos debe existir un contrato escrito, entre Contratante y Contratista y además, la Empresa Contratante debe cerciorarse, al momento de celebrar el contrato, que la Contratista, cuenta con la documentación que reflejen que tiene *elementos propios suficientespara cumplir con sus Obligaciones Patronales* con los trabajadores (Artículo 15 B).

Durante el desarrollo de la sub-contratación, la empresa Contratante de los servicios de la Contratista debe cerciorarse permanentemente que la Contratista, cumpla con las disposiciones en materia de salud, seguridad y medio ambiente, respecto de sus trabajadores.

Conforme al Artículo 127 Reformado: Los trabajadores del establecimiento, forman parte de la empresa para efectos del Reparto de Utilidades a los Trabajadores.

En el año 2012, el Poder Judicial Federal, emitió el criterio Jurisprudencial, que a continuación se transcribe y que hoy se aplica contundentemente al Régimen de Sub Contratación Laboral:

> CONTRATO CIVIL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES. SI A TRAVÉS DE ÉL UN TERCERO SE OBLIGA A SUMINISTRAR PERSONAL A UN PATRÓN REAL CON EL COMPROMISO DE RELEVARLO DE CUALQUIER OBLIGACIÓN LABORAL, AMBAS EMPRESAS CONSTITUYEN LA UNIDAD ECONÓMICA A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 16 DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO Y, POR ENDE, LAS DOS SON RESPONSABLES DE LA RELACIÓN LABORAL PARA CON EL TRABAJADOR, y se localiza en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro V, p.1991, Materia Laboral, Tesis: I.3o.T. J/28 (9a.), Jurisprudencia, Registro 160324, febrero de 2012.

Como puede verse, este criterio del Poder Judicial Federal, está muy acorde, con lo dispuesto en el Artículo 16 de la Ley Federal del Trabajo, y aquí se considera que "Contratante" y "Contratista" constituyen la "UNIDAD ECONÓMICA", referida en este numeral, máxime que desde el Artículo 123 constitucional se hace mención de que los trabajadores, tienen el derecho de participar en las utilidades de la *empresa* y aquí, debe considerarse que, la nueva Fracción IV Bis del Artículo 127 de la Ley Federal del Trabajo, considera que los trabajadores del establecimiento de una empresa, forman parte de ella para los efectos de la Participación de Utilidades.

Subsisten las Reformas al Artículo 15 de la Ley del Seguro Social de 2010, para considerar "RESPONSABLES SOLIDARIOS" a Contratista y Contratante.

En el Artículo 1004 C de la Ley reformada, se contempla una sanción de 250 a 5000, veces el Salario Mínimo, a quien utilice, el Régimen de Sub-Contratación en forma dolosa, misma que define el Artículo 15 D, que es simular salarios y prestaciones menores, a los contratistas o beneficiarios de los servicios, que tengan simultáneas relaciones de trabajo de carácter mercantil o civil, respecto a los mismos trabajadores.

La Reforma legitimiza la subcontratación, siempre y cuando, se cumplan las siguientes condiciones:

i. No puede abarcar la totalidad de las actividades que se desarrollen en el centro de trabajo.
ii. Debe justificarse, por su carácter especializado que no son parte de las labores ordinarias del centro de trabajo.
iii. No puede comprender tareas iguales o similares a las que realizan el resto de los trabajadores al servicio del contratante.
iv. De no cumplirse estos requisitos, el Contratante, se considerará patrón (de los trabajadores del Contratista, para todos los efectos de ley, incluyendo los de seguridad social (último párrafo del Artículo 15 B).

El contrato que se celebre entre Contratista y Contratante, debe constar por escrito; debiendo el Contratante de cerciorarse de que el Contratista, cuenta con elementos propios suficientes, para cumplir sus obligaciones, con sus trabajadores.

Además, la empresa Contratante, debe cerciorarse de que la empresa Contratista, cumple con sus obligaciones, con sus trabajadores, el IMSS, INFONAVIT, SAT y SAR. Para esto, la empresa contratante debe contratar a una Unidad de Verificación debidamente acreditada ante la Secretaría del Trabajo y Previsión Social.

Como puede verse, la Reforma legitima la figura de la subcontratación, mas se aclara en el Artículo 1004-C que quien utilice en forma dolosa, esta figura, se le impondrá multa de 250 a 5000, veces el salario mínimo general del D. F. (Se entiende forma dolosa como la transferencia de trabajadores de la Contratante a la Contratista, a fin de disminuir, sus derechos laborales).

De igual manera, se considerará doloso, el usar la figura para reducir impuestos y aportaciones de seguridad social.

ANTE LA COMISIÓN DEL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS ¿ES EFECTIVO EL JUICIO DE AMPARO?

Laura G. Zaragoza Contreras*
Juan José Pulido Rogel**

Sumario: 1. Introducción. 2. El Sistema Interamericano, recurso judicial efectivo y la desaparición forzada de personas. 3. La Reforma constitucional sobre Derechos Humanos en México. 4. Ley de Amparo reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 5. Reflexiones finales. 6. Fuentes consultadas.

1. Introducción

En el sistema jurídico mexicano se perciben dos tipos de cambios, unos que son producto de la propia evolución de la sociedad y otros que son consecuencia de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que ha condenado al Estado mexicano. Uno de los cambios, quizá el más profundo es consecuencia del litigio *Radilla Pacheco vs. México,* ya que abarcó desde la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, hasta la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 constitucionales.

* Doctora en Ciencias Sociales y Políticas por la Universidad Iberoamericana. Profesor-Investigador de la Escuela Judicial del Estado de México. Correo: laurazaragozacontreras@live.com.mx
** Licenciado en Derecho y estudios de Maestría en Derecho de Amparo en el Centro de Estudios Jurídicos de México. Correo: pulidorogel@hotmail.com

La reforma constitucional realizada en junio de 2011 modificó el texto constitucional y, en el Artículo 1°, se estableció el reconocimiento de la progresividad de los Derechos Humanos, el control difuso de la Constitución y de los tratados internacionales de los que México es parte, la incorporación del principio *pro persona* como rector de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, así como las garantías a través de las cuales el gobernado busca su eficacia, cuando las autoridades desconozcan o trasgredan los derechos fundamentales reconocidos en la *Ley suprema de toda la unión.*[1]

En cuanto a la Ley de Amparo, reglamentaria de los Artículos 103 y 107 constitucionales vigente a partir del 3 de abril de 2013, se introdujeron normas y principios que vinieron a revolucionar el amparo pues ahora, ya no sólo se reconoce un interés jurídico sino también un interés legítimo y colectivo; se estableció que la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de la jurisprudencia puede hacer una declaratoria general de inconstitucionalidad de una norma;[2] la procedencia del juicio de amparo contra actos u omisiones de las autoridades a las que se les atribuye el acto reclamado, y en lo que interesa, precisamente en el Artículo 15, se contempla la procedencia del amparo en los casos de desaparición forzada de personas.

En el presente estudio se revisa si el juicio de amparo cumple con los estándares internacionales, específicamente con lo dispuesto en el Artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,[3] que contempla la figura del recurso judicial efectivo, aunado a que el papel del juez constitucional se puede ver tergiversado con el de investigador, pues no debe perderse de vista que su función es juzgar como intérprete de la Constitución y de los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte.

[1] Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

[2] Siempre y cuando existan cinco precedentes consecutivos en un mismo sentido y ninguno en contra.

[3] En relación con el Artículo 8 de la misma Convención.

2. El Sistema Interamericano, recurso judicial efectivo y la desaparición forzada de personas

La Convención Americana sobre Derechos Humanos es el instrumento base del Sistema Interamericano de Promoción y Protección de Derechos Humanos, conjuntamente con la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, en ella se regula la existencia de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[4] Fue adoptada el 22 de noviembre de 1969 y entró en vigor el 18 de julio de 1978. México depositó su instrumento de adhesión en la Secretaría General de la OEA el 24 de marzo de 1981, por lo que entró en vigor en nuestro país en esa fecha y pasó a formar parte del bloque de constitucionalidad que reconoce el Artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En diciembre de 1998 siendo presidente de la República Ernesto Zedillo Ponce de León, mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* se reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana.

De lo anterior se desprende que la base y el fundamento del Sistema Interamericano se encuentra en la Convención Americana, la cual consta de 82 Artículos, misma que ofrece una estructura y un contenido amplios en la materia de su objetivo y fin, que es la dignidad humana a través de la preservación de los derechos fundamentales, las cuales de acuerdo con García Ramírez se pueden distinguir en:

a) Obligaciones generales de los Estados (obligación de respetar los derechos y deber de adoptar disposiciones de derecho interno);
b) Relación de derechos y libertades;
c) Órganos de protección (Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos);
d) Medios de prevención específica;
e) Consecuencias jurídicas del hecho ilícito (que integra la normatividad sobre reparaciones);
f) Normas de interpretación;
g) Restricciones y suspensiones; y,
h) Disposiciones diversas sobre vigencia del tratado.

[4] Acerca de la formación del Derecho Interamericano de Derechos Humanos y sus órganos de supervisión, *cfr.,* García Ramírez, Sergio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

Dentro de la estructura de la Convención Americana, se encuentra el recurso judicial efectivo, contemplado en el Artículo 25 de dicho ordenamiento internacional, el cual debe ser un instrumento accesible al mayor número de personas, sencillo, eficaz y primordialmente garante de los Derechos Humanos.

Bajo esa premisa, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido mediante criterios aislados que, el juicio de amparo dentro del sistema jurídico mexicano constituye el recurso judicial efectivo, ya que permite al órgano jurisdiccional de amparo emprender un análisis para establecer si ha habido o no una violación a los Derechos Humanos de los justiciables solicitantes y, en su caso, proporcionar una reparación, lo que se advierte de los Artículos 1° fracción I; 5° fracción I párrafo primero; 77 y 107 fracción I de la Ley de Amparo.[5] Interpretación del más Alto Tribunal que se comparte en términos generales, ya que en efecto, el juicio de amparo resulta ser ágil, sencillo y eficiente para el gobernado a quien se le han vulnerado sus derechos; sin embargo, cuando el acto reclamado se trate de desaparición forzada de personas cabe hacer algunas reflexiones.

Pero antes de exponer los argumentos que llevan a considerar que el juicio de amparo no cumple con los estándares para ser considerado como el recurso judicial efectivo, contemplado en el Artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, vale la pena citar los primeros intentos por definir este delito por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual se encuentra en la sentencia dictada el 29 de julio de 1988 en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* que señala:

> La desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar. El secuestro de la persona es un caso de privación arbitraria de libertad que conculca, además, el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su arresto, que infringe el Artículo 7 de la Convención que reconoce el derecho la libertad personal.

Cabe acotar que la desaparición forzada de personas, la privación ilegal de la libertad e incluso el secuestro son figuras típicas diferentes, pues en

5 Tesis 2a. IX/2015 (10a.), Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la página 1771, libro 15, tomo II, febrero de 2015, materia constitucional, décima época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de rubro: "RECURSO JUDICIAL EFECTIVO. EL JUICIO DE AMPARO CUMPLE CON LAS CARACTERÍSTICAS DE EFICACIA E IDONEIDAD A LA LUZ DEL Artículo 25 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

estas dos últimas la privación de la libertad se da solamente entre particulares esto es, que en la comisión de dichos delitos el sujeto activo es uno o varios particulares los que cometen el agravio en contra de otros particulares; en cambio, para que se configure la figura típica de la desaparición forzada debe existir la intervención por parte de un agente del Estado (autorización, apoyo o aquiescencia del Estado), que la Corte Interamericana ha considerado como una violación múltiple y continuada de los derechos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre ellos, el derecho a la vida, integridad personal y la libertad personal.

Una vez que la Corte Interamericana de Derechos Humanos definió el delito de desaparición forzada de personas, los criterios internacionales rechazaron esta práctica que trascendió a la creación de pactos internacionales vinculantes para los Estados que los han suscrito, de los que destacan la Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada por la Organización de Estados Americanos el 9 de junio de 1994, en la ciudad de Belém do Pará, Brasil, que en su preámbulo considera a la desaparición forzada de personas como "una grave ofensa de naturaleza odiosa a la dignidad intrínseca de la persona humana", asimismo, en su Artículo II señala que:

> Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometidas por Agentes del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de la libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con la cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

Adicionalmente, el 20 de diciembre de 2006, en el Sistema Universal de Derechos Humanos se suscribió la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, pacto vinculante que retoma la definición de la Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas, que señala:

> A los efectos de esta Convención, se entenderá por desaparición forzada el arresto, la detención, el secuestro o cualquier forma de la privación de la libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupo de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola de la protección de la ley.

BIBLIOTECA
ESCUELA LIBRE DE DERECHO

De los diferentes conceptos y definiciones de desaparición forzada de personas citados, se encuentra que dicha figura típica se caracteriza por: 1. Privación de la libertad de una o más personas; 2. Que esa conducta se realice con la intervención del Estado a través de la actuación de sus agentes, o por personas o grupos tolerados por ellos mismos; 3. El reconocimiento de la detención y de la negativa a dar información sobre el paradero de la o las víctimas; y 4. Impedimento del ejercicio de recursos legales (el no acceso a las garantías procesales del caso); por tanto, el juicio de amparo debe ser un recurso judicial con el que se pueda investigar, encontrar y en su caso restituir al o a los desparecidos en de los derechos fundamentales de vida, integridad personal y libertad, lo que en la práctica no ocurre.

3. La Reforma constitucional sobre Derechos Humanos en México

En 2009 inició y en 2011 concluyó la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, derivada de los compromisos internacionales adquiridos por México[6] a través de las diversas Convenciones que celebró y de las sentencia emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre las que destaca la sentencia emitida en el caso *Rosendo Radilla Pacheco vs. México,* quien fue privado de la libertad y desparecido en el periodo llamado "guerra sucia".

A partir de entonces, la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver sobre el cumplimiento que el Estado mexicano tenía que dar a esa resolución en el expediente de varios 912/2010 de 14 de julio de 2011, estableció que todos los juzgadores de este país debían realizar un control *ex officio* así como un control difuso de la constitucionalidad y convencionalidad, además de

[6] Además cabe cuestionar si la Corte Interamericana de Derechos Humanos era competente para conocer de hechos ocurridos en 1974, ya que en ese año no existía el tipo penal que pudiera imputarse a persona alguna ya que el Estado mexicano ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica" el 24 de marzo de 1981 (Adhesión) y entró en vigor en México el 24 de marzo de 1981 (publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de mayo de 1981). En consecuencia, cabe preguntar si existía la obligación internacional de acatar los puntos por los que se condenó al Estado mexicano ya que este reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 16 de diciembre de 1998 y ratificó la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas en abril de 2002. El procedimiento se inició contra el Estado mexicano, por hechos relacionados por la desaparición forzada de personas y se le condenó por hechos y circunstancias que constituyen violación a los derechos a la vida sin que se declarara la presunción de muerte del señor Radilla Pacheco quien debe recordarse que en 1974, tenía 60 años de edad. Para dar respuesta a estas preguntas *cfr.* Trujillo Sánchez, Aníbal, *La Corte Penal Internacional. La cuestión humana versus la razón soberana,* pp. 450 y ss.

resolver que la jurisprudencia de la Corte Interamericana resulta orientadora (razonamiento que fue modificado en el engrose de la contradicción de tesis 293/2011 donde se estableció que la jurisprudencia de la Corte es de carácter vinculante), situación que llevó al poder reformador de la constitución a incluirlo en todas las modalidades dentro del texto fundamental.

No obstante que el caso Radilla Pacheco fue uno de los motivos principales para que se materializara la reforma constitucional sobre Derechos Humanos, debe observarse que dicho proceso reformador comenzó desde el año 2009 con una serie de iniciativas al respecto, donde se aprobó un primer dictamen el 23 de abril de ese año,[7] donde las comisiones encargadas de su elaboración sostuvieron que:

> pretende dotar a la Constitución de los elementos y mecanismos necesarios para garantizar la máxima protección de los derechos humanos, así como dar cumplimiento a las obligaciones internacionales que en este materia ha reconocido nuestro país con la firma y ratificación de diversos tratados internacionales de derechos humanos, para incorporar un régimen más amplio de protección de los derechos humanos en el país.

Después de dicho dictamen y de las discusiones que a partir de ella surgieron en la Cámara de Senadores y Diputados, se estableció que el Artículo 1° constitucional llevaría la siguiente redacción:

> Toda persona gozará de los derechos humanos reconocidos por la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por México", y prevé que las garantías "serán las que establezcan la Constitución y las leyes que de ella emanen.

En este apartado es necesario hacer una pausa para reflexionar sobre la importancia y trascendencia de esta reforma para el sistema jurídico mexicano, pues el Título Primero, Capítulo I, de la Constitución General de la República se denominaba *De las Garantías Individuales* y fue reemplazado por *De los Derechos Humanos y sus Garantías*,[8] modificación que hizo el Constituyente Permanente en razón de que las garantías individuales no son derechos públicos subjetivos sino el instrumento de protección de los mismos; esto es, que las garantías son los medios por los que se buscará la protección de los derechos, situación que se podía vislumbrar en el criterio de la Suprema

[7] Dictamen de la Cámara de Diputados del 23 de abril de 2009.

[8] Expresión que fue tomada en cuenta de las sugerencias de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos a fin de superar deficiencias estructurales que obstaculizan la plena eficacia y práctica de los derechos.

Corte de Justicia de la Nación,[9] donde establece que las garantías individuales se encuentran consagradas en los Artículos 14 y 16 constitucionales, como lo son el debido proceso y la fundamentación y motivación en todo acto de autoridad, así como la garantía de la aplicación de la ley en cuanto a los procedimientos seguidos ante los tribunales.

Tomando en consideración que las garantías individuales han dejado de ser los derechos subjetivos que otorga la Constitución, para ser los medios de salvaguarda de las prerrogativas fundamentales, los cuales ahora se consideran los medios de control constitucional que la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce, como son primordialmente el juicio de amparo, las controversias constitucionales, las acciones de inconstitucionalidad, el juicio político, entre otros; se generó la necesidad de una nueva Ley de Amparo que parta de la base que dicho juicio ahora es una garantía para la efectiva protección de los Derechos Humanos, por lo que debe cumplir con los estándares y las necesidades derivadas de la reforma al Artículo 1° constitucional.

4. Ley de Amparo reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (vigente a partir de abril de 2013)

A partir de que México reconoció la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el carácter vinculante de sus sentencias; y, al materializarse la reforma *constitucional* de junio de 2011, se generaron nuevos paradigmas, entre ellos, el reconocimiento de los Derechos Humanos y las garantías para su protección, surgió la necesidad de una nueva Ley de Amparo la cual debía ser acorde a las exigencias del nuevo sistema jurídico mexicano, sin que con ello perdiera la esencia que por más de un siglo conservó, pues como señaló Arellano García: *El amparo mexicano es la institución jurídica por la que una persona física o moral, denominada quejosa, ejercita el derecho de la acción ante un órgano jurisdiccional federal o local, para reclamar de un órgano del Estado, federal, local o municipal, denominado 'autoridad responsable', un acto o ley que el citado quejoso estima, vulnera sus garantías individuales o el que se les restituya o mantenga en el goce de sus presuntos derechos, después de agotar los medios de impugnación ordinarios*,[10] acotando lo señalado en cuanto a que las denominadas "garantías

[9] *Semanario Judicial de la Federación* y su gaceta, IV, octubre de 1996, tesis I.6°.c.28 k, p. 547.

[10] Arellano García, Carlos, *El Juicio de Amparo*, p. 333.

individuales" fueron reemplazadas en el texto constitucional por los "Derechos Humanos" que otorgan una protección más amplia al gobernado.

En ese contexto, y atendiendo a las necesidades tanto del derecho interno como de fuente internacional, el 3 de abril de 2013, entró en vigor la *Nueva Ley de Amparo*, que trajo consigo novedades puesto que en primer lugar, la procedencia del juicio se da ya no sólo en contra de actos, sino también de omisiones de las autoridades señaladas como responsables; el legislador reconoció un interés legítimo y jurídico (este último tradicionalmente reconocido); el juicio de amparo podrá ser promovido a través de una colectividad (acciones colectivas); señala la manera que ahora se integra la jurisprudencia y los órganos emisores de ésta; la declaratoria general de inconstitucionalidad de una norma a través de la jurisprudencia que al respecto emita la Suprema Corte de Justicia de la Nación (con las reglas específicas establecidas) y, en lo que interesa en el presente estudio, se incluye en el Artículo 15 de la Ley en comento la procedencia del Juicio de Amparo en los casos de desaparición forzada de personas.

Con base en lo anterior surge la interrogante: ¿Por qué el legislador incluyó a la desaparición forzada como acto de autoridad contra el que resulta procedente el juicio de amparo? El hecho de que los legisladores incluyeran a la desaparición forzada de personas como un acto de autoridad contra el que el resulta procedente el juicio de amparo, se debe a que como se ha establecido, México suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos como país integrante de la Organización de Estados Americanos (OEA) y aceptó la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la fuerza vinculante de sus resoluciones aunado a ello, la reforma constitucional de 2011 trajo consigo una obligación a todas las autoridades de este país para que desde el ámbito de sus competencias tiene la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los Derechos Humanos reconocidos por la "Ley suprema de toda la unión",[11] y al ser el Juicio de Amparo el medio de control constitucional por excelencia para la restitución de los derechos fundamentales vulnerados por la autoridad; le fue fácil al legislador contemplar ahora la desaparición forzada como acto contra el que resulta procedente el juicio de amparo, sin tomar en consideración los problemas que en la práctica surgen así como los obstáculos legales que durante el procedimiento del juicio surgen, puesto que de haber sido así, no hubiera contemplado dicha figura típica en la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 constitucionales.

[11] Artículo 133 constitucional.

5. Reflexiones finales

Un primer problema al que, en la práctica se enfrenta el gobernado al promover el Juicio de Amparo contra actos de desaparición forzada, es el interés jurídico, pues la aplicación literal de la figura jurídica de "parte de instancia agraviada", en estos casos podría dar lugar a tener por no presentada la demanda de amparo, lo que significa un obstáculo procesal para llegar a una sentencia.

Por otra parte, del contenido del Artículo 15 de la Ley de Amparo,[12] se desprenden obstáculos que imposibilitan a que se le denomine al Juicio de Amparo como el recurso judicial efectivo tratándose de desaparición forzada de personas, la primera de ellas se encuentra en el párrafo cuarto del Artículo en cita, ya que establece que de no lograrse la comparecencia del agraviado se ordenará suspender el procedimiento (suspensión que se hace por un año); sin embargo, tratándose de estos casos no debe de suspenderse el procedimiento, pues se debe obtener por todos los medios posibles la localización del agraviado o desaparecido, pues si se trata de un recurso judicial efectivo de acuerdo con el Artículo 25, numeral 1, en relación con el Artículo 8 de la

[12] Artículo 15. Cuando se trate de actos que importen peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento, incomunicación, deportación o expulsión, proscripción o destierro, extradición, desaparición forzada de personas o alguno de los prohibidos por el Artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como la incorporación forzosa al Ejército, Armada o Fuerza Aérea nacionales, y el agraviado se encuentre imposibilitado para promover el amparo, podrá hacerlo cualquiera otra persona en su nombre, aunque sea menor de edad.

En estos casos, el órgano jurisdiccional de amparo decretará la suspensión de los actos reclamados, y dictará todas las medidas necesarias para lograr la comparecencia del agraviado.

Una vez lograda la comparecencia, se requerirá al agraviado para que dentro del término de tres días ratifique la demanda de amparo. Si éste la ratifica por sí o por medio de su representante se tramitará el juicio; de lo contrario se tendrá por no presentada la demanda y quedarán sin efecto las providencias dictadas.

Si a pesar de las medidas tomadas por el órgano jurisdiccional de amparo no se logra la comparecencia del agraviado, resolverá la suspensión definitiva, ordenará suspender el procedimiento en lo principal y se harán los hechos del conocimiento del Ministerio Público de la Federación. En caso de que éste sea autoridad responsable, se hará del conocimiento al Procurador General de la República. Cuando haya solicitud expresa de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, se remitirá copia certificada de lo actuado en estos casos.

Transcurrido un año sin que nadie se apersone en el juicio, se tendrá por no interpuesta la demanda.

Cuando, por las circunstancias del caso o lo manifieste la persona que presenta la demanda en lugar del quejoso, se trate de una posible comisión del delito de desaparición forzada de personas, el juez tendrá un término no mayor de veinticuatro horas para darle trámite al amparo, dictar la suspensión de los actos reclamados, y requerir a las autoridades correspondientes toda la información que pueda resultar conducente para la localización y liberación de la probable víctima. Bajo este supuesto, ninguna autoridad podrá determinar que transcurra un plazo determinado para que comparezca el agraviado, ni podrán las autoridades negarse a practicar las diligencias que de ellas se soliciten o sean ordenadas bajo el argumento de que existen plazos legales para considerar la desaparición de una persona.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, se deben instrumentar los mecanismos o medios procesales destinados a garantizar la eficacia de los Derechos Humanos.

En la práctica acontece que una vez que se agotan todos los medios de localización por parte del Juez de Distrito sin tener resultado favorable, este último ordenará dar vista a los promoventes del Juicio de Amparo para que en el término de tres días contados a partir de la notificación de ese proveído, manifiesten o aporten información de la que se pueda advertir el paradero del o los desaparecidos, de no hacerlo así o al no aportar datos que lleven a ubicar el paradero de los agraviados, el juzgador federal dictará un auto en el que hará una relación de todos los medios de los que se allegó para lograr su comparecencia y ordenará la suspensión del procedimiento por un año, plazo en el que de no obtenerse datos novedosos decretará entonces el sobreseimiento del juicio.

Es de reflexionarse sobre el tratamiento que se da en el Juicio de Amparo a la desaparición forzada de personas, puesto que no se debe interrumpir por un año el proceso, sino todo lo contrario, debe agilizarse esa búsqueda de manera que se logre en el menor tiempo posible la localización del agraviado, toda vez que si el tiempo sigue transcurriendo cada vez será más difícil localizarlo con vida y, en caso de encontrarlo sin vida, será imposible restituirlo en el goce de sus derechos fundamentales transgredidos, sumado a que se corre el riego que el delito quede impune porque no se tendrá la certeza de qué agentes del Estado intervinieron directa o indirectamente en la desaparición. Aunado a ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que:

> Para que exista el recurso judicial efectivo, no basta que esté previsto por la Constitución o la ley, o que sea admisible formalmente, sino que se requiere que sea realmente idóneo para determinar si ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla.[13]

Resulta insuficiente que la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de reiterados criterios, haya establecido que el Juicio de Amparo es el recurso judicial efectivo a que hace referencia el Artículo 25, numeral 1, en relación

[13] *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, IV, marzo de 2014, tesis 1ª./J. 22/2014 (10a), página 325, cuyo rubro es: "DERECHO FUNDAMENTAL A UN RECURSO JUDICIAL EFECTIVO. EL HECHO DE QUE EN EL ORDEN JURÍDICO INTERNO SE PREVEAN REQUISITOS FORMALES O PRESUPUESTOS NECESARIOS PARA QUE LAS AUTORIDADES DE AMPARO ANALICEN EL FONDO DE LOS ARGUMENTOS PROPUESTOS POR LAS PARTES, NO CONSTITUYE, EN SÍ MISMO, UNA VIOLACIÓN DE AQUÉL".

con el Artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, si en la práctica es inaplicable, pues en el supuesto citado en el párrafo que precede es sólo un ejemplo de la ineficacia del amparo para lograr la comparecencia de una persona que ha desaparecido cuando hay intervención de agentes del Estado.

También debe considerarse si se estará tergiversando la figura del juez de Distrito como juez constitucional a la de una autoridad investigadora en el caso de desaparición forzada de personas, toda vez que en el supuesto de que se admita la demanda de amparo, el juez federal ordenará la búsqueda del detenido, la cual puede ser útil si éste es llevado a algún lugar oficial de reclusión o centro hospitalario, pero si es privado de la vida y sus restos se depositan en lugares no identificados o se encuentran privados de su libertad en una cárcel o centro de reclusión clandestina, el amparo es ineficaz para su localización, y es entonces cuando el juez constitucional asume el papel de autoridad investigadora para lograr la localización de la víctima, situación que resulta contraria a su función de intérprete de la Constitución y de los tratados internacionales que ha suscrito México, pues dicha función de investigar corresponde a los órganos que ha establecido con ese fin como las fiscalías, las fiscalías especializadas —entre otras—, llevar a cabo esa investigación exhaustiva y dotar al juzgador de amparo de los datos que durante su investigación recabaron para que se provea al respecto.

Con la reforma constitucional de junio de 2011, el Artículo 1° señala que:

> Todas las autoridades desde 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.

En términos de una interpretación armónica del citado texto constitucional, se advierte la obligación de todas las autoridades mexicanas, incluyendo al Juez de Distrito; sin embargo, durante el procedimiento del Juicio de Amparo contra actos de desaparición forzada se presentan obstáculos que convierten al juzgador en investigador y sancionador de la conducta típica en este caso desde las sanciones que prevé la ley de la materia, no así en la vía penal, ya que no se trata de una autoridad competente.

Finalmente, otra causa que lleva a considerar que el Juicio de Amparo no es el recurso judicial efectivo para casos de desaparición forzada, es que en la hipótesis de que se encuentre con vida al desaparecido y ratifique la demanda de amparo, el Juez de Distrito podría declarar el sobreseimiento del juicio en razón de que el acto reclamado ha cesado o se han consumado sus efectos, sin que se establezca la responsabilidad de las autoridades ni reparación efectiva a las víctimas.

6. Fuentes consultadas

Arellano García, Carlos, *El Juicio de Amparo*, 7ª edición, México, Editorial Porrúa, 2001.

García Ramírez, Sergio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2007.

Lozano Mendoza, María de Lourdes, *El juicio de amparo en el caso de desaparición forzada de personas: ¿recurso judicial efectivo conforme a los estándares internacionales?* Maestría en Derechos Humanos y Democracia, FLACSO, México, mayo de 2014.

Trujillo Sánchez, Aníbal, *La Corte Penal Internacional. La cuestión humana versus la razón soberana*, Segunda edición, México, UBIJUS, 2014.

Legislación nacional

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Amparo reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (2013).

Instrumentos internacionales

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994).

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

Información oficial

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tesis 2a. IX/2015 (10a.), de la Segunda Sala publicada en la página 1771, libro 15, tomo II, febrero de 2015, materia constitucional, décima época, de rubro: RECURSO JUDICIAL EFECTIVO. EL JUICIO DE AMPARO CUMPLE CON LAS CARACTERÍSTICAS DE EFICACIA E IDONEIDAD A LA LUZ DEL ARTÍCULO 25 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

Semanario Judicial de la Federación y su *Gaceta*, IV, octubre de 1996, tesis I.6°.c.28 k, página 547.

Semanario Judicial de la Federación y su *Gaceta*, IV, marzo de 2014, tesis 1ª./J. 22/2014 (10a), página 325, cuyo rubro es: DERECHO FUNDAMENTAL A UN RECURSO JUDICIAL EFECTIVO. EL HECHO DE QUE EN EL ORDEN JURÍDICO INTERNO SE PREVEAN REQUISITOS FORMALES O PRESUPUESTOS NECESARIOS PARA QUE LAS AUTORIDADES DE AMPARO ANALICEN EL FONDO DE LOS ARGUMENTOS PROPUESTOS POR LAS PARTES, NO CONSTITUYE, EN SÍ MISMO, UNA VIOLACIÓN DE AQUÉL.

Oficina en México de la Alto Comisionado de las Naciones Unidas, *Informe del Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias sobre su misión en México*, 18 al 30 de marzo de 2011.

DERECHO Y ECONOMÍA

María ZARAGOZA SIGLER

SUMARIO: Introducción. 1. El Derecho y la Economía. 2. El Derecho económico. 3. El análisis económico del Derecho. 4. El costo-beneficio. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Es innegable que en el mundo de hoy, los aspectos económicos tienen una importancia que el Derecho no puede ignorar, ya que nuestro país está inmerso en el fenómeno de la globalización, en el que enfrenta múltiples retos para ser competitivo, para reducir los índices de pobreza y para lograr un mejor nivel de vida para la sociedad.

El orden jurídico mexicano, sobre todo en el ámbito del Derecho público, considera cada vez más la implicación de factores económicos, puesto que múltiples leyes administrativas requieren de recursos públicos para ser aplicadas.

El presente ensayo aborda de forma general la relación existente entre el Derecho y la Economía. Como punto de partida, se explican los conceptos de ambas disciplinas y se determina la estrecha relación que existe entre ellas.

En una segunda fase, se aborda el objeto de estudio del Derecho económico, como un conjunto de normas que regulan la economía del Estado y la sociedad y, posteriormente, se trata la tendencia de aplicar criterios económicos en diversos aspectos del desarrollo del Derecho, concretamente, en lo relativo a la administración de justicia y la creación de leyes, haciendo énfasis en la aplicación del análisis económico respecto de la relación costo-beneficio en el campo del Derecho.

1. El Derecho y la Economía

El Derecho entendido como un sistema de normas que regula el comportamiento de los individuos en la vida en sociedad, reglamenta la organización y las relaciones fundamentales para la convivencia y la supervivencia del grupo social, dentro de dichas relaciones también reglamenta las relaciones e instituciones que tienen un contenido económico.[1]

La Economía puede ser definida como una ciencia que estudia la forma en que las sociedades deciden qué van a producir, cómo y para quién; es decir, bajo los parámetros económicos la sociedad produce y distribuye los bienes básicamente en condiciones de escasez, partiendo del supuesto de que las materias primas y los insumos son limitados. Dentro de su objeto de estudio aborda diversos factores esenciales como son el mercado, el trabajo, el salario, la producción, la empresa, entre otros.

El hombre tiene necesidades cotidianas que debe satisfacer para vivir; sin embargo, muchos bienes que requiere no los obtiene de forma natural sino que tiene que crearlos y para ello, el hombre tiene que trabajar, de ahí que el trabajo es uno de los conceptos básicos del orden económico.

Al hacer referencia a la relación del Derecho y la Economía significa determinar si los contenidos económicos tienen cabida en la norma o bien, si los operadores jurídicos de un determinado ordenamiento individualizarán las normas partiendo de criterios económicos.

Lo cierto es que ambas disciplinas tienen una estrecha relación ya que el Estado determina el marco legal que establece las normas básicas de propiedad y funcionamiento de los mercados, regula la actividad económica mediante disposiciones que inciden en el funcionamiento de las empresas y dependiendo del sistema normativo emitido por el propio Estado se define el sistema económico de la sociedad en su conjunto.

Desde los primeros tiempos de la historia de la humanidad existen necesidades, actividades e intereses que han estado sometidos a alguna regulación institucional y por ende, la economía puede entenderse como una institución social derivada del orden económico establecido. En otras palabras, no ha existido un sistema económico sin un orden jurídico que le sirva de base, ya que todo orden jurídico reglamenta la conducta de los individuos en el proceso económico e indica la satisfacción de la demanda humana de bienes

[1] García Máynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, p. 36. Bobbio, Norberto y Mateucci, Nicola *et. al. Diccionario de Política*, Tomo I, p. 453.

y servicios, aunado a la consideración de que el trabajo y la producción económica son actividades planificadas, al desarrollar el trabajo, se desarrollan a su vez, modelos de producción.

El mercado, definido como el conjunto de mecanismos mediante los cuales los individuos compran y venden bienes,[2] está sujeto a múltiples movimientos que afectan sensiblemente su adecuado funcionamiento. Por ello, el Estado, en un sistema económico moderno, interviene estableciendo condiciones que garantizan la propiedad o la libertad contractual y, mediante el Derecho, reglamenta la producción, circulación, distribución y consumo de los bienes.

2. El Derecho económico

Al participar el poder público en el proceso económico, se dota al Derecho de un contenido económico y entonces, podemos hablar del Derecho económico como la rama del Derecho que aborda los grandes problemas de la sociedad contemporánea relacionados con la regulación jurídica de la macro-economía, es decir, su objeto es regular la intervención directa del Estado en la economía.[3]

El Derecho económico también tiene un aspecto de Derecho social, ya que protege a la sociedad en razón de que muchas de sus normas, reglas y principios tratan sobre valores dirigidos a grupos, comunidades o sectores, para brindarles seguridad y protección en relación con los vaivenes del mercado, como acontece con las normas laborales, seguridad social y responsabilidad civil.[4]

En México, como un producto de la acción de fuerzas históricas y económicas que se suscitaron durante años, el Derecho económico adquirió su definición en la Constitución de 1917, donde se reconoce que el progreso económico que promueve el desarrollo de la industria y el avance tecnológico no debía ser ajeno al legislador ni al jurista, toda vez que debe protegerse a la sociedad en su conjunto contra efectos perjudiciales de los cambios económicos como son el desempleo, la contaminación o la destrucción de los recursos naturales.

[2] Fischer, Stanley, Dornbusch, Rudiger, *et.al.*, *Economía*, p. 54.

[3] Palacios Luna, Manuel R., *El Derecho Económico en México*, pp. 3 y 6. Otfried, Höffe, "Orden Económico y Justicia", en *Estudios sobre Teoría del Derecho y la Justicia*, p. 47.

[4] Palacios Luna, *op. cit.*, p. 223.

Al hablar del Derecho Económico se deben distinguir dos vertientes, por un lado, las disposiciones que inciden directamente en la economía, y por el otro, aquellas normas que inciden de forma indirecta.

El Derecho económico propiamente se refiere a la primera vertiente, es decir, sus normas y disposiciones tienen un efecto directo, vinculante con aspectos económicos y, por ende, genera consecuencias económicas. A manera de ejemplo, se pueden señalar algunas de las normas que pertenecen a esta rama del Derecho como lo son disposiciones constitucionales relativas a los Artículos 25, 26, 27, 28, 123 y 127, en los que se establecen reglas que inciden sobre el capital, el trabajo, la distribución de la riqueza y la intervención directa del Estado en la economía; así como leyes secundarias cuya incidencia económica igualmente es directa, tales como la Ley de Ingresos de la Federación; el Presupuesto de Egresos de la Federación; las leyes tributarias, como Ley del Impuesto sobre la Renta, Ley de los Impuestos Generales de Importación y Exportación; Ley del Impuesto al Valor Agregado; las leyes financieras, como Ley de Instituciones de Crédito o la Ley del Mercado de Valores; la Ley General de Deuda Pública; la Ley Federal de Competencia Económica, por mencionar algunas de ellas.

El Derecho económico también funge como un instrumento que hace frente a la globalización, toda vez que sus disposiciones regulan todo un conjunto de instituciones relacionadas con la competitividad y desarrollo del país, tan solo en el ámbito de la política financiera, actos económicos como la emisión de moneda, la activación del crédito y el tipo de cambio se desprenden de una regulación jurídica que emana del ámbito del Derecho.

Derivado del Derecho económico, se justifican los gastos públicos, ya desde la perspectiva económica de los tiempos de Adam Smith se afirma que una obligación del Estado es establecer y sostener aquellas instituciones y obras públicas que, "aun siendo ventajosas en sumo grado a toda la sociedad, son, no obstante, de tal naturaleza que la utilidad nunca podría recompensar su costo a un individuo o a un determinado número de ellos y, por lo mismo, no debe esperarse a que estos se aventuren a fundarlas ni a mantenerlas".[5]

Mediante el Derecho se incorporan mecanismos tendentes a garantizar la justicia en el libre intercambio de mercancías y dinero, el respeto a los Derechos Humanos y el establecimiento de principios normativos rectores para la justicia económica. En ese tenor, del reconocimiento del derecho humano a la vida y la integridad del cuerpo, como principio universal, se infieren

[5] Smith, Adam, *Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*, pp. 639 y 716.

las exigencias mínimas a las condiciones de trabajo, o bien, del derecho de propiedad personal, se infieren las disposiciones que protegen la propiedad individual.[6]

En el ámbito de la distribución de la riqueza, entendida como un factor de reducción de desigualdades estructurales entre los individuos, los intereses colectivos trascienden los derechos particulares e imponen límites crecientes al derecho privado y se ha reconocido que, los instrumentos legislativos son mucho más eficaces para lograrlo que los instrumentos judiciales.[7]

No obstante, el orden socioeconómico que prevalece actualmente es cada vez más multifacético y el Derecho positivo se enfrenta a dificultades crecientes para regular, mediante normas vinculantes, los distintos ámbitos de la economía; lo que toma relevancia al considerar que un elemento básico para el progreso de toda sociedad es tener leyes e instituciones eficientes, incluyendo en estas últimas a la administración de justicia.

3. El análisis económico del Derecho

En las últimas décadas ha tomado auge una nueva tendencia encaminada a analizar el Derecho desde la perspectiva económica, la cual basa sus postulados en el comportamiento racional del individuo y las organizaciones mediante la internalización del costo-beneficio de las normas o instituciones. Bajo esta óptica, la ley es la forma más común para la asignación de recursos, por lo que la norma transmite precios implícitos asociados al comportamiento de los sujetos a quienes va dirigida. En este sentido, el análisis económico del Derecho no constituye un análisis de tipo normativo, sino un método para analizar aquellas conductas humanas que se encuentran relacionadas con el Derecho desde un punto de vista económico; como resultado de ello, se dilucida el papel o función de la norma jurídica en relación con la explicación de carácter económico y se señala el camino que se debe seguir para alcanzar ciertos fines del modo más eficiente.[8]

Así, el análisis económico en el ámbito de la creación normativa implica determinar si los contenidos normativos aceptan cierto tipo de valores, con la finalidad de estar en la posibilidad de medir y cuantificar la optimización, la eficiencia o el costo, respecto de otros como los son la justicia o la autonomía.

[6] Otfried Höffe, *op. cit.*, pp. 53 y 56.

[7] Posner, Richard A., *El análisis económico del Derecho*, p. 494.

[8] Buscaglia, Edgardo, "Análisis económico de las fuentes del derecho y de reformas judiciales en países en desarrollo" en *Felicidad. Un enfoque de Derecho y Economía*, p. 306, Posner, *op. cit.*, p. 31. Cossío Díaz, José Ramón, *Derecho y Análisis Económico*, pp. 228 y 229.

Cossío Díaz sustenta que en el análisis económico del Derecho puede haber dos tendencias: 1. En relación con las normas generales, en la que se incrementará la consideración de criterios económicos, sobre todo en las iniciativas formuladas por los miembros de la administración pública; y 2. Tratándose de normas individuales no es previsible una pronta aplicación de criterios económicos, debido a la herencia cultural del sistema civilista que tiene métodos tradicionales de interpretación.[9]

Sin embargo, muchos otros autores difieren de esta postura ya que, parten del supuesto de que ninguna legislación se aplica por sí sola completamente; cuando los individuos sujetos a una ley se niegan a obedecerla se tiene que recurrir a los tribunales, entonces, precisamente, basan el análisis económico del Derecho en relación con la eficiencia de la administración de justicia, incluso algunas encuestas llevadas a cabo por el Banco Mundial reportan que los poderes judiciales de la región latinoamericana se encuentran entre las diez restricciones más serias al desarrollo y la inversión del sector privado, se señalan algunos factores que inciden en el sistema de justicia como demoras excesivas en relación con los plazos procesales, faltas de compensación adecuada a víctimas y partes en conflicto, altas cargas de casos, excesiva discrecionalidad de los jueces; lo que, en su conjunto, contribuye a la disminución de la calidad de la justicia y llegan a la conclusión de que no sólo el contenido de las leyes, sino también su aplicación y la facilidad para llevar a cabo tal aplicación, tienen un efecto en el logro de mejores transacciones en la economía.[10]

A mayor abundamiento, el análisis económico del Derecho ha demostrado cómo la falta de eficiencia en el sistema de administración de justicia crea mayor incertidumbre y bloquea la consecución de transacciones económicas beneficiosas para una sociedad, lo que conlleva a un menor crecimiento económico; por el contrario, el sistema de administración de justicia tiende a disminuir los costos de transacción social siempre y cuando posea la capacidad de interpretar y ejecutar las normas de manera predecible, coherente y consistente, de forma tal que los individuos y organizaciones en una sociedad determinada puedan contar con una mayor certidumbre y seguridad jurídicas.[11]

[9] Cossío Díaz, *op. cit.*, p. 354.

[10] Posner, *op. cit.*, p. 502. Buscaglia, *op. cit.*, p. 305. López de Silanes, Florencio, "La importancia del buen gobierno corporativo e instituciones de protección a la propiedad para competir en un mundo globalizado", en *El Crecimiento Económico y la Globalización*, p. 103.

[11] Buscaglia, *op. cit.*, p. 307.

Si el país cuenta con leyes eficientes y una buena administración de justicia, posee los elementos básicos para el progreso de su sociedad; el marco jurídico constituye un aspecto fundamental para el fortalecimiento de una economía de mercado, toda vez que si las leyes son formalmente aceptadas en el comportamiento social, los sistemas de administración de justicia enfrentan menor costo para hacerlas cumplir.

Para realizar un análisis de la administración de justicia como una institución económica debe comparársele con otras formas de asignación de recursos de una sociedad, fundamentalmente por medio de dos mecanismos: *a)* el mercado, como contrato libre entre las partes que deciden sin restricciones sobre el intercambio de recursos o servicios productivos; y *b)* el proceso político, entendido como la actividad del Estado como legislador o regulador, cuando establece las condiciones en las que las partes deben realizar el intercambio de bienes y servicios o como agente económico que produce por sí mismo bienes y servicios y modifica la distribución de la renta.[12]

Dentro de este análisis económico y desde la perspectiva de la creación de la ley, hay quienes consideran al proceso legislativo como un proceso dominado por arreglos entre grupos de interés, en tal concepción, la producción legislativa es una venta negociada y se concluye que la intención del legislador es difícil de discernir ya que el proponente de alguna iniciativa puede actuar a favor de un grupo de interés ocultando el verdadero objetivo de la legislación propuesta, lo que da como resultado que los oponentes incurran en un aumento en el costo de información.

Otro aspecto que se toma en cuenta es el punto de que la legislación debe de ser aprobada por una mayoría de los legisladores que votan, lo que implica, en muchas ocasiones, que el proceso legislativo sea difícil y prolongado a causa de los costos de transacción en los que se incurre para lograr que se pongan de acuerdo un gran número de individuos. Una vez aprobada la ley, es poco probable que se modifique en el corto plazo, lo que a su vez, desde el punto de vista económico, incrementa el valor y la demanda de la legislación.

En tal contexto, los costos de la expedición de leyes van en función del número de legisladores, por lo que los costos de transacción serán elevados cuando en la toma de la decisión haya centenares de participantes.[13]

Por otra parte, muchas áreas del Derecho común como las disposiciones relativas a la propiedad, los daños, los delitos y los contratos tienen el sello del razonamiento económico.

[12] Cabrillo, Francisco, *Administración de justicia y desarrollo económico: jueces y tribunales en la obra de Adam Smith*, p. 4.

[13] Posner, *op. cit.*, p. 509.

Finalmente, en el análisis económico hay quienes consideran los sistemas democráticos como mercados en los que los partidos políticos son empresas que ofrecen servicios administrativos a la comunidad.[14]

4. El costo-beneficio

El análisis económico del Derecho busca determinar el alcance de las normas en relación con el costo-beneficio, particularmente en lo que concierne a las consecuencias económicas y monetarias que conlleva su aplicación, incluyendo para ello, la consideración de costos sociales, políticos, de transacción, entre otros.

La economía debe de ser funcional, proporcionar ventajas y debe crear un entorno donde los individuos estén dispuestos a asumir los costos de la actividad económica, es decir, debe prevalecer el equilibrio de costos y precios para que exista la igualdad y la justicia económicas.

Los más altos costos ocasionados por el acatamiento al derecho positivo se derivan de la política que siguen los Estados de centralizar la creación, interpretación y ejecución de leyes, sin prestar atención a las costumbres y prácticas sociales de comportamiento, que fomenten un mayor bienestar y desarrollo social.

Por otro lado, en el ámbito de la discrecionalidad de la ley, el legislador puede elegir entre construir una norma amplia y una limitada; sin embargo, debe considerar que una regla específica puede volverse obsoleta con mayor rapidez que una regla general, y que los costos de gobierno mediante reglas específicas son elevados ya que es costosa la promulgación de una regla que al particularizarla y adaptarla a la realidad cambiante, el beneficio obtenido es mucho menor al costo de producción. Asimismo, el legislador debe tomar en cuenta que una norma demasiado amplia igualmente eleva los costos, ya que será difícil determinar si los funcionarios encargados de aplicarla están excediendo los límites de su autoridad, con las consecuencias que tal situación le acarreará a los particulares.

En efecto, cuando el derecho positivo es incompatible con las normas sociales de comportamiento que los individuos consideran relevantes en su interacción social, los costos que se enfrentan para hacer cumplir la norma son más altos, lo que conduce a un menor acatamiento normativo y a un menor

[14] Delgadillo Salas, Juan Carlos, "Las limitantes del análisis económicos del Derecho en la conducción política de Estado", en *Ensayos Legislativos*, p. 66.

nivel de seguridad pública. De ahí que un análisis costo-beneficio social puede ser utilizado para determinar el impacto de ciertas normas y sistemas de aplicación en sus capacidades de aumentar la seguridad pública.

Otro enfoque del costo-beneficio lo es la consideración de la diferencia de la eficiencia producida entre las reglas elaboradas por los jueces de las elaboradas por las legislaturas, lo cual se explica por los distintos procedimientos, mediante los que se formulan dichas reglas.

Cuando el beneficio de la legislación se prolonga en el tiempo posterior a su expedición, los impedimentos reducen la productividad de los gastos para obtener una nueva y, consecuentemente, el aumento en su valor supera al aumento del costo.

Desde otro punto de vista, las leyes y la regulación son un factor clave en la competitividad internacional, ejemplo de ello son los casos en que se aplican eficientemente los derechos que otorgan las leyes a los accionistas y acreedores, y llevan a un mayor desarrollo de los mercados de capitales y de deuda y, por tanto, facilitan el acceso a la inversión. Al haber mayor inversión se generan niveles más elevados de crecimiento y de empleo, lo que en consecuencia, genera un círculo virtuoso en la economía.[15]

Por último, un efecto que incide directamente en el costo-beneficio es la percepción social de corrupción sistémica en la administración de justicia. Este punto toma relevancia cuando se observa que los aumentos de los costos promedio de acceso al sistema judicial ocasionan una reacción "precio" en la forma de disminuciones en índices de presentación de demanda por juzgado. Ante el costo de acceso, los individuos y organizaciones tienden a no acudir al sistema de justicia para resolver sus disputas.[16]

5. Conclusiones

Es innegable que sin la acción del Estado en la economía es difícil lograr el progreso social y económico del país, ya que está demostrado que el índice de producción cambia si una población es analfabeta, si cuenta con condiciones de bienestar como la higiene, la salud y la seguridad social, toda vez que estos factores se relacionan con el desempeño de los individuos en el desarrollo del trabajo y la producción.

[15] López de Silanes, Florencio, *op. cit.*, pp. 94 y 98.
[16] Buscaglia, *op. cit.*, p. 306.

El legislador, en el proceso legislativo, debe considerar que una política variable plasmada en una legislación efímera o frecuentemente cambiante tiene efectos nocivos e infortunados por la inseguridad jurídica que genera y, en última instancia, por la afectación negativa que ocasiona a la libertad de los individuos.

Si el Estado cuenta con un eficaz control de la corrupción, un buen marco regulatorio, un sistema de rendición de cuentas que garantice el Estado de Derecho, se impactará de forma favorable en el crecimiento económico y se reducirán significativamente el analfabetismo y la pobreza social.

Si el orden jurídico en su conjunto incrementa la competitividad del país, se tendrán los elementos necesarios que permitirán hacer frente a la globalización que se presenta en el mundo de hoy.

Por ello, el análisis económico del derecho debe utilizarse como una herramienta en el diseño de políticas públicas que aumenten el progreso social y el desarrollo económico.

6. Bibliografía

Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Jorge Guerrero R. (trad.), Colombia, Thémis, 1992.

_____, Mateucci, Nicola *et. al., Diccionario de Política*, Tomo I. Raúl Crisafio y otros (trad.), 10ª ed., México, Siglo XXI Editores, 1997.

Buscaglia, Edgardo, "Análisis económico de las fuentes del derecho y de reformas judiciales en países en desarrollo" en *Felicidad, un enfoque de Derecho y Economía*, Andrés Roemer (comp.), México, UNAM-Thémis, 2005.

Cabrillo, Francisco, *Administración de justicia y desarrollo económico: jueces y tribunales en la obra de Adam Smith*, Universidad Complutense, Biblioteca jurídica virtual de la Universidad de Santiago de Compostela, disponible en: http://www.usc.es/estaticos/congresos/histec05/b13_cabrillo.pdf

Cossío Díaz, José Ramón, *Derecho y análisis económico*, México, Fondo de Cultura Económica-ITAM, 2002.

Delgadillo Salas, Juan Carlos, "Las limitantes del análisis económico del derecho en la conducción política del Estado: Fundamentos básicos de una crítica desde la teoría política", en *Ensayos Legislativos*, México, Senado de la República, 2003.

Faria, José Eduardo, *El Derecho en la economía globalizada*, Trad. Carlos Lema Añón (trad.), España, Trotta, 2001.

Fisher, Stanley, Dornbusch, Rudiger y Schmalensse, Richard, *Economía* Toharia y Esther Rabasco (trad.), 2ª ed., México, McGraw Hill, 1994.

García Máynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Pról. Virgilio Domínguez, 59ª ed., México, Porrúa, 2006.

Hamdán Amad, Fauzi, "Análisis de las recientes reformas constitucionales en materia económica", en *Ensayos Jurídicos de Derecho Constitucional y Administrativo*, México, Senado de la República, 2002.

Hamilton, Madison y Jay, *El Federalista*, Gustavo R. Velasco (prológo y trad.), México, Fondo de Cultura Económica, 5ª reim., 1994.

Höffe, Otfried, "Orden económico y justicia" en *Estudios sobre Teoría del Derecho y la Justicia*, Jorge M. Seña (trad.), 2a reim., Biblioteca de ética, filosofía, derecho y política, núm. 19, México, Distribuciones Fontamara; 2004.

Kaufmann, Daniel, "Reformas estructurales que ayudan a mejorar el buen gobierno", en *El crecimiento económico y la globalización. Documentos presentados en el Seminario realizado los días 8 y 9 de octubre de 2003 en la Ciudad de México*, México, Senado de la República-Banco de México, 2004.

López de Silanes, Florencio, "La importancia del buen gobierno corporativo e instituciones de protección a la propiedad para competir en un mundo globalizado", en *El Crecimiento Económico y la Globalización. Documentos presentados en el Seminario realizado los días 8 y 9 de octubre de 2003 en la Ciudad de México*, México, Senado de la República-Banco de México, 2004.

Patiño, Ruperto, "Flexibilización de las relaciones laborales y el nuevo Orden Económico Mundial", en *Revista Jurídica. Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 91, disponible en: http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/91/art/art10.htm

POSNER, Richard A., *El análisis económico del derecho*, Eduardo L. Suárez (trad.), México, Fondo de Cultura Económica, 1ª reimp., 2000.

SMITH, Adam, *Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*, Gabriel Franco (trad.), Introducción Max Lerner, México, Fondo de Cultura Económica, 15ª reimp., 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Marina Gascón (trad.), 7ª ed., Colecc. Estructuras y Procesos, Series de Derecho, España, Trotta, 2007.

DISCURSO DEL RECTOR DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO, EN LA CEREMONIA DE INAUGURACIÓN DE CURSOS 2016-2017

Luis M. DÍAZ MIRÓN A.

Amigas y amigos, muy buenos días.

Iniciamos el día de hoy el curso escolar centésimo quinto de la Escuela Libre de Derecho. Ciento cinco años consecutivos formando a los mejores abogados de México.

Se dice fácil, pero son diez décadas y media exactamente, desde aquel año de 1912 cuando nuestra Escuela fue fundada.

Desde entonces, hemos mantenido, conservado, pero sobre todo acrecentado la fama y el prestigio que los abogados y abogadas de esta Escuela tienen ante la sociedad mexicana.

No ha sido una tarea sencilla: ha requerido del esfuerzo cotidiano de quienes han sido profesores, de quienes han sido alumnos y de quienes han sido directivos.

Hemos cumplido y seguimos cumpliendo con nuestra misión: Formar abogados morales y capaces al servicio de la patria mexicana.

Y ese es nuestro más firme y decidido propósito: permanecer fieles a ese mandato que tiene ya más de un siglo de existencia.

Por ello, hoy es un día de fiesta en esta Escuela: porque aquí y ahora renovamos, renace la fe y el trabajo, la esperanza y el estudio, la voluntad y el esfuerzo.

Una vez más nos reunimos para iniciar clases, pero también para celebrar, por eso hemos premiado a los mejores alumnos del ciclo anterior; por eso hemos tomado la protesta reglamentaria a los nuevos profesores.

Ésta es la renovación de la Libre: reconocer el esfuerzo pasado y tomar aliento para el que vendrá a partir de hoy.

Tengo el privilegio y el honor, a nombre de la Junta Directiva, y en mi carácter de Rector, de darles a todos ustedes la bienvenida a este nuevo curso escolar, 2016-2017.

Saludo por ello a todos los presentes, al ex rector Fauzi Hamdan que nos acompaña, a mis estimados colegas profesores y profesoras, a los alumnos de segundo a quinto año que inician hoy otra etapa más de su vida académica.

También saludo con emoción a los jóvenes de primer año, los que hoy se incorporan formalmente a la Escuela Libre de Derecho. Llegan ustedes a una Escuela singular, única, irrepetible, como bien lo saben sus compañeros de años superiores, como lo saben los maestros, como lo sabemos todos los que hemos participado de la Libre en más de un siglo. Y es única, porque a la vez que es inimitable, se renueva a sí misma, como ya lo expresé anteriormente.

La Escuela cambia pero permanece, y esto no es una paradoja, sino al contrario, es una realidad. La Escuela se moderniza pero se mantiene leal a sus principios, a sus valores y a sus tradiciones.

Iniciamos este nuevo ciclo escolar con una venturosa y muy loable decisión de la Junta Directiva: hemos mejorado sustancialmente el proceso de selección de nuestros nuevos profesores y profesoras.

Y esta sabia decisión, parte fundamentalmente del prestigio de nuestra Escuela, porque es tal su buena fama que cada vez que se produce alguna vacante en el cuerpo docente, son muchos los abogados egresados nuestros y aún de otras instituciones, que han manifestado su vehemente deseo de incorporarse a nuestro claustro de maestros.

Varios de los nuevos profesores que hoy han rendido protesta, compitieron por la cátedra mediante un procedimiento de exposición oral de los contenidos de cada materia.

Se trata de seguir proporcionando a nuestros alumnos, que son los mejores de México, los mejores maestros de México, como ha sido la costumbre de nuestra Escuela, que ahora, ante la gran cantidad de solicitudes para impartir clases, puede elegir. Nuestros maestros, vale la pena reiterarlo una y otra vez, prestan sus servicios de manera gratuita, honoraria, como lo establecieron visionariamente nuestros fundadores. Con todo entusiasmo, desde hace ciento cinco años, están presentes entre nosotros, brindándonos sus conocimientos,

su experiencia, su consejo, su amistad. Esta Escuela ha sido bendecida con la presencia de esos grandes maestros; los que todos conocemos, los que cada uno de nosotros puede enumerar.

Siempre es un riesgo dejar a alguien fuera de las listas, pero hoy que soy el Rector, hace muchos años también fui alumno, no puedo dejar de mencionar a mis grandes maestros, como a Miguel Ángel Hernández Romo, a don José Luis de la Peza, a don Javier Alba Muñoz, a don Ignacio Soto Borja o a don Fauzi Hamdan, aquí presente, de quien tantas lecciones he recibido, ya como el profesor de Derecho Administrativo, ya como el Rector que me antecedió en el cargo.

Todos tenemos nuestros maestros, los preferidos, los inolvidables, los que nos marcaron para siempre, los que seguimos recordando y a los que seguimos agradeciendo. Son aquellos, como decía Manuel Herrera y Lasso, también gran maestro, quienes iluminan el camino. Son aquellos que movidos por la devoción a la ciencia jurídica, a la juventud estudiosa y por amor a la patria mexicana, se consagran con toda energía a la prosperidad de nuestra Escuela.

Por ello, los maestros son parte esencial del proceso educativo, formado por el binomio que ellos constituyen con los alumnos. Y como los alumnos, que tienen el deber de aprender, los maestros tienen el deber de enseñar. También como los alumnos, que están sujetos a normas que regulan su vida y estadía en esta Escuela, así también los maestros han aceptado cumplir con honor con los deberes del cargo que libremente han aceptado, como lo dice expresamente nuestro estatuto.

Porque en efecto, en este binomio eficiente que constituye la esencia de la Libre, el orden, la disciplina y la dignidad de la Escuela quedan confiados al honor de los maestros y de los alumnos.

Por eso, amigas y amigos estudiantes de la Libre, ustedes verán a sus profesores y profesoras, registrar su entrada en cada día de clase y cumplir con los contenidos mínimos de cada materia.

Solo así, con el ejemplo, se puede exigir, tal y como decía el antiguo adagio pedagógico: quien ha de reprender debe ser irreprensible.

Es más, si el país entero se ha sumado a una gran reforma educativa, que aún con sus problemas, pretende sobre todo elevar la calidad de los maestros mexicanos, aquí en la Libre hemos dado pasos más adelante todavía y estamos seguros de que contamos con profesores y profesoras de calidad. Esa ha sido nuestra mística de siempre, esa ha sido la característica que nos distingue.

Se trata de ser los mejores: los mejores maestros, los mejores alumnos; solo así daremos a México los mejores abogados. Esta es una Escuela de rigor, seriedad y excelencia. Así lo ha sido por ciento cinco años y así queremos que siga siendo.

Por ello, nuestros profesores, conscientes de las dificultades y deficiencias que el sistema educativo nacional tiene en su vertiente del bachillerato, haremos un esfuerzo adicional con y por ustedes, sobre todo los alumnos de primer año.

Sabemos de sus limitaciones y de sus impedimentos, de las ausencias y carencias en muchas áreas del conocimiento, pero, apropiándome, lo que hago sin problema alguno, de uno de los versos más hermosos de la poesía "A Gloria" de mi antepasado Salvador Díaz Mirón, y esto compañeros, y básicamente a ustedes de primer ingreso, don Salvador, por mi conducto les recuerda:

> Los claros timbres de que estoy ufano
> han de salir de la calumnia ilesos,
> hay plumajes que cruzan el pantano
> y no se manchan… ¡Mi plumaje es de esos!

Nuestra misión, por lo tanto, es lograr que se despierte en ustedes la inquietud por el saber, el hambre, la sed por conocer y el hábito del estudio. Esto, por supuesto, requerirá del trabajo y del esfuerzo conjunto de ustedes con sus maestros. Confío en que todos estén dispuestos a realizarlo y de que nosotros como institución les podamos sellar con el sentimiento del honor de un estudiante de la Libre, que comienza con el estímulo para aprender y saber.

Nuevo año, nueva vida, nuevos amigos, nuevos retos, nuevas oportunidades. Esta es la Escuela Libre de Derecho que, una vez más, inicia una nueva temporada de lluvia, la número ciento cinco de nuestra historia, la que continuará con la convicción de que aquí, como dijeran nuestros mayores, aquí todos obramos de buena fe.

En tal virtud y siendo las 9:15 horas del 15 de agosto del 2016, me es grato declarar solemne y formalmente inaugurados nuestros trabajos académicos en el curso escolar 105 de la Escuela Libre de Derecho.

En hora buena y muchas gracias por su atención.

DISCURSO PARA CONMEMORAR EL DÉCIMO ANIVERSARIO DE LA PRIMERA MAESTRÍA EN LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO

Luis M. Díaz Mirón A.*

Hoy es un día muy especial para la Escuela Libre de Derecho porque en nuestra más que centenaria historia, celebramos que hace diez años se iniciaron entre nosotros los estudios de Maestría.

La Libre, fundada con la intención de dotar a México de los abogados morales y capaces al servicio de nuestra patria, como lo señaló en su tiempo don Manuel Herrera y Lasso, ha querido profundizar y dar cauce a estudios mucho más especializados, con el objetivo de que nos acerquemos cada vez más a esa meta, la de darle a nuestro país los abogados de calidad que reclama y merece.

El mundo moderno exige que los profesionales del Derecho estén cada vez más preparados, más capacitados para enfrentar con éxito los retos que el presente nos demanda y que, sin duda, serán más arduos y complejos en el futuro.

Estas razones, esenciales para toda institución que pretenda trascender y permanecer, son las que llevaron a la creación de los estudios de posgrado en nuestra Escuela.

Ante la creciente demanda de especialización generada por la modernidad, no bastaba con la excelencia académica de nuestro programa de estudios de licenciatura, sino que se abrió la necesidad impostergable de ofrecer nuevas alternativas de grados superiores, a fin de cumplir cabalmente con nuestros objetivos, los establecidos en nuestra normatividad: la enseñanza del Derecho y la difusión de la ciencia jurídica.

* Rector de la Escuela Libre de Derecho.

Hace ya más de veinte años, un Rector visionario, don Fausto Rico Álvarez, inició en la Libre las actividades del posgrado, con cursos y diplomados novedosos, impartidos por nuestros mismos maestros que son especialistas en temáticas que rebasaban los planes de estudio tradicionales de la carrera de abogado y que, con la ayuda de muchos otros profesores que se acercaron por vez primera a la Libre, fue posible ofrecer el servicio educativo de calidad que hasta la fecha continúa vigente, sólido y sobre todo, con ánimo de evolución hacia mejores sistemas y programas educativos.

Don Fausto Rico abanderó con su tradicional energía y optimismo este proyecto que hoy es una realidad. Pero además, desde el primer momento, don Fausto contó con el apoyo desinteresado y entusiasta de quien hasta hoy sigue siendo el más comprometido y animoso impulsor de los estudios superiores en nuestra Escuela, don Alejandro Ogarrio Ramírez España, que desde entonces participa en el Comité de Posgrado, en donde además, comparte experiencias con otros destacados profesores que son en realidad el alma de esta opción educativa, tales como don Mario Alberto Becerra Pocoroba, don Cecilio González Márquez, don Diego Martín del Campo, don Rafael Mateo Poumián, don Gerardo Lozano Alarcón, don Rodolfo Gómez Alcalá, don Juan Pablo Estrada Michel, y más recientemente don Rubén Minutti Zanatta.

Los cursos, diplomados y especialidades fueron con el tiempo generando la necesidad de contar ya con estudios formales de maestría. Con su sensibilidad y empeño característico, hace exactamente diez años, el Rector don Ignacio Morales Lechuga emprendió la tarea de conseguir de la autoridad educativa nacional el Reconocimiento de Validez Oficial a la Maestría en Derecho que imparte desde esa misma época nuestra Escuela. Este programa de estudios es no sólo una realidad sino un referente en nuestro país en cuanto a que se trata de un sistema exigente, serio, riguroso, con la misma calidad que tiene desde hace más de un siglo nuestra licenciatura. No podía ser de otra manera si se trata de conservar y acrecentar el prestigio de la Escuela.

Hoy, además, el horizonte de los estudios de Maestría en la Libre se ha enriquecido con la incorporación de la Maestría en Derecho del Trabajo, que viene a cubrir un hueco académico en México, creada bajo el rectorado de don Fauzi Hamdan Amad. Pero además, estamos dando los pasos para incrementar nuestra oferta con nuevos programas de alta calidad conforme a nuestra tradición escolar.

En esta ocasión, por ello, deseo expresar a nombre de la Junta Directiva de la Escuela y en el mio propio, el más cálido y afectuoso agradecimiento a los profesores que durante todos estos años nos han acompañado en el posgrado

de la Libre; su dedicación, esfuerzo y compromiso han hecho posible que hoy estemos celebrando. La Libre no se entiende sin sus maestros, sin su sentido del honor y su generosa entrega. Gracias, señores y señoras profesores por aportarnos lo mejor de cada uno a esta obra común.

También quiero reconocer el esfuerzo de los alumnos de todas las generaciones que han estado con nosotros en estos programas. Los que vienen de otras instituciones, aceptaron reglas y requisitos que son distintos a otras instancias educativas; gracias por adaptarse a nosotros; los que son hijos de la Escuela y que decidieron continuar con nosotros su preparación, gracias también por su preferencia y por el cariño que manifiestan a su *alma mater*.

Por supuesto, es justo reconocer, de la misma manera, a los funcionarios y colaboradores de la Libre que han contribuido a la construcción y funcionamiento de nuestro posgrado, particularmente a los responsables de su operación, que comenzaron con José Manuel Villalpando, Gisela Oscós, Luz María Ortiz Marín, Rafael Estrada y Juan Pablo Pampillo, y ahora, como secretaria de Posgrado, a Mayra Muggenburg, quien se ha distinguido por su dedicación y esmero en que las cosas salgan bien.

Hoy celebramos el décimo aniversario de la Maestría en Derecho de la Escuela Libre de Derecho. Esperamos muchos aniversarios más, pero sobre todo, muchos más frutos consistentes en abogados cada vez mejor preparados para servir a la libertad, a la justicia y a México.

¡Felicidades!

DISCURSO PARA CONMEMORAR EL DÉCIMO ANIVERSARIO DE LA PRIMERA MAESTRÍA EN LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO*

Rodolfo Vidal Gómez Alcalá

Estimado señor Rector
Distinguidos integrantes de la Junta Directiva
Queridos miembros del Comité de Posgrado y Secretaria del mismo
Estimados maestros y alumnos:

Hoy es un día importante para nosotros porque nos reunimos para celebrar diez años en que la Escuela inició sus cursos de Maestría, por ello ya hemos comenzado clases a nuestra décima generación, lo que sin duda es motivo de orgullo y satisfacción. Largo ha sido el proceso que hemos tenido que enfrentar para llegar a crear esos estudios superiores y por ello, su aniversario no debe pasar desapercibido. Si bien hoy se ve con naturalidad el que contemos con un área de postgrado, no fue visto así en las décadas pasadas.

Un primer intento se dio en el año de 1942, según nos lo platica quien fuera nuestro rector Don Gustavo R. Velasco, donde se formó un curso de posgrado al que se denominó *Curso Superior de Derecho*, para que los exalumnos pudieran incrementar sus conocimientos y para ello, se impartían diversas materias como Derecho canónigo, Derecho municipal, Amparo, Instituciones

* Estas palabras fueron pronunciadas al inicio de los festejos por el Décimo Aniversario de la Primera Maestría de la Escuela el 1 de octubre del 2015, donde también se tuvo la participación del Dr. Manuel Atienza, de la Universidad de Alicante. Los festejos también incluyeron otras conferencias, destacando la que dio el profesor Roberto Romboli, decano de la Universidad de Pisa, misma que se reproduce también en la *Revista* de nuestra Escuela.

de Crédito y materia auxiliares como Siquiatría y Psicología jurídica. Estos cursos no tuvieron éxito, porque los alumnos no respondieron a la iniciativa.

Tuvieron que pasar casi cincuenta años para que se pudiera plantear nuevamente el tema y ya por el año de 1990, comenzaron a darse una serie de reuniones por parte de un Consejo Académico, cuyo frutos principales fueron por un lado, la creación de una Dirección de Postgrado y por el otro, el animarse a dar un diplomado cuyo nombre fue: "Régimen Jurídico de los Negocios Internacionales", todo ello, con el ánimo de ir preparando el terreno para una Maestría. De ahí se formaron otros Diplomados como el de "Obligaciones y Contratos", "Derecho Mercantil", "Tributario" y "Penal". Cabe la pena destacar que nuestro primer Director del Postgrado y miembro actual de este Comité, fue el maestro Alejandro Ogarrio.

Finalmente en el año del 2005 y con la rectoría del Maestro Ignacio Morales Lechuga se decidió dar el último impulso y con ello dar por concluido el largo período experimental, se inició así la primera Maestría, para lo cual, precisamente el 5 de octubre del 2005, hace exactamente 10 años, se solicitó la autorización correspondiente para el reconocimiento de validez oficial de estudios, mismo que nos fue dado el 14 de junio del 2006 mediante el Acuerdo 2006357 por parte de la Secretaría de Educación Pública, así es como en el mes de agosto del 2006 se inauguraron los cursos de esta primera Maestría.

Durante estos años hemos tenido un aproximado de 200 alumnos, lo que habla de la exigencia y el alto nivel que se les pide a nuestros estudiantes. Esta Maestría pone énfasis en las grandes transformaciones que está sufriendo el Derecho y que estamos contemplando hoy en día y por ello, propone ser un instrumento que permita apreciar con mayor análisis a qué obedece el cambio y qué resultados está logrando, de ahí que proponga un estudio sobre los principales puntos en los que se apoya, como son, entre otros, la creación supranacional del Derecho, las transformaciones que se están operando en el nuevo Estado constitucional, así como su relación con el Derecho, la revalorización del papel del juez, el rescate y perfeccionamiento de la argumentación jurídica, el acercamiento de los sistemas jurídicos, sin descuidar el terreno de la práctica, con diversas materias que nutren al Derecho mercantil y al comercio internacional.

El esfuerzo no terminó ahí ya que al día de hoy se cuenta con una segunda Maestría, en Derecho laboral, cuyo responsable es nuestro actual rector Luis Díaz Mirón. También se cuenta con las especialidades de Derecho penal, tributario y sistema acusatorio, junto con cursos de actualización en de Derecho civil y mercantil, así como diversos diplomados, seminarios y cursos.

Espero que el esfuerzo realizado no termine aquí, sino que sigamos el sendero que nos hemos fijado para lograr el tan ansiado nivel del Doctorado, tenemos brillantes maestros, una noble tradición y un prestigio que nos respalda y un país que pide urgentemente que resolvamos su problema principal que es la educación, hago votos para que esto se logre y que los alumnos de ésta y otras universidades se animen a continuar su preparación con nosotros, ya que como lo apuntó Eduardo Couture el primer deber de un abogado si es que quiere seguir siéndolo es el estudio y su preparación, la cual nunca termina.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, ENTRE EL JUEZ Y EL LEGISLADOR. CONFERENCIA PARA CONMEMORAR EL DÉCIMO ANIVERSARIO DE LA PRIMERA MAESTRÍA EN LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO*

Roberto Romboli**

Con respecto a los derechos fundamentales, es posible, al menos en abstracto, mantener separados dos aspectos: uno, anterior en el tiempo, acerca de la determinación y la identificación de los mismos así como de su contenido y otro, necesariamente posterior en el tiempo, el de su protección, para el caso en el que un sujeto considere que haya sido lesionado uno de sus derechos fundamentales.

Huelga recordar que un derecho fundamental puede considerarse verdaderamente existente y eficaz, a condición de que el mismo no sea sólo establecido en una Carta Constitucional de forma solemne, sino que también sea garantizado de manera efectiva en el caso de su violación.

Entonces hay que mirar a la identificación y a la protección de los derechos fundamentales no como a dos momentos teóricamente separables, sino estrechamente relacionados como las dos caras de una misma moneda.

Hablar por lo tanto de la relación entre el legislador y el juez en la identificación y protección de los derechos fundamentales parece conducir a una solución fácil e inmediata. En aplicación del principio clásico de la separación

* Conferencia impartida en la Escuela Libre de Derecho el 10 de noviembre del 2015.

** Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Pisa

de poderes: el primero aspecto (identificación) es competencia del legislador, mientras que el segundo (protección) es competencia del juez, siendo la protección de los derechos la razón de la existencia de este último.

La solución no es en realidad tan simple, porque las dos diferentes formas de producción del derecho (derecho legislado (político) y derecho jurisdiccional) están inevitable y estrechamente entrelazados.

Acerca del primer aspecto (identificación de los derechos) una demostración de la existencia de esta interrelación, se puede encontrar en las notas problemáticas de los llamados "nuevos derechos", en buena medida basadas en la naturaleza creativa de la jurisprudencia.

La Constitución italiana no contiene, a diferencia de otras, un catálogo específico y detallado de los derechos fundamentales y ha sido durante mucho tiempo la jurisprudencia constitucional, así como la doctrina predominante, quien ha establecido que la expresión "derechos inviolables" contenida en el Artículo 2 de la Constitución Italiana, había que considerarse una "norma abierta", cosa que ha permitido así la identificación de "nuevos derechos".

Esta feliz expresión no debe tomarse literalmente y pensar en el fenómeno por el cual un derecho no contemplado en el texto constitucional, puede "crearse" más o menos *ex novo* por el Tribunal Constitucional o los tribunales ordinarios.

El carácter rígido de la Constitución requeriría por cierto para tal operación el proceso de revisión constitucional, por lo que con la expresión anterior debe entenderse más bien, la posibilidad de que la noción de "derechos inalienables" o de derechos fundamentales puede ser determinada y especificada, así como, obviamente, a través de la intervención del legislador, incluso por los tribunales, aunque con diferentes métodos y límites, siendo claramente diferente su legitimidad a la hora de crear derecho. Muchos podrían ser los ejemplos de identificación y confirmación de los "nuevos derechos" por el Tribunal Constitucional.

Acerca del segundo aspecto (garantía de los derechos), en primer lugar es claro que todas las formas de protección, las condiciones y los límites de la actividad del poder judicial (incluido en eso el Tribunal Constitucional) son obviamente establecidas por leyes, constitucionales u ordinarias, del parlamento.

Un ejemplo es la opción de reconocer o no reconocer una acción individual frente el Juez constitucional para garantizar un derecho fundamental, como en el caso de la Constitución española, con referencia al instrumento del amparo constitucional, profundamente enmendado en el año 2007 por

el legislador. O lo que ha sucedido más recientemente en Francia con la introducción de un acceso en vía incidental frente al *"Consiel constitucionnel"*, con el propósito declarado de verificar la conformidad de las leyes a la Constitución y de declarar inconstitucionales las leyes incompatibles con los derechos fundamentales, incluso después de que la ley ha entrado en vigor y, precisamente, sobre la base del "derecho viviente" que ha sido creado por la interpretación judicial.

La relación entre el legislador y el juez en la identificación y protección de los derechos fundamentales se ha vuelto más compleja, por la existencia, en el ámbito de los derechos fundamentales, de una pluralidad de legisladores y luego de Cartas, de diferente nivel (el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, la Constitución, los Estatutos regionales), cuyo control corresponde a una pluralidad de jueces, cada uno con la tarea específica de la protección de los derechos reconocidos en cada Carta (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Corte de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Constitucional, jueces ordinarios).

Sin duda en la conversión del Estado liberal en Estado constitucional social de hoy, hemos visto un cambio profundo con respecto a la relación entre el legislador y el juez en la creación del derecho y en la protección de los derechos fundamentales, con respecto a lo cual podríamos preguntarnos si tal cambio debe considerarse como un elemento de patología o de fisiología, en comparación con la evolución de la forma del Estado.

En el primer sentido (patología) las razones de la evolución de la relación ahora mencionada, se identifican en la crisis de representación de los órganos políticos y en el consiguiente nuevo papel del juez como reemplazo del legislador y en un protagonismo excesivo de los jueces y casi en la creación de un imperialismo judicial. En el segundo sentido (fisiología) las razones más profundas se identifican en la realización progresiva del estado constitucional social. En mi opinión, la conclusión correcta es la segunda, por las razones que ahora voy a indicar.

La relación entre el legislador y el juez en la creación del derecho se ve afectada por las características básicas de un ordenamiento y por los orígenes históricos del mismo (basta pensar en las diferencias entre ordenamientos de *common law* o de *civil law*).

Así es evidente la profunda diferencia entre la experiencia de Norteamérica y la experiencia francesa. En la experiencia de norteamericana, el papel que se asigna al juez es el de garante de los principios constitucionales y de los derechos fundamentales, en particular, con relación con el poder político

y con el legislador, como expresión de la superioridad de la Constitución (poder constituyente) contra de la ley (poder constituido). En el conocido párrafo 78 del Federalista de Hamilton se dice que los jueces, frente a una antinomia entre una ley fundamental y otra que no lo es, deben conformar su decisión a la primera, de la misma manera que en la sucesión temporal de las leyes prevalece la ley sucesiva en el tiempo. En ambos casos hay una regla de interpretación que se deriva de la naturaleza de las cosas.

Es a partir de estos principios y del reconocimiento del papel de los jueces como garantes de los derechos fundamentales que, al cabo de unos años, nace en ese país el primer modelo de justicia constitucional, con carácter difuso, declarativo e incidental, introducido en via jurisprudencial a partir de la famosa sentencia Marbury vs Madison de 1803.

Muy diferente y en cierto modo casi lo contrario, es la situación en la Europa continental, donde se estaba produciendo una transición traumática del Estado absoluto al Estado liberal a través de una ruptura con el viejo orden y la necesidad, por lo tanto, de establecer un catálogo de derechos que preservar y fortalecer.

La tarea de garantizar la aplicación y la eficacia de estos derechos no podía ser reconocido, sin embargo, a los tribunales, sino al sujeto político, ya que las constituciones aparecen principalmente como un programa político que tiene que realizar, fundamentalmente, a través de la actividad del legislador, que luego asumira un papel central en este sentido.

Lo mismo no puede decirse del juez que por el contrario es visto con recelo, por las actividades llevadas a cabo en el régimen anterior al servicio del poder real y por lo tanto, considerado potencialmente hostil a los nuevos derechos reconocidos por las constituciones, así como carente de legitimidad democrática.

En el Estado liberal, las fuentes del derecho se reducen sustancialmente a la sola ley y clara es la primacía de la decisión política sobre la jurisdicción, expresada por jueces-funcionarios, que aplican de forma mecánica la ley, y no se reconoce ningún margen de apreciación en la interpretación de la ley (en esto sentido fue creado el *référé* législatif). Los jueces son solo "*bouche de la loi*", según la famosa definición de Montesquieu.

La situación experimenta un cambio profundo con las constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial, aprobadas en respuesta a las experiencias de los regímenes totalitarios y nazi-fascistas, que dejan caer la ilusión de una ley, siempre y sin dudas justa, sólo porque son expresión de la soberanía popular, por lo que es claro que una mayoría parlamentaria puede aprobar,

siguiendo las reglas de procedimiento y el tipo de mayorías requeridas, leyes (se puede pensar por ejemplo en las leyes raciales) manifiestamente contrarias a los derechos fundamentales de la persona humana.

De ahí la necesidad de preservar ciertos principios y ciertos derechos fundamentales de las opciones de la mayoría, estableciéndolos en un acto solemne, como la Constitución y reconociendo a esos principios la misma fuerza jurídica superior a la de la ley. Por esta razón nacieron las constituciones rígidas y en consecuencia la necesidad de un juez y de un procedimiento para asegurar esta superioridad que dará lugar a los diferentes modelos de justicia constitucional.

En Europa, como consecuencia de la desconfianza hacia la autoridad judicial antes mencionada, la mayoría de los países se orientará hacia un sistema centralizado y, por lo tanto, por el establecimiento de un nuevo y peculiar juez, identificado en una Corte Constitucional o un Tribunal Constitucional o, como en Francia, donde como es sabido la desconfianza es mucho mayor, en un menos significativo (como deriva ya del nombre), Consejo Constitucional.

El impacto de la aprobación y entrada en vigor de una Constitución rígida en la relación entre derecho político y derecho jurisprudencial es evidente de inmediato, especialmente con respecto a la actividad interpretativa del juez.

Esto se deriva de la conciencia de que la Constitución no es sólo un programa político dirigido al legislador, sino que tiene la naturaleza de fuente del derecho que también se dirige a los jueces que pueden aplicar la misma directamente.

La presencia en la Constitución de principios, así como de reglas, inevitablemente, implica una extensión del poder interpretativo de los jueces (por ejemplo, en particular, en presencia de los derechos sociales) y luego del papel y del impacto del derecho jurisprudencial.

La valorización del derecho jurisprudencial deriva, como se ha mencionado, también de las relaciones que se instauran, con cada vez mayor importancia, entre los sistemas jurídicos nacionales y supranacionales, en particular el ordenamiento del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento de la Unión Europea. A partir del primero, el Convenio tiene, como es conocido, como juez al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en los casos de presunta violación del Convenio puede ser activado de acuerdo con normas y procedimientos expresamente previstos y segundo el principio de subsidiariedad con respeto a las garantías reconocidas por las autoridades nacionales. Acerca de este tema, desde el año 2007 hemos asistido en Italia a un cambio de gran importancia, con reflexiones sobre la valorización del derecho jurisprudencial.

También para evitar que los tribunales ordinarios procediesen a una inaplicación de la ley considerada contraria al Convenio, al igual que lo que ocurre en caso de contraste de la ley con la legislación de la UE, el Tribunal Constitucional con dos pronunciamientos (números 348 y 349 de 2007) consideró que la nueva redacción del art. 117, párrafo 1 de la Constitución - que requiere al Estado y a las regiones, en el ejercicio de sus funciones legislativas, el respeto de las obligaciones internacionales - debe llevar a reconsiderar la posición del Convenio en nuestro ordenamiento jurídico.

En particular, a pesar de no llegar a reconocer al Convenio el valor de las mismas disposiciones constitucionales y, por tanto, de la posibilidad que la misma pueda utilizarse como parámetro de constitucionalidad, la Corte llega a los mismos resultados aplicándole a ella la llamada "teoría de la norma interpuesta", según la cual, la violación de las disposiciones del Convenio por parte de una ley, llevaría indirectamente a un conflicto con el art. 117, párrafo 1 de la Constitución, dado que el Convenio se consideraría como norma interpuesta entre la ley y la Constitución.

El aspecto que más nos interesa es la referencia que hace el Tribunal Constitucional a la jurisprudencia de la Corte Europea, cuando afirma que una característica del Convenio es tener su propio juez, que tiene la tarea de interpretar el Convenio, que debe por lo tanto ser considerado como "derecho viviente" en la lectura proporcionada por el Tribunal de Estrasburgo.

Y esto porque las obligaciones asumidas por el Estado italiano incluyen también la existencia de tal juez especial y el reconocimiento de su función interpretativa. Más concretamente, el órgano jurisdiccional nacional está obligado a seguir sobre todo la interpretación de la ley en conformidad con el Convenio, mientras la garantía de uniformidad de la interpretación depende de la Corte Europea, que también tiene la última palabra y que debe ser aceptada por los estados miembros.

Pasando ahora al segundo caso, el ordenamiento eurounitario es un ejemplo de ordenamiento determinado en gran parte sobre la base del derecho jurisprudencial y de las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Momento esencial está representado por la prejudicialidad eurounitaria, es decir, la facultad de los jueces nacionales o la obligación (para los jueces de última instancia) de solicitar la intervención del Tribunal de Luxemburgo cuando se tienen dudas en relación al significado que se debe atribuirse a la legislación de la UE.

El procedimiento prejudicial representa la colaboración entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia, con una distribución

teórica de las competencias que debe basarse en la distinción entre la actividad de interpretación del Derecho eurounitario, reconocido al Tribunal y de aplicación del Derecho eurounitario o nacional, interpretado a la luz del primero, reconocido más bien a los jueces nacionales. En realidad, el sistema ha terminado por operar de manera muy diferente, en parte debido a la afirmación del principio de interpretación del derecho nacional de manera conforme con el derecho eurounitario.

El juez común por lo tanto, en caso de duda sobre el sentido que debe darse a la normativa eurounitaria, debe solicitar la intervención del Tribunal de Justicia, y luego proceder, si es posible, a una interpretación del Derecho nacional conforme con el Derecho comunitario o, si no fuera posible, decidir el caso a través de la inaplicación de la ley nacional contraria al Derecho comunitario.

El reenvío prejudicial se ha convertido cada vez más en una herramienta no de interpretación sino de producción del derecho, y en algunos casos podemos llegar a preguntarnos si el juez nacional va a aplicar en la realidad, una ley nacional o una ley o reglamento eurounitario, o una cosa "mixta".

La pregunta y la dificultad de dar una respuesta definitiva nacen de la dificultad de distinguir con un corte limpio, el Derecho comunitario del Derecho nacional interpretado de acuerdo con el primero, así como la actividad de interpretación de la actividad de aplicación del derecho.

Con respecto al ordenamiento jurídico nacional, una evaluación de la experiencia de casi 60 años de justicia constitucional en Italia, muestra claramente que la Corte ha tendido a adoptar, en estrecha correlación y cooperación con el juez común, cada vez más el papel de "juez de los derechos" y cada vez menos de "juez de las normas" y de ahí que no se puede negar que el rol y fisonomía actual de los derechos fundamentales es esencialmente el resultado de la jurisprudencia constitucional.

Con este fin, la Corte ha "creado" toda una serie de instrumentos de decisión que le permiten lograr los máximos resultados posibles en relación con el momento político e institucional específico, pero siempre prestando atención en no sustituirse de forma abusiva las decisiones del legislador. Entre estos instrumentos se puede recordar las denominadas sentencias manipuladoras (manipulativas) que introdujeron una adición o una sustitución con respecto al texto original de la norma, a través de las cuales, tras la intervención de la Corte Constitucional, el texto de la disposición se ha modificado sustancialmente con efecto inmediato después de la publicación de la deci-

sión de la Corte en el Diario Oficial y sin la necesidad de una intervención del legislador.

Un tipo de decisión que jugó un papel decisivo es el de las sentencias interpretativas de rechazo, a través de las cuales el Tribunal Constitucional declara no fundada una cuestión de inconstitucionalidad (sentencia desestimatoria) pero esta afirmación está sujeta a la condición de que la ley impugnada se interprete en el sentido que le atribuye el Tribunal Constitucional. Este tipo de decisión tiene importancia bajo dos puntos de vista:

a) La superación de la contraposición entre el perfil de la legalidad y el de la constitucionalidad, ya que expresa la idea de que tanto el Tribunal Constitucional, cuanto el juez comun pueden y deben interpretar la Constitución y la ley y en particular, la ley a la luz de la Constitución. Por lo tanto, de esta manera se rechaza el argumento de que la interpretación de la Constitución sea competencia exclusiva del Tribunal Constitucional (plano de la constitucionalidad) mientras que aquella de la ley común está reservada al juez comun (plano de la legalidad), de acuerdo con la fórmula por la cual "la Constitución al Tribunal constitucional, la ley al juez ordinario".

b) La posibilidad de diferentes interpretaciones de la ley, algunas conformes a la Constitución, otras contraria a la misma y por lo tanto la demostración de que no existe una sola y unica interpretacion correcta, sino un pluralismo interpretativo.

Acerca de la eficacia de la interpretación de la Constitución por parte del Juez constitucional, en España el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que "los jueces y tribunales, interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal constitucional en todo tipo de procesos".

En Italia al principio hubo una situación de conflicto entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo (la denominada guerra entre los dos Tribunales) porque el Tribunal Supremo se niega a seguir la interpretación dictada, como única posible, por el Tribunal Constitucional. Esta situación se superó a través de la valorización del "derecho viviente", es decir, que frente a la existencia de un dececho viviente (de facto la interpretacion del Supremo) el Constitucional no puede producir otras diferentes interpretaciones, pero valora estas mismos, si están conformes o no con la Constitucion.

Durante mucho tiempo las lecturas constitucionalmente conformes de las leyes fueron establecidas por la Corte en una situación cuasi monopolística, y desde los años noventa del siglo pasado, esta función interpretativa se ha delegado progresivamente al juez ordinario.

Otra herramienta utilizada fue aquella de las denominadas sentencias aditivas de principio, como subespecie de las sentencias aditivas auto aplicativas y que se caracterizan por el hecho de que con la declaración de inconstitucionalidad, la Corte no procede en manera directa a la reconstrucción de la norma, sino que simplemente establece un principio, que debe ser especificado por el legislador en primer lugar, pero luego también por los jueces.

Por último, decisivo ha resultado el instrumento de la denominada interpretación conforme, que produjo una clara evolución en la jurisprudencia constitucional: a la fase del monopolio ya señalado siguió la fase en la que la Corte solicitó enérgicamente al juez no plantear cuestiones constitucionales si hubiese resultado posible dar a la disposición impugnada una interpretación constitucionalmente compatible (las leyes se declaran inconstitucionales no porque es posible darles una lectura inconstitucional, sino sólo cuando no es posible encontrar en ellas una lectura constitucionalmente compatible). Y, finalmente, la fase actual en la que el juez deberá comprobar, bajo pena de inadmisibilidad de la cuestión, de haber experimentado y excluido la posibilidad de una interpretación conforme a Constitución de la disposición impugnada.

Es evidente hoy en día, la existencia de dos formas de creación del derecho, es decir de un *derecho político,* fundado sobre el principio de representación y que se expresa a traves de un acto dirigido a producir directamente derecho y a imponer una regla para el futuro y de un *derecho jurisprudencial*, que se expresa sin embargo a través de un acto dirigido a resolver una controversia sobre la base de las normas pre-existentes y con el efecto indirecto de producción de normas. La existencia de un derecho político junto a un derecho jurisdiccional y la evolución de las relaciones que he tratado de describir, plantean una cuestión: cuál es o debería ser la relación entre ellos.

Así, podemos pensar que el mito de la ley del siglo XIX ha sido ahora reemplazado por el derecho jurisdiccional. Claramente no es así, ya que el Estado social constitucional necesita de ambos, en una clara concurrencia. Esto requiere, sin embargo, que nos preguntemos cuáles son entonces los límites de la actividad creadora de derecho de los jueces y cuál es su legitimación en nuestro sistema constitucional.

Los límites a la actividad del juez "creativa" de derecho

La protección de los derechos fundamentales requiere una actividad de *ponderación entre principios constitucionales* que implica una actividad de interpretacion de las fuentes. La actividad de balance se encuentra en algunos casos ya establecida por el Constituyente, como por ejemplo, en el art. 21 de la Constitución italiana, que establece que la libertad de pensamiento no puede ir contra de la moralidad ("buenas costumbres") ponderacion que por lo tanto prevalece en todos los casos. La misma actividad de moderación se lleva a cabo por el legislador en sus actividades de aplicación y ejecución de los principios constitucionales, como por ejemplo, cuando el legislador debe decidir acerca del derecho al aborto, si se debe ponderar entre la vida de los no nacidos y la salud (tambien psicológica) de la mujer, o la libertad de autoderminación en orden a la voluntariedad de la procreacion consciente y responsable.

La misma actividad se lleva a cabo, como es bien conocido, tambien por el Tribunal Constitucional, y en particular, en el control de inconstitucionalidad de la ley, sobre todo mediante el control de la razonabilidad de la misma. Incluso el juez común, en el momento de decidir un caso, puede verse en la necesidad de proceder a la actividad de ponderación, esta vez no en abstracto con valor general, sino en concreto en un caso especifico y con una eficacia limitada a este caso. De esta manera y en esa medida, el Tribunal crea entonces derecho.

Con respecto a este fenómeno y a la posibilidad de que un tribunal no sólo vaya a aplicar, sino también a crear derecho, algunos han hablado de "imperialismo judicial" y de estado jurisdiccional, por la supuesta violacion del principio de separacion de poderes. Dada la posibilidad de que los jueces creen derecho, podemos preguntarnos si el juez puede colocarse en el mismo plano del legislador.

¿El juez es entonces un legislador? Claro que no. Por lo tanto el problema es determinar cuáles son los "límites" y cuál es la "legitimación" de la actividad del juez "creativa" de derecho. Con respecto a "*los límites*", acerca la posición del juez (constitucional u ordinario) frente a la peticion de la tutela de un derecho, surge una necesaria distincion entre: a) cuando un derecho fundamental está reconocido por la Constitución y b) cuando se basa en una elección del legislador, frente a disposiciones constitucionales que "permiten", pero no "imponen", el reconocimiento de un derecho.

En este se segundo caso, se puede hablar de un derecho "legal" frente a los "derechos constitucionales", porque la Constitucion no reconoce ni prohibe el derecho, sino solo lo permite. En este caso, su realización depende de la elección de la mayoría parlamentaria, como por ejemplo ha sido en el caso del matrimonio entre parejas del mismo sexo. En este caso, los poderes interpreativos y creativos del juez son mas reducidos porque el derecho existe sólo si el legislador decide reconocerlo.

Cuando un derecho fundamental está reconocido en la Constitucion, es decir, en el primer supuesto, es necesaria una segunda distinción para definir la posición del juez (constitucional o ordinario) frente a la ley: si existe o no una intervencion del legislador. En el primero (es decir, la presencia de una ley) el juez puede dar una interpreción conforme, sin modificar el texto de la ley o plantear una cuestión de constitucionalidad frente al Tribunal Constitucional. En el segundo (carencia de intervención del legislador) se debe excluir la posibilidad de los "derechos reconocidos por la Constitución pero no protegidos por falta de una ley de ejecución", porque esto sería contrario al sentido mismo de la Constitución y del constitucionalismo, a través del cual hemos querido asegurar que ciertos derechos fundamentales están excluidos del debate politico y de las decisiones descrecionales de la mayoría política. Si se aceptara que la mayoría, con su inacción, pueda determinar la falta de protección de un derecho fundamental, se anularía el efecto esperado con la introduccion de las constituciones escritas y del constitucionalismo.

En este sentido, me gustaría mencionar tres casos diferentes, conocidos en Italia, que se relacionan con los temas ahora mismos expuestos.

El primero caso es el de la fecundación heteróloga (con el esperma de persona diferente del marido) y del rechazo de paternidad. El Código Civil establece que el marido puede demostrar su incapacidad para procrear y por lo tanto no reconocer como suyo al hijo nacido de su esposa durante el matrimonio.

En nuestro caso práctico, el marido dio su consentimiento a la inseminación, pero después rechazó la paternidad. De conformidad con el Código Civil, la sentencia debería haber sido favorable a la peticion del marido y autorizar el desconocimiento de la paternidad, ya que no hay duda de que el niño no era suyo. El juez planteó la cuestión de inconstitucionalidad de la disposición del Código Civil en la parte en la que permite la denegación de la paternidad, incluso en el caso de la inseminación heteróloga, cuando el marido dio previamente su consentimiento para la inseminación de su esposa.

El Tribunal Constitucional pronunció una decisión desestimatoria siguiendo una interpretación *particular* de los artículos del Código Civil, con el argumento de que los mismos se aplican sólo para el caso de adulterio y no de inseminacion artificial. La interpretación por lo tanto supera la carencia de intervención del legislador. Desde mi punto de vista considero que habría sido preferible una sentencia estimatoria.

El segundo caso es el del señor Giorgio Welby, enfermo dependiente totalmente de la alimentacion artificial, pero persona consciente que decide suspender el tratamiento medico que lo mantiene vivo. El art. 32 de la Constitución italiana establece que ninguno puede ser sometido a tratamiento medico sin su consientimento. El señor Welby había recurrido al juez ordinario, exigiendo el cese de la alimentación artificial, de conformidad con su derecho fundamental reconocido por el art. 32 de la Constitucion. Pero el juez decidió que en esto caso no existìa una ley (la ley acerca el "ensañamiento terapéutico", es decir, para reducir el dolor en el paciente terminal) y por lo tanto el derecho no podría ser garantizado. En este caso, la sentencia, según mi criterio, es contraria, por la razon anteriormente indicada, al significado y al valor de la costitucionalizacion de los derechos.

La previsión en la Constitución de los derechos fundamentales sirve justo para evitar que la mayoría parlamentaria pueda limitar o modificar el contenido de estos derechos, toda vez que esto es posible sólo a través la modificacion de la Constitución, es decir, a través de una mayoria más amplia. Por eso, la carencia de intervención no puede significar falta de tutela de los derechos.

El tercer caso es el de la joven Eluana Englaro, persona en estado vegetativo no consciente durante muchos años, como resultado de un accidente automovilístico. El padre había pedido al tribunal interrumpir la alimentación artificial, como expresion de la voluntad de su hija. En ausencia de una ley sobre el testamento vital ("voluntad anticipada") se planteó la cuestión de si el padre podía dar su consentimiento en lugar de su hija inconsciente. El Tribunal Supremo ha determinado las condiciones para suspender la alimentacion forzada, estableciendo que esto puede ocurrir en presencia de una situación médica que se califica como un coma irreversible y si el consenso se puede deducir a través declaraciones cuando el sujeto estaba cosciente.

El Poder Legislativo interpuso un conflicto entre Poderes del Estado y dijo que el Tribunal Supremo invadió la competencia del legislador, porque había hecho no una sentencia, sino una ley. El Tribunal Constitucional rechazó el recurso y dijo que el Supremo había decidido en orden a un caso concreto y

con eficacia interpartes y que el legislador puede intervenir a través de una legislación general de la materia, motivo por el cual no había habido ninguna invasión de la competencia legislativa por parte del Tribunal. Ante ello, el legislador aprobó un decreto ley para impedir la ejecucion de la sentencia del Tribunal Supremo, pero el Jefe del Estado rechazó emanar el decreto ley por violacion del principio de separacion de los poderes, argumentando que el decreto había sido aprobado con el fin de evitar la ejecución de una sentencia de un juez, dictada para la protección de un derecho fundamental.

La legitimación de la actividad interpretativa y creativa del juez en un Estado constitucional y democrático

Al respecto surge una pregunta: ¿el Poder judicial (magistratura) puede definirse como un poder del Estado? La respuesta a la pregunta depende de la noción de Poder que se elija como fundamento de la misma. En un primer sentido, es decir, "poder" come expresión de dirección politica, como bloque unico, que se contrapone a otro Poder (legislativo o ejecutivo) y como sujeto unitario que habla con una sola voz. En este sentido la magistratura no puede considerarse un Poder del Estado, porque es a la inversa un sujeto de garantía y no de dirección politica. Si al contrario "poder" significa sujeto que realiza funciones constitucionales, entonces el Poder Judicial (la magistratura) puede considerarse un auténtico Poder del Estado. Este significado fue aceptado por el Tribunal Consitucional italiano que ha considerado al Judicial como un Poder del Estado que puede plantear conflicto contra otros poderes y que por lo tanto ha hablado del mismo como de un "Poder difuso", sin vertice. Cada juez por lo tanto, es Poder del Estado.

En efecto la solución del juez se impone no como "verdad" y no como una elección de naturaleza política, sino porque es dictada por una persona técnica y profesionalmente preparada que opera respetando las reglas procesales y en condiciones de independencia e imparcialidad.

El fundamento del derecho politico está en el principio representativo y de democracia indirecta, el derecho jurisprudencial, en cambio, en el principio de legalidad constitucional y en el respecto de los limites puestos por el derecho procesal y no depende por lo tanto del consentimiento popular sino del respecto de las reglas. Al juez tal fundamento o legitimacion deriva de las reglas clásicas del derecho procesal, es decir, *ne procedat iudex ex officio*, el

principio del contradictorio, la obligación de imparcialidad, la obligación de motivación y la obligación de decidir, etcétera.

Si bien el legislador tiene, de hecho, la libertad de decidir si se debe intervenir, cuándo intervenir y cómo intervenir y no puede ser obligado a hacerlo ni a motivar su elección, el juez, frente a un procedimiento concreto, está obligado a decidir de una o de otra manera, ya que de lo contrario, cometería el delito de "denegación de justicia" y por ello está obligado a motivar en sentido juridico sus conclusiones. La democracia es expresión no sólo del poder representativo, sino tambien garantía de los derechos fundamentales y limitación de los poderes públicos.

Garantizar el respeto de los derechos y limitar los poderes publicos, es el fundamento de la legitimación de la actividad interpretativa, es decir jurisdicional, es decir, de la actividad creativa del juez.

Revista de Investigaciones Jurídicas, núm. 40, editada por el Fondo para la Difusión del Derecho, de la Escuela Libre de Derecho, se terminó de imprimir en el mes de noviembre de 2016, en los talleres de Impresos Chávez de la Cruz, Tel 5539-5108 y 5672-0119, impresoschavez@yahoo.com. La edición consta de 500 ejemplares.

Revista de Investigaciones Jurídicas

40

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

AUTORES

Leopoldo Burruel Huerta
Luis Norberto Cacho Pérez
Susana Gabriela Camacho Maciel
Mario Simón Canto
Francesco Dal Canto
Óscar Arnulfo de la Torre Lara
Jesús Antonio de la Torre Rangel
Gonzalo Farrera/Jesús Niebla/Victoria Meza
Rodolfo Vidal Gómez Alcalá
Francisco González de Cossío
Yuri González Roldán
Ramón Hernández Cuevas
Rodolfo Moreno Madrigal
Carlos Müggenburg
Elí Rodríguez Martínez
Luis Ariel Salanueva Brito
Juan Pablo Salazar Andreu
Mario A. Téllez G. / Mariana Moranchel
Mariana Tenreiro / Dionisio J. Kaye
Laura G. Zaragoza / Juan José Pulido
María Zaragoza Sigler
Luis M. Díaz Mirón A.
Rodolfo Vidal Gómez Alcalá
Roberto Romboli

DE LA *MANUS INIECTIO* A LA *LEX POETELIA PAPIRIA* DE LA BARBARIE A LA CIVILIZACIÓN

Leopoldo Burruel Huerta

El derecho nace para que muera la guerra
Carnelutti

Sumario: De la suerte, del azar y del destino. La primera solución a las deudas insolventes. La *manus iniectio*.

De la suerte, del azar, del destino

"Pues así fue; así pasó". Esta frase la decimos con toda seguridad cuando expresamos lo que ocurrió, pero no siempre es del todo cierta. Realmente no podemos, con nuestro punto de vista, contener todos los factores, todos los elementos, de lo que aconteció y, mucho menos, podemos afirmar con precisión las razones.

La ruina es algo inherente al ser humano. Por decir algo, sobre la antigüedad: Adán y Eva quebraron, pues perdieron el paraíso. Los nómadas dejaron de serlo para no quebrar cada vez que se movían. Todo negocio, todo propósito, tiene su riesgo. En muchas ocasiones, el riesgo aparece, ocurre y trae consigo el fracaso. El fracaso es tan antiguo como el negocio en el género humano. La mejor manera de definir el fracaso es: mala suerte.

Pero la otra parte, lo que no es ruina, el éxito, la abundancia, no es propiamente algo inherente al ser humano. El destino, las bendiciones, la obra de un ente superior o el poder que emana de un ser humano único, guapo e inteligente, son las causas del éxito. Pero, la mejor manera de definir el éxito, en realidad, es no atribuirlo a esos factores, sino a la buena suerte.

Todo lo anterior constituye una corriente de pensamiento económico y a sus seguidores se les conoce como los deterministas. Ellos pueden, con una aparente facilidad, explicar el éxito o el fracaso de un individuo basados en circunstancias que nunca dependieron de la voluntad, trabajo o esperanza del mismo, sino en su suerte. La economía es ajena a todo concepto de justicia.

La exposición magistral de estas ideas, la hace Richard A. Posner:

> Gran parte de la desigualdad de la riqueza refleja indudablemente la pura suerte, aún si nuestra dotación natural de carácter e inteligencia se considera un derecho antes que un producto de la selección aleatoria de los genes. Existe la suerte de haber nacido en un país rico y no en un país pobre, la suerte de ser un beneficiario o una víctima de los cambios impredecibles que ocurren en los mercados de demandas de los consumidores y de la mano de obra, la suerte de la herencia, la suerte de los mercados financieros, la suerte de conocer a ciertas personas, y la suerte de la capacidad y la disposición de tus padres para invertir en tu capital humano. [1]

Mala suerte o buena suerte. El azar es la constante del ser humano, como individuo o como colectividad. La incertidumbre del negocio, el riesgo. Pero nadie comparte empáticamente el fracaso si lo afecta. Los que fracasan se convierten en deudores y sus acreedores, ante la imposibilidad de cobrar, lo odian, cuando menos.

Es claro que da coraje, que molesta, que genera la claridad de haber sido despojado incruentamente de algo, de algo propio, de lo mío, de mi propiedad. Si hay fracaso, si no hay pago, buscamos la culpa. Porque no hubo involucramiento en el riesgo para el acreedor. El acreedor no dependía del éxito o del fracaso del negocio. El acreedor sólo debía ser pagado. Si el acreedor comparte el riesgo, se convierte en socio y así sería su ganancia o pérdida, pero no es así. El cumplimiento forzoso de la obligación es lo que busca el acreedor, claro que no tiene motivo para tener empatía.

Esto ha pasado siempre; porque siempre ha habido acumulación y esto se debe a los negocios.

[1] Posner, Richard A., *El Análisis Económico del Derecho*, México, FCE, 2013, p. 41.

La primera solución a las deudas insolventes

La manus iniectio

Si usted es un acreedor, va a salivar con lo que ocurría en el pasado. Pues era el gozo de la venganza, la imposición última de la condena merecida. Nada es peor a que no me paguen y merece la última pena. Este deseo suculento, se hacía realidad. Sí pasaba y por mucho tiempo fue justo, legal y correcto. Theodor Mommsen nos dice con toda puntualidad que en la Roma Antigua (época de los reyes): "La Ley trata al insolvente como si fuera un ladrón".[2] Y reduce en una frase lo que ocurría: "El contrato no engendra por sí mismo la acción, pero sí se reconoce el derecho del acreedor, se hace omnipotente".[3]

Cuando Roma obtuvo una estabilidad envidiable, se propuso crear algo que le parecía debía ser un distintivo de poder. Debía tener leyes escritas. Era un ofrecimiento a la plebe para calmar su confrontación con los patricios, los padres fundadores de la ciudad. Pero en un pueblo sin sabios, sin información, debía procurárselas de otros. Habían oído de las leyes de Grecia por sus visitantes y contrincantes nativos de allende el mar; las leyes de un señor llamado Solón, que eran famosas por lo bien escritas y acertadas disposiciones.

En un sistema político que distinguía entre nobles y plebeyos, es lógico prever que estos últimos buscarían privilegios frente a los primeros. Los nobles tratarán de imponerse y los plebeyos de defenderse. Así, como un método de control de masas, fue creado el Tribuno de la Plebe, por el senado —lugar de los patricios—, y de ahí un ofrecimiento de tentativa de igualdad: la Ley. Uno de estos Tribunos, de nombre Cayo Terentilio Arsa, en el año 462 a.C., formula la "propuesta de fijación por escrito de unas mismas normas para todos... y la embajada a Grecia para examinar la leyes de Atenas y de otras ciudades".[4] Van tres entendidos (algunos dicen que fueron cinco); se esperaba que regresaran iluminados. Quienes tuvieron la fortuna de ser comisionados para tal misión fueron Sp. Postumio Albo, A. Manlio y P. Sulpicio Camerino. Según nos refiere puntualmente Tito Livio, ellos: "debían copiar

[2] Mommsen, Theodor, *Historia de Roma*, T. I, Madrid, Aguilar, 1990, p. 194.

[3] *Ibid.*, p. 195. Cabe hacer mención que en el mismo texto Mommsen habla de la tortura. Dice: "Su ley no es cruel, no dice ni hace más que lo necesario; ordena la muerte sin rodeos; nunca en esta época, ha permitido la aplicación del tormento contra el hombre libre". Aunque hay pasajes bíblicos que señalan que sí aplicaban la tortura por medio del látigo a los extranjeros.

[4] Domingo, Rafael (coord.), *Textos de Derecho Romano*, Navarra, Aranzadi, 2002, p. 487.

las célebres leyes de Solón[5] y estudiar las instituciones de otras ciudades de Grecia, sus costumbres y derechos".[6]

Postumio, Manlio y Camerino fueron y regresaron. Era el año 301 de la fundación de Roma. El senado tomó una decisión muy particular. Debían nombrar una comisión redactora de las leyes, pero dichos redactores, al mismo tiempo, ostentarían el poder de mando. Así, resolvieron dar el mando a diez individuos, entre los que incluyeron a los amigos Postumio, Manlio y Camerino; aunque encabezados por Appio Claudio, quien ese año había sido electo cónsul, razón por la cual lo incluyeron. Permanecerían en el poder hasta concluir su labor.[7] Curioso asunto éste de que hiciera las leyes el mismo que ostentaba el poder y no un órgano diferente. No obstante, ahora ha sido algo común dotar al Poder Ejecutivo de facultades extraordinarias para legislar.

Estos varones fueron medianamente prudentes, se les llamó *decénviros* y terminaron de redactar diez leyes que transcribieron en la misma cantidad de tablas. Pero corrió el rumor (tal vez generado por el propio Appio Claudio, que seguramente no quería renunciar al poder) de que aún faltaban dos leyes y entonces se inició un proceso para elegir a los que terminarían el trabajo. Appio organizó los comicios y se encargó de que lo nombraran a él como la autoridad para nombrar a los otros nueve, quienes fueron sus incondicionales. Ahora sí, poder absoluto.

Es fácil descubrir el motivo del fracaso de estos segundos *decénviros* y su impopularidad. Entre ellos no había ningún representante del pueblo, sólo votaron por el elector. Los Tribunos no tuvieron participación alguna y se declararon (los *decénviros*) inapelables en sus decisiones, cuando era una costumbre que algunos asuntos fueren consultados a mano alzada a la plebe. Tampoco se estableció ningún papel al Senado. Eso era territorio libre para que fuesen odiados y lo fueron. Los gritos de libertad se extendieron incluso

[5] Plutarco dice que Solón fue un gran líder, aunque antes había sido un exitoso comerciante. Sin embargo, lo asombroso de sus leyes deriva de que fueron creadas inmediatamente después de las de Dracón. Este vivía cuando las leyes de Solón entraron en vigor. Solón promovió y logró que entraran en vigencia leyes como la de la "cancelación de todas las deudas". Cuestión que, en efecto, fue muy popular, pero, sobre todo, solucionó un grave conflicto que estaba por terminar con el orden público. Incluso Plutarco cuenta la picardía de unos amigos de Solón que conocieron de las leyes antes de que se presentaran y aprobaran. Con tal motivo se hicieron de gigantescas deudas y adquirieron propiedades. Esta ley se conoce como la sesacteia. Los amigos pícaros eran Conón, Clinias e Hipónico, a quienes incluso se les conoció con el apodo de "los bancarroteros". 25 siglos después se les sigue nombrando por corruptos.

[6] Tito Livio, *Historia Romana*, *Primera Década*, 6ª ed., México, Porrúa, 2006, p. 146.

[7] Aparentemente, la trampa estaba en la suspensión de los Tribunos y su posterior derogación.

a los pueblos vecinos y aliados, de los cuales dos decidieron acudir a la guerra. Pero en nada ayudó Appio, pues era un verdadero barbaján.

Ocurrieron dos eventos: la muerte del ganador de 120 batallas, Lucio Siccio Dentato y la muerte, a manos de su padre, de Virginia. Siccio era un soldado, un guerrero, sumamente popular. Campeón de batallas, fuerte e invencible. Resulta que fue hallado muerto junto a todos sus acompañantes. Él muerto,[8] en medio de todos ellos. Pero todos en dirección a él. No había rastros de envestidas de enemigos o de huida alguna. De ahí dedujeron que los suyos lo habían matado y él mató también a todos defendiéndose. Claro que la suspicacia recaía en los *decénviros* y en Appio.

Appio, por otra parte, era lujurioso. Y viendo la belleza de la hija de una esclava, la reclamó como esclava suya. Pero esta bella mujer tenía padre libre de nombre Virginio y un prometido llamado Icilio. Mas, como la condición de esclavitud era cuestión de juicio, consigue (con sometimiento del juez) hacerse del título de propiedad de la bella esclava. El padre, Virginio, mata entonces a su hija: "prefería la muerte de sus hijos a su ignominia", nos cuenta Tito. Appio queda como un malévolo pervertido y se suicida antes del deshonor de la prisión.[9] Los ejércitos desconocieron a sus generales y junto con la plebe acudieron al monte Aventino a rodear a los *decénviros*. Los *decénviros* son desterrados y los bienes de todos confiscados. Habían restituido a los Tribunos y uno de ellos, Marco Duilio, detuvo la guerra civil inminente.

La revuelta puede entenderse como que la jugada que en el fondo se pretendía, con los *decénviros* y la ley igualitaria, era verdaderamente desaparecer a los tribunos, que habían desarrollado un poder peligroso para la nobleza. La ley era el señuelo, la trampa; pero hubo ley y hubo tribunos. Esta lucha, juego político, puede afirmarse como el primer esfuerzo deliberado por suprimir la igualdad, en ánimo de que la separación prevaleciera. Fue oportunamente detenida, antes de que terminara en una masacre.

Mommsen resume este importante capítulo así:

> Así terminó esta larga lucha, comenzada en un principio, para echar abajo el poder tribunicio, le trajo la completa consagración de su derecho. En adelante los tribunos anulan a su antojo, así los actos de la administración atacados por la parte lesionada como las decisiones generales de los poderes constitucionales. Los más sobrados juramentos y las más terribles maldiciones de la religión garantizaron la inviolabilidad de su persona, la duración permanente de su institución y el mantenimiento completo de su Colegio. Nunca, desde entonces, ha intentado nadie en Roma provocar su supresión.[10]

[8] 45 heridas, cuenta Mommsen, para descartar el suicidio.

[9] Mommsen dice que murió en prisión junto a Espurio Oppio.

[10] *Ibid.*, p. 339.

Los sucesos platicados los plasmo para que podamos entender que el pueblo romano era un pueblo cuya civilización había tardado en llegar. Por ello quiero que en el contenido de una ley de estas doce encontremos la crudeza de sus dictados. Veamos incluso su humor negro, que revela una realidad. Y era una ley concursal.

Es recordado como antecedente remoto de la quiebra, la figura de la *manus iniectio*, pues precisamente ésta estaba prevista en la tercera de las Leyes de las Doce Tablas.

La Tabla III de la Ley decía:[11]

1. Si el demandado ha reconocido la deuda o ha sido condenado legítimamente, concédansele treinta días (para pagar).[12]
2. Después de dicho plazo (si no ha pagado) aprehéndasele. Llévesele ante el magistrado.[13]
3. Si no cumple la sentencia o no se presenta alguien como vindex[14] ante el magistrado, llévelo consigo, átelo con una cadena o con unos grilletes de quince libras de peso, no más o, si quiere, menos pesados.[15]

[11] Domingo, Rafael. *op. cit.*, p. 23.

[12] Es muy curiosa la coincidencia del término con el artículo 2080 del Código Civil Federal mexicano y de todos los artículos correspondientes de los Códigos locales, que indican: Artículo 2080.- Si no se ha fijado el tiempo en que deba hacerse el pago y se trata de obligaciones de dar, no podrá el acreedor exigirlo sino después de los **treinta días siguientes a la interpelación que se haga**, ya judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante un notario o ante dos testigos. Tratándose de obligaciones de hacer, el pago debe efectuarse cuando lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación.

13 Afortunadamente, el maestro Gayo, nuestro Gayo —le decía Justiniano—, transcribe las palabras que se pronunciaban para este proceso, en el Cuarto Comentario de sus Instituciones: *Per manus iniectionem aeque de his rebus agebatur, de quibus ut ita ageretur, lege aliqua cautum est. Uelut indicsti lege XII tabularum quae action talis erat: qui agebat. QVOD TV MIHI IVDICATVS siue DAMNATVS ES SESTERTIVM X MILIA QVANDOC NON SOLVISTI, OB EAM REM EGO TIBI SESTERTIVM X MILIVM IVDICATI MANVM INICIO, et simul aliquampartem corporis eius predebat; neclicebat iudicato manum sibi depellere et pro se lege agree, sed uindicem dabat, qui pro secausam agree solebat qui uindicem non dabat, domum ducebatur ab actore et uniciebatur*. Lo que traducido significa: 21. La aprehensión corporal era para ciertos casos determinados en alguna ley, por ejemplo, para la ejecución de sentencia en virtud de la Ley de las XII Tablas. Esta acción se hacía de este modo: el demandante decía: TENGO UNA SENTENCIA O CONDENA CONTRA TI POR VALOR DE DIEZ MIL SESTERCIOS, Y PUESTO QUE NO HAS PAGADO, CON ESTE MOTIVO, ME APODERO DE TI A CAUSA DE LA SENTENCIA DE DIEZ MIL SESTERCIOS, y al decir esto le agarraba con la mano. El que había sido condenado en la sentencia no podía desasirse ni defenderse por acción de la Ley, sino que tenía que presentar un defensor, que solía entablar la acción de la Ley en su nombre. Si no presentaba un defensor, el demandante se lo llevaba a su casa y le ataba con cadenas.

[14] Domingo, Rafael, *Id.* Dice el traductor que: "Este vindex es una persona que, con defensa del condenado, se compromete a demostrar en otro proceso la iniquidad del primero, sustituyendo a aquél a todos los efectos. Si en este segundo proceso la sentencia ratificaba la primera, el vindex sería condenado al doble". Dicen que era más que un garante, era un auténtico sustituto.

[15] Impresiona cómo hasta el peso de las cadenas y del alimento mínimo estaba previsto.

4. Si quiere, viva de lo suyo. Si no vive de lo suyo, quien le apresó dele una libra de pan farreo al día. Si le place, dele más.
5. Existía todavía la posibilidad legal de pactar y, si no pactaban, se les mantenía encadenados sesenta días. Durante ese tiempo eran llevados al comicio, ante el pretor, en tres mercados consecutivos donde era pregonada la cantidad de dinero por lo que estuvieran condenados. Pero transcurridos los tres mercados les daban muerte o los ponían a la venta en el otro lado del Tíber.
6. Pasados los tres mercados córtesele en partes. *Tanto si cortaron más como si cortaron menos, no se considerará que existe fraude.*

Esto último es para mí muy sorprendente. No creo, bajo ninguna circunstancia, que hubiese sido una ocurrencia del legislador que regulase que no importaran las partes en la repartición del cuerpo del deudor.

La *manus iniectio* era una práctica anterior a las XII tablas de la Ley.[16] Seguramente, habían ocurrido problemas derivados de dicha repartición de las partes del cuerpo del deudor. Imaginarse la escena es de un humor negro terrible. Solamente pensar que reclamaran el tamaño de las partes suena ridículo, pues el deudor había muerto ya. Pero el sabor de la venganza persistía.

Alvaro D'Ors duda que efectivamente hayan existido cárceles privadas: "La verdad es que, como régimen normal, no es imaginable que los acreedores tuvieran sus prisiones para retener a los eventuales deudores; la presencia de un deudor en la propia casa, sin saber muchas veces qué provecho se podía obtener de su trabajo, hubiera resultado una incómoda carga más que una seguridad; dificultades suplementarias ofrece el supuesto normal de pluralidad de acreedores".[17] Don Álvaro era un amante de la sabiduría romana y seguramente esta práctica le resultaba grotesca. Pero yo creo que la anécdota que cuenta Tito Livio —que ha sido transcrita— es tan precisa que no podemos negar que ocurriese.

De cualquier forma, podemos resumir el proceso de la siguiente manera: tras un período de espera, con una etapa de encarcelamiento privado, estando regulados los alimentos y el peso de las cadenas, sin que fuesen pagadas las deudas o se apersonara quien lo sustituyera, el acreedor llevaba al deudor al otro lado del Tíber y hacía "pedazos" al deudor, repartiendo entre los

[16] Al respecto, dice Pérez Álvarez, María del Pilar, *La bonorum venditio*, Madrid, 2000, p. 30, que: Su origen se encuentra en época precívica, en actos de justicia privada que la civitas se limitó a legalizar. Algunos autores opinan que son el producto de un desarrollo consuetudinario anterior a las XII Tablas que se extiende por todo el Lacio. Para otros autores,el origen de estos dos modi lege agendi no es consuetudinario, sino que son ritos que provenían del Derecho sagrado (fas) y que sólo en un momento posterior fueron sancionados legislativamente por las XII Tablas,sea al disciplinarles una forma, sea al someterlos a un control por parte de un magistrado jurisdiccional.

[17] Claro está que siendo muchos acreedores, la responsabilidad del mantenimiento del deudor no estaba regulada y es posible que, sin orden del juez, alguno se hubiese hecho cargo.

acreedores el cuerpo, en la medida de la deuda de cada uno.[18] Si el lector del presente artículo es un banquero, me imagino que está gozando del relato. Lo que resulta claro es que se trataba de un proceso esencialmente privado con beneficios totales a favor del acreedor y donde el orden público, el concepto de empresa y la utilidad social del comercio no importaban.

Pronto los propios romanos se percataron de la injusticia del proceso y la *Lex Poetelia* terminó con la sanción corporal del deudor.[19] El relato que hace Tito Livio es fabuloso:

> En este año, el pueblo romano recibió en cierta manera una libertad nueva con la abolición de la servidumbre por deudas; este cambio en el derecho se debió a la infame pasión y tremenda crueldad de un usurero llamado L. Papiro. Este retenía en su casa a C. Publilio que se había entregado para rescatar las deudas de su padre. La edad y belleza del joven, que debían excitar su compasión, sólo sirvieron para inflamar su inclinación al vicio y al libertinaje más odiosos. Considerando aquella flor de juventud como aumento de su crédito, trató primeramente de seducirle con obscenas palabras; y después, como Publilio, despreciándole no dada oído a sus impúdicas palabras, trató de asustarle con amenazas, poniéndole constantemente delante de los ojos su espantosa miseria: al fin, viendo que piensa más en su condición de hombre libre que en su situación presente, le hace desnudar y azotar con varas. Lacerado el joven por los golpes consigue escapar por la ciudad, que llena con sus quejas contra la infamia y crueldad del usurero; la multitud, que había engrosado compadecida por su juventud, indignada por el ultraje, animada también por la consideración de lo que le aguarda, tanto a ella como a sus hijos, marcha al foro y desde allí se dirige precipitadamente hacia la Curia. Obligados los cónsules por aquel tumulto imprevisto, habiendo convocado al Senado, a medida que los senadores entraban, el pueblo se arrojaba a sus pies, mostrándoles el lacerado cuerpo del joven. Por el atentado y violencia de un solo hombre, aquel día quedó roto uno de los lazos más fuertes de la fe pública. Los cónsules recibieron órdenes de proponer al pueblo que en adelante ningún ciudadano podría, sino por pena merecida y esperando el suplicio, quedar sujeto con cadenas o grillos; de la deuda deberían responder los bienes y no el cuerpo del deudor. Por esta razón pusieron en libertad a todos los detenidos por deudas y se tomaron disposiciones para que en adelante ningún deudor pudiese ser reducido a prisión.[20]

[18] Como lo cita Apodaca y Osuna, Francisco, *Presupuesto de la Quiebra*, México, Editorial Stylo, 1945, p. 41, nota al pie: "Tabla III, denominada de *rebus creditis*, en su párrafo 6, que dice "*Terciis nundinis partis secanto. Si plus minusve secuerint, se fraude esto*". Después del tercer día de mercado (el tercero noveno), que le partan en pedazos. Si cortan partes más o menos grandes, que no haya en ello fraude.

[19] Es conveniente leer el relato de Tito Livio sobre la *Lex Poetelia* que transcribe el maestro Cervantes Ahumada, Raúl, *Derecho de Quiebras*, México, Herrero, 1990, p. 21.

[20] Tito Livio, *op. cit.,* Libro Octavo, pp. 402-403 y 523.

No cabe duda que aquí se crea el postulado que ha llegado a la Constitución mexicana, que al final de su artículo 17 reza: "Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil". Para sorpresa nuestra, no es una frase mexicana. Fue extraída literalmente del Derecho Romano.

Pero no es solamente ese bello postulado lo que surge de la Ley Poetelia Papiria, es la invención de la civilización. Queda expuesto un principio, propio sólo de un Derecho evolucionado. Hasta el siglo XVIII en Inglaterra se condenaba a muerte al deudor insolvente. La deuda por sí sola no debe ser causa de prisión y es un elemento de justicia elemental que ha trasminado a muchas naciones. Pero no es solamente la justicia lo que se contiene en esta Ley Poetelia Papiria de *nexis*. Posteriormente, ya no se trataría de cárceles privadas, de justicia privada. De ahí en adelante todo se haría a través de instituciones. De la cosa de la ciudad, de lo civil. El Derecho a través de instituciones. La civilización, pues.

Era el año del 326 a.C.

LOS DERECHOS CULTURALES Y LA LEY DE CULTURA

Luis Norberto Cacho Pérez

Sumario: I. Comentario inicial. II. Resumen de las ponencias. III. Jurisprudencias y tesis aisladas.

I. Comentario inicial

Durante los meses de junio, julio y agosto del 2016, la Comisión de Cultura y Cinematografía de la Cámara de Diputados, del Congreso de la Unión, convocó a la celebración de una serie de audiencias públicas, con el objeto de:

> Coadyuvar con los representantes del sector cultural para escucharlos, discutir y retomar los instrumentos jurídicos, técnicos y administrativos necesarios para la construcción de la iniciativa de una Ley Reglamentaria del párrafo décimo segundo del Artículo 4° y la fracción XXIX-Ñ del Artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Participaron representantes de instituciones públicas y privadas, "creadores, especialistas, artistas y ciudadanos pertenecientes e interesados en el sector cultural".

Quien esto escribe fue invitado como ponente en las dos primeras audiencias públicas, con los temas "Principios, conceptualización y técnica legislativa para la conformación de una ley de cultura" y "derechos culturales", realizadas en Puebla (30 de junio) y la Ciudad de México (5 de julio), respectivamente. Aquí se presenta un resumen de las ponencias presentadas, tal como fueron desarrolladas en las audiencias públicas, haciendo comentarios

concretos sobre nuestro marco jurídico, sin aludir a conceptos doctrinarios. De igual forma, en la última parte de este breve comentario se incluyen varias jurisprudencias aplicables en materia de derechos culturales, en particular, y de Derechos Humanos, en lo general.

II. Resumen de las ponencias

Por Decreto publicado en el *Diario Oficial*, el 30 de abril del 2009, se adicionó un párrafo (que ahora es el décimo segundo) al Artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para establecer como garantía individual el derecho a la cultura. El texto quedó de la siguiente forma:

> *Artículo 4°.*
> Toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. El Estado promoverá los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa. La ley establecerá los mecanismos para el acceso y participación a cualquier manifestación cultural.

Las garantías individuales se consideran, en la actualidad, como Derechos Humanos, conforme a la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial* el 10 de junio del 2011. Por lo tanto, el acceso a la cultura es un Derecho Humano, igualmente protegido por los tratados internacionales en los cuales México es parte, según se prevé en los tres primeros párrafos del Artículo 1° constitucional:

> *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.

De lo anterior se desprende que a la Secretaría de Cultura, a sus órganos desconcentrados y a las entidades paraestatales coordinadas les corresponde garantizar los siguientes Derechos Humanos:

a) Acceso a la cultura,
b) Disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia y
c) Ejercicio de los derechos culturales.

El cumplimiento de los mencionados derechos culturales se hace mediante todas las actividades que realizan la Secretaría de Cultura y su sector coordinado. Cuando se otorga una beca, se permite la entrada a un museo o se organiza una función de ballet, se están respetando los derechos culturales.

Al mismo tiempo, la Secretaría de Cultura, sus órganos desconcentrados y las entidades paraestatales coordinadas tienen las siguientes obligaciones:

a) Promover los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones, con pleno respeto a la libertad creativa;
b) Establecer los mecanismos para el acceso y participación a cualquier manifestación cultural, según se señale en la ley;
c) Promover, respetar, proteger y garantizar los derechos culturales previstos en los tratados internacionales;
d) Prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos culturales, en los términos que establezca la ley.

La protección a los Derechos Humanos se efectúa conforme a lo previsto en la normatividad vigente, a través del juicio de amparo.

Los derechos culturales están previstos en el Artículo 4° constitucional y en los tratados internacionales en la materia. Con fundamento en el Artículo 133 de la Constitución, los tratados celebrados por el presidente de la República, con aprobación del Senado, son ley suprema de toda la Unión. Y siguiendo la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los tratados tienen mayor jerarquía que las leyes federales.

Conforme a esta misma jurisprudencia, un tratado internacional se aplica siempre que prevea mayor protección en materia de Derechos Humanos, de lo que se señala en la Constitución, en cumplimiento del principio *pro homine*. Sin embargo, cuando exista una prohibición expresa en la Constitución, aun cuando se determinen mayores derechos en un tratado, se debe aplicar el texto constitucional. Con esto se conserva el principio de supremacía constitucional.

La protección de los derechos culturales no corresponde a una sola autoridad federal o estatal, sino a todas las autoridades sin distinción alguna, conforme a su competencia, como se prevé en el Artículo 1° constitucional.

Existen muchos tratados internacionales donde se establecen derechos culturales, derivados de la ONU y de la UNESCO, multilaterales y bilaterales, y también de manera regional. Algunos de los principales tratados en la materia son:

a) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
b) Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador".
c) Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

Para conocer una recopilación de los derechos culturales, lo mejor es consultar la Declaración de Friburgo. Este instrumento tuvo su origen en una investigación de la UNESCO, que después fue retomada por la Universidad de Friburgo. En esta Declaración se hace un resumen de los principales derechos culturales previstos en diversos instrumentos internacionales, como tratados, convenciones y pactos, además de recomendaciones o denominaciones similares.

En el orden jurídico mexicano, sólo son obligatorios los tratados internacionales suscritos por el presidente de la República, con aprobación del Senado. Las recomendaciones o cualquier otra denominación parecida, aun cuando sean un instrumento internacional, no son obligatorias para el Estado mexicano, sino de aplicación discrecional. Por eso será importante, cuando hablemos de un derecho cultural, determinar en qué instrumento internacional se encuentra previsto, para poder derivar de ahí su aplicación o no en el ámbito jurídico mexicano.

Conforme a la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Constituyente Permanente ha determinado que el Congreso de la Unión pueda fijar un reparto de competencias en ciertas materias, denominado "facultades concurrentes", entre la Federación, las entidades federativas (incluyendo la Ciudad de México) y los municipios. Este reparto de competencias se hace, siguiendo la misma jurisprudencia de la Corte, mediante la expedición de leyes generales.

Dicha jurisprudencia dice:

> Época: Novena Época; Registro: 187982; Instancia: Pleno; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XV, Enero de 2002; Materia(s): Constitucional; Tesis: P./J. 142/2001; Página: 1042.
> FACULTADES CONCURRENTES EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO. SUS CARACTERÍSTICAS GENERALES. Si bien es cierto que el Artículo 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que: "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.", también lo es que el Órgano Reformador de la Constitución determinó, en diversos preceptos, la posibilidad de que el Congreso de la Unión fijara un reparto de competencias, denominado "facultades concurrentes", entre la Federación, las entidades federativas y los Municipios e, inclusive, el Distrito Federal, en ciertas materias, como son: la educativa (Artículos 3o., fracción VIII y 73, fracción XXV), la de salubridad (Artículos 4o., párrafo tercero y 73, fracción XVI), la de asentamientos humanos (Artículos 27, párrafo tercero y 73, fracción XXIX-C), la de seguridad pública (Artículo 73, fracción XXIII), la ambiental (Artículo 73, fracción XXIX-G), la de protección civil (Artículo 73, fracción XXIX-I) y la deportiva (Artículo 73, fracción XXIX-J). Esto es, en el sistema jurídico mexicano las facultades concurrentes implican que las entidades federativas, incluso el Distrito Federal, los Municipios y la Federación, puedan actuar respecto de una misma materia, pero será el Congreso de la Unión el que determine la forma y los términos de la participación de dichos entes a través de una ley general.
> Controversia constitucional 29/2000. Poder Ejecutivo Federal. 15 de noviembre de 2001. Once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón.
> El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy seis de diciembre en curso, aprobó, con el número 142/2001, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a seis de diciembre de dos mil uno.

Es así que, en diversas materias existen leyes generales, puesto que hay un fundamento constitucional expreso. Tenemos, por ejemplo, la Ley General de Salud, la Ley General de Educación y la Ley General de Asentamientos Humanos.

Toda vez que en el Artículo 73, fracción XXIX-Ñ constitucional se prevé que "el Congreso tiene facultad, para expedir leyes que establezcan las bases sobre las cuales la Federación, los Estados, los Municipios y el Distrito Federal coordinarán sus acciones en materia de cultura", y de ninguna manera se refiere a un reparto de competencias, la Ley que se expida con fundamento en este precepto no debe ser una ley general, sino, en todo caso, una ley federal o una ley reglamentaria del actual párrafo décimo segundo del Artículo 4° constitucional.

En la fracción XXIX-Ñ del Artículo 73 constitucional se señala:

> Artículo 73. El Congreso tiene facultad:
> XXIX-Ñ. Para expedir leyes que establezcan las bases sobre las cuales la Federación, los Estados, los Municipios y el Distrito Federal coordinarán sus acciones en materia de cultura, salvo lo dispuesto en la fracción XXV de este Artículo. Asimismo, establecerán los mecanismos de participación de los sectores social y privado, con objeto de cumplir los fines previstos en el párrafo noveno del Artículo 4° de esta Constitución.

Y, como se ha dicho, en el actual párrafo décimo segundo del Artículo 4° se prevé:

> Artículo 4°.
> ...
> Toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. El Estado promoverá los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa. La ley establecerá los mecanismos para el acceso y participación a cualquier manifestación cultural.

En la fracción XXV del Artículo 73 constitucional se establece:

> XXV. Para establecer el Servicio Profesional docente en términos del Artículo 3o. de esta Constitución; establecer, organizar y sostener en toda la República escuelas rurales, elementales, superiores, secundarias y profesionales; de investigación científica, de bellas artes y de enseñanza técnica, escuelas prácticas de agricultura y de minería, de artes y oficios, museos, bibliotecas, observatorios y demás institutos concernientes a la cultura general de los habitantes de la nación y legislar en todo lo que se refiere a dichas instituciones; para legislar sobre vestigios o restos fósiles y sobre monumentos arqueológicos, artísticos e históricos, cuya conservación sea de interés nacional; así como para dictar las leyes encaminadas a distribuir convenientemente entre la Federación, las entidades federativas y los Municipios el ejercicio de la función educativa y las aportaciones económicas correspondientes a ese servicio público, buscando unificar y coordinar la educación en toda la República, y para asegurar el cumplimiento de los fines de la educación y su mejora continua en un marco de inclusión y diversidad. Los Títulos que se expidan por los establecimientos de que se trata surtirán sus efectos en toda la República. Para legislar en materia de derechos de autor y otras figuras de la propiedad intelectual relacionadas con la misma;

Las materias señaladas en la referida fracción XXV del citado Artículo 73 constitucional, no son objeto de la Ley de Cultura. Por lo anterior, en la Ley de Cultura se deberá establecer lo siguiente:

a) Bases sobre las cuales la federación, los estados, los municipios y el Distrito Federal coordinarán sus acciones en materia de cultura.
b) Mecanismos de participación de los sectores social y privado.
c) Garantizar el derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de los derechos culturales.
d) Medios para la difusión y desarrollo de la cultura.
e) Mecanismos para el acceso y participación a cualquier manifestación cultural.

A mayor abundamiento, existe el siguiente criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

> Época: Novena Época; Registro: 172739; Instancia: Pleno; Tipo de Tesis: Aislada; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXV, Abril de 2007; Materia(s): Constitucional; Tesis: P. VII/2007; Página: 5.
> LEYES GENERALES. INTERPRETACIÓN DEL Artículo 133 Constitucional. La lectura del precepto citado permite advertir la intención del Constituyente de establecer un conjunto de disposiciones de observancia general que, en la medida en que se encuentren apegadas a lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, constituyan la "Ley Suprema de la Unión". En este sentido, debe entenderse que las leyes del Congreso de la Unión a las que se refiere el Artículo constitucional no corresponden a las leyes federales, esto es, a aquellas que regulan las atribuciones conferidas a determinados órganos con el objeto de trascender únicamente al ámbito federal, sino que se trata de leyes generales que son aquellas que pueden incidir válidamente en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado Mexicano. Es decir, las leyes generales corresponden a aquellas respecto a las cuales el Constituyente o el Poder Revisor de la Constitución ha renunciado expresamente a su potestad distribuidora de atribuciones entre las entidades políticas que integran el Estado Mexicano, lo cual se traduce en una excepción al principio establecido por el Artículo 124 constitucional. Además, estas leyes no son emitidas motu proprio por el Congreso de la Unión, sino que tienen su origen en cláusulas constitucionales que obligan a éste a dictarlas, de tal manera que una vez promulgadas y publicadas, deberán ser aplicadas por las autoridades federales, locales, del Distrito Federal y municipales.
> Amparo en revisión 120/2002. Mc. Cain México, S.A. de C.V. 13 de febrero de 2007. Mayoría de seis votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Andrea Zam-

brana Castañeda, Rafael Coello Cetina, Malkah Nobigrot Kleinman y Maura A. Sanabria Martínez.
El Tribunal Pleno, el veinte de marzo en curso, aprobó, con el número VII/2007, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veinte de marzo de dos mil siete.
Nota: En la sesión pública de trece de febrero de dos mil siete, además del amparo en revisión 120/2002, promovido por Mc Cain México, S.A. de C.V., se resolvieron los amparos en revisión 1976/2003, 787/2004, 1084/2004, 1651/2004, 1277/2004, 1576/2005, 1738/2005, 2075/2005, 74/2006, 815/2006, 948/2006, 1380/2006, y el amparo directo en revisión 1850/2004, respecto de los cuales el tema medular correspondió a la interpretación del Artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a que se refiere esta tesis aislada.

III. Jurisprudencias y tesis aisladas

Época: Décima Época
Registro: 2001622
Instancia: Primera Sala
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 1
Materia(s): Constitucional
Tesis: 1a. CCVI/2012 (10a.)
Página: 500
DERECHO A LA CULTURA. EL ESTADO MEXICANO DEBE GARANTIZAR Y PROMOVER SU LIBRE EMISIÓN, RECEPCIÓN Y CIRCULACIÓN EN SUS ASPECTOS INDIVIDUAL Y COLECTIVO. De la interpretación armónica y sistemática de los Artículos 3o., 7o., 25 y 26 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con diversos preceptos sobre Derechos Humanos de carácter internacional, adoptados por el Estado Mexicano, y conforme al Artículo 4o constitucional, deriva que el derecho a la cultura se incluye dentro del marco de los derechos fundamentales; de ahí que el Estado deba garantizar y promover la libre emisión, recepción y circulación de la cultura, tanto en su aspecto individual, como elemento esencial de la persona, como colectivo en lo social, dentro del cual está la difusión de múltiples valores, entre ellos, los históricos, las tradiciones, los populares, las obras de artistas, escritores y científicos, y muchas otras manifestaciones del quehacer humano con carácter formativo de la identidad individual y social o nacional.
Amparo directo 11/2011. Sociedad Mexicana de Directores Realizadores de Obras Audiovisuales, S.G.C. 2 de mayo de 2012. Mayoría de tres votos. Disidentes: Jorge Mario Pardo Rebolledo y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Ignacio Valdés Barreiro.

Época: Décima Época
Registro: 2001625
Instancia: Primera Sala
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 1
Materia(s): Constitucional
Tesis: 1a. CCVII/2012 (10a.)
Página: 502
DERECHO FUNDAMENTAL A LA CULTURA. El derecho a la cultura, establecido en el penúltimo párrafo del Artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es inherente a la dignidad de la persona humana, y en virtud de su naturaleza de derecho fundamental, debe interpretarse armónicamente con los principios de universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad a que se refiere el párrafo tercero del Artículo 1o. de la Constitución General de la República; debiéndose garantizar tanto su acceso, como su participación sin discriminación alguna y respetándose en su máxima expresión, tanto en lo individual como en lo colectivo. Sin embargo, como cualquier derecho humano, no es absoluto o irrestricto, pues si bien en su formulación o enunciación normativa no contiene límites internos, como todos los derechos encuentra ciertos límites de manera externa, que implica su relación con el ejercicio de otros derechos, pues carecería de legitimidad constitucional que bajo el auspicio de una expresión o manifestación cultural se atentara contra otra serie de derechos también protegidos de manera constitucional, lo cual estará, en su caso, sujeto a valoración o a ponderación en el caso particular de que se trate.
Amparo directo 11/2011. Sociedad Mexicana de Directores Realizadores de Obras Audiovisuales, S.G.C. 2 de mayo de 2012. Mayoría de tres votos. Disidentes: Jorge Mario Pardo Rebolledo y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Ignacio Valdés Barreiro.

Época: Séptima Época
Registro: 253108
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Volumen 97-102, Sexta Parte
Materia(s): Constitucional
Tesis:
Página: 144
LIBERTAD DE EXPRESION EN MATERIA DE ARTE Y CULTURA. Conforme al Artículo 6o. constitucional, la manifestación de ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público. Y es evidente que ese derecho constitucionalmente garantizado incluye toda manifestación artística o cultural, ya que el arte y la cultura son una manera de expresar también ideas y dado que, por lo mismo, todo el acervo cultural del ciudadano está protegido por la garantía

constitucional. En consecuencia, sería contrario a la libertad constitucional que las autoridades pudieran, por cualquier título, imponer patrones artísticos o culturales a los ciudadanos, como si tuviesen facultades más altas que la Constitución Federal, para decidir por los gobernados adultos qué clase de arte o de cultura les resulta conveniente asimilar, y como si los ciudadanos adultos no tuvieran el derecho, reconocido y garantizado por la Constitución de elegir ellos mismos qué clase de elementos artísticos o culturales desean asimilar. Y sería absurdo un proteccionismo pseudo nacionalista en estas materias, que impusiera a todo un pueblo la obligación de asimilar determinadas manifestaciones culturales, mediocres o no, sacrificando la garantía constitucional. Por otra parte, la protección a los ingresos pecuniarios de los músicos y ejecutantes nacionales no puede ser un valor tan alto que justifique el sacrificio de la libertad artística y cultural del pueblo mexicano, y la única manera aceptable de que se imponga el arte nacional será el superar su calidad, y el aprovechar las raíces culturales y la idiosincrasia del pueblo, las que pueden ser fomentadas, pero no impuestas, por la autoridad. Una imposición de la autoridad al respecto, a más de violar el derecho constitucional, vendría más bien a propiciar la mediocridad y la adulteración de los valores nacionales, a limitar el espíritu creativo y a reducir las capacidades de los mexicanos de estar al tanto y al nivel de las corrientes artísticas extranjeras.
PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 487/76. Música a su Servicio, S.A. 18 de enero de 1977. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Guzmán Orozco. Secretario: Mario Pérez de León E. Nota: En el Informe de 1977, la tesis aparece bajo el rubro "LIBERTAD Constitucional EN MATERIA DE ARTE Y CULTURA.".

Época: Décima Época
Registro: 2007253
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación
Libro 9, Agosto de 2014, Tomo III
Materia(s): Constitucional, Común
Tesis: (V Región) 5o.19 K (10a.)
Página: 1731
DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. SON JUSTICIABLES ANTE LOS TRIBUNALES, A TRAVÉS DEL JUICIO DE AMPARO. Acorde con los Artículos 1o., párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como de la interpretación que de este precepto realizó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Acevedo Buendía y otros (Cesantes y Jubilados de la Contraloría) contra Perú, la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos, con los económicos, sociales y culturales, conduce a concluir que deben ser entendidos integralmente como Derechos Humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello. Por tanto, la exigibilidad de estos derechos amerita que sean justiciables ante los tribunales, a través del juicio de amparo.

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO DEL CENTRO AUXILIAR DE LA QUINTA REGIÓN. Amparo en revisión 78/2014 (cuaderno auxiliar 376/2014) del índice del Primer Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito, con apoyo del Quinto Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Quinta Región, con residencia en La Paz, Baja California Sur. Marisol Verdugo Orozco. 15 de mayo de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Serratos García. Secretario: Israel Cordero Álvarez. Nota: Esta tesis es objeto de la denuncia relativa a la contradicción de tesis 120/2016, pendiente de resolverse por la Segunda Sala. Esta tesis se publicó el viernes 22 de agosto de 2014 a las 9:33 horas en el *Semanario Judicial de la Federación*.

Época: Décima Época
Registro: 2007936
Instancia: Segunda Sala
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación
Libro 12, noviembre de 2014
Tomo I; Materia(s): Constitucional
Tesis: 2a. CIX/2014 (10a.)
Página: 1190
DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. CUANDO EL ESTADO ADUCE QUE EXISTE UNA CARENCIA PRESUPUESTARIA PARA SU REALIZACIÓN, DEBE ACREDITARLO. El contenido normativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, permite concluir que la obligación estatal de proteger, respetar y promover los derechos contenidos en ese instrumento no puede desconocer la situación particular que enfrente cada país, por lo que no existirá una violación a los derechos en él tutelados, a pesar de que se acredite que un determinado derecho no ha sido realizado o alcanzado un nivel óptimo de eficacia, siempre y cuando el Estado haya demostrado que ha utilizado todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer las obligaciones establecidas en la propia convención. De ahí que no basta la simple afirmación del Estado Mexicano de que existe limitación presupuestaria para que se tenga por acreditado que ha adoptado todas las medidas "hasta el máximo de los recursos" de que disponga, para lograr la realización de los derechos consagrados en el referido Pacto, sino que para ello deberá aportar el material probatorio en que sustente su dicho. Por tal motivo, en todo asunto en el que se impugne la violación a los derechos constitucionales de la materia, los juzgadores nacionales deben distinguir entre la incapacidad real para cumplir con las obligaciones que el Estado ha contraído en materia de Derechos Humanos, frente a la renuencia a cumplirlas, pues es esa situación la que permitirá determinar las acciones u omisiones que constituyan una violación a tales Derechos Humanos.
Amparo en revisión 378/2014. Adrián Hernández Alanís y otros. 15 de octubre de 2014. Mayoría de tres votos de los Ministros Alberto Pérez Dayán, José Fernando Franco González Salas y Luis María Aguilar Morales. Ausente: Sergio A. Valls Hernández. Disidente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretaria: Georgina Laso de la Vega Romero. Esta tesis se publicó el viernes 14 de noviembre de 2014 a las 9:20 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Época: Décima Época
Registro: 2008935
Instancia: Primera Sala
Tipo de Tesis: Jurisprudencia;
Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación
Libro 17, Abril de 2015, Tomo I
Materia(s): Constitucional
Tesis: 1a./J. 29/2015 (10a.)
Página: 240

DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS TANTO POR LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, COMO EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. PARA DETERMINAR SU CONTENIDO Y ALCANCE DEBE ACUDIRSE A AMBAS FUENTES, FAVORECIENDO A LAS PERSONAS LA PROTECCIÓN MÁS AMPLIA. Acorde con lo sostenido por el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis de jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.),* las normas de Derechos Humanos contenidas en los tratados internacionales y en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se relacionan entre sí en términos jerárquicos, ya que se integran al catálogo de derechos que funciona como un parámetro de regularidad constitucional. Por tanto, cuando un derecho humano esté reconocido tanto en la Constitución Federal, como en los tratados internacionales, debe acudirse a ambas fuentes para determinar su contenido y alcance, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia; en el entendido de que cuando exista en la Constitución una restricción expresa al ejercicio de un derecho humano, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional.

Amparo directo en revisión 4533/2013. 18 de junio de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho para formular voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín. Amparo directo en revisión 4/2014. 13 de agosto de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretario: Arturo Meza Chávez. Amparo directo en revisión 1337/2014. 22 de octubre de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín. Amparo directo en revisión 2680/2014. 12 de noviembre de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín. Amparo directo en revisión 3113/2014. 28 de enero de 2015. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Julio César Ramírez Carreón. Tesis de jurisprudencia 29/2015 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada de quince de abril de 2015.

*Nota: La tesis de jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.) invocada, fue publicada en el Semanario Judicial de la Federación del viernes 25 de abril de 2014 a las 9:32 horas y en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 5, Tomo I, abril de 2014, página 202, de título y subtítulo: "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".

Esta tesis se publicó el viernes 24 de abril de 2015 a las 9:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 27 de abril de 2015, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

Época: Décima Época
Registro: 2006224
Instancia: Pleno
Tipo de Tesis: Jurisprudencia;
Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación
Libro 5, Abril de 2014, Tomo I
Materia(s): Constitucional
Tesis: P./J. 20/2014 (10a.)
Página: 202

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 transforma-

ción 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 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.
Contradicción de tesis 293/2011. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. 3 de septiembre de 2013. Mayoría de diez votos de los Ministros: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien se reservó su derecho a formular un voto concurrente; Margarita Beatriz Luna Ramos, quien se manifestó a favor de las consideraciones relacionadas con la prevalencia de la Constitución y se apartó del resto; José Fernando Franco González Salas, quien indicó que formularía un voto concurrente; Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien manifestó que haría un voto aclaratorio y concurrente para explicar el consenso al que se llegó y el sentido de su voto a pesar de que en los límites tuvo un criterio distinto; Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien se reservó el derecho de formular el voto concurrente; Luis María Aguilar Morales, con reservas respecto de las consideraciones y, en su caso, realizaría un voto concurrente; Sergio A. Valls Hernández, reservándose el derecho de hacer un voto concurrente; Olga Sánchez Cordero de García Villegas, reservándose su derecho a voto concurrente en relación con los límites; Alberto Pérez Dayán, quien se manifestó a favor del reconocimiento de la prevalencia constitucional y Juan N. Silva Meza, quien se reservó su derecho de formular voto concurrente para aclarar su posición de entendimiento constitucional del texto propuesto y, a reserva de ver el engrose, aclararía u opinaría sobre las supresiones que se pretenden hacer, sin variar su posición en el sentido; votó en contra: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta. Tesis y/o criterios contendientes: Tesis XI.1o.A.T.47 K y XI.1o.A.T.45 K, de rubros, respectivamente: "CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO" y "TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN"; aprobadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, y publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXI, mayo de 2010, páginas 1932 y 2079, y tesis I.7o.C.46 K y I.7o.C.51 K, de rubros, respectivamente: "Derechos Humanos, LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR MÉXICO SOBRE LOS. ES POSIBLE INVOCARLOS EN EL JUICIO DE AMPARO AL ANALIZAR LAS VIOLACIONES A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES QUE IMPLIQUEN LA DE AQUÉLLOS." y "JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. SU UTILIDAD ORIENTADORA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS"; aprobadas por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, y publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomos XXVIII, agosto de 2008, página 1083 y XXVIII, diciembre de 2008, página 1052. El Tribunal Pleno, el dieciocho de marzo en curso, aprobó, con el número 20/2014 (10a.), la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a dieciocho de marzo de dos mil catorce. Esta tesis se publicó el viernes 25 de abril de 2014 a las 9:32 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 28 de abril de 2014, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

Época: Décima Época
Registro: 2008584
Instancia: Pleno
Tipo de Tesis: Jurisprudencia
Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación
Libro 16, Marzo de 2015, Tomo I
Materia(s): Constitucional
Tesis: P./J. 1/2015 (10a.)
Página: 117

PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. ES APLICABLE RESPECTO DE LAS NORMAS RELATIVAS A LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS QUE SEAN TITULARES LAS PERSONAS MORALES. El Artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al disponer que en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los Derechos Humanos reconocidos en dicha Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, no prevé distinción alguna, por lo que debe interpretarse en el sentido de que comprende tanto a las personas físicas, como a las morales, las que gozarán de aquellos derechos en la medida en que resulten conformes con su naturaleza y fines. En consecuencia, el principio de interpretación más favorable a la persona, que como imperativo establece el párrafo segundo del citado precepto, es aplicable respecto de las normas relativas a los Derechos Humanos de los que gocen las personas morales, por lo que deberán interpretarse favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia, a condición de que no se trate de aquellos derechos cuyo contenido material sólo pueda ser disfrutado por las personas físicas, lo que habrá de determinarse en cada caso concreto.
Contradicción de tesis 360/2013. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo en Materia Administrativa del Séptimo Circuito y Segundo en Materia Administrativa del Cuarto Circuito. 21 de abril de 2014. Unanimidad de once votos de los Ministros Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Luis María Aguilar Morales, Sergio A. Valls Hernández, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Alberto Pérez Dayán y Juan N. Silva Meza. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretaria: Guadalupe M. Ortiz Blanco. Tesis y/o criterios contendientes: Tesis VII.2o.A.2 K (10a.), de rubro: "Derechos Humanos. LAS PERSONAS MORALES NO GOZAN DE SU TITULARIDAD", aprobada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Séptimo Circuito y publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XVIII, Tomo 3, marzo de 2013, página 1994, y el sustentado por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito, al resolver el amparo direc-

to 315/2012. Nota: De la sentencia que recayó al amparo directo 315/2012, resuelto por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito, derivaron las tesis aisladas IV.2o.A.30 K (10a.) y IV.2o.A.31 K (10a.), de rubros: "PERSONAS JURÍDICAS. SON TITULARES DE LOS Derechos Humanos Y DE LAS GARANTÍAS ESTABLECIDAS PARA SU PROTECCIÓN, EN AQUELLOS SUPUESTOS EN QUE ELLO SEA APLICABLE, CON ARREGLO A SU NATURALEZA" y "TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. EL TRATAMIENTO Constitucional DE ESE DERECHO DEBE SER IGUAL PARA PERSONAS FÍSICAS Y JURÍDICAS", publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XXIV, Tomo 3, septiembre de 2013, páginas 2628 y 2701, respectivamente. El Tribunal Pleno, el veinticuatro de febrero en curso, aprobó, con el número 1/2015 (10a.), la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veinticuatro de febrero de dos mil quince. Esta tesis se publicó el viernes 6 de marzo de 2015 a las 9:00 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 9 de marzo de 2015, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

Época: Octava Época
Registro: 207030
Instancia: Tercera Sala
Tipo de Tesis: Jurisprudencia
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo VII, Marzo de 1991
Materia(s): Constitucional
Tesis: 3a./J. 10/91
Página: 56

LEGISLACIONES FEDERAL Y LOCAL. ENTRE ELLAS NO EXISTE RELACION JERARQUICA, SINO COMPETENCIA DETERMINADA POR LA CONSTITUCION. El Artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no establece ninguna relación de jerarquía entre las legislaciones federal y local, sino que en el caso de una aparente contradicción entre las legislaciones mencionadas, ésta se debe resolver atendiendo a qué órgano es competente para expedir esa ley de acuerdo con el sistema de competencia que la norma fundamental establece en su Artículo 124. Esta interpretación se refuerza con los Artículos 16 y 103 de la propia Constitución: el primero al señalar que la actuación por autoridad competente es una garantía individual, y el segundo, al establecer la procedencia del juicio de amparo si la autoridad local o federal actúa más allá de su competencia constitucional.

Amparo en revisión 1838/89. Bufete Jurídico Fiscal, S.A. de C.V. y otros. 14 de mayo de 1990. Cinco votos. Ponente: Jorge Carpizo Mac Gregor. Secretario: José Juan Trejo Orduña. Amparo en revisión 3776/89. Carrancedo Alimentos, S.A. de C.V. 18 de junio de 1990. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Sergio Hugo Chapital Gutiérrez. Secretario: Francisco Javier Cárdenas Ramírez. Amparo en revisión 252/90. Direvex, S.A. de C.V. 18 de junio de 1990. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Sergio Hugo Chapital Gutiérrez. Secretario: Francisco Javier Cárdenas Ramírez. Amparo en revisión 2118/89. Constructora Copan, S. A. de C.V. 6 de agosto de 1990. Cinco votos.

Ponente: Sergio Hugo Chapital Gutiérrez. Secretario: Francisco Javier Cárdenas Ramírez. Amparo en revisión 2010/90. Sales del Bajío, S. A. de C.V. 13 de agosto de 1990. Cinco votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot. Tesis de Jurisprudencia 10/91 aprobada por la Tercera Sala de este alto Tribunal en sesión privada celebrada el once de marzo de 1991. Por unanimidad de cuatro votos de los señores ministros: Presidente Salvador Rocha Díaz, Mariano Azuela Güitrón, Sergio Hugo Chapital Gutiérrez y José Llanos Duarte.

Época: Décima Época
Registro: 2006533
Instancia: Primera Sala
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación
Libro 6, Mayo de 2014, Tomo I
Materia(s): Constitucional
Tesis: 1a. CCXVI/2014 (10a.)
Página: 539

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. SUS DISPOSICIONES, INVOCADAS AISLADAMENTE, NO PUEDEN SERVIR DE PARÁMETRO PARA DETERMINAR LA VALIDEZ DE LAS NORMAS DEL ORDEN JURÍDICO MEXICANO, AL NO CONSTITUIR UN TRATADO INTERNACIONAL CELEBRADO POR EL EJECUTIVO FEDERAL Y APROBADO POR EL SENADO DE LA REPÚBLICA. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis 1a. CXCVI/2013 (10a.),1 sostuvo que de la interpretación sistemática del Artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con el numeral 4o. de la Ley sobre la Celebración de Tratados, se advierte que son de observancia obligatoria para todas las autoridades del país los Derechos Humanos reconocidos tanto en la Constitución como en los tratados internacionales, suscritos y ratificados por nuestro país, al ser normas de la unidad del Estado Federal. De ahí que, no obstante la importancia histórica y política de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, y de que sus principios han sido fuente de inspiración e incorporados a tratados universales y regionales para la protección de los Derechos Humanos, se concluye que sus disposiciones, invocadas aisladamente, no pueden servir de parámetro para determinar la validez de las normas del orden jurídico mexicano, al no constituir un tratado internacional celebrado por el Ejecutivo Federal y aprobado por el Senado de la República en términos de los Artículos 89, fracción X, y 76, fracción I, de la Constitución Federal; lo anterior, sin perjuicio de que una norma internacional de Derechos Humanos vinculante para el Estado Mexicano pueda ser interpretada a la luz de los principios de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, esto es, los principios consagrados en ésta pueden ser invocados por los tribunales para interpretar los Derechos Humanos reconocidos en los tratados internacionales incorporados a nuestro sistema jurídico.

Amparo directo en revisión 4102/2013. BQM Laboratorios, S.A. de C.V. 2 de abril de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Ricardo Manuel Martínez Estrada.
*Nota. La tesis aislada 1a. CXCVI/2013 (10a.) citada, aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XXI, Tomo 1, junio de 2013, página 602, con el rubro: "Derechos Humanos. LOS TRATADOS INTERNACIONALES VINCULADOS CON ÉSTOS SON DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA PARA TODAS LAS AUTORIDADES DEL PAÍS, PREVIAMENTE A LA REFORMA CONSTITUCIONAL PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011".
Esta tesis se publicó el viernes 30 de mayo de 2014 a las 10:40 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Época: Novena Época
Registro: 164509
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo XXXI, Mayo de 2010
Materia(s): Común;
Tesis: XI.1o.A.T.45 K
Página: 2079
TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN. Los tratados o convenciones suscritos por el Estado mexicano relativos a Derechos Humanos, deben ubicarse a nivel de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque dichos instrumentos internacionales se conciben como una extensión de lo previsto en esa Ley Fundamental respecto a los Derechos Humanos, en tanto que constituyen la razón y el objeto de las instituciones. Por lo que los principios que conforman el derecho subjetivo público, deben adecuarse a las diversas finalidades de los medios de defensa que prevé la propia Constitución y de acuerdo con su Artículo 133 las autoridades mexicanas deben respetarlos, por lo que bajo ninguna circunstancia pueden ser ignorados por ellos al actuar de acuerdo a su ámbito competencial.
PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS ADMINISTRATIVA Y DE TRABAJO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 1060/2008. 2 de julio de 2009. Mayoría de votos. Disidente: Hugo Sahuer Hernández. Ponente: Juan García Orozco. Secretario: Víctor Ruiz Contreras. Nota: Esta tesis fue objeto de la denuncia relativa a la contradicción de tesis 293/2011, de la que derivaron la tesis jurisprudenciales P./J. 20/2014 (10a.) y P./J. 21/2014 (10a.) de rubros: "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" y "JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA", respectivamente.

Época: Novena Época
Registro: 192867
Instancia: Pleno
Tipo de Tesis: Aislada;
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo X, Noviembre de 1999
Materia(s): Constitucional
Tesis: P. LXXVII/99
Página: 46
TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "... serán la Ley Suprema de toda la Unión ..." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del Artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio Artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como

consecuencia de lo anterior, la interpretación del Artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el Artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.". No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA"; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.

Amparo en revisión 1475/98. Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo. 11 de mayo de 1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiocho de octubre en curso, aprobó, con el número LXXVII/1999, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve. Nota: Esta tesis abandona el criterio sustentado en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Número 60, Octava Época, diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA".

Época: Décima Época
Registro: 2008815
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: XXVII.3o. J/14 (10a.)
Página: 1451

DERECHOS HUMANOS Y SUS GARANTÍAS. SU DISTINCIÓN. Antes de las reformas constitucionales de 6 y 10 de junio de 2011, las voces "Derechos Humanos y sus garantías", eran términos que solían confundirse, ambigüedad que posiblemente derivaba de la anterior denominación del capítulo I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, titulado "De las garantías individuales". Sin embargo, el Poder Reformador de la Constitución, con las citadas reformas, elevó a rango constitucional su distinción, como deriva de las siguientes menciones: i) el capítulo I cambió su denominación a "De los Derechos Humanos y sus garantías"; ii) en el Artículo 1o. se especificó que todas las personas gozarán de los Derechos Humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales "así como de las garantías para su protección"; y iii) en el numeral 103, fracción I, se especificó que los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite por infracción a los Derechos Humanos y las "garantías otorgadas para su protección". Luego, para el Constituyente Permanente los derechos y sus garantías no son lo mismo, ya que éstas se otorgan para proteger los Derechos Humanos; constituyen, según Luigi Ferrajoli, los "deberes consistentes en obligaciones de prestación o en prohibiciones de lesión, según que los derechos garantizados sean derechos positivos o derechos negativos", es decir, son los requisitos, restricciones, exigencias u obligaciones previstas en la Constitución y en los tratados, destinadas e impuestas principalmente a las autoridades, que tienen por objeto proteger los Derechos Humanos; de ahí que exista una relación de subordinación entre ambos conceptos, pues las garantías sólo existen en función de los derechos que protegen; de tal suerte que pueden existir derechos sin garantías pero no garantías sin derechos. Así, a manera de ejemplo, puede decirse que el derecho humano a la propiedad tiene, entre otras garantías, las de audiencia y legalidad, pues prohíbe a la autoridad molestar a un particular sin mandamiento escrito en el que funde y motive la causa legal del procedimiento, y que los gobernados sean privados de la propiedad sin previa audiencia.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO SÉPTIMO CIRCUITO. Amparo en revisión 126/2014. Gladys Etelvina Burgos Gómez. 29 de mayo de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Livia Lizbeth Larumbe Radilla. Secretario: José Francisco Aguilar Ballesteros. Queja 104/2014. María de Fátima Amaro Baeza. 12 de junio de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Livia Lizbeth Larumbe Radilla. Secretario: José Francisco Aguilar Ballesteros. Amparo en revisión 143/2014. 12 de junio de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Ramón Rodríguez Minaya. Secretario: Samuel René Cruz Torres. Amparo en revisión 145/2014. Stewart Title Riviera Maya, S.A. de C.V. 2 de julio de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Ramón Rodríguez Minaya. Secretario: Samuel René Cruz Torres. Queja 124/2014. Andrea Lotito. 2 de julio de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Ramón Rodríguez Minaya. Secretaria: Claudia Luz Hernández Sánchez. Esta tesis se publicó el viernes 10 de abril de 2015 a las 9:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 13 de abril de 2015, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

*Nota: La tesis de jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.) citada, aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación del viernes 25 de abril de 2014 a las 9:32 horas y en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 5, Tomo I, abril de 2014, página 202, con el título y subtítulo: "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".

Esta tesis se publicó el viernes 25 de septiembre de 2015 a las 10:30 horas en el *Semanario Judicial de la Federación*.

Época: Décima Época
Registro: 2003350
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.9 K (10a.)
Página: 2254

PRINCIPIOS DE UNIVERSALIDAD, INTERDEPENDENCIA, INDIVISIBILIDAD Y PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. EN QUÉ CONSISTEN. El tercer párrafo del Artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone, entre otras cuestiones, que 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, los que consisten en lo siguiente: i) universalidad: que son inherentes a todos y conciernen a la comunidad internacional en su totalidad; en esta medida, son inviolables, lo que no quiere decir que sean absolutos, sino que son protegidos porque no puede infringirse la dignidad humana, pues lo razonable es pensar que se adecuan a las circunstancias; por ello, en razón de esta flexibilidad es que son universales, ya que su naturaleza permite que, al amoldarse a las contingencias, siempre estén con la persona. En relación con lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso de la "Masacre de Mapiripán *vs*. Colombia) ha señalado que los tratados de Derechos Humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales, interpretación evolutiva que es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el Artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. De ahí que dichos derechos, dentro de sus límites, son inalterables, es decir, que su núcleo esencial es intangible; por ello, la Norma Fundamental señala que ni aun en los estados de excepción se "suspenden", pues en todo caso, siempre se estará de conformidad con los principios del derecho internacional humanitario; ii) interdependencia e indivisibilidad: que están relacionados entre sí, esto es, no puede hacerse ninguna separación ni pensar que unos son más importantes que otros, deben interpretarse y tomarse en su conjunto y no como elementos aislados. Todos los Derechos Humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes; debe darse igual atención y urgente consideración a la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; esto es, complementarse, potenciarse o reforzarse recíprocamente; y iii) progresividad: constituye el compromiso de los Estados para 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 económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, principio que no puede entenderse en el sentido de que los gobiernos no tengan la obligación inmediata de empeñarse por lograr la realización íntegra de tales derechos, sino en la posibilidad de ir avanzando

gradual y constantemente hacia su más completa realización, en función de sus recursos materiales; así, este principio exige que a medida que mejora el nivel de desarrollo de un Estado, mejore el nivel de compromiso de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 184/2012. Margarita Quezada Labra. 16 de agosto de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Aideé Pineda Núñez.

EL FEDERALISMO LEGISLATIVO Y JUDICIAL, ANÁLISIS DESDE LA REFORMA AL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN MÉXICO*

Susana Gabriela Camacho Maciel**

La constitución pluralista presenta la estructura de un pacto en el que cada una de las partes implicadas introduce aquellos principios que corresponden con sus ideales de justicia. De este modo, dichos principios vienen rescatados del ámbito de lo prejurídicoe insertados plenamente como tales en derecho. Esta operación es un elemento tan relevante para las concepciones jurídicas que constituye incluso la condición del éxito de la propia obra del constituyente como obra de todos y no como imposición unilateral de una parte sobre otra.

Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*

Sumario: Introducción. Capítulo I. Conceptos de federalismo y contexto en México. Capítulo II. Antecedentes históricos del federalismo y la evolución del concepto en México. Capítulo III. La reforma de justicia penal y el federalismo. Capítulo IV. Federalismo y Poder Judicial en México. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

En México estamos viviendo un importante reacomodo en la distribución de poderes resultado de un proceso de alternancia en el gobierno, pero también de una sociedad civil cada vez más activa con capacidades para establecer

* Este trabajo fue presentado para obtener la especialización en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de Derechos en la Universidad de Pisa, Italia, bajo la tutoría de la Maestra Ana Carmona Contreras de la Universidad de Sevilla, España.

** Egresada de la Escuela Libre de Derecho. Directora de Proyectos Normativos de PROJUSTICIA, USAID.

agendas concretas en algunos temas. Instituciones, como la organización de tipo federal, están sufriendo cambios importantes resultado de nuevos factores políticos y jurídicos que por mucho tiempo permanecieron inmutables.

El federalismo fue motivo de serios conflictos al interior de México y discusión central desde la consumación de su independencia en 1821 y en las discusiones de los congresos constituyentes de 1824, 1836 y 1857. Para 1917 —un siglo después del movimiento independentista— cuando se expidió la constitución vigente, el federalismo continuaba siendo piedra angular del sistema político y jurídico mexicano, por lo que se establece sin más como principio irreductible de la organización política del país.

Pero los motivos que llevaron a la adopción de esta forma de organización de los poderes públicos, parecen distantes a la luz de la forma en que actualmente se materializa su ejercicio. El contexto político y social que llevó a México a la adopción del federalismo ha cambiado y con ello su conceptualización y ejercicio. Esto resulta más evidente desde el análisis de las reformas constitucionales que se han realizado en los últimos años respecto a la distribución de competencias entre federación, estados y municipios.

El estudio del federalismo en nuestro país ha sido abordado frecuentemente desde la perspectiva de la distribución de presupuesto. Lo cual es clave porque explica la forma en que se fortalece en mayor o menor medida, a través de la distribución de recursos, el papel de las entidades federativas y municipios frente al gobierno federal. La asignación del capital, al final del día termina por transformarse en una tendencia determinada sobre la influencia predominante del poder central o de las entidades federativas y municipios según la materia que se trate.

En este trabajo, optamos por explorar el federalismo desde el punto de vista de las fuentes del Derecho en cuanto a la distribución de competencias estatales y federales de legisladores y jueces. En particular se analizará la forma en que se están elaborando leyes y su interpretación en materia de seguridad pública y justicia penal, ya que en ésta se presentan novedades importantes en cuanto a su formación política y contenidos. El ejercicio del federalismo en esta materia nos puede dar un panorama que parece repetirse en otras áreas como las reformas educativa, electoral, de transparencia, energética, entre otras.

Así, por ejemplo, en cuanto al ejercicio de las facultades legislativas, la denominada reforma al sistema de justicia procesal penal se originó en 2003 en los estados y no en los poderes federales; además de haber sido fuertemente impulsada desde sus inicios por la sociedad civil y sólo después por

el gobierno. Aquí empezamos a vislumbrar cómo la constitución del país, en sentido político, termina impactando en las instituciones formales, como es el propio texto constitucional. Este génesis de iniciativas legales representa para México una forma sin precedentes de toma de decisiones políticas, que prácticamente no se manifestó durante el siglo XX.

De dicho análisis se pretende entender la configuración del papel del Congreso de la Unión frente a las legislaturas estatales, y que en realidad ha sido poco discutido desde los propios órganos involucrados. Así podríamos empezar a plantear la discusión abierta: ¿Cuál es la función actual del legislador federal y la del local? ¿Esto cómo debería influir en la estructura y contenido de las leyes? ¿Cómo se han de comportar los jueces ante un marco legislativo con las características que van adquiriendo las leyes en este nuevo contexto? ¿Qué características adquieren las reformas constitucionales en este contexto? ¿Para qué sirve el federalismo en este nuevo contexto?

En cuanto al poder judicial también es interesante empezar a analizar la distribución de competencias y si los jueces están asumiendo su papel como generadores de derecho. Por muchos años, y aún es una tendencia, los jueces mexicanos se han visto a sí mismos como intérpretes estrictos del texto de la ley. Pero es interesante observar que a raíz de modificaciones al texto constitucional —y no porque lo vean como parte de su papel o de la evolución del rol del poder judicial— ahora los jueces mexicanos se ven obligados a realizar la labor interpretativa de la constitución desde los tratados internacionales sobre Derechos Humanos por medio de un control difuso, y no concentrado como estaban acostumbrados.

En este sentido también la materia penal, constituye un cambio de paradigma para los jueces, ya que con la introducción de juicios acusatorios y orales en México en teoría se fortalece la autonomía de la primera instancia. En ese esquema el papel del juez federal competente para conocer del juicio de amparo, también cumple otras funciones.

Lo que actualmente se aprecia en las audiencias públicas, orales y sujetas a contradicción bajo el nuevo sistema procesal penal mexicano es precisamente que para muchos jueces esa forma tan exegética y formalista de interpretar el derecho no ha cambiado. Pero en principio tendría que ir evolucionando al enfrentar al juez ante la comunidad que exige respuestas a casos concretos en los están obligados a ser conscientes de su papel como generadores de derecho e incluso de políticas públicas.

En el Capítulo I se revisarán algunos conceptos de doctrinarios clásicos del federalismo y la influencia que estos han tenido en el derecho positivo y la doctrina en México. También se identificará el desarrollo de elementos

claves para el federalismo como son las facultades expresas, concurrentes e implícitas, así como las características del órgano que dirime controversias en materia competencial, etcétera.

El Capítulo II está dedicado a una descripción histórica sobre el ejercicio del federalismo en México desde sus orígenes en el siglo XIX hasta la actualidad, principalmente desde la perspectiva legislativa y judicial. El estudio de esta evolución permitirá identificar los actores que en esta evolución han cobrado importancia y, en función de ello, el rumbo que ha tomado el ejercicio del federalismo en sus diversas etapas.

En el Capítulo III se hace un recuento de los orígenes y desarrollo de la reforma al sistema de justicia penal en la última década. Así como de las características de dicha reforma que reflejan el sentido actual de la distribución de competencias locales y federales de legisladores y jueces. En este apartado se analiza en particular la categoría legislativa de "leyes únicas" que no existían en México y que permite plantear algunos cuestionamientos sobre la distribución de facultades entre la unión y los estados.

En el Capítulo IV se plantean algunos de los retos que tienen los jueces frente a dos reformas constitucionales relativamente recientes: la de Justicia Penal (2008) y la de Derechos Humanos (2011). Estas reformas implicarán una transformación del papel que asumen los propios jueces sobre sus funciones. Pero sobre todo, ambas reformas rompen el control centralizado del ejercicio de la jurisdicción, por lo que también terminará impactando en la forma en que se ejerce el federalismo.

CAPÍTULO I

Conceptos de federalismo y contexto en México

El federalismo puede ser definido desde sus aspectos jurídico-positivos, pero ello nos haría perder de vista su caracterización en el ámbito político e histórico del cual se nutre desde su nacimiento. Los estudios actuales sobre constitucionalismo enfatizan las consideraciones históricas y políticas que originan a la constitución (no formal) de una sociedad o comunidad.[1] Así el contenido de los órdenes positivos, se analiza dentro del contexto en el que surgen o son interpretados. Principios, reglas y formas de organización del

[1] Gil Rendón, Raymundo, *El Neoconstitucionalismo y los Derechos Fundamentales*.

Estado plasmadas en textos constitucionales y leyes se vinculan con el momento y lugar de su origen.[2]

En ese sentido, el análisis del federalismo se ha visto enriquecido, precisamente por su naturaleza y esencia política, y sus bases terminan plasmadas en fórmulas constitucionales.

Por muchos años, se hizo un gran esfuerzo por definir al federalismo partiendo de ciertas premisas positivistas en tanto que se alejaba o acercaba al modelo originario estadounidense. Es decir, se medía el "nivel de federalismo" si existía un pacto entre entidades federativas y gobierno central en la constitución, la existencia de una constitución rígida, un órgano jurisdiccional o más bien constitucional que dirimiera contradicción entre estos, los principios que regulan la distribución de facultades y competencias, etcétera.[3]

Sin duda, para entender el federalismo es necesario acudir a sus orígenes en Estados Unidos, en particular las discusiones que dieron paso a esta forma de ejercicio del poder. Pero sin lugar a dudas, actualmente de este análisis no se puede desprender "el" modelo de federalismo. Aunque de la experiencia norteamericana se han tratado de extraer ciertas características formales para comparar el grado de federalismo en otros países, o su contraposición a formas de gobierno centralizadas, "el federalismo es algo demasiado mudable y fluido para que se pueda intentar analizar su naturaleza en términos estáticos",[4] y reducirlo al modelo estadounidense hoy en día es insuficiente.

El federalismo ha sido estudiado desde la ciencia política y, en ciertas épocas, desde la perspectiva jurídica de manera separada. Actualmente en cambio, la tendencia de los estudios jurídicos del federalismo parecen ir en el sentido de considerar también los procesos históricos y políticos de cada país, aceptando que es una forma de organización que se adapta a las condiciones de cada uno.

No es propósito de este capítulo hacer un recuento de la historia y experiencias comparadas de los estados federales paradigmáticos, ya que el tema ha sido ampliamente estudiado por otros autores.[5] Lo que interesa a este estudio es simplemente retomar conceptos básicos aportados por tratadistas internacionales que han estudiado el fenómeno del Estado federal, para exponer cómo se traducirían al contexto de México y la postura de algunos doctrinarios desde la óptica del desarrollo histórico y político nacional.

[2] Zagreblesky, Gustavo, *El Derecho Dúctil*.
[3] Arteaga, Elisur, *El sistema federal mexicano*, p. 14.
[4] La Pergola, Antonio, *Los nuevos senderos del federalismo*, p. 22.
[5] Ver Groppi, Tania, *La reforma constitucional en los Estados Federales, de la Teoría a la Praxis*, y Finner, German, *Teoría y práctica del gobierno moderno*.

1.1 *Doctrina internacional*

El federalismo como orden jurídico que admite la convivencia de dos órdenes jurídicos diferenciados que se articulan, es definido por Hans Kelsen en los siguientes términos:

> El Estado Federal se distingue de un Estado unitario relativamente descentralizado, organizado en provincias autónomas, precisamente en esta autonomía constitucional de los Estados miembros, aunque tal autonomía sea limitada. Si las provincias son consideradas solamente como provincias autónomas y no como Estados miembros, ello se debe no solamente a que su competencia, especialmente tratándose de la legislación provincial, se encuentra relativamente restringida, sino también que tales provincias no tienen autonomía constitucional, porque sus Constituciones les son prescritas por la Constitución del Estado considerado en su totalidad, y sólo pueden ser cambiadas mediante una modificación de dicha Constitución. La legislación en materias constitucionales se encuentra aquí completamente centralizada, mientras que en el Estado federal sólo está incompletamente centralizada, es decir, se encuentra hasta cierto punto descentralizada.[6]

Desde este punto de vista, en efecto la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos garantiza a los estados autonomía para darse sus propias constituciones,[7] siempre y cuando éstas se sujeten a ciertas normas básicas establecidas la propia Constitución federal.[8]

Para Mouskheli *lo que caracteriza al Estado federal es el poseer un doble rostro: en ciertos aspectos se nos aparece como un Estado unitario, y si no tuviese otra cara se confundiría con él; pero en otros aspectos se nos presenta como una agrupación federativa de colectividades inferiores, descentralizadas hasta el más alto grado, y que toman parte en la formación de la voluntad del Estado*.[9]

Este autor analiza los orígenes de los Estados federales desde las fuentes positivas del Derecho, agrupándolos en aquellos que se originan en una ley interna (desconcentración) o un tratado internacional (unión).[10] Desde el punto de vista de Mouskheli dos son los elementos esenciales que caracterizan al Estado federal:[11] la autonomía constitucional legislativa y ejecutiva de los miembros y, aún más relevante, la participación de los estados-miembros

[6] Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, pp. 376 y 377.
[7] Artículo 115.
[8] Artículo 116.
[9] Mouskheli, M., *Teoría Jurídica del Estado Federal*, pp. 149.
[10] *Ibidem*, pp. 271 a 319.
[11] *Ibidem*, p. 279.

en la creación de la voluntad federal. Esta última característica a su vez se realiza de dos formas: directamente, por una Cámara en la que los Estados miembros están directamente representados; indirectamente, por su participación en la revisión de la Constitución federal. En su concepto:

> El Estado federal es un estado que se caracteriza por una descentralización de forma especial y del grado más elevado; que se compone de colectividades-miembros determinadas por él, pero que poseen autonomía constitucional y participan en la formación de la voluntad federal, distinguiéndose de este modo de todas las demás colectividades públicas inferiores.[12]

En el caso de México el propio autor[13] lo refiere como un nacimiento atípico de Estado federal que proviene de una ley interna. Desde los primeros esbozos de actas constitutivas que se desarrollaron en México se advierte como objetivo fundamental, evitar que el territorio que integraba la Nueva España continuara disgregándose en múltiples entidades nacionales.[14]

En cuanto a la autonomía constitucional legislativa y ejecutiva de las entidades federativas, se encuentran aseguradas por la propia Constitución federal,[15] que establece que la República mexicana representativa, democrática, federal, estará compuesta de estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior. En cuanto a la participación directa en la voluntad federal mediante una Cámara, el Senado se erige como cuerpo en el que se atiende la representación de las 32 Entidades Federativas.[16] Respecto a su participación en la revisión constitucional, además de que las reformas han de ser aprobadas por el Congreso, también se requiere que sea votadas por la mayoría de las legislaturas estatales.[17]

Friedrich,[18] en cambio, propone el análisis del federalismo más como un fenómeno ligado a la organización territorial de un Estado y no a partir de categorías como la soberanía preexistente de estados que la comparten o renuncian a ella con el gobierno central. La soberanía, en opinión de este autor, es una categoría un tanto ingenua diseñada por los juristas. Su propuesta se vincula más con el federalismo como una forma de división territorial del poder bajo una constitución.

[12] *Ibidem*, p. 319.
[13] *Ibidem*, p.147.
[14] *Infra*, ver Capítulo II.
[15] Artículo 40.
[16] Artículo 69.
[17] Artículo 135.
[18] Friedrich, Carl J., *Constitutional Government and Democracy*, Boston, p. 188.

BIBLIOTECA
ESCUELA LIBRE DE DERECHO

Para este autor, el federalismo es una organización política diseñada para comunidades donde territorialmente existen patrones diversificados de objetivos, intereses y tradiciones, que efectivamente pueden implementar por la conjunción de esfuerzos la persecución de objetivos e intereses comunes así como el fomento de tradiciones también comunes.[19] Señala que la organización federal también puede surgir cuando existen conflictos de intereses, tradiciones o propósitos en una unidad que no resultan los suficientemente fuertes para sostener la unión.

En cuanto a los aspectos organizacionales de la federación, Friedrich propone la participación de los miembros mediante asambleas representativas igualitarias, un ejecutivo común que en particular represente a los miembros en cuestiones relacionadas con el exterior, y un órgano judicial o arbitral que dirima controversias entre federación y miembros, o entre estos.[20] La representación se caracteriza por la igualdad de representación de todos los miembros.

La descripción de este autor en cuanto a que el federalismo puede surgir de la necesidad de reconocer características comunitarias diversas dentro de un territorio amplio, que a la vez requiere de un gobierno central que canaliza intereses comunes de dichas comunidades, coincide plenamente con la historia del nacimiento del federalismo en México.[21] Al margen de analizar con mayor detenimiento el proceso histórico del federalismo en México, puede resumirse en que formalmente "fue adoptado por primera vez en el acta constitutiva del 31 de enero de 1824. La Constitución de 4 de octubre de 1824 lo hizo realidad. Despareció transitoriamente en 1835, fue restablecido en 1847 de forma transitoria, y en 1857 de manera definitiva".[22]

En cuanto a la representación igualitaria de los miembros, las entidades federativas están representadas por 3 Senadores (2 de mayoría y 1 de primera minoría). No obstante, dicha representación se alteró en 1998 mediante una reforma constitucional que introdujo la figura de los Senadores de representación plurinominal. Estos Senadores provienen de una lista propuesta por los partidos que no atiende al principio de representación equilibrada de los estados y constituyen una cuarta parte de esta Cámara.

[19] *Ídem*.

[20] *Ibídem*, pp. 192 a 196.

[21] Arteaga, Elisur, *El sistema federal mexicano, apuntes para una teoría general*, p. 17: "A través del recurso de descentralizar se estuvo en posibilidad de delegar parte del poder, su adopción permitió gobernar el gran territorio heredado de la colonia, detectar necesidades de poblaciones numerosas con costumbres e, incluso, con lenguas diferentes, También impidió la desmembración del territorio nacional".

[22] *Ídem*.

Hasta aquí los autores invocados caracterizan al Estado Federal bajo ciertos requisitos formales que en el sistema mexicano es fácil identificar. Pero un poco más difícil es analizar bajo la perspectiva de quienes estudian al federalismo desde sus vínculos con el ejercicio de un Estado democrático de derecho (el caso de México).

Zagrebelsky, propone el estudio del federalismo más allá de la distribución política de competencias entre gobierno central y miembros, sino atendiendo a la pluralidad de individuos y comunidades que componen al Estado:

> La Constitución del Estado democrático pluralista es el resultado de un acuerdo entre fuerzas políticas y sociales, con el fin de dictar, a través de éste, un diseño económico, social integral, acuerdo respecto del cual cada una de las fuerzas representa más que un fragmento, y que, por tanto, está substraído de la posibilidad de modificaciones unilaterales. Las constituciones del Estado federal democrático-pluralista, a diferencia de las liberales del siglo XVIII, son no solamente el lugar de distribución del poder político entre el Estado central y los estados miembros, sino también un medio de integración de grupos sociales, a través de la consagración de valores compartidos, relativos no a los estados, sino a los individuos o bien a las comunidades.[23]

En el contexto mexicano, justamente se está planteando cómo arribar a ese Estado democrático pluralista, y si la forma federal —más allá de estar en un punto de equilibrio o desequilibrio respecto del reparto de poderes— contribuye a la transformación de las funciones gubernamentales, y si éstas provienen y atienden a actores políticos que van cobrando fuerza, en un país que necesita reconocer las diferencias pero también generar acuerdos para avanzar en la concreción de ciertas metas comunes.

1.2 *Doctrina nacional y federalismo en México*

Como se puede apreciar de la comparación de las definiciones anotadas y su relación en el contexto nacional, la adopción del federalismo en México tiene un sustrato jurídico político, geográfico e histórico aparentemente bien fundamentado. Pero, habrá que analizar desde el derecho positivo y la doctrina nacionales algunos conceptos en torno al federalismo, para observar las particularidades que se le imprimen en este país.

[23] En Groppi, Tania, *La Reforma Constitucional en los Estados Federales, de la Teoría a la Praxis*, p. 30.

El fundamento constitucional de la distribución de competencias entre la Federación y los estados la encontramos en el Artículo 124, que establece:

> Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.

Es decir, que las facultades de la Federación tienen que estar expresamente reconocidas en el texto constitucional, mientras que las facultades originarias sobre el ejercicio del poder corresponden a los estados, quienes sólo por derivación del pacto federal, han renunciado a algunas de ellas y deben constar en la propia Constitución. Pero reconociendo que —a diferencia de Estados Unidos donde los estados tenían un alto grado de independencia antes de unirse— las provincias en México en la época colonial funcionaban bajo gobierno de corte central que operaba desde la capital, esta forma de determinación de las facultades para la federación y los estados no parece la más adecuada según algunos autores.

En ese sentido, Elisur Arteaga sostiene que "la circunstancia de que México, en 1824, al adoptarse el sistema federal, fuera unitario y centralista, con tendencias a desmembrarse, determinó la naturaleza y el sentido del federalismo mexicano; eso lo hace diferente de su modelo y, con el tiempo, ha llevado al extremo de que en la Constitución se regulen, en algún caso al detalle, materias que en otros sistemas se han considerado son del índole local".[24] Parece reafirmar esta tesis, el hecho de que el Artículo 73 constitucional cuyo objeto es la definición de las materias que son competencia del Congreso de la Unión, es por mucho la disposición que más reformas ha sufrido desde su creación (75 de 1917 a la fecha).[25] Además de ello habrá que considerar la extensión que se ha dado a las facultades del Congreso federal a través de mecanismos como las denominadas facultades implícitas.

Hasta hace poco, el sistema jurídico nacional en el terreno legislativo los doctrinarios identificaban tres categorías de leyes atendiendo a la distribución de competencias entre congreso federal y estatales: facultades expresas, facultades concurrentes o coincidentes y facultades implícitas.

Las facultades de la federación en virtud del Artículo 124 citado son expresas, es decir devienen directamente del texto constitucional. Pero hay materias que tanto la federación como los estados pueden legislar, sin que ello implique una jerarquía entre ellas. A estas facultades la doctrina las ha denominado coincidentes. Finalmente, las facultades implícitas son aquellas

[24] Arteaga, Elisur, *op. cit.*, p. 8

[25] http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm

instrumentales que se arroga el congreso federal para ejercer alguna otra que si está expresamente señalada en la Constitución. Sobre todo estas últimas son a las que recientemente, en materia penal, ha recurrido el Congreso de la Unión para legitimar la expedición de ciertas leyes que obligan tanto a la federación como a las entidades federativas, como se analizará más adelante.

Por ahora, basta mencionar algunos antecedentes de dichas facultades que han influido en la doctrina y el marco jurídico mexicanos.

Desde los padres del federalismo norteamericano ya se invocaba la necesidad de reconocer a los órganos centrales facultades que sin estar positivamente plasmadas en el texto constitucional se entendían necesarias para garantizar los fines que perseguía la propia confederación. Según Madison:

> Sería fácil demostrar, si fuese necesario, que ningún poder importante de los que delegan los artículos de la confederación ha sido o puede ser ejercido por el Congreso sin recurrir más o menos a la doctrina de la interpretación de lo implícito… Ningún axioma se halla asentado más claramente en la ley o en la razón que el que dice que donde se hace obligatorio el fin, están autorizado los medios; dondequiera que se concede un poder general para hacer una cosa, queda incluida toda la facultad que sea necesaria para efectuarla.[26]

Esta teoría de las facultades implícitas fue confirmada por jurisprudencia norteamericana en el caso McCulloch *vs*. Maryland.[27] El hecho de que esta legitimación de las "facultades implícitas" proviniera de un órgano jurisdiccional, confirma que se trata de un Estado en el que el control constitucional a final de cuentas se deja a cargo del Poder Judicial, en contraposición a los sistemas parlamentarios.[28]

En el caso mexicano las facultades implícitas encuentran su fundamento en el Artículo 73 fracción XXX que establece que el Congreso de la Unión tendrá facultad "para expedir las leyes que sean necesarias, a objeto de hacer efectivas las facultades anteriores, y todas las otras concedidas por esta Constitución a los Poderes de la Unión".

[26] Hamilton, A., Madison, S. y Jay, J., *El Federalista*, p. 192.

[27] Finer, Herman, *Teoría y práctica del gobierno moderno*, p. 182: "La cuestión era : el congreso había dictado una ley en 1816 regulando el Banco de los Estados Unidos. Se estableció una sucursal en el Estado de Maryland que imponía una tasa sobre los créditos de cualquier banco o sucursal que se hubiese establecido sin su autoridad. McCulloch, el cajero de la sucursal de Maryland apelaba contra el fallo de los tribunales de Maryland. El Tribunal Supremo, hablando por mediación del juez principal Marshall, falló que el Congreso tenía derecho de nombrar dicho banco, y, por consiguiente, los Estados no podían disminuir el uso de este poder imponiendo tasas. En la Constitución no se establecía ningún poder especial de los Estados Unidos para establecer dicho banco. Pero esto se debía sólo a que todo lo podía quedar debidamente expresado en la Constitución. Tampoco quedaban excluidos de las constitución los poderes incidentales o implícitos".

[28] *Íbidem*, pp. 184 y 185.

En cuanto al ejercicio de facultades implícitas, el sistema mexicano sigue idéntica fórmula que el norteamericano, pero en la práctica son distantes. Mientras que en Estados Unidos la interpretación constitucional termina recayendo en el aparato judicial, en México el presidencialismo durante el siglo pasado pesó demasiado sobre el ejercicio de la judicatura, por lo que la generación de jurisprudencia al respecto fue muy parca. Hasta 1994, año en que se reformó la Constitución en el apartado del Poder Judicial Federal, que empezó a despuntar la participación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de manera autónoma del Ejecutivo.[29] Cabe mencionar, que dicho órgano a demás de la justicia ordinaria federal tiene a cargo la función de Justicia Constitucional.

Como limitante al uso de las facultades implícitas por parte del Congreso Federal, se ha mencionado que debe existir una facultad expresa en la Constitución de la cual derivar aquéllas[30] y su interpretación tienen que ser lo más restrictiva posible.[31] Esto es porque la invocación de dichas facultades no puede tener otro efecto "que la proyección del poder central sobre los ámbitos locales y, a su vera, la legitimación del traslape que se consuma con el reconocimiento judicial al ejercicio del poder federal, el cual se efectúa sin apoyo normativo expreso".[32]

CAPÍTULO II

Antecedentes históricos del federalismo y la evolución del concepto en México

Por mucho tiempo, incluso en la actualidad, muchos autores cuestionan el proceso histórico de la adopción del federalismo en México, aduciendo que se trató de una simple copia de la constitución norteamericana que no atendió

[29] Morales-Paulín, Carlos A., *Justicia Constitucional*, México, p. 4.

[30] Gaxiola, Francisco Jorge, *La crisis del pensamiento político y otros ensayos*, p. 81: "en virtud de esta disposición (73, fracción XXX), el Congreso queda facultado, no para crearse nuevas atribuciones o aplicar las que tiene a casos no previstos por la Constitución, sino para dar a sus propias facultades, por medio de leyes, los medios de llevarlas a cabo, con toda la amplitud indispensable a su eficacia, siempre y cuando no se trate de un nuevo poder sustantivo e independiente, sino que se limite a realizar una facultad expresamente concedida".

[31] Díaz y Díaz, Martín, *México en la Vía del Federalismo Cooperativo. Un análisis de los problemas en torno a la distribución de competencias*, p. 150.

[32] *Ibídem*, p. 151.

el contexto político nacional.[33] Esta visión ha sido muy difundida, al grado que actualmente las deficiencias en el ejercicio de dicha forma de reparto de competencias se sigue achacando al momento original de su adopción.[34]

En cuanto a los procesos que pueden dar paso al federalismo, teóricamente se han identificado dos tipologías, y a su vez de éstas se han derivado algunas características sobre su ejercicio. El primer prototipo es el de estados que se unen bajo un gobierno central, mientras que el segundo parte del desmembramiento de un estado unitario.[35] El acontecer histórico de México en el siglo XIX permite verificar que si bien el proceso federalista no se dio para unir estados como el sistema norteamericano; el federalismo en México sí fue la fórmula de solución para evitar la dispersión de territorios que estaban unidos bajo el territorio colonial de la Nueva España.

En ese sentido la Constitución del país, entendida ésta en términos socio políticos, sí tuvo una raíz federalista, pues se veía a esta forma de organización como una garantía de autonomía para las comunidades que no estaban cerca de la capital en un territorio sumamente extenso.

[33] Hernández Chávez, Alicia, coord., *¿Hacia un nuevo federalismo?*, p. 15: "Los estudios históricos alusivos al federalismo mexicano son escasos y reflejan el relativo interés que caracteriza a la historiografía mexicana por el estudio de las instituciones políticas y, en especial, el desinterés por estudiar las relaciones que se establecen entre las instituciones y losmous actores políticos y sociales. El resultado es la persistencia de una imagen estereotipada según la cual las instituciones son realidades formales y lo que realmente cuenta es cómo se organizan los actores políticos y sociales para defenderse del poder del Estado. Este tipo de aproximación historiográfica desciende de una ideología populista en donde el poder y, por tanto,, las instituciones son impuestos a la sociedad por una minoría preocupada por defender sus intereses particulares y genera, por consiguiente, la oposición a las instituciones por parte de los actores políticos y sociales. De allí la abundancia de estudios en torno a revueltas, levantamientos y conflictos políticos y la ausencia de estudios sobre los procesos institucionales. Esta excesiva concentración de estudios acerca de los conflictos ha terminado por descuidar la comprensión de la otra vertiente: la de la colaboración, que es la que se manifiesta en la creación y transformación de las instituciones en la construcción del orden constitucional".

[34] Díaz y Díaz, Martín, p. 145: "En un sistema federal los flujos continuos de poder entre el centro y la periferia son inevitables. En algunos casos, se trata de la construcción de un núcleo de poderes centrales a partir de entidades soberanas preexistentes; en otros por el contrario, existe previamente un poder unificado que decide su descentralización y, bajo este supuesto, la tarea principal consiste en dotar de entidad regional a ciertos órganos de ejecución limitada, abriendo nuevos espacios políticos para la decisión y el ordenamiento de la vida comunitaria. Además de estas dos variables principales, se suscitan otras derivadas de las modernidades mentirosas de ciertos Estados como el nuestro (México), que asumen los perfiles constructivos de un federalismo de tipo pacticio, sin que posean los rasgos históricos para darle realidad a ese pretendido pacto de origen. Manejar el federalismo en un plano aparente y encubrir con su perfil un ejercicio centralizado acarrea distorsiones que después muy difícilmente podrán enmendarse en beneficio de una institución sana". En el mismo sentido Matos Escobedo, p. 10.

[35] Arteaga, Elisur, *op. cit.*, p. 14.

2.1 *Evolución del federalismo en el siglo XIX, sus orígenes*

Al respecto vale la pena hacer una breve síntesis de los acontecimientos históricos en México durante el siglo XIX que resultaron claves en la definición del sistema federal:

La independencia de la Nueva España se consumó en 1821. Entre 1822 a 1847 en México se convocó a siete congresos constituyentes, que emitieron un acta constitutiva, tres constituciones y un acta de reforma. En 1822 se reunió el primer Congreso del México independiente que debía constituir la nación organizando una monarquía moderada, que llamará a un príncipe de la casa real de España.

El movimiento de independencia en un primer momento, en efecto, fue impulsado por fuerzas que apuntaban a la conservación de la estructura virreinal. Los intereses de la sociedad virreinal en México gobernaban desde el centro, con la posibilidad de adueñarse del poder desde la capital. Pero en las provincias reinaba un espíritu liberal que se extendía por todo el país y sólo el régimen federal era la opción para reconocer la soberanía de los estados que podrían combatir los elementos coloniales centralizadores.[36]

Llega al poder Agustín de Iturbide, un militar de la Independencia, y contrario a las tendenciales liberales de las provincias, se terminó proclamando emperador de México. Este Imperio resultó absurdo "y los absurdos políticos sólo pueden sostener su vida efímera por medio de la fuerza: Iturbide disolvió el Congreso".[37] Iturbide entonces convocó a la Junta Instituyente que pretendía congregar a los representantes de las provincias. Pero esta representación fue ficticia, de tal suerte que en menos de un año varias provincias empezaron a declarar su independencia.

Así que a pesar de que ya se había convocado a un nuevo congreso constituyente, se apremió a que el congreso existente votará por la institución de la República Federal. El nuevo constituyente, para evitar la disgregación de las provincias que habían empezado a emitir declaratorias de independencia,[38] en menos de dos meses emitió un Acta Constitutiva que daría lugar al primer texto constitucional de 1824. En ese contexto el sistema federal fue resultado de la imposición de las provincias. Pero en cuanto se publicó la Constitución, las legislaturas estatales comenzaron a proponer reformas sin las cuales amenazaban de separación de la federación.

[36] Reyes, Heroles Jesús, *El liberalismo mexicano*, p. 32.
[37] Rabasa, Emilio, *Op. cit.*, p. 4.
[38] Campeche, Yucatán, Oaxaca, Querétaro, Celaya y San Miguel el Grande, Zacatecas, Nueva Galicia, Nueva Santander, Guatemala.

Esta Constitución de 1824 tuvo importantes opositores en el clero y el ejército porque el sistema federal implicaba libertades públicas que no se querían reconocer. Entre 1824 y 1835 se empezaron a identificar dos tendencias: conservadores (clero y milicia) y liberales (federalistas).

En 1835 el congreso en turno determinó acabar con el sistema federal y dictar una nueva constitución, que se emitió en 1836 de corte centralista. En palabras de Rabasa "su base es, pues, la más original que pueda darse: un golpe de Estado parlamentario".[39] Esta Constitución es muy particular ya que subordina a las provincias, al congreso, al poder judicial, al ejecutivo; respecto de un Supremo Poder Conservador. Posteriormente se propusieron reformas para atenuar al Poder Conservador, pero obviamente como éste tenía todo el poder, la iniciativa terminó por fracasar.

En 1840 se presenta un proyecto de nueva constitución que también es rechazado. Para 1843 se logra expedir una nueva Constitución de corte centralista, en la que el Gobierno central lo es todo. Por ejemplo, el presidente puede vetar de manera absoluta las decisiones del congreso, y en las provincias lo mismo pueden hacer lo propio los gobernadores respecto a las legislaturas o congresos locales.

Para 1846 el Plan de la Ciudadela convoca a un nuevo congreso constituyente para restablecer la Constitución de 1824. El entonces presidente Santa Anna no tiene otra opción más convocar a nuevas elecciones y en 1847 sanciona la nueva Constitución que tenía como elemento fundamental la organización federalista.

Este recuento sobre las constituciones mexicanas del siglo XIX, permiten observar que la definición del federalismo o centralismo fue una cuestión que se volvió un punto medular para determinar la organización política de la nación mexicana, pues fue el elemento clave de negociación que evitó la disgregación de las provincias.

En ese sentido, el análisis de los argumentos y arduas discusiones que vertieron diversos personajes históricos de la política mexicana en los congresos constituyentes —que si bien estuvieron influidos tanto por los padres del federalismo norteamericano (Madison), como por parte de Europa de Montesquieu, entre otros—, nos permite advertir que la adopción del federalismo en México no fue una simple imitación de los Estados Unidos Americanos,

[39] Rabasa, Emilio, *op. cit.*, p. 9.

sino que realmente tenía una base social y política que apoyaba esta forma de organización, en palabras de Reyes Heroles "el federalismo resultó la forma y el instrumento de la integración nacional".[40]

Así, por ejemplo, se advierte que mientras que en el caso estadounidense el federalismo surgió, entre otras razones, con miras a formar una defensa fuerte de amenazas externas; en México se dio como garantía en contra de amenazas de la unidad interna.[41]

De los autores que han analizado el origen del federalismo mexicano, Emilio Rabasa ya desde 1912 sintetizaba muy claramente esta idea:

> La imposición del sistema federal por las provincias, sobre un gobierno que lo repugnaba, no pudo ser obra ciega de la ignorancia, como se asentó por escritores de la época. Las provincias confiaban más en sí mismas que en gobierno central, y el espíritu de independencia que en ellas había dejado la guerra de separación las impulsaba a obtener la mayor suma de libertades posibles para atender su propio desenvolvimiento político; pero, por otra parte, no debió de influir poco en su actitud resuelta y amenazadora el afán de sus grupos directores de tener la mayor suma de poder que fuera dable dentro de la unidad de gobierno que era temerario alcanzar.

Para Reyes Heroles, por ejemplo, el federalismo fue un tema de intenso debate en los diversos constituyentes porque se veía en éste a un principio que mitigaría las desigualdades eliminando privilegios, principalmente del clero y la milicia.[42] Como ya se mencionó en la síntesis histórica de las constituciones, el enfrentamiento de las posturas centralistas y federalistas durante el siglo XIX, se identifica a estos últimos como los liberales.[43] De acuerdo a este autor "el liberalismo mexicano postuló y logró el gobierno de las clases intermedias con el apoyo popular, anticipándose en la formulación del programa a los intereses del pueblo".[44]

[40] *Ibidem*, p. 395.
[41] Reyes Heroles, Jesús, *op. cit.*, p. 362.
[42] *Ídem*.
[43] *Ibidem*, XIV: "La evolución que analizamos se caracteriza por la existencia de un liberalismo beligerante en torno a unos cuantos principios: federalismo, abolición de los privilegios, supremacía de la autoridad civil, separación de la Iglesia y el Estado o, al menos, ejercicio unilateral del patronato por parte del Estado, secularización de la sociedad, ampliación de las libertades, gobierno mayoritario, etcétera Frente a ellos a la inversa, están centralismo, mantenimiento o ampliación de los privilegios legales, mantenimiento del patronato no arreglado o previo concordato, restricción de las libertades. En cuanto a las fuerzas e intereses, de un lado alto clero y jefes del ejército, aristocracia territorial, todos ellos con intereses centralizados, defendiendo privilegios consignados o no legalmente. De otro 'clases intermedias' diseminadas en los Estados, defendiendo un federalismo que garantiza su acceso al poder y que figura en la ley de leyes".
[44] *Ibidem*, p. XV.

2.2 *Evolución del federalismo en el siglo XX*

Para los debates de los congresos constituyentes de 1857 y 1917 (hoy vigente) el tema federal se daba por sentado, es decir, era una cuestión de principio ya resuelta en el texto constitucional. En ese sentido, es interesante notar que si bien hay muchos recuentos históricos sobre los vaivenes del federalismo en el siglo XIX; sin embargo durante el siglo XX, los estudios históricos sobre este tema son pocos.

Los análisis en torno al sistema federal mexicano en el siglo pasado, más bien se plantean respecto a competencias específicas concedidas desde el texto constitucional, es decir, se analiza desde el punto de vista formal, pero desligado del acontecer político. En particular los estudios del federalismo en el siglo XX se centran en la distribución de competencias en materia impositiva, por ser el tema de la asignación de recursos una cuestión clave para fortalecer o debilitar a la Federación, los estados o los municipios.

En ese sentido, se perdió un eslabón importante de comunicación entre lo que acontecía en las comunidades y la evolución de las estructuras gubernamentales, en cuanto al reparto de competencias. Desde el punto de vista de los juristas el estudio sobre federalismo se centró en cuestiones formales, lo cual arreciaba todavía más las críticas y la incomprensión sobre los orígenes de este sistema de organización en México, pues cada vez parecía confirmar el error histórico de haber "copiado" sin meditar el sistema federalista norteamericano.

Durante la mayor parte del siglo XX, época en la que gobernó un partido hegemónico durante setenta años, al parecer las diferencias culturales, sociales, económicas de las entidades federativas que se adujeron para la adopción del federalismo, paulatinamente se fueron diluyendo bajo el dominio de un gobierno presidencialista que operaba políticas públicas desde el centro. Esta situación revivió la idea de que el federalismo mexicano es artificial, frente a una realidad centralizadora.

Obviamente, esto no quiere decir, que las disimilitudes en las realidades estatales fuesen eliminadas, simplemente se ignoraron. En la práctica estas diferencias estatales supervivieron en un contexto en el que los esfuerzos "homologadores" provenientes del Ejecutivo central establecían algunas políticas públicas que, dependiendo de cada comunidad, adoptaban sus propias características. Parte de este entramado fue la sumisión de los congresos y jueces estatales en primer término hacia los ejecutivos estatales, es decir, los gobernadores; pero por encima de estos a la figura del presidente. Paradóji-

camente, en esta etapa de la historia de México, en la que el federalismo era una fórmula constitucional consolidada, pierde vitalidad el protagonismo de los miembros de la Federación.

En el plano formal desde el punto de vista de las competencias legislativas esta tendencia hacia la centralización se observa en el quehacer de las legislaturas estatales, quienes simplemente copiaban las leyes federales en materias concurrentes, sin hacer un solo cambio aunque no aplicara a su realidad concreta.

Los congresos estatales, a semejanza de los poderes federales, estaban completamente subordinados al Ejecutivo. En este sentido se han realizado algunos estudios sobre la incidencia de los gobernadores en las agendas legislativas en estados con y sin alternancia política y gobiernos divididos. El resultado es que los Estados en que los gobernadores y la mayoría en los congresos son del mismo partido las iniciativas del Gobernador, el nivel de discusión es muy bajo (aunque esto también tiene sus variantes dependiendo del partido de que se trate).[45]

2.3 *Evolución del federalismo en el siglo XXI*

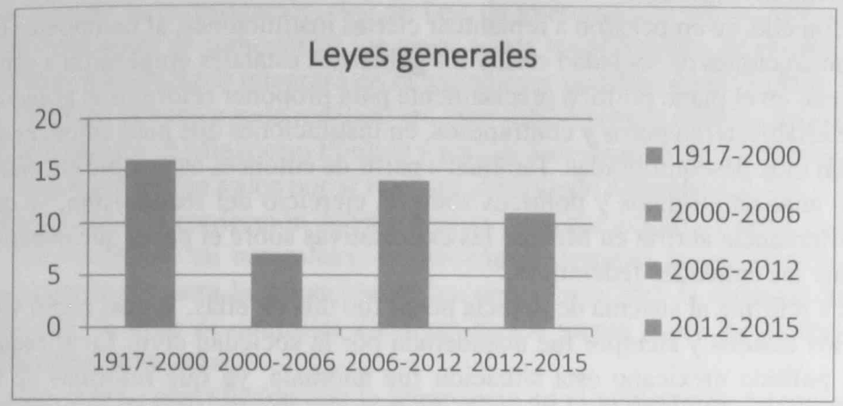
Es hasta que se da la alternancia política en algunas entidades federativas que, en la década de los noventa del siglo pasado, otra vez se empiezan a ventilar posibles diferencias entre los poderes estatales y el federal. En ese sentido, el análisis político del federalismo, entre otras instituciones que se relacionan en con la democracia, se retoma con optimismo ante la posibilidad de resurgimiento del liderazgo de las entidades federativas.[46]

Pero habrá que revisar en la práctica qué tanto los estados están incidiendo en la vida política del país.

Así por ejemplo, en el ámbito legislativo existe una categoría de leyes denominadas "generales" expedidas por el Congreso Federal que establecen el marco para la regulación de una materia al cual los estados tienen la obligación de ajustarse. Desde 1917 y hasta antes del 2000 (año en que por primera vez se da la alternancia política en la Presidencia), se emitieron un total de 16 leyes de esta categoría. Entre 2000 a 2006 se sumaron otras 7. En el sexenio que fue de 2006 a 2012 se "generalizaron" otras 14 materias. Y en lo que va del actual gobierno se han expedido 11 leyes con esta característica.

[45] López Lara, Álvaro, *Control de Agenda en los Congresos Estatales*.
[46] Carbonell, México, *El federalismo en México: principios generales y distribución de competencias*.

Lo que implica que una materia sea objeto de una ley general o nacional (más recientemente), es que constitucionalmente se elimina la facultad "originaria" de los Estados, por necesidades de coordinación o implementación de una política pública a nivel nacional se faculta al Congreso Federal para que establezca las bases sobre las cuales los estados respecto de cuestiones puntuales podrían legislar, en el caso de las generales; y respecto de las nacionales, de plano se expropia esa materia a los estados. Es decir, que en los últimos 15 años se han emitido el doble de leyes generales y nacionales (36), que en el periodo de 83 años en que no se dio la alternancia de partidos (16).



Pareciera contradictorio que a partir de que se empiezan a abrir ciertos canales democráticos en el país, es cuando los estados empiezan a ceder más facultades legislativas mediante este mecanismo de leyes generales o nacionales. Como se mencionó anteriormente, este fenómeno podría explicarse en virtud de que en el siglo XX la forma en que operaba el Ejecutivo federal permitía llegar a todo el país, anulando las realidades sociales de las comunidades, con políticas públicas diseñadas y financiadas desde el centro, éstas no requerían de una vía legal para su implementación pues todas estaban alineadas.

A partir de la alternancia y la concurrencia de gobiernos de diferentes partidos es necesario establecer cauces para articular políticas de carácter nacional. Lo interesante será la definición de aquellas materias que realmente ameritan ser objeto de leyes que unifiquen políticas. La pregunta que cabría entonces es ¿cuál es la razón de mantener el sistema federal? ¿Realmente es la necesidad de prestar servicios uniformes en todo el país?

CAPÍTULO III

La reforma de justicia penal y el federalismo

3.1 *Antecedentes*

En el año 2000, después de setenta años en que gobernó la presidencia el mismo partido en México (Partido Revolucionario Institucional, PRI), ganó por primera vez la elección presidencial un partido de la oposición. Mismo fenómeno de alternancia se dio en algunas entidades federativas en los años noventa del siglo XX.

Con ello, se empezaron a replantear ciertas instituciones, al tiempo que las organizaciones de sociedad civil y los gobiernos estatales empezaron a ganar terreno en el plano político precisamente para proponer reformas al gobierno que establecieran pesos y contrapesos, en instituciones que para entonces estaban muy desequilibradas. También a partir de entonces es posible encontrar más análisis jurídicos y políticos sobre el ejercicio del federalismo, ya que la alternancia abriría en México las expectativas sobre el papel que deberían tomar las entidades federativas.[47]

La reforma al sistema de justicia penal fue una de ellas, la cual cobró vida en los estados y siempre fue abanderada por la sociedad civil. En el esquema político mexicano esta situación fue anómala, ya que reformas de tal calibre normalmente hubieran sido iniciativas provenientes de autoridades del gobierno dictadas desde el centro. Esta reforma si bien tenía como lema la transición de un sistema inquisitivo o mixto a uno acusatorio, a final de cuentas lo que realmente proponía era generar contrapesos a una institución que durante el siglo XX acaparó todo el proceso con las correspondiente debilidad de las demás: el Ministerio Público.

En un régimen dominado por el Ejecutivo, el Ministerio Público —como su brazo operador en temas de justicia— bajo la forma de Procuradurías federal y estatales que eran parte del equipo de gobierno del presidente y de los gobernadores, se convirtieron en entes burocráticos con todo el peso de dar respuesta a la ciudadanía en cuestiones de seguridad pública y justicia penal. Para ello se le dotó de extraordinarios poderes que mermaron la participación de policías, defensores y jueces, no sólo en el proceso penal sino en la definición de políticas públicas en materia de justicia penal.

[47] Carbonell, Miguel, *op. cit.*

Así, por ejemplo, bajo el pretexto de que el Ministerio Público tiene el monopolio de la acción penal se reformó la Constitución para establecer que tendría una policía bajo su mando directo, y que ésta sería la única con capacidad de investigar bajo instrucciones de aquél. Ello terminó por debilitar a las policías estatales y municipales, en tanto que si su función no era la investigación, entonces el nivel de actividades y de perfiles de los mismos podría ser ínfimo.

Frente al poder judicial y la defensa, el Ministerio Público también contaba con una herramienta que le permitía de manera unilateral mantener el dominio de todo el proceso judicial: la fe pública de las actuaciones realizadas durante la investigación. Así en fase de averiguación previa, investigación, aún antes de judicializar los casos todos los elementos de prueba que el Ministerio Público integrará en el expediente gozaban de fe pública. Una vez llegado el caso a sede judicial, era muy difícil para la defensa revertir lo sustentado por el Ministerio Público y para el juez desestimar elementos que formalmente tenían valor por sí mismos. Aparejado a lo anterior, los juicios se traducían a la confección de expedientes a los que era difícil tener acceso.

Un sistema de tal naturaleza, evidentemente terminó por generar incentivos perversos para la actuación de los operadores ante la secrecía de los procesos, la falta de controles efectivos de los jueces sobre las partes y el desequilibrio de éstas.

Para 2004, coincidiendo con la alternancia en el gobierno se propuso por primera vez en los Estados de Oaxaca y Chihuahua, una reforma al sistema de justicia que fuera similar a las que se habían gestado por toda Latinoamérica desde los años ochenta, en el sentido de transitar a un sistema acusatorio de tipo adversarial. En ese mismo año el Ejecutivo Federal también presentó una iniciativa de reformas constitucionales y un paquete legislativo que iba en el mismo sentido. Dicha reforma no fructificó, pero abrió el debate para que años después, en 2008,[48] se reformara finalmente la Constitución y se sentaran las bases de un nuevo sistema de justicia en materia penal que obligase a la Federación y a los estados a su adopción.

Los debates que se abrieron en el Congreso Federal duraron poco más de un año y su aprobación por 19 de 31 congresos estatales demoró dos meses aproximadamente.[49] Es importante mencionar que antes de la reforma

[48] *Diario Oficial de la Federación*, 18 de junio de 2008.

[49] De acuerdo al Artículo 135 de la Constitución Política de los Estados unidos Mexicanos las reformas a la misma requieren la aprobación de dos terceras partes de los presentes y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los estados, es decir al menos 16 congresos estatales. El proceso de aprobación por el Congreso Federal se dio entre diciembre de 2006 a marzo de 2008, la aprobación por parte de 19 estados se dio entre marzo y mayo de 2008.

constitucional, y durante todo el proceso de discusión de ésta, un factor decisivo fue la participación de organizaciones de sociedad civil,[50] con la capacidad política y técnica de presentar propuestas concretas en esta materia.

El resultado de esta reforma constitucional, fue la obligatoriedad de adoptar un sistema de justicia penal de tipo acusatorio tanto para la Federación como las entidades federativas en un lapso de 8 años, es decir, el 18 de junio de 2016. En cuanto a su contenido, se advierte que la reforma constitucional fue "negociada" desde dos ángulos distintos: un régimen para delincuencia organizada que seguiría teniendo características del sistema inquisitivo; y otro general para el resto de los delitos al que aplicarían las nuevas garantías reconocidas en la Constitución e instituciones procesales inmersas en la transición a un sistema de tipo adversarial.

Esta reforma constitucional implicaba que cada entidad federativa había de emitir una nueva legislación procesal penal conforme al nuevo texto constitucional.

Cabe hacer un paréntesis sobre los orígenes de esta reforma constitucional para analizar los factores políticos que influyeron en su concepción. Desde antes de la reforma algunos estados habían realizado reformas a sus procesos penales en diversos grados de profundidad. Nuevo León fue el pionero en introducir algunos elementos de oralidad a su código procesal[51] inquisitivo. Dicha reforma consistió simplemente en introducir un capítulo de "juicios predominantemente orales" para delitos de mínima gravedad. Este esquema de reformas parciales a los códigos también fue acogido por los Estados de México[52] y Veracruz[53]. Sin embargo este tipo de reformas no cambiaron la dinámica del proceso inquisitivo.

Poco después Chihuahua[54] y Oaxaca[55] decidieron que para transitar verdaderamente a un sistema acusatorio era necesario redactar nuevos códigos procesales penales completos, similares a los códigos latinoamericanos de las décadas de los ochentas y noventas. A Chihuahua y Oaxaca, siguieron los códigos de los estados de Zacatecas,[56] Morelos[57] y Baja California,[58] a los que se les ha denominado "de primera generación".

[50] Se integró una "Red a Favor de los Juicios Orales", que a su vez se compone de varias organizaciones de sociedad civil.
[51] *Periódico Oficial de Nuevo León*, 7 de diciembre de 2005.
[52] *Periódico Oficial del Estado de México*, 2 de enero de 2006.
[53] *Periódico Oficial del Estado de Veracruz*, 2 de agosto de 2007.
[54] *Periódico Oficial de Chihuahua*, 9 de agosto de 2006.
[55] *Periódico Oficial del Estado de Oaxaca*, 9 de septiembre de 2006.
[56] *Periódico Oficial de Zacatecas*, 15 de septiembre de 2007.
[57] *Periódico Oficial de Morelos*, 22 de noviembre de 2007.
[58] *Periódico Oficial de Baja California*, 19 de octubre de 2007.

Estas entidades se cobijaron en un texto constitucional que había sido durante muchos años el marco para los códigos inquisitivos, y de alguna manera resolvieron que también lo fuera para los nuevos códigos acusatorios.

Los códigos de primera generación tomaron un modelo apoyado en las recomendaciones técnicas de consultores mexicanos principalmente, pero también expertos latinoamericanos y sobre sistemas de países con tradición de *common law* (Estados Unidos y Reino Unido).

Como documentos base que sirvieron para elaborar estos primeros códigos mexicanos están los siguientes: Anteproyecto de Código Procesal Penal de Panamá; Anteproyecto de Código Procesal Penal de Neuquén, Argentina; Código Modelo para Iberoamérica (1989); Código Procesal Penal de Bolivia (1999); Código Procesal Penal de Chile (2000); Código Procesal Penal de Chubut, Argentina (2003); Código Procesal Penal de Costa Rica (1999); Código Procesal Penal de Guatemala (1992 con reformas al 2000); Código Procesal Penal de Honduras (1999); Código Procesal Penal de Paraguay (1998); Código Procesal Penal de la República Dominicana (1999); Código Procesal Penal de Venezuela (2001); y Ley de Enjuiciamiento Criminal de España (LECE).

En realidad la reforma constitucional de 2008, provino de la presión que ejercieron grupos de la sociedad civil para que el modelo de sistema acusatorio que estaba surgiendo en las entidades federativas mencionadas, fuera obligatorio en todo el país. Si bien a las entidades federativas con "códigos de primera generación" les beneficiaría que se reconocieran nuevos principios constitucionales que fortalecieran la transición hacia un nuevo sistema procesal penal, éstas ya habían resuelto a través de la legislación secundaria la forma en que podía interpretarse el texto constitucional para transformar el proceso penal.

Fue así que el 18 de junio de 2008 se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* las mencionadas reformas a la Constitución, lo que terminó por detonar los procesos reformistas en los Estados. Ese mismo año Durango[59] emitió su código procesal bajo los nuevos parámetros constitucionales. Los Estados que ya habían emitido nuevos códigos procesales antes de la reforma constitucional sólo hicieron ajustes mínimos.

Bajo el nuevo marco constitucional, la Comisión Nacional de Tribunales Estatales (CONATRIB)[60] se dio a la tarea de diseñar un Código Modelo para las entidades federativas que, además de aprovechar la experiencia de los

[59] *Periódico Oficial de Durango*, 5 de diciembre de 2008.
[60] *Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación*, p. 279.

Estados, cumpliera con los nuevos estándares constitucionales. Paralelo a la elaboración de dicho proyecto, el Estado de México[61] comenzó los trabajos de redacción de un código procesal penal completamente nuevo. Esta iniciativa de los Tribunales Estatales también tomó por sorpresa al tradicional sistema político centrado en los poderes ejecutivos como impulsores de agendas legislativas.

El Código Modelo diseñado por CONATRIB sirvió de base para la discusión de los códigos procesales de algunos Estados como Guanajuato,[62] Yucatán,[63] Chiapas,[64] Tamaulipas,[65] Tabasco,[66] Michoacán,[67] Quintana Roo[68] y Sonora.[69] El de Michoacán también partió de la base de los documentos utilizados para la elaboración de los códigos de Chihuahua y Oaxaca. Aunque los códigos de Estado de México, Guanajuato y Michoacán tuvieron influencia de los códigos antecesores y del de CONATRIB, es notorio que en los debates para su aprobación se incorporaron ciertas innovaciones,[70] que no habían considerado los otros códigos hasta el momento.

Por su parte Puebla[71] siguió el modelo del Estado de México, aunque después de publicado y antes de entrar en vigor, sufrió importantes modificaciones apoyadas técnicamente por expertos que habían participado en los códigos de primera generación. Por su parte los nuevos códigos de Nuevo León[72] e Hidalgo[73] también se basaron en los códigos de Chihuahua, Oaxaca y Baja California, e incorporaron nuevas figuras como las medidas cautelares anticipadas y los servicios previos a juicio.

Para septiembre de 2011,[74] el entonces presidente Felipe Calderón envió al Congreso una iniciativa de Código Federal de Procedimientos Penales que

[61] *Periódico Oficial del Estado de México*, 30 de julio de 2009.
[62] *Periódico Oficial del Estado de Guanajuato*, 3 de septiembre de 2010.
[63] *Periódico Oficial del Estado de Yucatán*, 8 de junio de 2011.
[64] *Periódico Oficial del Estado de Chiapas*, 17 de mayo de 2012.
[65] *Periódico Oficial del Estado de Tamaulipas*, 4 de julio de 2012.
[66] *Periódico Oficial del Estado de Tabasco*, 29 de agosto de 2012.
[67] *Periódico Oficial del Estado de Michoacán*, 13 de enero de 2012.
[68] *Periódico Oficial del Estado de Quintana Roo*, 17 de febrero de 2012.
[69] *Periódico Oficial del estado de Sonora*, 30 de enero de 2012.
[70] A modo de ejemplo, el Código del Estado de México estableció la apelación tradicional como recurso contra la sentencia (aún cuando esto es propio del sistema inquisitivo) y el procedimiento abreviado es regulado como derecho del imputado; el Código de Guanajuato no contempla el caso urgente y eliminó el arraigo; el Código de Michoacán introduce un concepto de fundamentación y motivación en audiencias, establece expresamente la prohibición de lectura en audiencias y no distingue entre investigación formalizada y no formalizada.
[71] *Periódico Oficial del Estado de Puebla*.
[72] *Periódico Oficial del Estado de Nuevo León*, 5 de julio de 2011.
[73] *Periódico Oficial del Estado de Hidalgo*, 14 de marzo de 2011.
[74] Cámara de Diputados *Gaceta parlamentaria*, año XIV, No. 3353-II, 22 de septiembre de 2011.

aunque no prosperó en la Cámara de Diputados, fue difundida entre las entidades federativas. Los estados que emitieron códigos procesales emulando a la iniciativa federal fueron Coahuila,[75] Tlaxcala,[76] Veracruz,[77] San Luis Potosí[78] y Sinaloa.[79] Entre 2011 a 2014 se publicaron un total de 20 nuevos códigos estatales, que sumados a los 8 expedidos entre 2006 a 2010 sumaban la mayoría de las entidades federativas.

De acuerdo a los antecedentes expuestos sobre los "modelos" que siguieron las entidades federativas se puede resumir lo siguiente:

Códigos de primera generación y derivados	Código Modelo CONTARIB	Redacción Propia	Iniciativa Código federal
Baja California Chihuahua Durango Hidalgo Morelos Nuevo León Oaxaca Puebla Zacatecas	Chiapas Quintana Roo Tabasco Tamaulipas Yucatán Sonora	Estado de México Guanajuato Michoacán	Coahuila Tlaxcala Veracruz Sinaloa San Luis Potosí

La agrupación de los códigos en los modelos que se propone no se traduce en que los textos estatales sean idénticos, sino que se es posible advertir que dan el mismo tratamiento a ciertas figuras centrales en el nuevo proceso penal, aunque también tienen características que los individualizan. Estas últimas se derivan de los ajustes que cada entidad ha considerado necesarios conforme a la evolución de sus propios procesos de implementación.

Los "modelos" mencionados comparten entre sí cierta estructura e instituciones, pero también establecen ciertas particularidades que inciden en el funcionamiento de figuras jurídicas esenciales en un sistema acusatorio, que es lo que precisamente nos permite derivar la categorización anterior. A modo de ejemplo, entre las figuras que podemos identificar con un trato particular están las siguientes:

[75] *Periódico Oficial del Estado de Coahuila*, 17 de febrero de 2012.
[76] *Periódico Oficial del Estado de Tlaxcala*, 30 de mayo de 2012.
[77] *Periódico Oficial del Estado de Veracruz*, 6 de septiembre de 2012.
[78] *Periódico Oficial del Estado de San Luis Potosí*, 16 de octubre de 2012.
[79] *Periódico Oficial del Estado de Sinaloa*, 25 de enero de 2013.

a) Códigos de primera generación
  i. Investigación flexible.
  ii. Procedimiento abreviado como herramienta de persecución penal del Ministerio Público.
  iii. Sistema de recursos basado en la casación.
b) Código Modelo CONATRIB
  i. Procedimiento abreviado como derecho del imputado.
  ii. Tratamiento de la participación de la víctima.
c) Iniciativa federal SETEC
  i. Investigación formalizada.
  ii. Restricciones al procedimiento abreviado.
  iii. Etapas espejo al actual sistema inquisitivo.
  vi. Sistema de recursos basado en la apelación.

No obstante lo anterior (ya 28 estados tenían códigos procesales acusatorios, de los cuales 17 ya habían entrado en vigor) y que al parecer por primera vez en México una reforma que pretendía transformar de raíz el sistema de justicia se originaba en los estados y al interior de estos, los poderes judiciales tomaban el liderazgo, además de ser apoyados por la sociedad civil; para 2012 la idea de un código único que abrogase a los estatales, empezó a cobrar auge.

En este proceso otra vez se volvió a la centralización de la toma de decisiones por parte del Poder Ejecutivo, pero con un nuevo componente: el acompañamiento de organizaciones de sociedad civil. Ante la diversidad de códigos procesales estatales empezó a generarse la inquietud de que a la larga se viviría un ambiente de inseguridad jurídica. Por ello algunas organizaciones de sociedad civil empezaron a promover esta idea de centralizar en el Congreso federal la facultad de regular la materia procedimental penal.

Aprovechando el cambio de gobierno en 2012, se propuso al entonces candidato a la presidencia Enrique Peña Nieto que se unificara esta legislación, lo cual requería una reforma constitucional que otorgase dichas facultades al Congreso de la Unión. Además esta idea no era tan ajena al candidato del partido que gobernó durante setenta años en México y que de alguna manera tenía la visión de que las políticas públicas de esta naturaleza debían dictarse desde el centro.

En este ambiente tendiente hacia la homogeneidad legislativa en materia penal, el 25 de abril de 2013 algunos Senadores presentaron un dictamen con propuesta de reformas al Artículo 73 fracción XXI que partió del

análisis de tres iniciativas que proponían, entre otros temas, la unificación de la legislación procesal penal. Dicho dictamen fue aprobado prácticamente por abrumadora mayoría,[80] en la siguiente sesión del pleno del Senado, es decir, el 29 de abril de 2013.

En tan sólo cinco meses (entre que se presentó la primera iniciativa de tipo federal, en noviembre de 2012, y la primera iniciativa de código único, en abril de 2013) se cambió el rumbo de las iniciativas federales hacia la centralización de dicha facultad en el Congreso de la Unión. También de manera muy expedita, el dictamen con iniciativa de reforma constitucional fue aprobada por el Senado apenas cuatro días después de su presentación, prácticamente sin debate al respecto.[81]

Lo anterior, a pesar de ser "la reforma de justicia penal más relevante del último siglo" y que la mayoría de las entidades federativas tenían codificaciones propias. Incluso en la sesión del Senado en que se aprobó dicha iniciativa, el ejercicio de facultades por parte de los estados en esta materia fue calificado[82] como un "verdadero galimatías nacional" el cual era necesario superar.

La dinámica de estas iniciativas en el Congreso, en tan breve periodo de tiempo, es un indicativo de que el tema del federalismo en cuanto a la cesión de facultades por las entidades federativas hacia el gobierno central, no ha sido un obstáculo o un tema de amplia preocupación y debate. Las discusiones sobre la expedición del código, los temas más bien se han centrado en el contenido y regulación de figuras específicas.

La característica de los gobiernos de corte federal, en tanto que implican constituciones formales rígidas que sólo pueden ser reformadas por procesos complejos en el que se requiere la intervención activa de los estados que forman parte de la unión, en México hasta cierto punto se ha trivializado. Pues como se puede observar, las reformas constitucionales en México son muy frecuentes, y la participación activa de los estados a través de sus congresos es menor. Se pudiera pensar que la aprobación de los estados es relativamente sencilla, una vez que su voluntad ha sido representada en las Cámaras, en especial el Senado, pero en el debate se observa en éstas parecería que pudieran responder más a intereses de los partidos políticos que a los estatales.

[80] 103 votos a favor y 6 en contra.

[81] *Diario de los Debates* de la Cámara de Senadores del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, Año I, Segundo periodo ordinario, LXII Legislatura, Num. 31, Sesión 29 de abril de 2013 en http://www.senado.gob.mx/content/sp/dd/content/cale/diarios/62/1/SPO/PDF-WEB/D31-29-ABRIL-2013.pdf

[82] Senador Pablo Escudero, *Diario de los Debates*, p. 777.

Los debates en el Congreso de la Unión sobre la trascendencia e implicaciones de la unificación del código en el contexto específico de implementación de la reforma no han hecho hincapié en problemas prácticos y diferenciados sobre la implementación que existen en los fueros local y federal con fundamento en evidencia empírica.

A manera de ejemplo, mientras que a nivel federal la mayor incidencia delictiva recae en delitos en que el denunciante es un actor institucional,[83] en los delitos de fuero común si hay personas perfectamente identificadas como víctimas u ofendidos que regularmente son los denunciantes. Esta característica, necesariamente habrá de tener impacto en la operación de nuevas figuras del sistema acusatorio como los mecanismos de justicia alternativa, la suspensión condicional del proceso, la aplicación de criterios de oportunidad y de manera importante, la forma de procesamiento de las denuncias. Estas consideraciones no se han visto reflejadas al momento de discutir la reforma constitucional.

La centralización de decisiones legislativas en materia penal sin duda puede ofrecer ventajas en tanto que brinda seguridad jurídica sobre los procesos, pero el riesgo que se corre es que desde problemáticas federales o aisladas se reforme el código procesal penal que aplica a todo el país sin considerar las realidades estatales.

Surge entonces la pregunta sobre las características que leyes nacionales tendrían que desarrollar para realmente abarcar y normalizar las distintas realidades de todo el país.

3.2 *Reforma constitucional y "leyes nacionales"*

La reforma constitucional que faculta al Congreso de la Unión para emitir el Código Nacional de Procedimientos Penales y otras de carácter nacional, establece lo siguiente:

> Artículo 73. El Congreso tiene facultad:
> ...
> XXI. Para expedir:
> *a)* Las *leyes generales* en materias de secuestro y trata de personas, que establezcan como mínimo, los tipos penales y sus sanciones.

[83] En 2012 casi el 70% de los delitos federales fueron contra la salud (25%), sobre el patrimonio federal (13%), financieros (4%), fiscales (6%), ambientales (1%), de servidores públicos (3%), armas de fuego (14%), delincuencia organizada (1%), ley general de población (1%) y electorales (3%). Fuente: Sistema Institucional de Información Estadística.

> Las leyes generales contemplarán también la distribución de competencias y las formas de coordinación entre la Federación, las entidades federativas, el Distrito Federal y los municipios;
> *b)* La *legislación que establezca los delitos y las faltas contra la Federación* y las penas y sanciones que por ellos deban imponerse; así como legislar en materia de delincuencia organizada;
> *c)* La *legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas* que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común.
> Las autoridades federales podrán conocer de los delitos del fuero común, cuando éstos tengan conexidad con delitos federales o delitos contra periodistas, personas o instalaciones que afecten, limiten o menoscaben el derecho a la información o las libertades de expresión o imprenta.
> En las *materias concurrentes previstas en esta Constitución, las leyes federales* establecerán los supuestos en que las autoridades del fuero común podrán conocer y resolver sobre delitos federales...[84]

Según este texto, el Congreso de la Unión estaría facultado para expedir tres tipos de legislación:

a) Leyes generales en materia de:
- Secuestro.
- Trata de personas.

b) Leyes federales:
- Delitos y faltas contra la Federación (Código Penal Federal).
- Delincuencia organizada.

c) Legislación "nacional":
- Materia procedimental penal.
- Mecanismos alternativos de solución de controversias.
- Ejecución de penas.

Derivado de esta reforma constitucional y después de un año de debate, principalmente en el Senado de la República, se emitió el Código Nacional de Procedimientos Penales y la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias. A la fecha está pendiente la conclusión del debate para la Ley Nacional de Ejecución Penal. A esta lista de leyes nacionales, producto de otra reforma constitucional publicada el 3 de junio de 2015, el Congreso Federal también tiene pendiente la aprobación de la Ley Nacional de Justicia para Adolescentes.

[84] *Diario Oficial de la Federación,* 8 de octubre de 2013.

El problema que jurídicamente, y desde el ámbito de la distribución de competencias, implican las leyes "nacionales" aún no ha sido explorado a fondo. Hasta antes de estas reformas al Artículo 73 en el contexto jurídico mexicano sólo existía la categoría de leyes "generales" como forma de coordinación entre federación y estados para articular materias que requieren de una política pública nacional.[85]

Esta nueva categoría de "leyes nacionales" en la práctica legislativa ha planteado algunos cuestionamientos, que paulatinamente se están resolviendo, pero sin consistencia genérica. Estamos ante un panorama en que los congresos estatales y federal no tienen muy claras sus respectivas limitaciones competenciales, y por su parte la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como órgano de interpretación constitucional, no se ha pronunciado respecto a las implicaciones que ello trae aparejado en el ejercicio del federalismo.

Así, por ejemplo, en estas leyes nacionales se han introducido reglas de carácter administrativo, sustantivo y orgánico que quedaban en la esfera de la normatividad estatal. La pregunta es si en uso de la facultad del para emitir legislación nacional en materia procedimental resulta admisible que el Congreso Federal incorporen normas de naturaleza no estrictamente procesal que en el Código Nacional de Procedimientos Penales. A continuación se presentan algunos casos que ilustran la controversia que se menciona.

3.3 *Controversias latentes*

CASO 1: Ley de Medidas Cautelares del Estado de Oaxaca

El 7 de mayo de 2015 se publicó en *Periódico Oficial del Estado de Oaxaca* la Ley de Seguimiento y Evaluación de Medidas Cautelares en Materia Penal del Estado de Oaxaca. El objeto de esta ley es regular derechos, principios, órganos y procedimiento para que el Ministerio Público y la defensa cuenten con la información necesaria para debatir sobre la imposición o modificación de medidas cautelares en los procesos penales.

Por su parte el Código Nacional de Procedimientos Penales también establece principios que rigen las medidas cautelares, algunas reglas sobre el procedimiento para evaluar el riesgo de los imputados y establece la existencia de una "autoridad de supervisión de medidas cautelares". De esta manera el Congreso de la Unión estableció la obligación a los Estados de

[85] Ver *Supra.*

crear orgánicamente una "autoridad de supervisión de medidas cautelares". Incluso en una iniciativa de reformas al Código, que no ha sido aprobada, se propuso que dicha autoridad estuviera adscrita a dependencias policiales.

En este caso surgen dos preguntas: ¿El congreso federal puede incluir normas de carácter organizacional en leyes nacionales? Y si por su parte ¿los congresos estatales pueden legislar sobre procesos específicos en materia penal que no están detallados en la ley nacional?

Elisur Arteaga[86] sostiene que la Constitución mexicana admite el ejercicio de facultades en coordinación de la Federación y estados. Estas facultades parten de la necesidad de ejercer acciones comunes, en los ámbitos centrales y locales, por las dependencias respectivas, con la finalidad primordial de evitar duplicidad de esfuerzos. Pero de ninguna manera ello podría implicar que el Congreso de la Unión "pueda determinar la estructura y funcionamiento de la dependencia local responsable de la prestación del servicio, por ejemplo, carece de competencia para obligar a un estado a que lo preste a través de una secretaría y no de una dirección general".[87]

Desde el punto de vista de las entidades federativas, el Congreso de la Unión podría estar invadiendo las facultades estatales de determinación orgánica de unidades administrativas, como lo sería la autoridad de supervisión de medidas cautelares. Pero desde la perspectiva del Congreso de la Unión se podría justificar que la regulación de cuestiones orgánicas está fundamentada en ejercicio de facultades implícitas. De tal manera que si la creación orgánica de estas "autoridades" es indispensable para la aplicación del Código Nacional de Procedimientos Penales, la cual es una facultad expresa, el Congreso de la Unión si estaría facultado para ello.

Para el análisis de la Ley oaxaqueña, se tendría que partir de una categorización de las reglas que la componen para identificar aquéllas que podrían implicar una controversia con el poder legislativo federal. Así, la competencia para legislar sobre derechos y principios en el procedimiento penal, parecería ser competencia del Congreso de la Unión, lo mismo que las normas procesales. Pero por otro lado, habría que analizar si los procesos que regula la ley de Oaxaca son de índole administrativo o jurisdiccional. Si se les identifica como jurisdiccionales, tendrían que estar desagregados en el Código Nacional (que no lo están); por el contrario si son de carácter administrativo entonces sí podrían ser materia de legislación local.

[86] Elisur Arteaga, *op. cit.*, pp. 90 y 91.
[87] *Ídem.*

En este punto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Acción de Inconstitucionalidad 107/2014,[88] se ha pronunciado respecto a la ley estatal de bienes asegurados del estado de Hidalgo, en el sentido que el legislador federal es el único facultado para regular todo lo relacionado con la implementación de la reforma al sistema de justicia penal:

> En términos de este precepto, al facultarse constitucionalmente al Congreso de la Unión para establecer, mediante una ley única en proceso penal y demás supuestos supracitados, se privó a los Estados la atribución con la que anteriormente contaban, en términos del artículo 124 de la Constitución Federal, para legislar en relación con esa materia.
> La citada reforma constitucional, tiene como finalidad la unificación de las normas aplicables a todos los procesos penales a fin de hacer operativo el nuevo sistema de justicia penal a nivel nacional.[89]

En la práctica esta decisión puede tener implicaciones serias, pues entonces el Código Nacional tendría que ser el instrumento normativo que integrase todo tipo de normas, aun en la esfera administrativas siempre que se relacionen con el proceso penal.

CASO 2: Ubicación orgánica de los Centros de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias

Una discusión similar se dio cuando en la elaboración de la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias se planteaba la necesidad de incluir normas relativas a la ubicación orgánica de los Centros de Mediación, ya sea dentro de las procuradurías o de los poderes judiciales. La regulación terminó haciendo obligatorio para las procuradurías contar con dichos Centros, y potestativo para los Poderes Judiciales. Pero en realidad no se profundizó, sobre si el Congreso Federal tenía facultades para obligar a los estados en la esfera orgánica.

En este debate precisamente se observó que el posicionamiento sobre que los Centros fuesen sólo ubicados dentro de las procuradurías venía de autoridades federales, en particular de la Procuraduría General de la República. Y por su parte la realidad estatal demostraba que los poderes judiciales no sólo tenían la capacidad de albergar dichos Centros, sino que ya tenían experiencia

[88] http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=174831
[89] *Ibidem*, p. 15.

en el rubro. El tema que no se debatió era si el Congreso Federal podía, desde una ley nacional, asignar orgánicamente la ubicación de estos Centros. Facultad que ya venían ejerciendo los estados.

En estos ejemplos sobre el debate legislativo y el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación señalado, confirman la tendencia a permitir que el Congreso Federal regule cuestiones orgánicas obligatorias para los estados a través de leyes nacionales.

CASO 3: Figuras específicas en códigos procesales de los estados frente a los contenidos del Código Nacional de Procedimientos Penales (Guanajuato)

Como se explicó, algunos estados como Guanajuato ya contaban con códigos procesales propios antes de la expedición del Código Nacional. Estos códigos estatales que tendrían que ser abrogados en cuanto entre en vigor la legislación nacional, dan a ciertas figuras procesales un tratamiento más benigno que el mencionado Código.

Por ejemplo, la omisión del caso urgente. Esta figura prevista en la Constitución Federal legitima detenciones fuera de los supuestos de flagrancia y de órdenes judiciales, cuando el Ministerio Público por razón de lejanía para solicitar órdenes de aprehensión y ante la urgencia de que la persona se evada del proceso realice detenciones con un control judicial *ex post*.

El Código de Guanajuato eliminó este supuesto argumentando, que si bien dicha figura constituía una excepción a la garantía de libertad de rango constitucional, mediante la legislación secundaria era legítimo ampliar garantías. Desde que entró en vigor el Código de Guanajuato, en la práctica no han extrañado dicha figura, ya que las comunicaciones entre los jueces y Ministerios Públicos para solicitar órdenes de aprehensión han sido modernizadas, al admitirse su solicitud y resolución judicial por vía electrónica o telefónica. De tal suerte que no ha sido necesario invocar el caso urgente.

Por otra parte el Código Nacional de Procedimientos Penales, que entrará en vigor próximamente en Guanajuato establece el caso urgente. En el criterio de los jueces estatales, consideran que de presentarse un supuesto de esta naturaleza estarían legitimados para desaplicar el Código Nacional. Esto es, porque en Guanajuato ya es un derecho adquirido de los ciudadanos no ser detenidos por caso urgente y en aplicación del principio pro persona reconocido ahora constitucionalmente en el Artículo 1° se tendría que aplicar la ley más benigna, es decir, el código de Guanajuato y no el nacional.

Esta interpretación podría ser materia de revisión constitucional en tanto que plantea la posibilidad de una controversia competencial para que los estados puedan ampliar garantías mediante legislación secundaria.

CASO 4: Delincuencia organizada

La Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada se publicó en 1996. Hasta entonces la materia de delincuencia organizada era una facultad concurrente en los dos órdenes de gobierno, federal y estatal. Así que era posible que los estados en uso de facultades originarias legislaran al respecto, y a partir de que se dio facultad expresa al congreso Federal éste también podía hacer lo propio. La disyuntiva se presentó cuando en el paquete de reformas constitucionales de junio de 2008, además de las reformas para transitar a un sistema acusatorio, también se introdujeron en el texto constitucional reglas sobre delincuencia organizada y se reformó el Artículo 73 para que sólo el Congreso Federal legislara en forma exclusiva la materia, además de centralizar su investigación, persecución y procesamiento por autoridades federales.

Después de esta reforma constitucional al Artículo 73, el Congreso Federal no emitió una ley nueva, y las autoridades federales siguieron operando bajo la anterior Ley Federal. De tal manera que, simplemente por la reforma constitucional, y sin necesidad de que el Congreso realizara ningún acto, las leyes estatales en materia de delincuencia organizada dejaron de ser vigentes. Sin embargo, al no haber emitido el Congreso Federal una ley posterior a la reforma constitucional, algunos Estados siguieron legislando en la materia.

Finalmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció en el sentido de que a partir de las reformas de junio de 2008, el facultad exclusiva la Federación legislar sobre delincuencia organizada.[90]

Al margen de la actual distribución de competencias en materia de delincuencia organizada y las interpretaciones judiciales al respecto, han surgido algunas voces en el sentido de que si bien la facultad legislativa se puede centralizar en el Congreso de la Unión; las facultades para investigar, perseguir y juzgar podrían distribuirse entre autoridades estatales y federales. En la práctica, casos de delincuencia organizada, que requerirían de algunas herramientas jurídicas especiales para su investigación y persecución, no son atraídos por autoridades federales y terminan en manos de autoridades locales que no pueden aplicar la normatividad de delincuencia organizada por ser de uso exclusivo de autoridades federales.

[90] DELINCUENCIA ORGANIZADA. EL CONGRESO DE LA UNIÓN Y LOS CONGRESOS LOCALES CONTABAN CON FACULTADES CONCURRENTES PARA LEGISLAR EN ESTA MATERIA (CON ANTERIORIDAD A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 18 DE JUNIO DE 2008). Primera Sala, Tomo XXXII, Diciembre de 2010, p.166, Tesis aislada.

CASO 5: Administración de bienes asegurados

El Código Nacional de Procedimientos Penales establece todo un capítulo de reglas sobre el aseguramiento de bienes producto de un delito (Artículos 230 a 248). Estas normas son un tanto extrañas en el contexto del proceso penal, ya que si se analizan la mayoría son de naturaleza administrativa. De su análisis, parecieran confundirse las reglas sobre cadena de custodia (bienes que pueden ser objeto de la investigación y del proceso penal), con el aseguramiento administrativo a cargo del ejecutivo (bienes producto del delito, a los que correspondería la toma de medidas como el embargo). Por su parte, en el ámbito estatal también encontramos leyes sobre administración de bienes asegurados. Constitucionalmente es insólito que reglas de un mismo procedimiento se tengan que buscar al mismo tiempo en una ley nacional y leyes estatales.

Si bien, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció en la Acción de Inconstitucionalidad 107/2014 sobre la incompetencia del Congreso local de Hidalgo para legislar sobre el proceso a que son sujetos de bienes asegurados, dicha resolución sólo consideró los argumentos que justificaron la introducción de leyes nacionales, sin analizar de fondo el alcance de éstas, es decir, ¿hasta dónde pueden llegar las leyes nacionales? ¿Es viable que en uso de facultades para legislar en materia procedimental penal, se regulen cuestiones de carácter administrativo? En la mencionada Acción de Inconstitucionalidad se recurre a la interpretación de los motivos que llevaron al constituyente permanente a unificar esta materia a nivel nacional. En particular se citan argumentos vertidos en el Senado al respecto:

Dictamen de la Cámara de Senadores (origen):

> ...A la fecha, la diversidad de ordenamientos penales, en particular en el aspecto procedimental, obedece al hecho de que, tanto la Federación, como los Estados y el Distrito Federal, cuentan con la facultad para legislar en esta materia en el ámbito de sus respectivas competencias, lo que ha generado estructuras y modos diferentes para llevar a cabo el enjuiciamiento penal, la aplicación de los mecanismos alternativos de solución de controversias, así como en la ejecución de las penas.
> En vista de lo anterior, estas Comisiones Dictaminadoras coinciden con lo expuesto en la iniciativa, cuando señala que resulta necesario que las instituciones de procuración e impartición de justicia cuenten con un sistema de justicia penal acorde con

> la realidad del país, armónico y homogéneo en cuanto al diseño procedimental, a fin de generar una mayor uniformidad y coherencia en la forma en que se desahogan los procedimientos penales, en la aplicación de mecanismos alternativos de solución de controversias, así como en la ejecución de las penas.[91]

El principal argumento utilizado tanto por el Congreso como por la Suprema Corte para la extracción de facultades legislativas de los estados en favor de la federación, se fundamenta en la necesidad de prestar servicios armónicos y homogéneos en materia de justicia penal en todo el país.

Por parte de los estados, en realidad no ha habido oposición hacia la centralización de facultades legislativas ni en esta, ni en otras materias (materia electoral, educativa, transparencia, energía, cultura). Actualmente bajo el argumento de crear "sistemas nacionales" las facultades legislativas se están concentrando cada vez más en el Congreso Federal. Esto también ha de influir en los contenidos de estas leyes que pretenden abarcar las distintas realidades a las que se enfrentan el gobierno federal y los estatales, y de estos entre sí, es decir, deben ser lo suficientemente genéricas para poder moldearse a las peculiaridades de cada una.

3.4 *¿Único = Federal?*

Como se mencionó la categoría de leyes "únicas" no tiene antecedentes en el sistema jurídico mexicano. Cuando recién se planteó la idea de un código expedido por el Congreso de la Unión que rigiera tanto los procesos locales como el federal, se trató de hacer un paralelismo con la Ley Federal de Trabajo. Esta Ley, emitida por el Congreso Federal, contiene normas de carácter procesal e incluso orgánico que rigen los juicios en materia laboral y la organización de las juntas de conciliación y arbitraje, y que resultan obligatorias en el fuero federal y local.

Sin embargo, dicha comparación tiene sus limitantes respecto del código procesal penal, ya que los juicios laborales son formalmente de carácter administrativo, y lo mismo puede decirse de las autoridades que intervienen en estos. El proceso penal, por su parte, es más complejo ya que involucra a distintas autoridades tanto de los poderes ejecutivos, como de los judiciales. En tanto que la materia laboral, incluso la jurisdicción, constitucionalmente ha quedado en manos del Ejecutivo. La Constitución en su Artículo 123 es

[91] ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD 107/2014. En http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=174831

clara en cuanto a que "El Congreso de la Unión, sin contravenir las bases siguientes deberá expedir leyes sobre el trabajo". Esto implica que las entidades no tienen facultad para legislar en esta materia, quedando reservada al Poder Federal.

Si se pensara que la legislación "única" tuviese efectos análogos a los de una ley federal (en el entendido que el Congreso tendría la facultad exclusiva para regular la materia, que obligase a las autoridades de los tres niveles de gobierno), además de la uniformidad de reglas procesales, también estaría subyacente el establecimiento de normas de carácter orgánico[92] que las entidades federativas tendrían que acatar.

En la hipótesis de asimilar la legislación "única" con la "federal", el Congreso de la Unión estaría facultado de manera exclusiva para emitir la "legislación en materia procedimental penal", es decir que no se limitaría a la expedición del código procesal penal, sino a cualquier otra norma relacionada con la materia, quedando vedada para los Estados dicha materia. Este supuesto impediría el establecimiento de facultades concurrentes o coincidentes[93] de la Federación y las entidades federativas. La tendencia sería entonces la centralización legislativa de la materia procesal penal, posiblemente argumentando el uso de las facultades implícitas del Congreso de la Unión.

En este mismo supuesto, también habría que considerar las características del régimen transitorio para establecer a partir de qué momento las entidades federativas tendrían que ceder esta facultad a favor de la Federación. El artículo segundo transitorio de la iniciativa simplemente remite a la legis-

[92] Aún cuando en el código se tratara de limitar el establecimiento de figuras orgánicas a las que refiere la Constitución Federal (ministerio público, juez de control, tribunal de juicio, juez de ejecución de sanciones), en el ánimo de no invadir facultades de los entidades federativas en materia orgánica, es ineludible que el código procesal refiera ciertas funciones y formas de organización que tendrán que ser asumidas por instituciones federales o estatales pre existentes o de nueva creación que no necesariamente están en la Constitución —y que no tendrían por qué estarlo—, pero que resultan indispensables para la operación eficiente del nuevo sistema. Por ejemplo: órganos administrativos de tribunales para la gestión de audiencias, asignación de jueces de control por turno y no por causa, unidades u oficinas de seguimiento de medidas cautelares, unidades u oficinas de seguimiento de acuerdos reparatorios, unidades de evaluación de riesgos para la imposición de medidas cautelares y para su seguimiento, unidades de atención temprana o recepción de denuncias, policías científicas o periciales, policías procesales, centros de justicia alternativa, bodega de evidencias, organización de defensoría pública penal, entre muchos otros que seguramente se irán identificando y creando al interior de las instituciones para hacer operativo el nuevo proceso.

[93] ARTEGA NAVA, Elisur, *Derecho constitucional*, p. 391, "En un sistema federal no es admisible que las dos fuentes de autoridad actúen en relación con la misma materia. Este principio es válido en términos generales, excepto en el caso de jurisdicción dual o facultades coincidentes, en éste, por excepción, una facultad puede ser ejercida indistintamente, en forma válida, por los poderes federales y locales sin que exista invasión de jurisdicción".

lación que emita el Congreso de la Unión,[94] es decir, al Código Procesal Penal. Sin embargo sería cuestionable, si la entrada en vigor de una norma constitucional se podría dejar a la potestad del legislador ordinario. Si la respuesta es negativa, se debería incorporar el régimen transitorio de vigencia para las entidades federativas en la propia Carta Magna. Por el contrario, si la respuesta es afirmativa —en tanto que sería el propio constituyente quien facultaría al Congreso para emitir dicha norma, y por lo tanto no podría ser tachada de inconstitucional—, lo que estaría prohibido es que a su vez en el código procesal penal expedido por el Congreso Federal se remitiera a la legislación estatal o autoridades locales para definir la entrada en vigor de la reforma constitucional al Artículo 73.

3.5 *¿Única = General?*

En otro escenario, si se tratara de asemejar la legislación "única" a una ley general, en efecto cabría la posibilidad de que las legislaturas estatales dentro del marco general emitiera las normas que le permitieran instrumentalizarla. Pero, de acuerdo con la reforma constitucional aprobada por el Senado y la exposición de motivos, no se infiere que ésta sea la intención, ya que de lo contrario se habría ubicado a esta facultad del Congreso en el inciso a) de la fracción XXI del Artículo 73.

Además, el problema de identificar a la legislación "única" con una ley "general", es que desde el texto constitucional se tendría que especificar cuáles son los temas que debe regular el legislador federal en "materia procedimental penal", para que en términos del Artículo 124 constitucional todo lo demás se entendiese como facultad originaria de los Estados.

[94] *TRANSITORIOS*
PRIMERO. ...
SEGUNDO. La legislación única en las materias procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas que expida el Congreso de la Unión conforme al presente Decreto, entrará en vigor en toda la República a más tardar el día dieciocho de junio de dos mil dieciséis.
La legislación vigente en las materias procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas expedida por el Congreso de la Unión, las legislaturas de los Estados y la Asamblea Legislativa del Distrito Federal continuará en vigor hasta que inicie la vigencia de la legislación que respecto de cada una de dichas materias expida el Congreso de la Unión conforme al presente Decreto.
TERCERO. Los procedimientos penales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la legislación procedimental penal que establece el presente Decreto, serán concluidos conforme a las disposiciones vigentes al momento de iniciarse dichos procedimientos."

Si la reforma al Artículo 73 se hubiera limitado a facultar al Congreso de la Unión a emitir el código procesal penal, y no extenderlo a toda la "materia procedimental penal", sería más sencillo determinar que la facultad que queda a cargo de la Federación es sólo la expedición del código; pero con una expresión tan amplia permanecen latentes conflictos de competencia entre la Federación y las entidades federativas sobre si una norma determinada es materia o no de una ley procesal penal, máxime que en este tema abundarán normas de carácter administrativo federales y locales que hagan operativo el proceso penal en todas sus facetas.

3.6 *Definición de ley única*

Como se puede observar, la asociación de la legislación "única" con leyes "federales" o "generales", tiene ciertos problemas si consideramos que justamente la norma secundaria que se pretende fundamentar, es el código procesal penal. Por ello es conveniente proponer un concepto de ley "única". Es necesario aclarar que, como es la primera vez que se plantea esta categoría de normas en la Constitución y se da en el contexto muy concreto de la necesidad de emitir normas de carácter procesal penal, la interpretación de la norma constitucional estará muy ligada al fin que se pretende.

Los cuatro tipos de legislación única que podría emitir el Congreso de la Unión, de acuerdo con las reformas constitucionales correspondientes, están relacionadas con la materia adjetiva penal: los procedimientos penales, los mecanismos alternativos de solución de controversias, la ejecución penal y la justicia penal para adolescentes. Todas ellas normas de carácter adjetivo. En ese sentido podría interpretarse que la intención del constituyente es generar un marco nacional para la homologación de los procesos cuya fuente será el Congreso de la Unión. Por lo que, todos aquellos temas que no fueran materia adjetiva seguirían estando dentro de la esfera de legislación originaria de competencia de las entidades federativas, además de las facultades para expedir normatividad administrativa que conservarían el resto de los poderes (ejecutivo y judicial) en ambos fueros (federal y estatal).

No obstante, bajo este concepto, seguiría siendo posible el surgimiento de controversias entre la Federación y las entidades federativas, ya que la expresión "legislación procedimental penal" es muy extensa y no queda del todo definido qué materias podrían regular las entidades federativas sin incurrir en una invasión de facultades, aún cuando las facultades del Congreso de la Unión las limitásemos a normas "adjetivas".

Como se ejemplificó con algunos casos, las posibles controversias legislativas y normativas que están surgiendo en México pueden ser múltiples. Pero más allá de la forma en que de manera particular se resuelva cada una de ellas, esta arena de controversias lo que nos indica es que la alternancia de partidos en el poder, la pluralidad de gobiernos en los estados provenientes de diferentes partidos, el activismo de las organizaciones de la sociedad civil, las diferentes realidades estatales, la necesidad de generar sistemas de servicios más o menos homogéneos están cambiando la forma de ejercer el pacto federal mexicano. Antes de la alternancia política, no había tantas diferencias por lo tanto no había necesidad de pronunciarse. Ahora si las hay, y la tendencia es hacia el fortalecimiento de la autoridad central en el terreno legislativo.

3.7 *¿Cuál será el papel de los Congresos estatales?*

De acuerdo a la descripción anterior sobre el avance de la tendencia a la centralización legislativa, cabría preguntarse si las facultades legislativas que se están dejando a los estados sólo en materia de organización para ajustar la estructura de las instituciones al procedimiento penal (siempre y cuando no se decidan desde el Congreso Federal), se tornan más hacia el ejercicio de facultades administrativas, en tanto que simplemente organizan las funciones que desde el congreso central se dictan para su ejercicio a los ejecutivos estatales.

En este sentido, se podría plantear que la función del federalismo actualmente sería evitar abusos del gobierno central. Por ejemplo, que los estados se opusieran a la regulación en el Código Nacional de instituciones jurídicas diseñadas desde una visión sólo de los problemas federales, sin atender realidades estatales. Pero esto implicaría un mayor activismo de los estados, el cual ha sido poco representativo. Por otra parte, quien ha jugado un papel más relevante en la definición del ejercicio de potestades legislativas ha sido la sociedad civil organizada que reclama certeza jurídica y homologación de procesos en todo el país.

A pesar de los esfuerzos por estandarizar los procesos penales, en la práctica las diversas formas de implementación de la reforma al sistema de justicia penal que se terminan imponiendo son clara expresión de comunidades distintas. Así por ejemplo, se han realizado importantes esfuerzos por emitir protocolos o directrices de actuación y operación para policías y fiscales que

se pretenden ser aplicados de manera homogénea en todo el país.[95] Aunque los protocolos y directrices provienen del ejecutivo, se debe considerar a estos instrumentos como fuentes importantes de derecho, en tanto que a través de ellos se busca hacer operable las disposiciones del código procesal nacional en cuestiones eminentemente prácticas.

El problema al que se han enfrentado estos intentos de homologación es que justamente el diseño de políticas desde órganos centrales a veces no necesariamente responde a las necesidades y capacidades de todas y cada una de las entidades federativas. Aunado a ello al momento de confeccionar tales instrumentos es necesario considerar el grado de detalle al que se llega para garantizar la homogeneidad de ciertas actuaciones de policías o fiscales en todo el país, ya que si bien existen algunos lineamientos que son básicos, otros se tienen que adaptar al contexto en el que se aplican, bajo el riesgo de que si no se realizan dichas adaptaciones el instrumento simplemente resulte inaplicable o entre en desuso general, incluso de aquello que podría considerarse básico.

Ahora bien, si estos instrumentos no se consideran moldeables, su contenido tendría que ser tan genérico que tampoco cumplan con su finalidad de normalizar actuaciones concretas de policías y fiscales. Por el contrario al dejar abierta su adaptación, además de permitir su interiorización por las autoridades de cada entidad federativa, permitiría entrar en detalles de operación que es justamente la finalidad que se busca con este tipo de instrumentos de normalización de operaciones.

Si bien en el plano legislativo en materia de seguridad pública y justicia penal la tendencia es que los Estados cedan facultades, en donde se esperaría que el federalismo se empiece a recargar a favor de estos es en la implementación y operación de la reforma al sistema de justicia penal, es decir, en el ejercicio del ejecutivo y del poder judicial. Por ejemplo, en el caso de las procuradurías en la definición de los lineamientos para el ejercicio de los criterios de oportunidad de acuerdo al contexto de política de persecución criminal que exija la realidad de cada entidad federativa. Por su parte en el poder judicial, sin duda tendrá una tarea importante al interpretar la normatividad nacional al caso concreto.

[95] Los acuerdos para adoptar estos protocolos se realizan a través de órganos como la Conferencia Nacional de Procuración de Justicia y la Conferencia Nacional de Secretarios de Seguridad Pública.

CAPÍTULO IV

Federalismo y Poder Judicial en México

Para el desarrollo de este capítulo es necesario comprender la transición en la que está inmiscuida actualmente la Constitución mexicana respecto a los principios del sistema acusatorio en materia penal y los Derechos Humanos (reformas de junio de 2008 y junio de 2011, respectivamente).

El sistema judicial mexicano se encontraba centralizado en el Poder Judicial Federal en buena medida por el alcance que se le dio durante el siglo pasado a la en figura del amparo. Actualmente, en cambio, se establece desde la Constitución la base para el control difuso de todos los operadores judiciales tratándose de Derechos Humanos. Por su parte, en materia penal el sistema inquisitivo se caracterizaba por su jerarquización y acento en la escritura; mientras que el sistema acusatorio fortalece a la primera instancia y se caracteriza por su oralidad y publicidad.

4.1 *Sistema centralizado (amparo)*

La figura del amparo —de competencia exclusiva de los jueces federales— fue ganando terreno como etapa culminante de cualquier proceso ya sea del fuero común o federal y en todas las materias. A través de esta figura la justicia federal terminaba subordinando a los tribunales estatales, en tanto que el amparo era la instancia final en la decisión de cualquier proceso. Lo anterior, bajo la premisa de que el Poder Judicial Federal tenía la exclusividad para interpretar la constitucionalidad de las leyes.

Así mediante el juicio de amparo, los jueces federales podían mandar a reponer por completo las sentencias en el sentido que estimasen, obligando a los jueces estatales como si fueran subordinados (y no en condición de pares que sólo se distribuyen competencias excluyentes). La Justicia Federal también terminó centralizando los criterios de interpretación legal.

Lo cierto es que, por ejemplo, en materia penal la forma de operar el amparo era perfectamente congruente con un sistema escrito en el que los jueces de primera instancia y alzada también decidían los asuntos con base meramente en el análisis de los expedientes. Por lo que la revisión de los casos mediante el amparo, también vía expediente, simplemente se convirtió en una instancia superior a la cual indefectiblemente se había de recurrir. De esta manera se fue desnaturalizando el amparo, pues de ser pro excelencia el juicio de garantías, terminó por convertirse en instancia superior.

4.2 *Reformas sobre el control difuso*

Casi exactamente tres años después de las reformas constitucionales al apartado de garantías penales, se publicaron[96] reformas al Artículo 1º constitucional que cambiaron de manera radical la visión de los Derechos Humanos, la jerarquía de fuentes y la labor de interpretación de todos los jueces en México. Dicha reforma básicamente se puede resumir en los siguientes puntos: 1. Se reconocen en la misma jerarquía los Derechos Humanos previstos no sólo en la propia Constitución, sino también en tratados internacionales; 2. Se establece como principio de interpretación de dichos derechos, aquélla que resultase en una protección más amplia de la persona; y 3. Es obligación de todas las autoridades (locales y federales) promover, respetar, proteger y garantizar los Derechos Humanos.

Para César Astudillo,[97] esta reforma abre un espacio completamente para lo que denomina *Constitución de Derechos*. Con esta reforma la Constitución pasa de fuente única de derechos a fuente de las fuentes de derechos, de una fuente rígida a una fuente flexible, de fuente estática a fuente caracterizada por su apertura, de fuente cierta y determinada de derechos a un bloque indeterminado en su extensión pero puntual en su contenido, de un parámetro aristocrático a uno democrático, de un bloque formal de derechos a un bloque material, de un bloque de contenido político homogéneo a uno ideológicamente heterogéneo.

Desde el punto de vista que venimos analizando en cuanto a la competencia de jueces federales y estatales sobre la aplicación directa de la Constitución, que estaba reservada a los primeros, el cambio a un control difuso o como lo denomina Astudillo "parámetro democrático" es el que rompe el control concentrado o aristocrático[98] de la interpretación constitucional y

[96] *Diario Oficial de la Federación*, 10 de junio de 2011.

[97] Astudillo, César, *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México*, pp. 137 a 143.

[98] *Ibidem*, p. 138, La directriz jurisprudencial que por un largo periodo de tiempo negó el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad, propició que el parámetro de constitucionalidad se sometiera progresivamente a un uso aristocrático derivado del reducido número de operadores jurídicos que podían aplicarlo con efectos vinculantes. El punto de inflexión generado por el caso Rosendo Radilla Pacheco vs. México, y los alcances que para el sistema judicial le reconoció la SCJN en el expediente 912/2010, habilitaron nuevamente el control difuso de constitucionalidad, y reintegraron plenas atribuciones de interpretación y aplicación vinculante a todos los jueces del Estado mexicano. Con este trascendente paso, la Constitución pasó de considerarse un instrumento aristocrático en manos de unos pocos, a convertirse en una carta democrática que puede ser legítimamente empleada por una pluralidad creciente de intérpretes constitucionales. La democratización de la aplicación judicial de la Constitución no es óbice para reconocer, sin embargo, que la racionalización y certidumbre jurídica, imprescindibles en un estado Democrático de Derecho, rememoran la importancia de contar con una instancia de cierre que establezca la interpretación definitiva y vinculante de la Constitución.

abre paso al control difuso por parte de todos los jueces.[99]

La descentralización de la interpretación constitucional parecería fortalecer a los jueces de primera instancia. Pero también habrá que esperar la interpretación sobre los alcances de que representa el control difuso por los propios jueces de primera instancia y la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En este punto habrá de ser cuidadosos con la interpretación que emita la Suprema Corte, pues como sostiene Zagrebelsky, el problema se puede revertir cuando el intérprete máximo de la Constitución establece la forma definitiva una interpretación de un principio, perdiendo la flexibilidad que podría exigir un caso que requiera de un sentido y valor distinto al establecido.[100]

4.3 *Sistema inquisitivo (recurso)*

En el tránsito hacia un sistema de justicia penal acusatorio, una de las premisas fundamentales es el fortalecimiento de la primera instancia, ya que es en ésta donde los jueces de manera directa perciben las pruebas y deciden públicamente sobre ellas. Ello implicó en México una transformación de fondo del sistema recursivo. Así resulta congruente con el sistema acusatorio el recurso de casación, y no el de apelación como en el inquisitivo.

En el sistema inquisitivo por vía de apelación contra la sentencia el tribunal de segunda instancia podía mandar reponer el proceso, incluso en cuanto al sentido en que se debía valorar una prueba. El sistema acusatorio por el contrario parte del principio de inmediación del cual se desprende que sólo los órganos judiciales que tienen a la vista el desahogo probatorio son los que en definitiva pueden hacer la valoración correspondiente, de tal forma que el recurso se concreta al análisis jurídico, mas no fáctico, de lo acontecido en el proceso penal.

[99] *Ibidem*, p. 17: "El cambio de función adquirido por la Constitución es evidente. De fuente única y exclusiva de los derechos se ha convertido en fuente de reconocimiento de las fuentes de derechos, lo que confirma su indudable vocación de apertura y progresividad. Es un paso, un gran paso, enfatizaría, en la dirección correcta, que de mano a los avances previos que han reconocido la obligación de los jueces de realizar un control integral y ex officio, de constitucionalidad/convencionalidad, difuso o concentrado, abstracto o concreto, según corresponda, y de aproximarse al sentido de los derechos a partir de la hermenéutica constitucional, constitucionalmente adecuada, mediante la interpretación progresista y evolutiva, la interpretación conforme con el bloque de constitucionalidad, el principio pro persona, la técnica de ponderación y el principio de proporcionalidad, nos ponen en la ruta correcta para materializar el nuevo paradigma de los derechos en el ordenamiento mexicano".

[100] ZAGREBELSKY, Gustavo, *op. cit.*, pp. 131 a 151.

4.4 *Reformas procesales penales y su implicación judicial*

En materia penal, de acuerdo a la reforma constitucional que hemos desarrollado, las decisiones judiciales se deben dictar en audiencias públicas, lo que ha de influir en la conciencia judicial sobre la responsabilidad social de pronunciarse ante la comunidad. Esto a larga tendría que implicar que la formación y criterios formalistas a los que estaban acostumbrados los jueces mexicanos, sean sustituidos paulatinamente por decisiones más apegadas a realidades y soluciones concretas exigidas por el entorno comunitario.

El juez dejará de verse como un autómata aplicador del texto legal, y tendrá que responsabilizarse de interpretaciones congruentes con las expectativas sociales. Además, frente a leyes nacionales, que por su mismo carácter tienen que ser lo suficientemente generales para contener la realidad de todo el país, el panorama interpretativo de los jueces se antoja más amplio. En este sentido, la materia penal es punta de lanza para cuestionar el perfil de los jueces y sus criterios, con la perspectiva de que deberán dar un salto del positivismo hacia una visión de la labor jurisprudencial más práctica.[101]

Otro elemento sustancialmente diferente en el sistema tradicional o inquisitivo penal es el relativo a las pruebas. Mientras que en éste la prueba tasada tenía cabida; el sistema acusatorio se rige por la libertad probatoria y la libertad de valoración, lo cual también exigirá mucho más de los órganos jurisdiccionales de primera instancia.

En el proceso de la implementación de la reforma penal también ha jugado un papel importante que los jueces locales llevan ventaja a los federales en el conocimiento del sistema acusatorio. Si bien al principio los estados en los que se había implementado el nuevo sistema tenían que lidiar con jueces de amparo, que por ejemplo, exigían la transcripción entera de las audiencias de primera instancia en vez de consultar los registros digitales, paulatinamente fueron entablando un diálogo para explicar la lógica del nuevo sistema. De tal modo que hoy en día jueces estatales son los que capacitan a los jueces federales.

[101] ZAGREBELSKY, Gustavo, *op. cit.*, p. 132.

4.5 *Conjugación del control difuso y del sistema acusatorio, la perspectiva del federalismo desde fuentes jurisprudenciales*

En el caso de México, donde los jueces están acostumbrados a aplicar taxativamente el texto de la ley o, en su caso, esperar las interpretaciones jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para ajustar sus criterios a lo que establece la federación; se enfrentan a una nueva facultad donde ellos tendrán la responsabilidad de interpretar la Constitución y los tratados cuando se trate de Derechos Humanos, y en el caso de la materia penal, en un ambiente de exhibición pública como lo exige el nuevo sistema acusatorio.

Conclusiones

Desde su nacimiento como país independiente, México adoptó el sistema federal como forma política de organización. Formalmente la Constitución Política de México (Artículos 40, 69, 124, 135) cumple con las características que diversos autores han señalado como prototípicas del federalismo: que las provincias tengan autonomía constitucional (Hans Kelsen), que su origen se encuentre ya sea en una ley interna o un tratado, que los miembros participen de la voluntad estatal (Mouskheli), que dicha participación sea igualitaria, que exista un poder ejecutivo común a los miembros, que exista un órgano judicial que dirima controversias entre federación y miembros, o entre estos (Friedrich). Sin embargo, al momento de analizar la efectividad del federalismo como instrumento de equilibrio político entre federación y estados, la historia nos demuestra que no siempre se ha cumplido dicha finalidad.

Esto se explica por en los antecedentes históricos del federalismo en México. Si bien es innegable la influencia de la experiencia constitucional estadounidense, su origen difiere del mexicano en tanto que el federalismo en dicho país surgió de un pacto que unía a los estados para hacer frente en común a la comunidad internacional, y no para evitar el desmembramiento como lo fue el caso mexicano.

Algunas normas de la constitución norteamericana se trasladaron a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de tal manera que por ejemplo, el artículo que distribuye competencias entre federación y estados es prácticamente el mismo. Así las facultades originarias corresponden a los estados, por lo que la federación sólo puede realizar aquello que expresamente le está encomendado por la propia Constitución (Artículo 124).

Derivado del texto del Artículo 124 constitucional se han derivado tres tipos de facultades: expresas, coincidentes o concurrentes e implícitas. En particular, por medio de las facultades implícitas (Artículo 73, fracción XXX) el Congreso de la Unión, puede ampliar las materias a legislar. Estas facultades deben ser instrumentales para ejercicio de una facultad expresa y ser de interpretación restrictiva.

En la historia del federalismo en México se pueden ubicar tres momentos: siglo XIX en que se origina y debaten las bases de la distribución de competencias entre federación y entidades federativas; siglo XX consolidación en el texto constitucional, pero que en la práctica no fungió como elemento de equilibrio de los poderes centrales; siglo XXI revitalización del desempeño de los estados en la toma de decisiones políticas, derivado de la alternancia en el Ejecutivo Federal.

La transición hacia un sistema más democrático además de replantear la forma en que se debía ejercer el federalismo, también implicó la necesidad de reformar el sistema de justicia penal. Dicha reforma consistió en sustituir el proceso de carácter inquisitivo o mixto escrito, por uno de carácter acusatorio oral. La reforma al sistema de justicia penal inició en los Estados (en especial de los poderes judiciales) con un fuerte apoyo de las organizaciones de sociedad civil. Estos factores políticos escasamente se vieron antes de la alternancia.

En junio de 2008 se reforma la Constitución federal para introducir derechos y principios de un sistema procesal penal acusatorio oral que obligaba a todos los Estados y a la federación a emitir códigos procesales nuevos. Para 2013, a pesar de que 27 de las 32 entidades federativas ya tenían sus propios códigos, éstas ceden la facultad legislativa al Congreso de la Unión para regular la materia procedimental penal, ejecución penal y mecanismos alternativos de solución de controversias a través de leyes nacionales. A estas materias se suma recientemente (a partir de junio de 2015), la reforma constitucional que también faculta al Congreso de la Unión para legislar sobre justicia penal para adolescentes.

Las "leyes nacionales" constituyen una nueva categoría dentro del ordenamiento jurídico mexicanos, que todavía está en proceso de definición. Por ejemplo, si a través de estas leyes, en uso de facultades implícitas, se podría derivar que el Congreso de la Unión imponga a los Estados normas de carácter administrativo y orgánico. En el fondo lo que estas leyes obligarán en algún momento es a reflexionar sobre los equilibrios necesarios en la distribución de competencias entre Federación y estados en el terreno legislativo.

Resulta indispensable considerar la necesidad de contar con un marco normativo que sea lo suficientemente flexible para comprender la problemática a la que se enfrenta cada una de las 32 entidades federativas y el propio gobierno federal.

Aunque en el ámbito legislativo las fuentes de derecho se están concentrando en el Congreso de la Unión, por el contrario la fuente jurisdiccional tiende a descentralizarse. He aquí donde el ejercicio del federalismo puede empezar a concretarse en forma más efectiva, de tal modo que en la labor jurisprudencial se puede encontrar una vía para equilibrar la distribución de competencias.

Las reformas en materia penal replantean la función judicial en un entorno más democrático en el que todos los jueces tienen la responsabilidad de aplicar la constitución y los tratados internacionales obedeciendo el principio pro persona en materia de Derechos Humanos. En los próximos años seremos testigos de la forma en que se ejercerán dichas facultades.

La definición del federalismo en México como garantía de equilibrio entre poderes, ya no obedece solamente a la distribución formal de competencias entre entidades federativas y Estados, sino a otros factores que de manera decisiva están interviniendo en la determinación de la democracia, como lo es la sociedad civil organizada y la mayor capacidad de acción y responsabilidad de los jueces, en particular en materia penal.

La democracia en México requiere para su consolidación la generación o reforzamiento de mecanismos que garanticen a los ciudadanos el equilibrio en el ejercicio del poder. Sin duda el federalismo y el sistema de justicia penal, tendrán que abonar a ello. A las generaciones actuales nos corresponderá ser parte de esos cambios indispensables y en esa medida nuestra responsabilidad será seguir cuestionando como alcanzar esa meta.

Bibliografía

Arteaga Nava, Elisur, *El sistema federal mexicano, apuntes para una teoría general*, México, Porrúa, 2013.

_____, *Derecho constitucional*, Oxford, Segunda Edición, México, 1999.

Astudillo, César, *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México*, México, Tirant Lo Blanch México, 2014.

Bobbio, Norberto y Matteucci, Nicola, (dir. por), *Diccionario de Política* A-J, México, Siglo Veintiuno editores.

Carré De Malberg, *Teoría General del Estado*, José Lion Depetre (trad.), México, Fondo de Cultura Económica, 1948.

Díaz y Díaz, Martín, *México en la Vía del Federalismo Cooperativo. Un análisis de los problemas en torno a la distribución de competencias*, México, Editorial Themis.

Esbobedo, Matos, *La crisis política y jurídica del federalismo*, México, Editorial Veracruzana, 1944.

Finer, Herman, *Teoría y práctica del Gobierno Moderno*, Madrid, Editorial Tecnos, 1964.

Fix-Zamudio, Héctor, *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 4ª reimpresión, 2004.

Friedrich, Carl J., *Constitutional Goverment and Democracy*, Boston, Litlle Brown and Company, 1941.

Gaxiola, Jorge, *Algunos problemas del Estado Federal*, México, Editorial Cultura, 1941.

González Manterola, Carlos y José Ignacio (coord.), *Historia General de México*, México, Colegio de México, 2010.

Groppi, Tania, *La reforma Constitucional en los Estados Federales, de la Teoría a la Praxis*, México, FUNDAp, 2003.

Hamilton, A., Madison, S. y Jay, J., *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, tercera reimpresión, 1982.

Hernández Chávez, Alicia, *¿Hacia un nuevo federalismo?*, México, El Colegio de México, 1997.

La Pergola, Antonio, *Los nuevos senderos del federalismo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

López Lara, Álvaro, *Control de Agenda en los Congresos Estatales*, México, Instituto Belisario Domínguez del Senado de la República, 2011.

Morales-Paulín, Carlos A., *Justicia Constitucional*, México, Editorial Porrúa, 2002.

Mouskheli, M., *Teoría Jurídica del Estado Federal*, México, Editora Nacional, 1981.

Rabasa, Emilio, *La Constitución y la Dictadura,* México, Editorial Porrúa, 2006.

Reyes Heroles, Jesús, *El liberalismo mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1982.

Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho Dúctil*, Madrid, editorial Trotta, 2011.

Fuentes en internet y hemerografía

Carbonell, México, *El federalismo en México: principios generales y distribución de competencias*, disponible en: http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2003/pr/pr21.pdf

Galeana, Patricia, *Desarrollo Histórico de la Cámara de Senadores*, disponible en: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3136/3.pdf

Gil Rendón, Raymundo, *El Neoconstitucionalismo y los Derechos Fundamentales*, disponible en: http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/12/cnt/cnt3.pdf

Serna de la Garza, *Elementos conceptuales para el análisis del Estado Federal Mexicano*, disponible en: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2921/22.pdf

Hemerografía

Cámara de Diputados, *Gaceta Parlamentaria*, año XIV, número 3353-II, jueves 22 de septiembre de 2011.

Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación, CONATRIB y Fondo Jurica, Concepto Editorial Tríada Diseño, México, 2009.

Diario Oficial de la Federación, 18 de junio de 2008 y 8 de octubre de 2013.

Periódico Oficial de Baja California, 19 de octubre de 2007.

Periódico Oficial de Chihuahua, 9 de agosto de 2006.

Periódico Oficial de Durango, 5 de diciembre de 2008.

Periódico Oficial de Morelos, 22 de noviembre de 2007.

Periódico Oficial de Nuevo León, 7 de diciembre de 2005.

Periódico Oficial de Zacatecas, 15 de septiembre de 2007.

Periódico oficial del Estado de Chiapas, 17 de mayo de 2012.

Periódico Oficial del Estado de Coahuila, 17 de febrero de 2012.

Periódico Oficial del Estado de Guanajuato, 3 de septiembre de 2010.

Periódico Oficial del Estado de Hidalgo, 14 de marzo de 2011.

Periódico Oficial del Estado de México, 2 de enero de 2006 y 30 de julio de 2009.

Periódico Oficial del Estado de Michoacán, 13 de enero de 2012.

Periódico Oficial del Estado de Nuevo León, 5 de julio de 2011.

Periódico Oficial del Estado de Oaxaca, 9 de septiembre de 2006.

Periódico Oficial del Estado de Quintana Roo, 17 de febrero de 2012.

Periódico Oficial del Estado de San Luis Potosí, 16 de octubre de 2012.

Periódico Oficial del Estado de Sinaloa, 25 de enero de 2013.

Periódico Oficial del estado de Sonora, 30 de enero de 2012.

Periódico Oficial del Estado de Tabasco, 29 de agosto de 2012.

Periódico Oficial del Estado de Tamaulipas, 4 de julio de 2012.

Periódico Oficial del Estado de Tlaxcala, 30 de mayo de 2012.

Periódico Oficial del Estado de Veracruz, 2 de agosto de 2007 y 6 de septiembre de 2012.

Periódico Oficial del Estado de Yucatán, 8 de junio de 2011.

LA JUSTICIA: ENTRE LA LEGITIMIDAD DE LA ANTIGÜEDAD Y LA INEFICIENCIA EN LA MODERNIDAD

Mario Simón Canto*

La Justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo suyo
Ulpiano

No está la justicia en las palabras de la Ley
Alonso de la Torre

Sumario: 1. Introducción. 2. Definición de Justicia. 3. Javier Hervada. 4. Evolución del pensamiento jurídico de la justicia. 5. Nuestra primera hipótesis para una nueva definición de justicia. 6. La justicia y el Derecho. 7. Nuestra segunda hipótesis para una nueva definición de justicia. 8. Pensamiento de John Rawls. 9. Nuestra tercera hipótesis para una nueva definición de justicia. 10. Nuestra propuesta de una nueva definición de justicia. Bibliografía

1. Introducción

De estas célebres frases al rubro citadas, la primera del jurista romano de origen fenicio, Ulpiano, y la segunda del afamado periodista español contemporáneo, Alonso de la Torre, podemos deducir la enorme evolución que ha sufrido el concepto de Justicia a través del tiempo: desde el pensamiento de Aristóteles, pasando por los antiguos romanos y por Tomás de Aquino, hasta el pensamiento que del mismo se concibe en el siglo XXI. La justicia

* Licenciado en Derecho, Universidad de las Américas, Ciudad de México. Maestro en Derecho, Universidad Anáhuac México Sur. Doctorando en Derecho, Universidad Panamericana.

ha pasado, de un principio casi puro que envolvía los intereses más primigenios del hombre: la moral, el derecho y hasta las creencias religiosas, a ser considerado prácticamente un "sustantivo" del cual muy pocas personas encuentran una utilidad práctica. La justicia, en la época actual, ha perdido irremediablemente su legitimidad y, por ende, ya no es aceptada tan fácilmente como una "virtud" por los gobernados, ni aplicada con tanta exactitud por los gobernantes, como sucedía en la antigüedad.

La justicia, a nuestro parecer, ya no es concebida como un principio de armonía y equidad. ¿Cuántas veces hemos escuchado decir frases como: "la justicia es cara"; "la justicia sólo sirve al poderoso" o "la justicia sólo se compra"? No obstante lo anterior, con el afán de demostrar lo contrario, el tema de la justicia —tanto en el ámbito académico como en su aplicación en la práctica cotidiana profesional— ha sido objeto de estudio y atención particular por un sin número de jurisconsultos y académicos expertos en la materia, que han tratado —muchos de ellos con gran maestría y pericia— de abordar este precepto jurídico y filosófico con el fin de encontrar un punto medio para su justificación y aplicación, siendo que la misma ha dejado de tener ese grado de "eficacia" con el que se aplicaba, por ejemplo, en el antiguo mundo romano o en la época del Medioevo. Como hemos mencionado, al ir perdiendo su eficacia, ha perdido también su legitimidad, de modo que, a nuestro parecer, el precepto de justicia y todo lo que el mismo conlleva ha sufrido una especie de crisis, en la cual su capacidad para crear orden y equidad, en una determinada sociedad, se ha puesto en entredicho. Así pues, a través de este ensayo se pretende encontrar, en lo posible, un punto medio a través del cual puedan coexistir armónicamente —al menos en lo que a la acepción de justicia se refiere— los pensamientos jurídicos por medio de los cuales se concebía la justicia en la antigüedad y aquellos por los que se concibe en nuestros días; haciendo la aclaración de que los pocos aciertos que se puedan obtener de este ensayo se deberán a las grandes obras e ingeniosas ideas de jurisconsultos y académicos expertos en la materia consultados, el resto será de mi entera responsabilidad.

2. Definición de Justicia

Han sido muchas las definiciones que se han dado de justicia. Etimológicamente, el término justicia deriva del latín *justicia*, el que a su vez deriva de *Jus*, derecho, en su acepción propia que significa "lo justo". Sin embargo, no hay una opinión homogénea sobre el origen etimológico de esta palabra:

> Según algunos deriva de la raíz sánscrita Yu, que implica la idea de vínculo obligatorio y, según otros, deriva de la raíz sánscrita Yoh, que representa algo sagrado, procedente de la divinidad. Esta raíz también se vincula con términos de claro origen y significado religioso como Iovis o Iupiter. De aquí que para los antiguos y especialmente los romanos el Derecho fuera un regalo de la divinidad y la jurisprudencia la ciencia de las cosas divinas y humanas. Sin embargo cabe destacar que ya los romanos distinguieron perfectamente el ámbito propiamente religioso o moral, del estrictamente jurídico...[1]

Filosóficamente hablando, la justicia se identifica con la ética de quien debería recibir beneficios y cargas. En su acepción de justicia, la *Enciclopedia de Oxford de Filosofía* hace un análisis muy interesante con respecto al bien y el mal, sin dejar de lado el tema legal. De acuerdo con ella, aún cuando el discurso sobre la justicia está a menudo influido por modelos legales, la ética de la justicia constituye de por sí una materia independiente. Recibir un beneficio o una carga es tener con la justicia alguna relación más concreta que cabe extraer de un amplísimo repertorio, pues no sólo pueden ser relevantes al respecto la propiedad legal o cualquier otro título jurídico, sino también materias o cuestiones no legales. El disfrute de una experiencia, el tener acceso a múltiples oportunidades, el obtener protección de un riesgo o ser expuesto a él, pueden tener igualmente relevancia.[2]

Como también hemos podido observar, el término "justicia" ha sido identificado desde tiempos remotos como una especie de vínculo que obliga a una persona a una determinada acción, hasta representar un aspecto religioso o moral. No obstante lo anterior, el término justicia ha sido fuertemente relacionado con el Derecho y, por ende, con la fuerza y la obligatoriedad del mismo. Sin embargo, es bien sabido que no todo el derecho es justo, ni la justicia estará siempre al servicio del Derecho, ya que los conceptos de Derecho y Justicia se han visto influenciados fuertemente por las tendencias ideológicas y filosóficas que se van presentado en lugares y momentos históricos determinados. Consideramos entonces que el jurista se tendrá que ir adecuando a la forma de justicia que se vaya presentando en una determinada sociedad, para poder responder así a las exigencias jurídicas y sociales de las cuales las personas son objeto.

[1] Ver *Enciclopedia Oxford de Filosofía*, p. 681.
[2] *Cfr. Ibid.*, p. 576.

3. Javier Hervada

Así es como lo ha establecido el maestro y jurista español, Javier Hervada, al escribir lo siguiente:

> El oficio del jurista tiene íntima relación con la justicia. Está en el orden de saber ser justo. Ciertamente el jurista no se confunde con el hombre justo, con la persona que debe obrar la acción justa o acción de dar al otro lo suyo. Sin duda alguna el jurista, para ser fiel a su oficio y no corromperlo, necesita ser personalmente justo, en el sentido de amante de la justicia, pues de lo contrario dará oídos a la injusticia y sustituirá la prudencia del derecho por la falsa prudencia de la injusticia; se habrá corrompido. Con razón decía Tomás de Aquino que la corrupción de la justicia tiene dos causas: la falsa prudencia del sabio y la violencia del poderoso… Tener en cuenta esta peculiar y típica relación del jurista con la justicia es importante para advertir que la virtud específica del oficio del jurista no es la justicia sino la prudencia. El jurista no es el justo, sino el jurisprudente. Lo propio del jurista es un arte o ciencia práctica…[3]

De esta brillante interpretación acerca de la relación que guarda la justicia con el derecho, se desprende efectivamente la necesidad de contar con juristas "prudentes", antes que "justos"; y esto sólo se podrá lograr con personas que por su propia naturaleza amen la justicia y que hagan de este sentimiento un arte. De esta manera, se evitaría, según el maestro Hervada, la corrupción y la injusticia. Aunque coincidimos plenamente con el pensamiento de Hervada, cabría hacer la siguiente pregunta: ¿Un jurista puede ser personalmente justo, sin importar las circunstancias y la ideología de una cierta sociedad ubicada en un lugar y un momento histórico determinado? A nuestro parecer, el jurista ha tenido que evolucionar a la par que ha evolucionado el Derecho, mismo que no ha podido permanecer estático ante la forma de pensamiento de los tiempos modernos y, menos aún, ante la llamada "globalización", la cual ha envuelto a la mayoría de los países en el mundo, resultando en una unión de idiosincrasias jurídicas, políticas, sociales y hasta económicas. De esta manera, el "saber ser justo" no podría concebirse de la misma forma en la antigua Roma, en la Edad Media o en la época actual, ya que la idea de justicia, a nuestro juicio, resulta aún más cambiante o inestable que el propio concepto de Derecho y sus Leyes.

Encontramos pues, que el concepto de justicia, ya sea en sentido etimológico, filosófico o en relación con lo jurídico, ha evolucionado drásticamente a través del tiempo. Precisamente en la época actual es que encontramos una disparidad muy evidente entre los distintos conceptos de justicia, ya que la

[3] Hervada, Javier, *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho*, p. 90.

misma se maneja, desafortunadamente, según operen los grupos o facciones políticas y económicas que detentan el poder, ya sea en su función ejecutiva, legislativa o judicial, sufriendo además la influencia de los cambios que se dan en el seno de la población, misma que conforma el elemento más importante del Estado.

4. Evolución del pensamiento jurídico de la justicia

Para comprender a fondo la crisis por la que está pasando el concepto de justicia en nuestros días, es imprescindible, a nuestro juico, explicar brevemente el contexto histórico y la evolución que este precepto ha tenido en el pensamiento jurídico de algunos de los más importantes filósofos y juristas que han dedicado su vida y obra al estudio de dicho concepto:

4.1. *Aristóteles*

Como hemos mencionado anteriormente, tanto el concepto de Justicia como el de Derecho, han evolucionado considerablemente a través del tiempo. Es así como encontramos el pensamiento de Aristóteles (384-322 a. de C.) con respecto a la justicia. Este ancestral filósofo oriundo de Macedonia, Grecia, nos ofrece un extenso tratado titulado "De la Justicia", que se encuentra en el libro V de la llamada *Ética Nicomaquea*. El tratamiento que Aristóteles lleva a cabo en esta obra, muestra un carácter de tipo provisorio y ensayístico, tratando de establecer distinciones conceptuales que se aplicaban a la tradición jurisprudencial de esa época. Al efecto, en primer lugar establece una distinción lingüística, hablando de justicia en dos sentidos diferentes, pero referidos a las relaciones de las personas entre sí. Veamos el siguiente cuadro sinóptico para conceptualizar claramente el pensamiento de Aristóteles:

<table>
<tr><td colspan="3">Primer campo de aplicación</td></tr>
<tr><td>Todas las relaciones que tienen lugar dentro de una comunidad</td><td>Es un sentido Normativo</td><td>Se trata de Justicia total</td></tr>
<tr><td colspan="3">Segundo campo de aplicación:</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Acciones cuyo objeto es la distribución e intercambio de bienes</td><td rowspan="2">Es un sentido de Igualdad</td><td>Se trata de Justicia Particular</td></tr>
<tr><td>Distributiva o Correctiva)</td></tr>
</table>

La Justicia Distributiva comprende un conjunto de acciones que tenían una especial importancia en el Estado antiguo y que prácticamente han desaparecido. Sólo se conservan como restos en el Estado moderno. Se trata, fundamentalmente, de la distribución de bienes y cargas. A este respecto, Aristóteles escribe que *lo justo es lo proporcional, siendo ésta una de las dos formas de lo justo*. La Justicia Correctiva es definida por Aristóteles como aquella que tiene lugar en las relaciones entre personas. El término griego para estas relaciones abarca tanto las transacciones civiles, tales como contratos, préstamos y garantías, como aquellas otras que son más bien acciones de tipo criminal. En efecto, las transacciones involuntarias comprenden las fraudulentas y violentas, como el hurto y el homicidio.[4]

Es necesario también mencionar un tercer tipo de justicia que los autores modernos separan estrictamente de los dos anteriores. En el famoso capítulo 8, Aristóteles califica a la "reciprocidad" como una forma de justicia en las relaciones de intercambio. El capítulo ha sido, y continúa siendo aún hoy, motivo de intensa polémica, fundamentalmente en lo que se refiere a la intención de Aristóteles y a la solución que ofrece. Los comentaristas medievales solían tomar el capítulo como un análisis y una exposición detallada del problema de cómo fijar el valor justo de una mercadería. Quizá se pueda decir, sin exagerar, que la misma noción de valor justo o precio justo tiene su punto de partida en este texto.[5]

Para una definitiva comprensión de lo expuesto por Aristóteles, transcribimos a continuación una muy puntual síntesis que ha escrito Javier Hervada, en donde recopila las ideas principales que interesaban a este filósofo con relación al concepto de justicia:

> 1° La justicia es una virtud y como la virtud es una cualidad que consiste en una disposición o hábito, la justicia es la disposición o hábito de practicar lo justo.
> 2° Distingue dos clases o tipos de justicia: la justicia total y la justicia parcial. La primera es la virtud de cumplir las leyes —más tarde se llamó justicia legal—. La justicia total es la virtud general o suma de virtudes.
> 3° Habla de la justicia parcial, también llamada justicia particular. Ésta es una parte de la virtud total, esto es, una de las virtudes que consiste en la recta distribución de bienes y la correcta regulación de los modos de trato, sean voluntarios como la compraventa, el préstamo, la fianza y el depósito, o involuntarios como es el caso de los crímenes y el delito.

[4] Ver "De Legis", *La Justicia en Aristóteles*, disponible en: www.balsavirtual.com Consultado en febrero de 2009.
[5] *Id.*

> Esta justicia parcial es la justicia en sentido propio y estricto, la justicia de los juristas, aquella que es una de las cuatro virtudes cardinales.
> 4° Distingue con claridad entre justicia y lo justo —*dikaiosyne y díkaion*—, sin confundir ambas cosas. La justicia es la virtud o el hábito, mientras que lo justo es aquello que se obra o practica por el hombre en función de la virtud, esto es, el objeto de la justicia.
> 5° Encontramos una definición de justicia, justicia particular, en su obra Retórica, donde escribe: la justicia es la virtud por la cual cada uno tiene lo propio; y la injusticia cuando tiene lo ajeno…[6]

Como podemos observar, fue Aristóteles quien plasmó de manera magistral la concepción clásica de la justicia, introduciendo una serie de matices y precisiones que sentaron las bases para su estudio y análisis; mismos que serían retomados para la elaboración de nuevas teorías por filósofos y pensadores tales como Tomás de Aquino y San Cayetano.

4.2. *Santo Tomás de Aquino*

Con base en el pensamiento aristotélico ya descrito, el Doctor Angelicus[7] —mejor conocido como Santo Tomás de Aquino (1224-1274)— elaboró su obra con respecto a la justicia, dándole a ésta un sentido nuevo. El pensamiento de Tomás de Aquino se basa en el concepto de la perfección final del hombre, por lo que dentro de su naturaleza y constitución se contiene una promesa implícita de su fin verdadero, que es ver y amar a Dios, logrando de esta manera una síntesis sorprendente entre la filosofía clásica y la doctrina cristiana. Un rasgo peculiar que marca sus conceptos es que, contrariamente a San Agustín, excluye radicalmente toda posibilidad de conocimiento *a priori*, es decir, el conocimiento para Santo Tomás no inicia en los sentidos ni en la razón. Sin embargo, con respecto a la Ley, sí inicia su conocimiento con base en la razón, proponiendo una distinción tripartita de la misma: eterna, natural y humana; distinción que influenció fuertemente su concepto en torno a la justicia.

[6] *Cfr.* Hervada, Javier, *op. cit.*, pp. 101 y 102.
[7] Llamado así por edicto del Papa León XII, en 1879, cuando su obra se convirtió en base de instrucción teológica mundial.

BIBLIOTECA
ESCUELA LIBRE DE DERECHO

4.2.1 Pensamiento de Mario I. Álvarez Ledesma

El jurista Mario Ignacio Álvarez Ledesma ha descrito el pensamiento que Tomás de Aquino tuvo con respecto a la justicia de la siguiente manera:

> ... La ley es el principio regulador de las acciones humanas en vista de un bien común, en el cual va implícito el bien individual. La ley pertenece al orden de la razón porque ésta es la regla, la medida y el primer principio de los actos humanos. De donde la ley, dirá Santo Tomás, no es otra cosa que una prescripción de la razón, en vista de un bien común, promulgada por aquél que tiene a su cargo la comunidad. Siguiendo esta misma idea de la ley como prescripción de la razón, Santo Tomás dirá que la ley eterna, fuente de todas las demás leyes, es la razón eterna de Dios... Con base en esta distinción Santo Tomás concluye que las leyes son justas cuando toman de la ley eterna, de la cual derivan, el poder de obligarnos en nuestro fuero interno... También una ley es justa cuando está ordenada en vista del bien común...[8]

4.2.2 Pensamiento de Tomás D. Casares

No obstante la apreciación de Santo Tomás de Aquino sobre la justicia de la ley —la ley es justa en tanto se tome de la ley eterna—, encontramos también la apreciación que tiene de la justicia en sí misma. A este respecto, en su obra *La Justicia y el Derecho*, el abogado y filósofo argentino Tomás Darío Casares, en su momento Ministro de la Suprema Corte de Justicia de aquella nación, expone detalladamente:

> La materia de la justicia es la operación exterior según que la misma o la cosa de que se hace uso tiene respecto de otra persona la debida proporción, esto es, exacta y precisamente lo debido a esa persona: cosa, acto nuestro o cualquier otro medio de cumplir con una obligación jurídica. Y por esto el medio de la justicia, consiste en cierta igualdad y proporción entre la cosa exterior y la persona exterior. Luego, en la justicia hay un medio real. Es la relación de proporción que se establece entre la cosa con lo cual pago lo debido, y aquello que es derecho para la persona a la cual hago el pago. Toda la relación se establece fuera de mí. Por consiguiente, la disposición interior no interesa cuando se considera la perfección del acto de justicia. En la justicia hay un medio real a diferencia de lo que sucede en cualquiera de las otras virtudes, de las cuales nosotros somos el objeto. Puesto que tratan de nuestra perfección interior, el medio tiene que estar en nosotros; es, por consiguiente, un medio subjetivo. En la justicia el medio se establece fuera y con prescindencia de nosotros; es medio, es proporción, esa igualdad, es objetiva y es real...[9]

[8] *Cfr.* Álvarez Ledesma, Mario Ignacio, *Introducción al Derecho*, pp. 343 y 344.
[9] Casares D., Tomás, *La Justicia y el Derecho*, pp. 22 y 23.

A partir de estos estudios de Álvarez Ledesma y Tomás D. Casares, pareciera que existen dos vertientes un tanto complejas con respecto a la concepción que Tomás de Aquino tuvo con respecto a la justicia: la primera en el sentido de que la justicia está en la ley, sólo si proviene de la ley eterna y cuando está dirigida hacia el bien común; la segunda, mucho más exacta a nuestro parecer, consiste en la igualdad y la debida proporción de lo debido a una cierta persona, es decir, la justicia está en el cumplimiento preciso de una obligación jurídica.

4.2.3 Cátedra de Roberto Ibáñez Mariel

Consideramos que para el lector podría ser más fácil encontrar una explicación definitiva a estas dos vertientes, en la definición clásica de justicia que Tomás de Aquino propone en la llamada *Summa Theologiae*, sumario en el que estudia la justicia y la define como *el hábito por el cual el hombre le da a cada uno lo que le es propio mediante una voluntad constante y perpetua.* En dicho trabajo, clasifica a la justicia como una de las cuatro virtudes cardinales, junto con la templanza, la prudencia y la fortaleza; distinguiéndola en dos sentidos, el general y el particular. Explica que la justicia en el sentido general es la virtud por la cual una persona dirige sus acciones hacia el bien común y que es distinta de cada una de las otras virtudes.

En ese mismo estudio, Santo Tomás distingue dos especies de justicia: la distributiva y la conmutativa. La justicia distributiva implica una obligación de distribuir los bienes proporcionalmente de acuerdo con la contribución de cada persona. Gobierna la relación entre la comunidad como un todo, supervisada por el Estado en su jurisdicción y cada persona individual en la comunidad.[10]

En cambio, la justicia conmutativa gobierna las relaciones entre las personas. Depende de la igualdad básica de las partes de un acuerdo. De aquí se desprende la habilidad de intercambiar libre y abiertamente los bienes dentro de una sociedad, pero distribuyéndolos de forma justa. De esta manera, se entiende que la justicia distributiva es tanto un requisito como un resultado de la justicia conmutativa. Ésta se atribuye a la actividad mercantil y a los contratos celebrados entre particulares, pero fundamentalmente se dirige a la salvaguarda de los derechos de propiedad, misma que reconoce los deberes de pagar deudas y de cumplir con las obligaciones libremente pactadas; en su lengua original: *Pacta Sunt Servanda*. Vemos entonces, que tanto la

[10] Ibáñez Mariel, Roberto, *Temas Selectos de Filosofía y Argumentación Jurídica*, Cátedra.

justicia distributiva como la conmutativa, resultan ser dos especies distintas que se aplican en instancias particulares. Así pues, la justicia distributiva es posible sólo sobre la base de la justicia conmutativa, por lo que se asegura que la justicia conmutativa es, no sólo fundamental, sino anterior a la justicia distributiva.[11]

Ahora bien, si incluimos la justica legal de Tomás de Aquino, se completa el ámbito de todas las posibles relaciones entre la persona individual y la comunidad como totalidad. Para Tomás de Aquino, a la justicia legal le concierne, además de la ley positiva, la ley natural.[12] A este respecto, es importante no confundirse: a la justicia legal, Tomás de Aquino también la conoce como justicia general o social, la cual consiste en la virtud que dirige las acciones de uno hacia el bien común.

4.3. *La Justicia en la Doctrina Social de la Iglesia*

Esta apreciación de Tomás de Aquino queda claramente explicada a través de dos Cartas escritas por el entonces Sumo Pontífice Juan Pablo II —la primera se encuentra en el compendio llamado *Laborem Excercens*, que data del año 1981; la segunda se halla en el compendio *Sollicitudo Rei Socialis*, de 1988—, así como en el propio Catecismo de la Iglesia Católica, cuyas ideas principales se encuentran transcritas en la obra titulada *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*, publicada por el Episcopado Mexicano, misma que, por considerarla de gran relevancia, transcribimos a continuación:

> El Magisterio social invoca el respecto de las formas clásicas de la justicia: la conmutativa, la distributiva y la legal. Un relieve cada vez mayor ha adquirido en el Magisterio la justicia social, que representa un verdadero y propio desarrollo de la justicia general, reguladora de las relaciones sociales según el criterio de la observancia de la ley. La justicia social es una exigencia vinculada con la cuestión social, que hoy se manifiesta con una dimensión mundial; concierne a los aspectos sociales, políticos y económicos y, sobre todo, a la dimensión estructural de los problemas y las soluciones correspondientes.
>
> La justicia resulta particularmente importante en el contexto actual, en el que el valor de la persona, de su dignidad y de sus derechos, a pesar de las proclamaciones de propósitos, está seriamente amenazado por la difundida tendencia a recurrir exclusivamente a los criterios de la utilidad y del tener. La justicia, conforme a estos criterios, es considerada de forma reducida, mientras que adquiere un significado más pleno y auténtico en la antropología cristiana. La justicia en efecto, no es una simple convención humana, porque lo que es justo, no está determinado originariamente por la ley, sino por la identidad profunda del ser humano.

[11] *Id.*
[12] *Id.*

> La plena verdad sobre el hombre permite superar la visión contractual de la justicia, que es una visión limitada, y abrirla al horizonte de la solidaridad y del amor: Por sí sola, la justicia no basta. Más aún, puede llegar a negarse a sí misma, si no abre a la fuerza más profunda que es el amor. En efecto, junto al valor de la justicia, la doctrina social coloca el de la solidaridad, en cuanto vía privilegiada de la paz. Si la paz es fruto de la justicia, hoy se podría decir, con la misma exactitud y análoga fuerza de inspiración bíblica, "Opus Solidaritatis Pax", la paz como fruto de la solidaridad. La meta de la paz, en efecto, sólo se alcanzará con la realización de la justicia social e internacional, y además con la práctica de las virtudes que favorecen la convivencia y nos enseñan a vivir unidos, para construir juntos, dando y recibiendo, una sociedad nueva y un mundo mejor.[13]

Será quizá el talento retórico o la habilidad intelectual con que contaba Karol Józef Wojtyla —como filósofo o como máximo jefe de la iglesia católica—, pero, a nuestro juicio, es en esta brillante y definitiva obra en donde el Papa recogió los principios básicos de la justicia de Santo Tomás de Aquino. Explica que el Magisterio reconoce y respeta las formas clásicas de la justicia —con lo que la acerca a nuestros días— y llega a la conclusión de que la misma se encuentra hoy por hoy seriamente afectada y amenazada por el utilitarismo y el egoísmo o, lo que es lo mismo, los criterios del tener.

5. Nuestra primera hipótesis para una nueva definición de justicia

Encontramos, en este *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*, lo que sería nuestra primera hipótesis para alcanzar el punto medio a través del cual podrían coexistir, en lo posible, los pensamientos jurídicos de la justicia más importantes de la antigüedad y los pensamientos que se tienen de la justicia en la modernidad:

> La justicia, ya sea general o social, era considerada una "virtud" que estaba encaminada a las acciones dirigidas al bien común. En nuestros días —debido al contexto actual y a la globalización—, la justicia está encaminada más bien a regular aspectos sociales, políticos y económicos, lo cual ha provocado que la justicia ya no sea considerada una "virtud", sino un mero interés en las relaciones de poder. De tal suerte que, aún con el contexto adverso que se vive en el presente, habrá que considerar el modo en que la justicia recupere su significado auténtico, para que se convierta en un instrumento que dirija sus acciones hacia el bien común, tal y como ocurría en la antigüedad y en la antropología cristiana.

[13] Episcopado Mexicano, *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*, pp. 113 y 114.

6. La justicia y el Derecho

Ahora bien, en la actualidad es difícil concebir la justicia sin la noción del "Derecho". Sabemos que el eterno conflicto entre estas dos acepciones se puede resumir en una sola pregunta: ¿El Derecho debe ser justo? Quién mejor que Javier Hervada para exponer su concepción con respecto a que el Derecho es objeto de la Justicia:

> ...Lo suyo y su derecho son términos equivalentes, el derecho de cada uno es lo suyo. Y lo suyo de una persona es aquello que le está atribuido en el reparto de las cosas. Esa cosa que, repartida, está atribuida a una persona y que el hombre justo debe dar cuando esa cosa —sin ser suya— está en su ámbito de poder e interferencia, es justamente lo que los juristas romanos llamaron Jus o derecho, equivalente a lo justo de Aristóteles. El derecho es pues, lo que la acción justa da —dar a cada uno su derecho—, la cosa que se da, esto es, el objeto del acto propio de la justicia: el derecho es el objeto de la acción justa. Dicho en otras palabras, el derecho es la cosa que el hombre justo devuelve, restituye, entrega, respeta, etc. Y como el derecho es objeto de la acción justa, se dice también que es objeto de la justicia.
>
> ¿Qué significa que el derecho es objeto de la justicia? Significa que el derecho es aquello que respecto de la justica como virtud tiene razón de objeto... Por ser el derecho el objeto de la justicia, es obvio que el derecho es lo justo, o lo que es lo mismo, que tiene una relación trascendental con la justicia. Lo cual quiere decir que tiene una relación trascendental con el orden o armonía sociales que se generan cuando cada persona tiene lo suyo, lo que le corresponde por estarle atribuido. El derecho es lo que está legítimamente atribuido y, por lo tanto, es lo que legítimamente hay que dar. El derecho está en el orden del reparto correcto. Cuando dar la cosa, entregar, respetar, restituir, etc., aparece como pretendidamente debido en un sistema de atribuciones incorrecto o injusto o en relaciones sociales igualmente incorrectas o injustas, de modo que puede hablarse de un desorden o desarmonía por injusticia, entonces no puede decirse que la acción de dar sea justa, por el contrario, es injusta. Estaríamos en presencia de lo injusto, lo que sería tanto como no-derecho. Derecho sólo es lo justo.[14]

Continúa escribiendo Hervada:

> El derecho, como objeto que es de la justicia, tiene una relación transcendental con ella. Tener una relación trascendental supone que se trata de una relación que afecta a su ser. En tanto es, en cuanto se da esa relación. Por consiguiente, el derecho en tanto es derecho en cuanto es lo justo. Y en cuanto es injusto es tanto es no-derecho...[15]

[14] Hervada, Javier, *op. cit.*, pp. 199 y 200.
[15] *Id.*

De esta interpretación de Hervada se desprende, efectivamente, que la justicia tiene una relación con el derecho en tanto que el derecho mismo se encargue de darle a cada persona lo suyo, en el entendido de que a cada persona le está dado o atribuido algo de manera legítima. En este orden de ideas, se puede hablar de que el derecho es un instrumento "generador" de justicia y, por ende, generador del orden y de la armonía social.

No obstante, también vemos que Hervada expone la idea de que existe un "no-derecho", lo cual genera injusticia y, por consiguiente, el desequilibrio social. Sin embargo, el derecho no es todo el tiempo el objeto de la acción justa. ¿Acaso no podría existir una acción injusta que sea objeto del mismo derecho? Dicho en otras palabras, consideramos que existe un derecho justo y uno injusto, pero en ninguno de ambos casos deja de ser derecho. Nos atrevemos a hacer esta afirmación, ya que consideramos que la justicia tiene, ahora más que nunca, un fuerte carácter subjetivo; es decir, el derecho para algunos puede ser justo y para otros puede resultar injusto, dependiendo de las circunstancias —claro está— en lo que a cada uno le es atribuido el reparto o la titularidad de una determinada cosa.

Éste carácter subjetivo de lo justo a que nos hemos referido, lo podemos encontrar con mucha frecuencia en el ámbito jurisdiccional de los Estados, en donde la decisión de un juez puede resultar justa para el actor e injusta para el demandado o viceversa —dependiendo a quién le esté legítimamente atribuido el derecho—; de cualquier forma, la sentencia del tribunal seguirá siendo considerada "de acuerdo a derecho". Tan es así, que a la parte a la que le haya parecido injusta, podrá, en su caso, someter dicha sentencia a instancias superiores para su apelación o revocación.

De este modo, encontramos que la justicia difícilmente se agota en la legalidad. Podríamos pensar entonces que existe la posibilidad de encontrar un equilibrio definitivo en la ética, pero quizá no solamente en ésta, pues la justicia resulta ser, a nuestro juicio, una especie de combinación de entre lo jurídico y lo moral, lo legal y lo ético.

Decimos, entonces, que la justicia —para nosotros— es "un valor jurídico". El máximo valor jurídico con que cuenta el derecho para poder concretar y aplicar sus leyes en la sociedad y buscar, así, el equilibrio y la armonía entre sus miembros. Pero no debemos olvidar que este "máximo valor jurídico" del derecho, se ha ido transformando a través del tiempo, en la misma medida en que el propio derecho se ha transformado. De tal suerte que el significado de la justicia no lo pueden concebir igual los filósofos y académicos de la actualidad, que Aristóteles; inclusive, hay una diferencia como lo concebimos nosotros mismos en este ensayo.

6.1. *Pensamiento de Norberto Bobbio*

Como mencionamos, la justicia no se agota en lo legal ni tampoco en la moral, sino en una combinación de ambas. Para robustecer nuestra idea de combinación legal-moral con respecto a la justicia, citamos el pensamiento del destacado jurista italiano, Norberto Bobbio, ex catedrático de la Universidad de Turín y nombrado senador vitalicio de esa misma provincia, quien al respecto ha escrito lo siguiente:

> La legalidad es un criterio para distinguir los actos jurídicos de los actos no jurídicos; no sirve para formular un juicio acerca de su justicia o injusticia. Se acepta sin resistencias que un defensor de la legalidad afirme que las leyes positivas deben ser obedecidas y aplicadas porque son leyes, no porque son justas y, por consiguiente, que deben ser obedecidas aún si son injustas. El "desconsolado homenaje a las leyes sólo porque son tales", del que habló Calamandrei, y que le fuera luego reprochado varias veces por los neojusnaturalistas, no sería "desconsolado" si la legalidad coincidiese en un todo con la justicia. La concepción legalista de la justicia —la ley positiva es justa por el sólo hecho de ser ley— es en realidad, bastante rara; es muy a menudo un paradigma para los clasificadores de teorías y un blanco perfecto para los amantes de la polémica… Algo que ya no es tan raro es la teoría legalista de la justicia referida no ya al derecho positivo, sino al derecho natural; se advierte allí que también en la historia del derecho natural la definición más frecuente de la justicia es precisamente la formal. Frente a quien no se contenta con la respuesta del positivista legalista, "Esta acción es justa porque corresponde a la ley positiva" y pregunta: Pero, ¿la ley positiva es justa?, el jusnaturalista tiene la vía abierta para dos respuestas: "la ley positiva es justa porque ordena cosas justas" o bien "la ley positiva es justa porque es conforme a las leyes naturales.
>
> Cualquiera que afirme que la justicia consiste en la correspondencia con las leyes divinas o naturales, da una definición legalista de la justicia que no es distinta de la de aquel que afirma que la justicia es la correspondencia con las leyes positivas. Obsérvese aquí que en este significado más amplio, la concepción legalista de la justicias es frecuentísima. Cuando Carnelutti, por ejemplo, dice que la justicia es la conformidad con el orden del universo, da una definición puramente formal de la justicia. Esto permite comprender que la concepción formal de la justica no ha de ser repudiada ni mucho menos ridiculizada, sino más bien, tenida en cuenta en todas las discusiones acerca de lo justo y de lo injusto, porque todo ordenamiento jurídico, sea positivo o natural, divino o humano, parece no poder prescindir de aquélla.[16]

[16] Bobbio, Norberto, *El Problema del Positivismo Jurídico*, pp. 17-19.

7. Nuestra segunda hipótesis para una nueva definición de justicia

Encontramos entonces, en las líneas antes citadas, lo que sería nuestra segunda hipótesis para tratar de justificar nuestra propuesta de armonizar los conceptos de justicia que se tenían en la antigüedad, con los que se tienen en la modernidad: *La justicia, no importa el momento histórico en la que sea concebida y, más aún en la actualidad, debe permanecer como el máximo valor legal y ético del derecho, procurando que la misma no se agote solamente en los ordenamientos jurídicos; pero que tampoco se agote en la mera convicción o ética del juzgador. La justicia debe ser concebida de manera valorativa y normativa en su conjunto, evitando, en lo posible, que sea objeto de controversia o disputa entre Ius naturalistas y Ius positivistas, ya que sin importar las corrientes filosóficas o los diferentes ordenamientos jurídicos, la justicia tendrá que ser siempre la base única y fundamental para el desarrollo y la aplicación del derecho en una determinada sociedad.*

A nuestro juicio, el tema de la justicia tendrá que evolucionar para poder responder, como ya hemos mencionado, a sistemas jurídicos que han sido fuertemente influenciados —la mayoría de ellos— por la llamada "Globalización", fenómeno que se ha presentado en los últimos años y que ha venido incrementando la unión de corrientes económicas, políticas, jurídicas y sociales. Ante esta evolución, encontramos a un autor que, a nuestro juicio, ofrece uno de los últimos replanteamientos con relación al tema de la justicia y cómo ésta debe adecuarse a la sociedad moderna que, según él, está compuesta principalmente por "instituciones".

8. Pensamiento de John Rawls

Nos referimos al filósofo y político John Rawls, profesor de las Universidades de Cornell y Harvard. El maestro Rawls publicó, en el año de 1971, una obra que significaría un verdadero avance a nivel mundial sobre el tema de la justicia: A *Theory of Justice*, en donde propone la idea de "justicia como imparcialidad", lo que significa la posibilidad de que las instituciones sociales no confieran de por vida ventajas moralmente arbitrarias a algunas personas a expensas de otras. Ello condena como injustas, no sólo la discriminación racial, sexual y religiosa, sino también muchas formas de desigualdad económica y social; siendo esta concepción una forma de liberalismo fuertemente

igualitaria, en cuya base se encuentra una nueva forma de teoría del contrato social, que en su tiempo fue originalmente presentada por Locke, Rousseau y Kant. Los principios que John Rawls propone en su obra son:

1. Cada individuo ha de tener derecho a la mayor cantidad posible de libertad que sea compatible con una libertad semejante para todos.

2. Las desigualdades sociales y económicas han de estar ligadas a oficios y posiciones abiertos a todos, bajo condiciones de una justa igualdad de oportunidades. Estas desigualdades están justificadas sólo si benefician a los peor situados.

El primer principio tiene prioridad sobre el segundo y ambos están diseñados para gobernar, no detalladas elecciones políticas, sino las estructuras básicas, políticas, económicas y sociales, que determinan las oportunidades de la gente en la vida. Asimismo, Rawls se opone al utilitarismo, al decir que el máximo bien total no puede ser perseguido por medios que acarreen injustas desventajas a las minorías, incluyendo a los obreros no calificados. Dicho de modo más general, Rawls afirma que el derecho es anterior al bien e independiente de éste, y que no puede ser definido como aquello que promueve o maximiza el bien. Ciertas consideraciones relativas a las relaciones sociales entre la gente y al modo en que ésta puede ser tratada, tienen precedencia sobre la producción de resultados deseables. Esta concepción se opone a la idea de que los derechos son justamente convenciones humanas, instrumentalmente justificadas por su utilidad para promover el bienestar general.[17]

Del pensamiento de John Rawls se puede deducir su preocupación por el ser humano, por su libertad y desarrollo, llevando la idea de la justicia a un plano social muy interesante, en donde la misma tendrá que regular la competencia entre los miembros de una sociedad para poder conseguir distintas posiciones, tales como un empleo o el ingreso a una universidad. A nuestro juicio, el pensamiento de Rawls podría representar muchos problemas al "enfrentar" a los miembros de una sociedad entre sí, utilizando como base del enfrentamiento la justicia. A pesar de ello, se antoja una propuesta muy razonable, pues la concepción de justicia en las sociedades modernas tendrá que convertirse en una más agresiva para poder lidiar con los problemas y dilemas que la misma representa.

[17] *Cfr. Enciclopedia Oxford de Filosofía,* pp. 883 y 884.

9. Nuestra tercera hipótesis para una nueva definición de justicia

Encontramos una tercera hipótesis para justificar nuestra propuesta: *La justicia deberá ser concebida en un plano "social" o de grupo, más que individual.* Ésta tendrá que cobijar a las minorías más desprotegidas para otorgar oportunidades de superación "iguales para todos". La justicia será la punta de lanza para la superación de los grupos sociales peor situados en la sociedad moderna.

10. Nuestra propuesta de una nueva definición de justicia

Es así como hemos expuesto los principales pensamientos jurídicos en torno a la justicia; misma que ha ido evolucionando a través del tiempo, hasta llegar a convertirse en un verdadero concepto de debate en la actualidad, ya que la justicia ha dejado de concebirse por muchos como una "virtud". Por el contrario, muchos otros la han utilizado como un instrumento para manejar las relaciones de poder, entendiendo que el más justo es solamente el más poderoso.

Por ello, la justicia deberá replantearse para retomar su verdadero y pleno significado y aplicación; aunque, claro está, de acuerdo con las sociedades modernas que, en este último siglo, han tenido que enfrentar problemas y circunstancias que en la antigüedad estaban muy lejos de vislumbrarse.

Con base en lo expuesto hasta aquí, proponemos lo que a nuestro juicio podría servir como un análisis-concepto de justicia en donde coexistan armónicamente los pensamientos jurídicos de la antigüedad con los de la modernidad:

> La justicia, ya sea general o social, era considerada una "virtud" que estaba encaminada a las acciones dirigidas al bien común. En nuestros días —debido al contexto actual y a la globalización—, la justicia está encaminada, más bien, a regular aspectos sociales, políticos y económicos, lo cual ha provocado que la justicia ya no sea considerada una "virtud", sino un mero interés en las relaciones de poder. De tal suerte que, aún con el contexto adverso que se vive hoy en día, habrá que considerar el modo en que la justicia recupere su significado auténtico, para que se convierta en un instrumento que dirija sus acciones hacia el bien común, tal y como ocurría en la antigüedad y en la antropología cristiana. La justicia, no importa el momento histórico en que sea concebida —más aún en la actualidad—, debe permanecer como el máximo valor legal

y ético del derecho, procurando que la misma no se agote solamente en los ordenamientos jurídicos; aunque tampoco debe hacerlo en la ética o en la mera convicción del juzgador. La justicia debe ser concebida de manera valorativa y normativa en su conjunto, evitando —en lo posible— que sea objeto de controversia o disputa entre Ius naturalistas y Ius positivistas, ya que sin importar las corrientes filosóficas o los diferentes ordenamientos jurídicos, la justicia tendrá que ser siempre la base única y fundamental para el desarrollo y la aplicación del derecho en una determinada sociedad.

Finalmente, la justicia deberá ser concebida en un plano "social" o de grupo, más que individual. Ésta tendrá que cobijar a las minorías más desprotegidas para otorgar oportunidades de superación "iguales para todos". La justicia, pues, será la punta de lanza para la superación de los grupos sociales más vulnerables en la sociedad moderna.

Será importante que el ánimo de académicos y expertos en la materia se sensibilice para reconsiderar la conceptualización y aplicación de la justicia en nuestros tiempos, misma que no es otra cosa que el fruto de las sociedades modernas que claman igualdad y equidad para sus miembros. Estamos convencidos de que las sociedades necesitan de buenas leyes; que las leyes necesitan de buenos hombres y que los hombres necesitan de buenas virtudes; pero las leyes, los hombres y las virtudes necesitan solamente de una clase de Justicia.

Bibliografía

Álvarez Ledesma, Mario I., *Introducción al Derecho*, México, Mc. Graw Hill, 1995.

Bobbio, Norberto, *El Problema del Positivismo Jurídico*, México, 9ª ed., Fontamara, 2007.

Casares, Tomás D., *La Justicia y el Derecho*, Buenos Aires, 3ª ed., Abeledo-Perrot, 1997.

Episcopado mexicano, *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*, México, Editrice Vaticana, 2007.

Enciclopedia Oxford de Filosofía, Madrid, Tecnos, 2001.

Hervada, Javier, *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho*, Pamplona, 4ª ed., Eunsa, 2008.

LOS NUEVOS DERECHOS: ENTRE LA CONSTITUCIÓN ITALIANA Y LAS CARTAS EUROPEAS

Francesco Dal Canto*

Sumario: 1. La edad de los nuevos derechos. 2. Los nuevos derechos en la Constitución italiana. 3. Los nuevos derechos en la Convención Europea de Derechos Humanos. 4. Los nuevos derechos en la Carta de Derechos de la Unión Europea. 5. El diálogo entre cartas y cortes. Luces y sombras en la Unión Europea en los nuevos derechos.

1. La edad de los nuevos derechos

La protección de los derechos fundamentales en Europa ha registrado una fuerte aceleración en los últimos años, a la luz de los progresos realizados en el denominado: "*sistema de protección multinivel*".

A medida que los diferentes sistemas de protección de los Derechos Humanos (el nacional, el de la Convención Europea de Derechos Humanos y el de la Unión Europea) se han potenciado e integrado, se ha asistido a una verdadera y propia "*explosión*" de los Derechos Humanos y en el ámbito de este fenómeno, también se ha asentado lo que se conoce como la aparición de los "*nuevos derechos*".

Si el período posterior a la Segunda Guerra Mundial determinó el inicio de una época que correctamente fue definida por Norberto Bobbio como "*la era de los derechos*", con igual certeza podemos afirmar que hoy, sobre todo después de la caída del muro de Berlín, a partir de la década de los noventa del siglo pasado, se ha inaugurado una era diferente, la de los nuevos derechos.

* Universidad di Pisa

Con la expresión "*nuevos derechos*", se hace referencia a una de las más relevantes manifestaciones del principio pluralista, que se materializa en el reconocimiento y en la protección de situaciones jurídicas subjetivas de reciente afirmación, frecuentemente no reguladas de manera expresa por el derecho positivo, en estrecha colaboración con la exigencia de dar una respuesta a nuevos "*desafíos universales*", o bien a nuevos grupos de interés que asumen relevancia, signo de la evolución de la conciencia social, del progreso científico y tecnológico y de las mismas trasformaciones culturales.

La expansión progresiva de los Derechos Humanos no procede en principio por "*sustitución*" sino a través de "*estratificaciones*". Tal circunstancia es absolutamente positiva e induce a pensar en una renovación continua, potencialmente ilimitada de esas prerrogativas. También sugiere, como eficazmente se ha señalado, de mirar a los derechos como "*producto siempre actualizado y brillante*" (S. Rodotà).

Sin embargo, esto es cierto con ciertos límites, porque siempre existe el riesgo de la difícil "*convivencia*" entre los diferentes derechos, en el sentido que (como muchas veces se ha constatado en el curso de la historia) el énfasis de algunos derechos puede conducir y con frecuencia lo hace al redimensionamiento de otros.

La misma idea de los "*nuevos*" derechos supone, entonces, aquella de la historicidad de la afirmación de los mismos. Al respecto, es notorio, que es posible reconducir los derechos dentro de cuatro fases históricas bien precisas:

Los derechos de la primera generación (derechos de libertad del Estado), es decir, aquellos que se originaron de las revoluciones burguesas de finales del siglo XVII, esencialmente negativos y puestos por el legislador para la defensa del individuo así como de la defensa a su esfera de autonomía privada. Los derechos de la segunda generación (derechos de libertad en el Estado) que se establecieron en el curso del siglo XVIII, se concretizaron en derechos positivos de la participación en la sociedad. Los derechos de la tercera generación (libertad mediante el Estado) que se caracterizan por el hecho de ser el resultado de una concepción prevalentemente positiva y participativa de los derechos, dirigidos principalmente a satisfacer las necesidades de orden económico, social y político de los individuos, en la actuación del principio de igualdad sustancial. Y por último, los nuevos derechos, aquellos que corresponden a la cuarta generación, a los que se les dedicarán las presentes notas.

Los nuevos derechos viven en una dimensión suspendida entre el particularismo y la universalidad. Particularismo, porque muchas veces se traducen en

derechos de identidad, que surgen de la exigencia de protección de aspectos peculiares, a veces íntimos de la persona, relacionados con perfiles étnicos, sexuales, religiosos, éticos, por lo que este fenómeno conduce a una progresiva diferenciación y especificación en la tutela de los Derechos Humanos.

Universalidad porque la frecuente conexión de tales derechos con los datos científicos, médicos, tecnológicos exalta aquella tendencia más general, bien advertida en las últimas décadas, a desvincular la tutela de los derechos fundamentales de la dimensión de la soberanía estatal, colocándola en su lugar, en un contexto mucho mayor, que trasciende las fronteras nacionales, en contexto transnacional o incluso global.

Por último, como se ha anticipado, otra característica recurrente de los nuevos derechos, es aquella de que prevalentemente no están escritos, ni previstos expresamente en el derecho positivo nacional, aunque obviamente existen diferencias entre los ordenamientos de cada país, dependiendo del período histórico en el que fueron redactadas las respectivas cartas constitucionales y además, mirando a Europa, esos nuevos derechos son particularmente innovadores (otro problema, de hecho, es la concreta efectividad de los mismos) como son los contenidos en las constituciones de los países del Este, escritas en los años noventa del siglo pasado, a raíz de la disolución de la Unión Soviética

Sin embargo, se puede reconocer en líneas generales que en estos nuevos derechos resulta particularmente relevante la actividad interpretativa y a veces, creativa de los jueces.

2. Los nuevos derechos en la Constitución italiana

En Italia también se ha producido en las últimas décadas una progresiva apertura en relación a los nuevos derechos, lo cual se ha ido realizado a través de una interpretación más flexible de las disposiciones constitucionales dedicadas a los derechos fundamentales escritas en 1948, o gracias al fortalecimiento de las influencias provenientes del derecho internacional y en particular de la Convención Europea de Derechos Humanos y al propio ordenamiento de la Unión Europea.

Comenzando desde la perspectiva del derecho constitucional italiano, es necesario observar que la ampliación de la tutela hacia los nuevos derechos se ha podido realizar gracias a la afirmación de una lectura del Artículo 2 de la Constitución, donde se establece que "*la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre*".

Uno de los debates que más ha interesado a la doctrina italiana, fue el relativo a la alternancia entre considerar esta disposición como tipo legal cerrado, o bien como un tipo legal abierto. En particular, para algunos estudiosos, el Artículo 2 debe interpretarse como una simple fórmula de síntesis, de mero reenvío al catálogo de los derechos expresamente previsto en la Constitución de 1948, a los Artículos 13 y siguientes (libertad personal, la libertad de domicilio, etcétera). De acuerdo a esta tesis, los nuevos derechos podían entrar en la tutela ofrecida por la Constitución, sólo si los mismos pueden ser reconducidos a través de la actividad interpretativa, al interior de los derechos específicamente previstos en la ley (A. Pace).

Según otros autores en cambio, al Artículo 2 tiene que reconocérsele un carácter innovador, por lo que en virtud de dicha disposición, es posible darle relevancia constitucional también a expectativas o pretensiones no explícitamente contempladas en las puntuales previsiones constitucionales, pero ampliamente advertidas en la sociedad y maduradas en la conciencia colectiva (A. Barbera). Esta segunda tesis, como es evidente, reconoce al texto de la Constitución una mayor reactividad y flexibilidad en relación a las nuevas instancias individuales y a la evolución de la sociedad.

La jurisprudencia constitucional italiana, después de haber oscilado durante mucho tiempo entre ambas tesis, si bien con algunas dudas y siempre con cierta cautela, se orientó por la tesis que sugiere un catálogo potencialmente abierto de los derechos inviolables. En efecto, si en las decisiones más antiguas existía un claro acuerdo hacia una interpretación reductiva,[1] más recientemente, la dirección seguida fue sustancialmente lo contrario.[2]

En los últimos años, además esta tendencia hacia una lectura expansiva del catálogo constitucional de los derechos, fue acogida con frecuencia también por los jueces comunes, quienes en algunas ocasiones han utilizado la Constitución como un verdadero y propio "*passpartout*" para el reconocimiento de nuevas instancias individuales.[3]

Además la tendencia a leer el Artículo 2 como un tipo legal abierto, ha dado la posibilidad a la Constitución Italiana para recibir las influencias del Derecho internacional en tema de tutela de los derechos, a través de una fecunda circulación de los argumentos utilizados en las motivaciones de las sentencias de jueces supranacionales. En este sentido, emblemática es la sentencia del Tribunal de Casación Italiana (Artículo I, del 16 de octubre de 2007, número 21748) que definió el caso de Eluana Englaro (joven mujer en estado vegetativo permanente a cuyos padres, después de un largo y atormentado proceso judicial, el juez italiano autorizó la desconexión del aparato médico que mantenía a la joven artificialmente con vida). La sentencia utiliza referencias a jurisprudencia extranjera y de la Corte Europea de Derechos Humanos.

[1] Ver, por ejemplo, la sentencia número 98/1979, sobre el derecho a la identidad sexual.

[2] Ver por ejemplo, las sentencias número 161/1985 sobre el derecho de los transexuales, o la número 561/1987, sobre la libertad sexual, o la número 120/2001 sobre el derecho al nombre.

[3] A título de ejemplo, la jurisprudencia en materia de resarcimiento del daño no patrimonial, instituto de origen casi exclusivamente pretorio.

3. Los nuevos derechos en la Convención Europea de Derechos Humanos

Asumiendo como punto de observación la Convención Europea de Derechos Humanos, firmada en Roma en 1950 por los Estados miembros del Consejo de Europa (entonces doce, actualmente cuarenta y siete) implementada en Italia por la Ley número 221/1955, el aspecto más importante a destacar es que es un tratado internacional sobre los derechos fundamentales que contempla además instrumentos para su efectiva tutela, por medio de la acción directa de los individuos.

La Convención Europea de Derechos Humanos contiene un conciso catálogo de derechos de libertad, como el derecho a la vida, la libertad y la seguridad, a un juicio justo, al respeto de la vida privada y familiar, la libertad de pensamiento, de religión y de expresión, la libertad de reunión y de asociación, el derecho al matrimonio. A pesar de que fue redactada en su mayor parte (algunos de ellos se añadieron más tarde, con la adopción de protocolos sucesivos) hace más de sesenta años, contiene algunas formulaciones que, especialmente en la lectura que ofrece la jurisprudencia, aparecen hoy adecuadas para dar respuesta a algunos nuevos casos que se presentan. Por ejemplo, si pensamos en el derecho a la vida privada y familiar (Artículo 8) o el derecho a casarse, del cual son titulares tanto el hombre como la mujer (Artículo 12).

En el ámbito de la Convención, se creó el Tribunal Europeo de Derechos del Hombre, al cual los individuos pueden acudir directamente para hacer valer la reparación por la lesión de un derecho, lo que puede suceder una vez que se han agotado los recursos previstos a nivel nacional, en actuación del principio de subsidiariedad respecto a los sistemas de garantía interna. El juez de Estrasburgo, en particular, partiendo del caso presentado en el recurso, verifica a la luz de la protección conferida por la Convención

respecto a un determinado derecho, si un acto (una ley, una sentencia, o un acto administrativo) o un comportamiento imputable a un Estado ha violado ese derecho y en caso de así ser, puede condenar a este último al resarcimiento del daño (sin que tenga la posibilidad de anular el acto combatido).

La jurisprudencia de la Corte Europea ha demostrado ser muy sensible a la protección de los nuevos derechos. Podemos recordar dos casos recientes que representan las tendencias en curso: El primero es un caso relacionado con la fecundación asistida, el segundo se relaciona con el matrimonio entre personas del mismo sexo, dos temas ampliamente controversiales y debatidos en este tiempo de los nuevos derechos.

Algunos ordenamientos estatales europeos, entre ellos Italia, a partir del 2004 (Ley número 40/2004) han emitido leyes para reglamentar la fecundación asistida, permitiendo la "*homóloga*" (es decir, la que se da entre una pareja de padres) y prohibiendo en su lugar la "*heteróloga*" (es decir, en la que se utiliza un donante externo).

En referencia a la legislación austriaca, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos intervino recientemente (SH *vs* Austria, 2011) afirmando que la distinción entre la fecundación homóloga y heteróloga provoca discriminación entre las parejas que sufren de problemas de infertilidad y es una violación de su derecho a la vida privada y familiar, este último entendido como comprensivo del derecho a tener un hijo.

Esta decisión se basó totalmente en los nuevos derechos originados por el "*right to privacy*" (Artículo 8 del Convenio) y de la prohibición de la discriminación (Artículo 14 CEDU). Por un lado, la Corte Europea afirma la violación del principio de no discriminación, debido a que los límites impuestos por el legislador nacional sobre el acceso a ciertos tipos de fecundación artificial, conllevarían a una discriminación en contra las parejas que no pueden ejercer su derecho a tener un hijo, si no fuera recurriendo a la fecundación heteróloga; por otro lado, todos los argumentos de la Corte Europea relacionados con la discriminación entre diferentes parejas, presuponen otra afirmación de que el derecho al respeto de la vida privada y familiar implica el derecho a tener un hijo. Si la Convención no contuviera, sea implícitamente, el derecho a tener un hijo, no se podría siquiera invocar el principio de no discriminación que —por jurisprudencia constante— nunca puede ser invocado, sino en relación con otro derecho protegido por la Convención. Nunca formulado en términos explícitos para su procedencia, el derecho a tener un hijo se deriva por la actuación de la Corte, de la matriz del Artículo 8°, es decir, del derecho a la intimidad.

Hay que tener en cuenta, que Italia fue condenada en el 2012 por la Corte de Estrasburgo debido a la promulgación de la Ley número 40/2004, sobre la fecundación asistida (Costa y Pavan *vs* Italia). Dos años después de esa decisión, la prohibición de la fecundación heteróloga contenida en la Ley 40 fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional Italiana (sentencia número 162/2014) en cuanto a que es incompatible con el derecho de la persona a ser padre y a formar una familia que pueda tener hijos.

Pocos meses después de la decisión antes mencionada sobre la fecundación asistida del 2011, Austria fue destinatario de otra importante decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos (Schalk y Kopf *vs* Austria, 2011), esta vez en relación a las parejas del mismo sexo. El caso fue simple: una pareja homosexual, después de haber pedido y no obtenido a las autoridades civiles el matrimonio, agotó los recursos internos y presentó en el 2010 un recurso ante la Corte Europea de Derechos Humanos, quejándose de discriminación por no estar permitido el derecho a contraer matrimonio y constituir una familia en base al Artículo 12 de la Convención. Para la Corte Europea, la legislación nacional, si bien no vulneró el Artículo 12 de la Convención, en cuanto ésta no impone a los Estados el matrimonio de personas del mismo sexo, sin embargo, vulneró el derecho de las parejas homosexuales para formar una "familia" (Artículo 8).

Tal decisión puede ser leída como una advertencia dirigida a los Estados para inducirlos a desarrollar a nivel nacional, leyes que regulen las uniones, con el fin de asegurar el reconocimiento legal también a las parejas formadas por personas del mismo sexo.

Además, la Corte Constitucional italiana, en una sentencia de 2010 (número 138/2010) ocupándose de las parejas formadas por personas del mismo sexo, excluyó que de la Constitución derive un derecho al matrimonio, pero afirmó la existencia de un derecho a ser reconocido como una pareja.

4. Los nuevos derechos en la Carta de Derechos de la Unión Europea

Pasando ahora a examinar la perspectiva de la Unión Europea, hay que recordar que los tratados constitutivos de la Comunidad Europea, en los años cincuenta del siglo pasado, no contenían un catálogo de los derechos fundamentales, con la excepción de los que se consideraron estrictamente necesarios para la consecución de los objetivos económicos y a la realización de un mercado único (por ejemplo la libre competencia, la libertad de circulación de mercancías y capitales, etcétera).

Un cambio de tendencia comenzó a finales de los años sesenta del siglo pasado, gracias a la sensibilidad de la Corte de Justicia, por la reacción de algunas cortes constitucionales nacionales y desarrollado paralelamente con la progresiva ampliación de las competencias de la Unión Europea, en particular, la Corte de Justicia comenzó a afirmar que los derechos de las personas eran parte integral del derecho comunitario, con fundamento en un doble reenvió: a las "*tradiciones constitucionales comunes*" de los Estados miembros y a la misma Convención Europea de Derechos del Hombre, ambos utilizados por el Juez de Luxemburgo como una *fuente de inspiración* de la jurisprudencia comunitaria.

Este modelo, introducido entonces por vía judicial, fue posteriormente regulado con el Tratado de Maastricht de 1992, donde el Artículo 6 prevé que la Unión Europea respeta los derechos fundamentales garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y por las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, en cuanto que son principios generales del derecho. Posteriormente, con la promulgación de la Carta de Niza en el año 2000, se realizó un auténtico catálogo de derechos de la Unión Europea, en buena parte realizado a través de la consolidación de la jurisprudencia de la Corte de Justicia.

Es necesario hacer notar que a diferencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos (que tiene una vocación más general, pues opera en relación a cualquier situación individual que se detecta al interno de los ordenamientos de los estados contratantes) los derechos garantizados por la Unión Europea están limitados a las materias de competencia de tal ordenamiento; sin embargo, tal diferencia en el tiempo, tiende cada vez más a atenuarse en razón a la progresiva expansión de las competencias de la Unión Europea y de su creciente difusión.

Es necesario señalar además, que la aprobación de la Carta de Derechos, comportó el nacimiento de una nueva institución comunitaria, la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como un órgano no jurisdiccional, llamado a desempeñar tareas instructoras, informativas y de sensibilización en materia de los derechos fundamentales.

La Carta de Niza fue el resultado de un complejo e intenso trabajo y no está privada de originalidad. El documento consta de un Preámbulo y de cincuenta y cuatro artículos, divididos en siete capítulos, relacionados a un determinado "*principio-valor*": Dignidad (Artículos 1 a 5) Libertad (Artículos 6 a 19) Igualdad (Artículos 20 a 26), Solidaridad (Artículos 27 a 38), Ciudadanía (Artículos 39 a 46) y Justicia (Artículos 47 a 50).

La estructura de la Carta la acerca más a las constituciones nacionales de los Estados europeos, que a las convenciones internacionales sobre los derechos, como a la misma Convención Europea de Derechos Humanos, aunque presente algunas novedades respecto a las constituciones nacionales representadas por el hecho de que viene particularmente acentuado el principio de la indivisibilidad y de la igual importancia de todos los derechos fundamentales, independientemente de su reconducción en diferentes categorías y generaciones.

Por cuanto interesa a la presente investigación, el carácter innovador de la Carta de Niza respecto a las constituciones de los países europeos, se constata también en la elección de incorporar explícitamente algunos nuevos derechos, podemos poner algunos ejemplos:

En el Artículo 2 se tutela, en el capítulo dedicado a la dignidad humana, el derecho a la vida, no expresamente contemplado en la Constitución italiana, considerado una especie de valor que se presupone. El derecho a la vida contempla como corolario la obligación de los poderes públicos de preparar todos los mecanismos de seguridad para protegerla, incluyendo el derecho a recibir curas adecuadas. En la doctrina se ha discutido si tal previsión puede extenderse también a la vida del concebido, o si la misma implica alguna elección en mérito a la cuestión de la disponibilidad de la propia vida, lo que pudiera dar a entender como un eventual derecho a morir, o al contrario, como un deber del individuo a conservar su propia vida.

En el Artículo 3 se protege el derecho a la integridad de la persona y en particular, el derecho en el ámbito de la medicina y la biología, al consenso libre e informado de la persona sometida a un tratamiento terapéutico, a los cuales se relaciona la prohibición explícita de prácticas eugenésicas, o del comercio del cuerpo humano o de la clonación reproductiva. Además, de conformidad con el Artículo 7, cada individuo tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar.

Con respecto a esto último se trata de un derecho que en la Constitución Italiana no tiene un explícito reconocimiento, aunque se considera tutelado cuando se relaciona con otras situaciones protegidas, por ejemplo la libertad personal, la libertad de domicilio, el secreto de la correspondencia, etcétera. Por el contrario, en la Carta de los Derechos de la Unión Europea se asume una fisonomía autónoma. Como ha precisado la Corte de Justicia, la esfera protegida es más amplia e implica y protege también los hábitos de vida, las inclinaciones sexuales, los aspectos sanitarios de salud, perfiles profesionales, etcétera.

El Artículo 9 prevé el derecho a casarse y el derecho a constituir una familia, revelando, en fuerza a su formulación tan amplia, incluso reenviando a la elección de cada uno de los ordenamiento estatales, a la posibilidad de incluir en el ámbito de la protección también parejas del mismo sexo.

Por último, es de gran interés la parte de la carta dedicada a la exigencia de protección al ambiente, que implica un compromiso de solidaridad que está especialmente dirigido a las generaciones futuras, como se desprende del Artículo 37.

5. El diálogo entre cartas y cortes. Luces y sombras en la Unión Europea en los nuevos derechos

Los tres sistemas de protección de los Derechos Humanos fundamentales y en particular, en lo que interesa en el presente artículo, los tres sistemas de protección de los nuevos derechos han registrado en los últimos años una profunda integración.

En relación a la Convención Europea de Derechos Humanos, si bien un fecundo diálogo entre jueces ordinarios, Corte Constitucional y Corte Europea de Derechos Humanos, se ha iniciado desde hace tiempo, un verdadero avance se realizó, en la prospectiva italiana, con dos sentencias del 2007 (las números 348 y 349) de la Corte Constitucional, con las cuales se determinó el valor de la Convención como parámetro en el proceso de constitucionalidad de las leyes.

Sobre la base del Artículo 117, párrafo primero de la Constitución, la Corte Constitucional ha reconocido a las normas de adaptación de la Convención una fuerza superior a las normas primarias, atribuyendo a estas últimas y a la misma jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo, el rango de normas "*interpuestas*" entre éstas y la Constitución; es decir, como un valor sustancial de parámetro de legitimidad constitucional.

En relación a la Unión Europea, la Carta de Niza desde el principio fue utilizada por los jueces de la Unión Europea, así como por algunas cortes constitucionales, para reforzar las motivaciones en sus sentencias, por lo que la misma ha adquirido un valor jurídicamente vinculante, con el mismo rango que las normas contempladas en los Tratados Internacionales, sólo con posterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa del año 2009, con el cual se prevé incluso la formal adhesión de la Unión Europea a la Convención Europea de Derechos del Hombre, como se puede desprender del Artículo 6

del Tratado sobre la Unión Europea. Sin embargo se encuentra todavía en negociaciones, bastante difíciles, por la posición contraria de la Corte de Justicia de la Unión.

Esta última circunstancia, sin embargo, coloca en perspectiva la Convención Europea y la Corte de Estrasburgo en una posición de vértice en la ideal pirámide de las jurisdicciones europeas nacionales y aquellas europeas.

Por lo tanto, actualmente asistimos, en tema de tutela de los derechos, a una más estrecha integración e influencia entre las constituciones nacionales y las cartas europeas, cuyos protagonistas son, con más frecuencia, los respectivos sistemas judiciales.

La edad de los nuevos derechos en Europa se encuentra todavía en vías de definición y el diálogo entre las diferentes cartas de derechos, presenta, al momento, numerosas luces pero también sombras. Las luces son evidentes: en efecto, es indudable que el diálogo apenas descrito entre las cartas nacionales y aquellas europeas, con las respectivas Cortes, están determinando una fecunda: *judicial cross fertilization* de derechos individuales (la expresión es de Joseph Weiler) que está favoreciendo la tendencia hacia una protección cada vez más amplia de los mismos.

Las sombras son de dos tipos: una de tipo normativo y la otra de tipo cultural. En relación a las primeras, no se puede negar que la conexión de competencias y de jurisdicciones que caracteriza la época de la tutela multinivel de los derechos, dan lugar a algunas ineficacias y contrastes por el tema de la cosa juzgada, tema delicado por lo que se refiere a los nuevos derechos, tema muy sensible por parte de la opinión pública.

Se asiste por parte de las cortes constitucionales nacionales a una actitud a veces incierta con respecto a los Tribunales europeos en el tema de la tutela de los derechos fundamentales: por un lado, existe una cada vez más difusa tendencia a favorecer la implementación de un derecho común europeo en materia de protección de los derechos; por el otro lado, sin embargo, no faltan episodios que manifiestan una cierta desconfianza de las cortes nacionales y también del Tribunal constitucional italiano, para adecuarse a algunas tesis jurisprudenciales europeas.

En relación al segundo aspecto, de matriz cultural, éste se relaciona con una valoración a la cual hicimos referencia anteriormente. La tendencia en alargar el espacio de la tutela de los Derechos Humanos y en particular de los nuevos derechos, conlleva un riesgo e impone precauciones: por una parte, las expectativas individuales, subyacente a los nuevos derechos, tienden a multiplicarse exponencialmente, por otra, estos últimos tienden a afirmarse

como derechos absolutos, libres de limitaciones, desde el momento en que estos frecuentemente han tenido un origen jurisprudencial y escapan de aquella ponderación más compleja que es propia de las sedes de decisión política.

Las sombras ciertamente pueden ofuscar las luces: la edad de los nuevos derechos es sin lugar a dudas, un signo poderoso del progreso de la sociedad, sin embargo los Derechos Humanos están siempre interrelacionados e interdependientes entre sí, por lo que resulta necesario vigilar su efectividad, confiabilidad y sustentabilidad.

Como fue observado eficazmente con relación a algunas peculiares solicitudes de nuevos derechos la expansión del repertorio de nuevos derechos con lleva el riesgo de producir una gran aporía: *si todo es fundamental, nada es fundamental* (Danilo Zolo).

CEGUERA ILUSTRADA Y CULTURA CONSTITUCIONAL. DERECHOS HUMANOS, TERRITORIALIDAD Y SUJETOS DE LA HISTORIA

Óscar Arnulfo de la Torre de Lara*

Sumario: La conflictiva cuestión de la modernidad. Ceguera constitucional y sujeto de derecho. Territorialidad (corporalidad) indígena. Corolario.

Enarbolar una defensa jurídica eficaz de los derechos de pueblos indígenas y campesinos en México es una tarea harto complicada, ya que no basta recurrir a la legislación positiva vigente y a los Convenios y Pactos Internacionales de Derechos Humanos. Antes bien, es de suma importancia realizar una crítica profunda a las bases ideológicas que subyacen a los nuevos procesos de acumulación de capital —*acumulación por desposesión*—,[1] promovidos bajo la bandera del desarrollo y el humanismo abstracto neoliberal. Sólo así, podremos pensar vías epistemológicas, jurídicas y políticas más adecuadas para una defensa eficaz del *territorio* y la gran gama de significaciones que este concepto conlleva respecto a los Derechos Humanos, así como los procesos en la construcción y re-creación de imaginarios y prácticas del ámbito económico/político y ecológico/cultural desde diversos sujetos sociales.

En este sentido, la crítica constituye un medio para pensar procesos de democratización dentro del Estado mexicano, más allá de un canon liberal hegemónico, y para abrirnos a la experiencia de procesos reconstituyentes promovidos desde la humanidad indígena —los pueblos indios—, olímpica-

* Doctor en Derechos Humanos por la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, profesor de la Universidad Autónoma de Aguascalientes e investigador del Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat.

[1] *Cfr.* Harvey, David, "El 'nuevo' imperialismo: Acumulación por desposesión", en *Socialist Register,* 2004.

mente ninguneada por nuestra historia constitucional. Y es que, como bien dice el jurista argentino, Alejandro Medici, si bien es cierto que el Estado democrático, constitucional y social constituye un concepto central de la reflexión de lo jurídico y lo político en la actualidad, ya que el mismo configura un modelo normativo de organización del poder y de vinculación entre gobierno y ciudadanía, también es cierto que dicho modelo no se realiza en su totalidad, ya que se encuentra en tensión con poderes —públicos y privados— salvajes o neoabsolutistas (como los llama Luigi Ferrajoli); poderes que, en el contexto de *nuestra América*, están relacionados íntimamente con la persistencia de una estructura de poder anclada en la colonialidad.[2] Por esto, en nuestro contexto latinoamericano, es sustancial hacer visibles los diversos proyectos campesinos e indígenas, para así posibilitar su traducción en las esferas de la política y el Estado; tarea que supone la capacidad democrática de organizar la sociedad a nuestra imagen y semejanza —como sociedad abigarrada—, y así armar un tejido intercultural duradero y un conjunto de normas de convivencia legítimas para todos.

Es en este sentido que la visibilización del ejercicio de las autonomías indias, expresadas en diversas experiencias de autodeterminación política, económica y religiosa, dan cuenta de la modernidad y coetaneidad de los diversos proyectos indígenas, mediante las cuales retoman la historicidad propia, al tiempo que practican la descolonización de los imaginarios y las formas de representación.[3] De modo que, la *apuesta india por la modernidad* cuestiona el reconocimiento estatal condicionado y sesgado de los derechos culturales y territoriales indígenas (*Contrarreforma Indígena de 2001*); al tiempo que pugna por tener acceso a los derechos y beneficios del Estado moderno, pero desde su propia perspectiva de desarrollo. En otras palabras, la lucha jurídico política que emprenden pueblos indios y campesinos mexicanos es por autonomía —en el sentido de autodeterminación— y no por el arcaico y retrograda indigenismo y asistencialismo promovido por el Estado. Concretamente, en el plano de la filosofía del Derecho, esto supone evidenciar y combatir el iuspositivismo acrítico dominante en nuestro país, en cuanto corriente interpretativa del Derecho, que ha pretendido reducir la complejidad de lo jurídico a una unidad coercitiva y la heterogeneidad cultural a homogeneidad, por la puesta en práctica de lo que Asier Martínez de

[2] Medici, Alejandro, *La constitución horizontal. Teoría constitucional y giro decolonial*, CENEJUS, UASLP y Educación para las Ciencias en Chiapas A.C., San Luis Potosí, 2012, p. 21.

[3] Rivera Cusicanqui, Silvia, *Ch'ixinakax utxiwa. Una reflexión sobre prácticas y discursos descolonizadores*, Buenos Aires, Tinta Limón, p. 54.

Bringas llama la "falacia del anacronismo", como dispositivo que barbariza y acusa de anti-moderno y arcaico al Derecho y cultura indígenas.[4]

Por tanto, para hablar de una auténtica democracia en nuestro país, es preciso tomarse en serio el potencial de los diversos proyectos autonómicos indígenas y el pluralismo jurídico en un sentido contrahegemónico, lo cual implica rescatar de sus entrañas las posibilidades de las cosmovisiones, saberes, instituciones y derecho indígenas, así como las posibilidades y respuestas que estos encarnan como *derecho que nace del pueblo*.[5] Y es que, si en el contexto europeo o norteamericano, la crítica de los garantismos y neoconstitucionalismos se da al interior del monismo jurídico, en nuestro contexto debe darse una crítica que incorpore las herramientas del pluralismo jurídico, de la demodiversidad y del interculturalismo.[6]

La conflictiva cuestión de la modernidad

Es importante abordar lo que denominaremos la *conflictiva cuestión de la modernidad*, para así oponernos, como dice Enrique Dussel, "a la opinión hegemónica en cuanto a la interpretación de la Europa moderna —a la 'modernidad'—, ya no como un tema extraño a la cultura latinoamericana, sino, contra la opinión corriente, como problema fundamental en la definición de la 'identidad latinoamericana'".[7] Decimos *conflictiva cuestión de la modernidad*, por el hecho de que los europeos fueron capaces de difundir y establecer la perspectiva histórica de la modernidad eurocéntrica como hegemónica, dentro del nuevo universo intersubjetivo del patrón mundial de poder abierto por la conquista de América; una clara pretensión etnocentrista y provinciana autoerigida como la exclusiva productora y protagonista de la modernidad. Sin embargo, ante esta pretensión existe un conjunto de elementos demostrables que apunta a un concepto de modernidad diferente del hegemónico, que da cuenta de procesos históricos específicos. Se trata de un universo de relaciones sociales, materiales e intersubjetivas, que tiene en su centro la idea de liberación humana como interés histórico de la sociedad y, consecuentemen-

[4] Martínez de Bringas, Asier, "La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Una lectura política y jurídica desde los derechos sociales", en *Derechos y libertades*, núm. 23, época II, junio, Madrid, 2010, p. 120.

[5] De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *El derecho que nace del pueblo*, México, Porrúa, 2006.

[6] Medici, Alejandro, *op. cit.*, p. 22.

[7] Dussel, Enrique, "Europa, modernidad y eurocentrismo", en *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, Edgardo Lander (comp.), CLACSO-UNESCO, Buenos Aires, 2000, p. 45.

te también, como su campo central de conflicto. Nos referimos a la existencia y pertinencia de modernidades y procesos civilizatorios diversos al eurocéntrico colonial, a partir de los cuales se puede y se hace una construcción de Derechos Humanos situada desde un lugar de enunciación distinto al de la modernidad occidental capitalista. Como dice Aníbal Quijano:

> El hecho de que los europeos occidentales imaginaran ser la culminación de una trayectoria civilizatoria desde un estado de naturaleza, les llevó también a pensarse como los modernos de la humanidad y de su historia, esto es, como lo nuevo y al mismo tiempo lo más avanzado de la especie. Pero puesto que al mismo tiempo atribuían al resto de la especie la pertenencia a una categoría, por naturaleza, inferior y por eso anterior, esto es, el pasado en el proceso de la especie, los europeos imaginaron también ser no solamente los portadores exclusivos de tal modernidad, sino igualmente sus exclusivos creadores y protagonistas.[8]

El actual patrón de poder mundial es el primero efectivamente global de la historia conocida: sistema-mundo. En ese específico sentido, la humanidad actual, en su conjunto, constituye el primer sistema-mundo global históricamente conocido, mismo que comenzó a formarse con la *invención de América* y el *encubrimiento/negación* de la humanidad americana. Según Quijano, este sistema mundo tiene en común tres elementos centrales que afectan la vida cotidiana de la totalidad de la población mundial: la colonialidad del poder, el capitalismo y el eurocentrismo. Por supuesto que ni este patrón de poder, ni otro alguno, puede implicar que la heterogeneidad histórico-estructural haya sido erradicada dentro de sus dominios. Lo que implica esta globalidad es un piso básico de prácticas sociales comunes para todo el mundo y una esfera intersubjetiva que existe y actúa como esfera central de orientación valórica del conjunto. Por lo cual, las instituciones hegemónicas de cada ámbito de existencia social son universales para la población del mundo en tanto que modelos intersubjetivos, ya sea el Estado-nación, la familia burguesa, la empresa o la racionalidad eurocéntrica.[9]

> ...sea lo que sea lo que el término modernidad mienta, hoy involucra al conjunto de la población mundial y a toda su historia de los últimos 500 años, a todos los mundos o ex-mundos articulados en el patrón global de poder, a cada uno de sus segmentos diferenciados o diferenciables, pues se constituyó junto con, como parte de, la redefinición o reconstitución histórica de cada uno de ellos por su incorporación al nuevo y común patrón de poder mundial. Por lo tanto, también como articulación de muchas racionalidades.[10]

[8] Quijano, Aníbal, "Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina", *op. cit.*, p. 212.
[9] *Ibid.*, p. 213.
[10] *Ibid.*, p. 215.

Cuando hablamos de "la modernidad", lo importante es vislumbrar que se trata de una historia nueva y diferente; constituida con experiencias específicas y que las cuestiones que esta historia permite y obliga a abrir no pueden ser indagadas, ni contestadas, con el concepto sesgado, provinciano y eurocéntrico de modernidad. Por tanto, nos dice Quijano que afirmar que la modernidad es un fenómeno pura y exclusivamente europeo o que ocurre en todas las culturas, tendría hoy un sentido imposible. En realidad, "se trata de algo nuevo y diferente, específico de este patrón de poder mundial. Si hay que preservar el nombre, debe tratarse, de todos modos, de otra modernidad".[11] Por su parte, Enrique Dussel ha propuesto la categoría de *transmodernidad* como alternativa a la pretensión eurocéntrica de que Europa es la productora original de la modernidad. Según la propuesta del filósofo argentino-mexicano, la constitución del Ego individual diferenciado es lo nuevo que ocurre con América y constituye la marca de la modernidad, pero esto tiene lugar no sólo en Europa sino en todo el mundo —sistema-mundo— que se configura a partir de América. Por esto Dussel señala que el siglo XVI es la "llave" y el "puente", ya moderno, entre el "mundo antiguo" y la conformación acabada del paradigma del "mundo moderno" (modernidad temprana-modernidad madura). Ya en 1514, en la isla de Cuba, Bartolomé de las Casas "capta el problema central político *de toda la modernidad hasta el presente*".[12]

> Europa se abrió a un inmenso espacio exterior. En ese contexto "el Otro" (el indígena y el esclavo africano) será igualmente una Exterioridad constitutiva, de la nueva comprensión del ser humano, como su sombra, como lo ignoto, lo excluido, lo negado... El "yo conquisto" al indio americano será el antecedente *práctico-político*, un siglo antes, del "yo pienso" *teórico-ontológico* cartesiano. Por ello, la historia empírica de la conquista del Caribe, el nacimiento del mestizo y la esclavitud del afro-americano es el origen mismo de la Modernidad en cuanto tal, de la *experiencia ontológica* desde donde se entiende la nueva filosofía europea.[13]

Si se entiende que la "modernidad" de Europa será el despliegue de las posibilidades que se abren desde su "centralidad" en la Historia Mundial y la constitución de todas las otras culturas como su "periferia", se puede comprender que —aunque toda cultura es etnocéntrica— el etnocentrismo europeo moderno es el único que puede pretender identificarse con la "universalidad-mundialidad". El eurocentrismo de la Modernidad radica en haber

[11] *Idem.*
[12] Dussel, Enrique, *Política de la liberación. Historia Mundial y crítica*, Madrid, Trotta, 2007, p. 193.
[13] *Ibid.*, pp. 193-194.

confundido la universalidad abstracta con la mundialidad concreta hegemonizada por Europa como "centro". En este sentido, la modernidad —como nuevo "paradigma" de vida cotidiana, de comprensión de la historia, de la ciencia, de la religión— surge al finalizar el siglo XV, simultáneamente con el dominio del Atlántico. El siglo XVII es fruto del siglo XVI; Holanda, Francia e Inglaterra son ya el desarrollo posterior en el horizonte abierto por Portugal y España. De modo que América Latina entra en la modernidad —mucho antes que Norte América— como la "otra cara" dominada, explotada, encubierta. Es por esto, nos dice Dussel, que si se pretende la superación de la "Modernidad" será necesario negar la negación del *mito de la Modernidad*.[14] Se comprende entonces que sólo mediante la negación del mito civilizatorio y la inocencia de la violencia —fundacional— moderna, es posible reconocer la injusticia de la *praxis* sacrificial colonial. Luego entonces, es posible, igualmente, superar la limitación esencial de la "razón emancipadora" moderna. Esto es, la razón emancipadora como "razón liberadora" o el "eurocentrismo" de la razón ilustrada y la "falacia desarrollista" del proceso de modernización en su forma hegemónica. No obstante, precisa Dussel, esto sólo es posible, incluso para la razón de la Ilustración, "cuando éticamente se descubre la dignidad del Otro (de la otra cultura, del otro sexo y género, etcétera); como personas que han sido negadas por la Modernidad". De esta manera es posible trascender la razón moderna, pero no como negación de la razón en cuanto tal, sino de la razón violenta eurocéntrica, desarrollista, hegemónica. Esto es lo que Dussel plantea como *transmodernidad*.

Aunque Quijano señala que no es seguro que el *Ego individual diferenciado* sea un fenómeno exclusivamente perteneciente al periodo iniciado con América, sí acepta que existe una relación umbilical entre los procesos históricos que se generan a partir de América y los cambios de la intersubjetividad de todos los pueblos que se van integrando en el nuevo patrón de poder mundial como sistema-mundo. Son precisamente esos cambios los que llevan a la constitución de una nueva subjetividad, no sólo individual, sino colectiva; una nueva intersubjetividad. De modo que desde esa perspectiva histórica, es necesario admitir que América y sus consecuencias inmediatas en el mercado mundial y en la formación de un nuevo patrón de poder mundial, implica un cambio histórico verdaderamente enorme y que no afecta solamente a Europa sino al conjunto del mundo. En realidad se trata del cambio del mundo como tal, donde sin duda, un elemento fundante de la nueva

[14] Dussel, Enrique, "Europa, modernidad...", *op. cit.*, p. 48.

subjetividad es la percepción del cambio histórico, lo que desencadena el proceso de constitución de una nueva perspectiva sobre el tiempo y sobre la historia y, por tanto, la idea del futuro como un territorio temporal abierto. Esta nueva perspectiva de la historia es percibida ya no sólo como algo que ocurre, como algo natural o producido por decisiones divinas o misteriosas como el destino, sino como algo que puede ser producido por la acción de las personas —como sujetos de la historia—, por sus cálculos, sus intenciones, sus decisiones; por lo tanto, como algo que puede ser proyectado y, en consecuencia, tener sentido.[15]

Entonces, con América se inicia un entero universo de nuevas relaciones materiales e intersubjetivas. Pero el concepto de modernidad no se refiere únicamente a lo que ocurre en el ámbito de la subjetividad —no obstante la importancia de ese proceso—, sea que se trate de la emergencia del *Ego individual* o de un nuevo universo de relaciones intersubjetivas entre los individuos y entre los pueblos integrados o que se integran en el nuevo sistema-mundo y su específico patrón de poder mundial. Sino que el concepto modernidad da cuenta, igualmente, de los cambios en la dimensión material de las relaciones sociales, esto es, los cambios que ocurren en todos los ámbitos de la existencia social de los pueblos y, por tanto, de sus miembros individuales, tanto en la dimensión material como en la dimensión subjetiva de esas relaciones. Se trata del proceso de constitución de un entero y complejo sistema-mundo y de todo un período histórico, esto es, la Modernidad, como nuevo espacio/tiempo en términos subjetivos y materiales. En ese sentido, la modernidad fue también colonial desde su punto de partida, lo que ayuda a entender por qué fue en Europa mucho más directo e inmediato el impacto del proceso mundial de modernización ligado a las nuevas prácticas sociales implicadas en el naciente patrón de poder mundial capitalista moderno/colonial, mediante la concentración del capital y del asalariado, y la constitución del nuevo mercado mundial. De tal modo que, no sin razón, Dussel afirma que la justificación de la conquista de las culturas que vivían en el actual territorio latinoamericano —filosóficamente— *es el comienzo explícito de la filosofía moderna*, en su nivel de filosofía política global, planetaria:

> —No todavía por su método, pero ciertamente por su temática geopolítica y prematuramente moderna—. Europa debía dar razones para poder ocupar externa y moralmente con buena conciencia 'espacios' considerados 'vacíos' fuera de su propio 'espacio' histórico.

[15] Quijano, Aníbal, *op. cit.*, pp. 215-216.

A partir del siglo XVI, este discurso de ocupación moderno se irá transformando, refinando, "mejorando", a través de los siglos, a fin de intentar probar la racionalidad de la expansión colonial occidental.[16]

Así también, la nueva perspectiva abierta como experiencia e idea, requirió necesariamente la des-sacralización de las jerarquías y de las autoridades, tanto en la dimensión material de las relaciones sociales como en su intersubjetividad; esto es, la des-sacralización, el cambio o el desmantelamiento de las correspondientes estructuras e instituciones. Sólo en este contexto es donde la individuación de las personas adquiere su sentido, al plantear la necesidad de un foro propio para pensar, para dudar, para decidir. Se trata de la libertad individual, en suma, contra las adscripciones sociales —*status* o estamentos— fijadas y, en consecuencia, la necesidad de igualdad social entre los individuos, lo cual abre nuevas posibilidades que madurarán hasta llegar las ideas de la Ilustración.[17]

Al respecto nos dice Helio Gallardo:

> Contra un orden objetivo social y cósmico, y que tornaba imposible el crecimiento del comercio y la ampliación de experiencias de humanidad, el único lugar desde el que se podía levantar la lucha reivindicativa y revolucionaria, contra toda ordenación objetiva, era la *subjetividad del individuo*. Independizar la conciencia racional de la conciencia moral vigente (autonomizar política y racionalmente la conciencia humana de Dios) y levantar desde la subjetividad así liberada y potenciada la propuesta de un nuevo orden político sólo puede hacerse proclamando fueros individuales y subjetivos declarándolos sagrados o, en un movimiento inverso y que contiene sus propios conflictos, secularizando (desencantando) la historia mediante el proceso de expropiar a los expropiadores. No es raro, por tanto, que la demanda por la libertad de conciencia religiosa anteceda, como movilización social, la de la libertad de conciencia, ya ambas se condensan tardíamente en el ethos europeo de la Ilustración. En las condiciones objetivas de dominación de la antigua sociedad, el único espacio posible para hacer emerger una ideología revolucionaria y liberadora era la de la subjetividad individual a la que tendría que proyectarse como *Humanidad* debida, es decir vinculante o sagrada (iusnaturalismo y, posteriormente, idolatría de mercado). Se entiende perfectamente por qué el Derecho natural antiguo, con su énfasis en las *obligaciones objetivas*, no puede constituirse en matriz de configuración de derechos humanos modernos. Esos derechos se imaginaron contra él.[18]

[16] Dussel, *Política de la liberación...*, *op. cit.*, p. 195.
[17] Quijano, Aníbal, *op. cit.*, p. 217.
[18] Gallardo, Helio, *Teoría Crítica: Matriz y posibilidad de derechos humanos*, David Sánchez Rubio (Editor), Murcia, 2004, p. 34.

Sin embargo, las determinaciones capitalistas requerían también —y en el mismo movimiento histórico— que esos procesos sociales, materiales e intersubjetivos, no pudieran tener lugar sino dentro de unas determinadas relaciones sociales de explotación y de dominación,[19] mismas que cristalizan en "la violencia del modo capitalista de lucrar".[20] En consecuencia, la modernidad se constituye como un amplio campo de conflictos por la orientación, los fines, los medios y los límites de estos procesos. Para los controladores del poder, el control del capital y del mercado eran y son los que deciden los fines, los medios y los límites del proceso. De modo que, si bien esos enfrentamientos permiten, a los sectores no dominantes del capital y a los explotados, mejores condiciones de negociar su lugar en el poder y la venta de su fuerza de trabajo, también es cierto que —como bien recuerda Bartra, siguiendo a Marx— la tasa de explotación no es un dato económico, sino resultado de la violenta confrontación social, dado que en su voracidad el gran dinero no reconoce límites morales o biológicos. Así, la medida de la explotación remite a circunstancias histórico culturales y depende de la correlación de fuerzas: es decir, de la capacidad de resistir, presionar y negociar que en un momento se tenga, "y de ese modo la violencia irrumpe en el centro mismo de la reproducción económica del sistema".[21]

La modernidad también es una cuestión de conflicto de intereses sociales. Uno de ellos es la continuada democratización de la existencia social de las personas. En ese sentido, todo concepto de modernidad es necesariamente ambiguo y contradictorio,[22] pues la modernidad abre las condiciones para una secularización específicamente burguesa de la cultura y de la subjetividad, donde el liberalismo se configura como una de las claras expresiones de ese contexto material y subjetivo de la sociedad en la Europa Occidental. No obstante, en el resto del mundo, particularmente en América Latina, las formas más extendidas de control del trabajo son no-salariales en beneficio global del capital, lo que implica que las relaciones de explotación y de dominación tienen carácter colonial, aunque se trate de Estados formalmente independientes desde comienzos del siglo XIX.[23] Así, el eurocentrismo del capitalismo colonial/moderno fue, en ese sentido, decisivo para el destino diferente del proceso de la modernidad entre Europa y el resto del mundo,

[19] Quijano, Aníbal, *op. cit.*, p. 217.
[20] Bartra, Armando, "Preámbulo: la modernidad bárbara", en *El México bárbaro del siglo XXI*, Carlos Rodríguez Wallenius y Ramsés Arturo Cruz Arenas (coords.), UAM-X, CSH, México, 2013, p. 16.
[21] *Ibid.*, p. 17.
[22] Quijano, Aníbal, *op. cit.*, p. 217.
[23] *Ibid.*, p. 218.

donde a final de cuentas, como bien dice Bartra, "mentirosas resultaron a las postre las tres grandes promesas de la modernidad, la *libertad* derivó en crónico estado de excepción, la igualdad desembocó en acumulación primaria permanente [acumulación por desposesión] y la *fraternidad* devino biopoder".[24]

> Lo rescatable de la modernidad no son los consabidos aportes que siempre esgrimen los positivistas: los antibióticos, la comunicación a distancia… Lo rescatable de la modernidad desde la perspectiva del sujeto, es la pasión constructiva que la animó en sus tiempos heroicos y sobre todo la resistencia: lo que logramos a pesar del capitalismo, lo que hicimos a contrapelo. Incluyendo salvarlo —y salvarnos— de su compulsión suicida que lo lleva a depredar sin medida a la sociedad y a la naturaleza. Así lo entendía Karl Polanyi al señalar que el veneno produce su antídoto y que con el capitalismo nace la resistencia al capitalismo.[25]

He aquí el papel crucial de la resistencia ante esta *modernidad bárbara*, así como la pasión humana constructiva de crear y recrear mundos, dando cuenta de la ambivalencia de la subjetividad moderna, que por una parte significa sujetamiento a dispositivos de poder y, por otra, procesos de construcción de subjetividad o de subjetivación. Por esto es importante hablar de lo que se ha hecho a contramano de la modernidad capitalista —*modernidad bárbara*, como la llama Armando Bartra—, esto es, el papel de la resistencia ante "la codiciosa, mercantilista, instrumental y desencantada propuesta civilizatoria de la modernidad capitalista", y los procesos populares de nuestra América como contrapunto y afirmación de su propio proyecto jurídico, económico y político; en su negativa a consentir el sacrificio de la "forma natural" de la vida y su mundo, frente a "la actualización capitalista de las posibilidades abiertas por la modernidad".[26]

Ceguera constitucional y sujeto de derecho

Al culminar los tres siglos de colonialismo hispano en México, el reconocimiento de las desigualdades sociales por la ideología y el Derecho de la dominación hispánica se vio desplazado por una ideología y un Derecho que considera que todos son libres e iguales, social, jurídica y políticamente, dotados

[24] Bartra, Armando, *op. cit.*, p. 11.
[25] *Ibid.*, pp. 11 y 12.
[26] Echeverría, Bolívar, *La modernidad de lo barroco,* México, Era, 2011, p. 15.

de derechos por naturaleza.[27] Concepción del Derecho que choca con todos los supuestos culturales de todos los órdenes anteriores, al concebir al individuo "sujeto de derecho" por naturaleza propia. No obstante, con todo y su aparente carácter emancipador y universalista, el derecho liberal y su punto de partida de igualdad formal, en los hechos, encubren la realidad y son funcionales para un nuevo colonialismo. Precisamente el colonialismo de la segunda etapa de la modernidad —o modernidad madura—, donde la revolución industrial del siglo XVIII y la Ilustración profundizan y amplían el horizonte ya comenzado a fines del siglo XV —primera modernidad o modernidad temprana—. En esta nueva etapa colonial, Inglaterra reemplaza a España como potencia hegemónica,[28] cuya dilatación jurídica se manifiesta de manera visible en el constitucionalismo demoliberal de América Latina en los siglos XIX y XX; especialmente sus versiones liberal y conservadora, mismas que, pese a sus diferencias, coincidían en su paternalismo y desconfianza frente al ejercicio de la soberanía popular como poder constituyente y como poder constituido. Esta desconfianza no provenía únicamente de un puro elitismo político, sino más bien de una ideología que se nutría de la naturalización y justificación seudocientífica que proveía el discurso racista a la matriz de colonialidad del poder.[29]

Como explica Dussel, el pensamiento político de la modernidad eurocéntrica, instaurado en estas tierras con la invasión y posterior conquista de América en 1492, ha definido por lo general el poder como dominación.[30] En este sentido, el Estado Territorial Moderno —invención genuinamente europea y constitutiva del mundo moderno/colonial— nació como un poderoso instrumento de control y dominación, cuyos límites fronterizos delimitan su soberanía. Así, la *razón de Estado* moderno/colonial se colocó —mediante la violencia física y epistémica— por encima de los hombres y las mujeres comunes, instaurando un derecho que se pretende universal y por encima del derecho de los pueblos dominados.[31] Este proceso histórico que desemboca, en nuestra región, en los nacientes estados latinoamericanos, trajo profundas

[27] De la Torre Rangel, Jesús Antonio, "Derechos de los pueblos indígenas", en *Ixtus. Espíritu y cultura. «Con los pies en la tierra o la fuerza de la localidad»,* año XI, núm. 42, México, 2003, p. 70.
[28] Dussel, "Europa, modernidad…", *op. cit.*, p. 47.
[29] Medici, Alejandro, "Los poderes innominados del constitucionalismo latinoamericano. La necesidad de un nuevo marco de comprensión y comparación crítico situado", en *Redhes. Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales,* año IV, núm. 8, Julio-Diciembre, San Luis Potosí, 2012, p. 61.
[30] Dussel, Enrique, *20 tesis de política,* México, Siglo XXI, 2006, p. 13.
[31] Porto Gonçalves, Carlos Walter, "Da geografia às geo-grafias: um mundo em busca de novas territorialidades", en *La guerra infinita. Hegemonía y terror mundial*, Ana Esther Ceceña y Emir Sader (comps.), CLACSO, Buenos Aires, 2002, p. 224.

repercusiones no sólo en el ámbito epistemológico, sino también en el jurídico-político, ya que el modelo de estado constitucional adoptado por las nacientes repúblicas tiene que ver, sin duda, con una pretensión emancipatoria de la modernidad, que es, desafortunadamente, ciega a la colonialidad. Esto significa que su componente jurídico —el Derecho como lenguaje normativo del Estado—, medio de organización con pretensión legitima y legal de violencia, se construirá sobre premisas epistemológicas coherentes con el carácter moderno/colonial.[32] Bajo este esquema, como dice Bartolomé Clavero, "la negación del derecho del colonizado comienza por la afirmación del derecho del colonizador", lo que constituye la manifestación paradigmática de toda una cultura —o bloque de 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 "afortunados individuos" que responden a la concepción liberal de humanidad; naturaleza humana que resulta de una apreciación de lo que serían los individuos humanos con entera independencia de sus relaciones sociales y sus contextos de vida.[33] Así, se consideran seres humanos aquellos que encajan en la nueva subjetividad abstracta y hegemónica: varón, blanco, padre de familia, propietario, letrado y heterosexual.

> El derecho y la formación histórica moderna de lo que se conoce como "espacio público", tienen en Europa un anclaje renacentista e ilustrado a través del cual re-nace el ser humano como Sujeto Universal (y masculino) de la noción misma de "derecho". No otra cosa significa el que los "derechos humanos" de hoy, hayan sido llamados en el siglo XVIII, "derechos del hombre" (droits de L'homme). A esto se han referido autores como Derrida y Butler, que nos hablan de una versión "falogocéntrica" del Sujeto de la modernidad, el individuo ilustrado. Esta versión estaría inscrita en la historia de occidente y habría sido proyectada al mundo en los últimos siglos, a través de multiformes procesos de hegemonía política, militar y cultural.[34]

Clavero señala que el término individuo no es anterior al siglo XVIII y no equivale entonces a *persona*; surge precisamente para significar algo distinto. Con esta nueva expresión, ahora resulta que la mujer o el trabajador son *personas*, pero no *individuos*; cuentan como ubicación propia del *status* de subordinación doméstica, pero no tienen acceso a la condición de sujetos de libertad, condición que se hace extensiva sólo a todas aquellas *personas* que

[32] Medici, Alejandro, *La constitución horizontal..., op. cit.*, p. 31.
[33] Clavero, Bartolomé, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, México, Siglo XXI, 1994, p. 21.
[34] Rivera Cusicanqui, Silvia, *Violencias (re) encubiertas en Bolivia*, La Paz, Piedra Rota, 2010, p. 203.

respondan a los requerimientos de la concepción eurocéntrica de los derechos de libertad y propiedad.[35] Se trata de una nueva subjetividad hegemónica en la que —evidentemente— no encajan los indios americanos —y mucho menos las indias—:

> El indígena que permanece en su cultura y en su comunidad, con su lengua y sus costumbres, es sujeto, pero no puede serlo. No puede serlo para un ordenamiento en el que no caben tales cosas. Lo es, podrá serlo, si las abandona. De no hacerlo, cubre ahora incluso menos requisitos. No hay espacio realmente constitucional para el estado de etnia.[36]

La modernidad occidental gesta la idea del individuo humano como sujeto de derecho sin necesidad de pasar por la persona, esto es, por la categoría tradicional que significaba capacidad jurídica conforme a *status* en la sociedad. Con ello empezó a concebirse que el individuo pudiera tener, sin más, por propia naturaleza, algún derecho no dependiente del orden constituido.[37] Así también se concibe y nace la cultura constitucional y se expande a nuestra *América*, como todo un bloque de cultura —la cultura constitucional— que habla de derechos de los individuos y de una libertad individual identificada con la propiedad privada. Estamos ante la cultura del *individualismo* posesivo que quiere hacerse constitutivo de toda la sociedad humana,[38] reduciendo el fenómeno de lo jurídico al canon liberal de producción normativa que, en términos constitucionales, sienta las bases para el reparto social de los bienes y la palabra, otorgando el monopolio del normar y el nombrar al colonizador. Es en atención a este canon de producción del Derecho y organización política que se sientan las bases de un *Estado aparente* —usando la expresión acuñada por René Zavaleta—; esto es, un Estado que presenta una estructura colonial y patrimonialista, misma que es centralista, monocultural, monorganizativa y excluyente.[39]

Por lo anterior, siguiendo a la jurista brasileña Andressa Caldas, podemos afirmar que dentro del pensamiento jurídico de la modernidad no hay espacio para que se desarrollen integralmente otras subjetividades jurídicas. Esto significa que la definición de lo que son bienes o no y quiénes son sujetos o

[35] Clavero, Bartolomé, *El Orden de los poderes. Historias Constituyentes de la Trinidad Constitucional*, Madrid, Trotta, 2007, p. 49.
[36] *Ibid., Derecho indígena..., op. cit.*, p. 37.
[37] *Ibid., El Orden de los poderes..., op. cit.*, p. 91.
[38] Herrera Flores, Joaquín, Hinkelammert, Franz J., Sánchez Rubio, David y Gutiérrez, Germán, *El Vuelo de Anteo*, Bilbao, Desclée de Brower, 2000, p. 104.
[39] Medici, Alejandro, *La constitución horizontal..., op. cit.*, p. 53.

no, constituye una elección arbitraria, determinada por un modelo de sociedad dado, que puede ser localizado geográfica e históricamente.[40] El derecho occidental moderno sólo reconoce la existencia de una realidad determinada si ésta se cubre con el traje de una de sus formas jurídicas establecidas, sólo así, los hechos de la vida comienzan a existir jurídicamente y producen efectos.[41] Se olvida que el origen del derecho occidental de raíz eurocéntrica se caracteriza por la decisión —fundacional y atributiva— de conferir tal carácter a algunos bienes. Paralelamente a este hecho se encuentra la atribución de titularidad a los portadores de dichos bienes: los sujetos de derecho. Este modelo conceptual se verá universalizado al grado de constituirse en modelo y referente para juzgar y definir lo que es o no jurídico, tomando como punto de partida el análisis de lo que se puede llamar la "racionalidad interna" de los conceptos jurídicos, misma que se caracteriza por su pretensión de atemporalidad, universalidad, neutralidad científica, generalidad y abstracción.[42]

> Para que lo anterior sea factible, el sistema jurídico occidental impone ciertas "formas de raciocinio" que no pueden ser comprendidas sino mediante ciertas restricciones teóricas, ideológicas. Así se constituye aquello que Edelman ha llamado "cordón sanitario". El derecho, a través de sus categorías puras, despolitiza los "problemas políticos", destierra el carácter económico de los "problemas económicos", autodefiniéndose por medio de las fronteras que él mismo hace brotar. De acuerdo con este barniz científico y neutral, la causa del derecho no es la realidad social en sí, sino las ficciones creadas por el propio discurso jurídico. Lo anterior, en gran medida, es posible gracias a un lenguaje autorreferencial, construido en estos términos.[43]

El individualismo, entendido como la afirmación del individuo en cuanto principio y valor, tiene conjuntamente una responsabilidad especial en la formación moderna del Derecho, no sólo en lo que concierne a la construcción de las nociones de "sujeto de derecho" y de "propiedad", sino también en la representación monolítica de la titularidad de los bienes. Para el individualismo, sólo los individuos particulares son lo verdadero —acorde con la escuela nominalista—, esto es, lo propiamente real. Lo social o comunitario se reduce a mera "fórmula conceptual" carente de realidad. De modo que para el individualismo lo que se designa con los nombres de "comunidad" o "sociedad" no son sino la suma de actos internos y externos mediante los

[40] Caldas, Andressa, *La regulación jurídica del conocimiento Tradicional: la conquista de los saberes*. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), Bogotá, 2004, p. 74.
[41] *Ibid.*, p. 34.
[42] *Ibid.*, p. 35.
[43] *Ibid.*, p. 37.

cuales se relacionan los hombres entre sí.[44] "Como es comprensible, de tal modo de ver al ser humano y a la sociedad resulta la negación de todas las exigencias que apelan al bien de cualquier sociedad, cuya existencia se niega por principio".[45] De esta concepción obtenemos —como nos dice Antonio Hespanha— una serie de individuos "desnudos", intercambiables, abstractos, "generales", iguales; meros átomos de una sociedad que, al olvidar tales "cualidades" de las que ahora se puede prescindir, podía también ser olvidada por la teoría social y política. Una vez que se olvida la sociedad, esto es, el conjunto de vínculos interpersonales, lo que queda es el individuo, suelto, aislado, desposeído de sus atributos sociales.[46]

Por ello, las nociones de individuo y sujeto de derecho serán centrales para la comprensión y la constitución de todo el sistema político y jurídico de la modernidad occidental capitalista, pues el modo de producción capitalista exige, para su constitución y como garantía de su conservación, que los intercambios comerciales y la venta de la fuerza de trabajo sean realizados de forma individual y aislada. De tal modo que la equivalencia entre el individuo y el sujeto de derecho no es algo evidente, sino que es construida de acuerdo con las necesidades de este modo de producción, ya que para el éxito de la transformación de la fuerza de trabajo en mercancía resulta indispensable que sus "propietarios" estén aislados, es decir, que entre ellos no exista ningún vínculo o sentimiento de pertenencia.

> De esa forma, los así considerados "individuos" —ya desposeídos de los medios de producción— se ven obligados a vender su fuerza de trabajo por necesidad económica, aunque jurídicamente dichos "sujetos de derecho" sean libres. Según Miaille, "el sujeto de derecho es un sujeto de derechos virtuales, perfectamente abstractos: animado apenas por su voluntad, tiene la posibilidad, la libertad de obligarse, a vender su fuerza de trabajo a otro sujeto de derecho.[47]

En consecuencia, el funcionamiento del modo de producción capitalista depende de la noción de sujeto de derecho y de la atribución de personalidad jurídica a todos los individuos. No obstante, el intercambio de mercancías, que expresa en realidad una relación social —la relación social capitalista— entre el propietario del capital y los propietarios de la fuerza de trabajo, quedará oculto por "relaciones libres e iguales", que en apariencia provienen

[44] *Ibid.*, p. 41.
[45] De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *Del pensamiento jurídico contemporáneo. Aportaciones críticas*, CEDH y UASLP, San Luis Potosí, 2006, p. 24.
[46] Caldas, *op. cit.*, pp. 41-42.
[47] *Ibid.*, p. 50.

únicamente de la "voluntad de individuos independientes", lo que en el plano jurídico adoptará la forma de una institución: la del *sujeto de derecho*.[48] Así se comprende que la implantación del modo de producción capitalista haya traído consigo la necesidad de universalización de estos conceptos, esto es, que todos deben convertirse necesariamente en propietarios —de medios de producción o de la fuerza de trabajo que venden—, ocultando toda relación de dominación y explotación tras el velo de la autonomía de la voluntad. Es por esto que Pietro Barcellona afirma que, en la época moderna, el sujeto se presenta en calidad de propietario: el sujeto de derecho moderno es el sujeto de la propiedad moderna.[49] Sin embargo, es importante advertir que estas nociones teóricas —modernas— fueron construidas en un momento histórico dado y, una vez elaboradas, adquirieron un movimiento retroactivo que llega a abarcar todo el pasado, lo que hace difícil no pensar que han existido desde siempre. Además de que el uso de estas categorías —como explican Karl Polanyi e Iván Illich— obedece a la lógica economicista que pretende que todos debemos, por derecho, vivir igual —como *homos aequalis*—, a pesar de que en la antigüedad era impensable que dos comunidades o pueblos vivieran de la misma manera o, mucho más difícil de pretender, que alguna de ellas impusiera su modo de vida a otras.

En atención a esto, Caldas muestra la función ideológica de esta conceptualización del sujeto de derecho y de la propiedad privada, haciendo un análisis de la idea de derecho subjetivo en Hans Kelsen:

> Para Kelsen, la noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera persistente en el individuo o en ciertas colectividades… la función ideológica de esta conceptualización del sujeto de derecho como portador del derecho subjetivo "trata de mantener la idea de que el derecho subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables". Kelsen continúa afirmando que no resulta difícil comprender por qué la ideología de la subjetividad jurídica se vincula con el valor ético de la libertad individual, de la personalidad autónoma, cuando en esta libertad también está incluida siempre la propiedad.[50]

[48] *Ibid.*, p. 51.
[49] Barcellona, citado en *Ibid.*, p. 90.
[50] *Ibid.*, p. 52.

El influyente jurista austriaco busca la perennidad e inmutabilidad del derecho de propiedad, suprimiendo —ocultando— el momento histórico en que surge dicha categoría, pues aborda el análisis desde el punto de vista de la atemporalidad. El efecto de esto en nuestra América —como ya lo hemos dicho— no es la universalización del Derecho, sino la entronización del canon eurocéntrico y colonial de producción normativa, y la expulsión radical de cualquier otra forma o manifestación jurídica. En otras palabras, la imposición de un derecho individualista cuyo contenido favorece el desarrollo del modo de producción capitalista, con todas sus consecuencias alienantes; y es que el individualismo liberal como amplio marco ideológico, unido a otros factores históricos, va a fomentar el desarrollo del modo de producción capitalista, caracterizado por la idea del predominio del capital como factor de producción sobre el trabajo y la apropiación privada de los medios de producción, lo que acarrea la separación entre la posesión del capital y la fuerza de trabajo. Con lo cual surgen dos tipos de personas o clases sociales: la burguesía —dueña de los medios de producción— y el proletariado —dueño sólo de su fuerza de trabajo—. Este último alienado por la primera.[51]

Dicha entronización del derecho de la modernidad colonial, en nuestro país, tiene como consecuencia, no sólo que el indígena se encuentre en una posición subordinada frente al colonizador y su derecho —como en el orden jurídico novohispano—, sino que ahora resulta que no tiene sitio ninguno si no se muestra dispuesto a abandonar completamente sus costumbres y a deshacer enteramente sus comunidades para lograr integrase en el único mundo constitucionalmente concebible del derecho moderno.[52] Por lo que tiene razón Rivera Cusicanqui cuando afirma que "el igualitarismo de los liberales se convirtió así en una mera fachada retórica, donde las palabras se usaban para encubrir la realidad, no para nombrarla".[53] A final de cuentas, la moraleja de esta historia —explica Medici— es que no podemos creer ingenuamente que esta dialéctica en el estado constitucional, entre derechos y poderes, es un resabio o algo inventado por el capitalismo salvaje neoliberal, sino que esos síntomas de malestar en la cultura jurídica de nuestra región son, en realidad, el tramo actualmente visible de una larga historia del constitucionalismo moderno/colonial que debemos rastrear, entonces, con una mirada geopolíticamente situada.[54]

[51] De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *Del pensamiento jurídico..., op. cit.*, pp. 55-56.
[52] Clavero, Bartolomé, *El Orden de los poderes..., op. cit.*, p. 26.
[53] Rivera Cusicanqui, Silvia, *Gestión Pública Intercultural. Pueblos Originarios y Estado*, Servicio Nacional de Administración de Personal, La Paz, 2008, p. 31.
[54] Medici, Alejandro, "Los poderes innominados…", *op. cit.*, p. 60.

El sujeto de derecho producido por el dogmatismo jurídico liberal hegemónico es entendido como un individuo competitivo, abstracto, ahistórico —descontextualizado— y universal. Esto se encuentra fundamentado en una falacia que propugna una razón pura universal y de igualdad formal, o igualitarismo liberal. De manera que resulta necesario hacer una crítica a este dogmatismo, precisamente desde los márgenes de la cultura jurídica occidental, ya que, según la concepción liberal, los Derechos Humanos se determinan independientemente de las condiciones sociohistóricas de los sujetos —como explica Manuel Gándara—. De esta manera, los derechos se definen teniendo como punto de partida justificaciones de carácter metafísico o religioso, o desde una determinada comprensión de la naturaleza humana, por tanto, deben poseer un carácter universal. No obstante, tal universalidad se concibe de manera abstracta, desconociendo la configuración de los factores sociales que afectan de manera diferenciada a las personas y los grupos. Así se incurre en una dejación de las condiciones socioeconómicas y de las construcciones culturales desde las cuales los derechos se conciben y son, o no, susceptibles de hacerse efectivos.[55]

Siguiendo el pensamiento de Joaquín Herrera Flores y Helio Gallardo, el mismo Manuel Gándara nos dice que esta concepción abstracta de los derechos no sólo desconoce, sino que oculta las condiciones materiales y las relaciones sociales y políticas, que están marcadas por profundas diferencias y asimetrías de poder. Tal práctica de invisibilización es funcional al sostenimiento y reproducción de un cierto tipo de condiciones históricas. Junto a la abstracción, el liberalismo afirma el formalismo legal que defiende la necesidad de una positividad normativa indiferente a las especificidades propias de las condiciones materiales en que las personas realizan su vida. Se sostiene la igualdad formal ante la ley en obligaciones y capacidades jurídicas, al tiempo que se desconoce y oculta la desigualdad de fondo que subyace al sistema de relaciones sociales marcado por lógicas de dominación, explotación y discriminación. Se descalifica y oculta de este modo el papel que las personas, grupos, colectivos, pueblos y movimientos sociales juegan en la definición, construcción y sostenimiento del derecho, en la búsqueda por satisfacer sus necesidades y expectativas de vida, en el marco de una disputa de poder entre distintas concepciones de lo que debe ser la realidad social.[56]

Como explica Santiago Castro-Gómez, con la modernidad/colonial, la formación del ciudadano como *sujeto de derecho*, sólo es posible dentro del

[55] Gándara, Manuel, *Hacia un pensamiento Crítico de Derechos Humanos. Aportes en Diálogo con la Teoría de Joaquín Herrera Flores*, Tesis Doctoral, Sevilla, 2013 (mimeo), pp. 237-238.
[56] *Ibid.*, p. 238.

marco de una escritura disciplinaria. En este caso, dentro del espacio de legalidad definido por la Constitución: la cultura constitucional. La función jurídico-política de las constituciones modernas es, precisamente, inventar la ciudadanía, es decir, crear un campo de identidades homogéneas que hicieran viable el proyecto moderno de la gubernamentabilidad.[57] De modo que, la *invención de la ciudadanía* y la *invención del otro*, se hallan genéticamente relacionados; crear la identidad del ciudadano moderno en América Latina implicó generar un *contraluz* a partir del cual esa identidad pudiera medirse y afirmarse como tal. En otras palabras, la construcción del imaginario de la "civilización" exigió necesariamente la producción de su contraparte: el imaginario de la "barbarie" —el hombre de razón frente al indio—. Se trata de imaginarios que poseen una materialidad concreta, en el sentido de que se hallan anclados en sistemas abstractos de carácter disciplinario como la escuela, la ley, el Estado, las cárceles, los hospitales y las ciencias sociales. Es precisamente este vínculo entre conocimiento y disciplina lo que permite hablar del proyecto de la modernidad como el ejercicio de una violencia epistémica y el proceso de gubernamentalización como una nueva racionalidad del poder; traducida en un colonialismo interno/externo.[58]

> ...la modernidad es un "proyecto" en la medida en que sus dispositivos disciplinarios quedan anclados en una doble gubernamentabilidad jurídica. De un lado, la ejercida hacia adentro por los estados nacionales, en su intento por crear identidades homogéneas mediante políticas de subjetivación; de otro lado, la gubernamentabilidad ejercida hacia afuera por las potencias hegemónicas del sistema-mundo moderno/colonial, en su intento de asegurar el flujo de materias primas desde la periferia hacia el centro. Ambos procesos forman parte de una sola dinámica estructural.[59]

Es comprensible entonces que el colonialismo moderno/colonial, así como su expresión jurídica, constituyan una relación de dominación fundada en la guerra —la conquista como violencia fundacional— y la prolongación de sus efectos en la "paz"; "esto es lo que abre las puertas al orden de la soberanía y un régimen jurídico que es el poder absoluto": el Estado Territorial Moderno. Este poder absoluto se finca en el miedo, en "la voluntad de preferir la vida a la muerte", como fundamento de la soberanía que —en palabras de Michel Foucault— "es tan jurídica y legitima como la constituida según el modelo

[57] Castro-Gómez, Santiago, "Ciencias sociales, violencia epistémica y el problema de la 'invención del otro'", en Lander, Edgardo [comp.], *La colonialidad..., op. cit.*, p. 149.
[58] *Ibid.*, p. 151.
[59] *Ibid.*, p. 153.

de la institución y el acuerdo mutuo".[60] Lo que propone la teoría de la soberanía es constituir lo que Foucault llamó el ciclo del sujeto [súbdito], esto es, cómo el sujeto —entendido como individuo dotado naturalmente (o por naturaleza) de derechos— puede y debe convertirse en un sujeto [súbdito] sometido a una relación de poder. De este modo, Foucault pone en evidencia las relaciones de dominación y los instrumentos técnicos que permiten asegurarlas, preguntándose, no el por qué y en nombre de qué derechos los individuos pueden aceptar dejarse someter —Leviatán hobbesiano—, sino cómo son fabricados como sujetos [súbditos] por medio de las relaciones de sometimiento concretas. Lo relevante es "la fabricación de sujetos [súbditos] más que la génesis del soberano".[61] Lo que, llevado al ámbito de colonialismo, puede denominarse como la fabricación de *sujetos coloniales*, utilizando la expresión de John Sullivan.[62]

En esta línea, Santiago Castro-Gómez hace hincapié en el vínculo entre modernidad y colonialismo, es decir, en el impacto de la experiencia colonial en la formación de las relaciones propiamente *modernas* de poder en América, ya que es a partir del colonialismo que se generó este tipo de poder disciplinario que caracteriza a las sociedades modernas. Esto significa que el Estado-nación moderno, no sólo ejerce un poder soberano dentro de un determinado territorio, sino también opera como una "maquina generadora de otredades" que deben ser disciplinadas.[63]

> ...la expoliación colonial es legitimada por un imaginario que establece diferencias inconmensurables entre el colonizador y el colonizado. Las nociones de "raza" y de "cultura" operan aquí como un dispositivo taxonómico que genera identidades opuestas. El colonizado aparece así como lo "otro de la razón", lo cual justifica el ejercicio de un poder disciplinario por parte del colonizador. La maldad, la barbarie y la incontinencia son marcas "identitarias" del colonizado, mientras que la bondad, la civilización y la racionalidad son propias del colonizador. Ambas identidades se encuentran en relación de exterioridad y se excluyen mutuamente. La comunicación entre ellas no puede darse en el ámbito de la cultura —pues sus códigos son inconmensurables— sino en el ámbito de la Realpolitik dictada por el poder colonial. Una política "justa" será aquella que, mediante la implementación de mecanismos jurídicos y disciplinarios, intente civilizar al colonizado a través de su completa occidentalización.[64]

[60] Foucault, Michel, *Defender la Sociedad. Curso en el Collège de France (1975-1976)*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, pp. 92-93.

[61] *Ibid.*, pp. 49-51.

[62] *Cfr.* Sullivan, John, "La congregación como tecnología disciplinaria en el siglo XVI", en *Estudios de Historia Novohispana*, vol. 16, núm. 16, México, 1996.

[63] Castro-Gómez, Santiago, *op. cit.*, p. 152.

[64] *Ibid.*, p. 153.

Como explica Alejandro Medici —siguiendo a Giorgio Agamben y Michel Foucault—, en los estados modernos el discurso de los derechos humanos y la ciudadanía ha sido la forma de sacralizar la *nuda vida* (*zoé*) en tanto que vida natural (dato biológico), para inscribirla en el Derecho como *vida políticamente cualificada* (*bíos*). De acuerdo con este discurso, el simple nacimiento de los seres humanos, en tanto que libres, iguales y dotados de derechos innatos —conforme al canon liberal—, marca el fundamento de la bíos, la vida políticamente cualificada; el sujeto de derecho.[65] Sin embargo, lo cierto es que mientras se constitucionaliza la vida como sagrada en forma de derechos, en la realidad, en los espacios sociales disciplinarios y productivos, se administra biopolíticamente la *nuda vida*. De este modo la *bíos*, en tanto vida políticamente *calificada*, aparece en la esfera de la circulación como fundada en la sacralidad de la *zoé*, al tiempo que ésta es sometida, en el plano de la biopolítica y de la disciplina, a una administración normalizadora".[66] Así, junto a la idea del poder —sujeción al poder—, aparece la idea de la libertad —derechos humanos—. Se trata de la noción liberal de autonomía de los sujetos, ligada al discurso iusnaturalista contractualista, en el que la zoé siempre implica la libertad e igualdad; y los derechos innatos de las personas deben ser asegurados por la *bíos* o *la vida políticamente calificada*.[67]

No obstante, lo absurdo de este discurso consiste en que la afirmación política de la sacralidad de la vida y, al mismo tiempo, su carácter biopolíticamente prescindible, constituyen una paradoja de la concepción de los derechos humanos desde la perspectiva liberal, ya que éstos inicialmente no son más que la inscripción de la nuda vida (zoé) en el orden jurídico político de los estados modernos. Así, el "sujeto" deviene objeto asujetado a políticas de administración de la vida, ya que los dispositivos biopolíticos constituyen una *tekné* al servicio de la administración de las corporalidades, mismas que son inventariadas considerando su valor como bien de capital, ya sea como bienes de uso o sobrantes carentes de valor por los poderes de normalización.[68] En este sentido, tiene razón Agamben cuando dice que la *nuda vida* se encuentra tutelada por los llamados derechos humanos, sin embrago, también esto implica su sometimiento a un poder soberano (sujetos [súbditos]). Se considera a la población en tanto que conjunto de vivientes sometidos a

[65] La *bíos*, la comunidad política en tanto que forma de vida específica. Una forma de vida políticamente cualificada orientada al buen vivir, como decía Aristóteles.

[66] Medici, Alejandro, *El malestar en la cultura jurídica. Ensayos críticos sobre políticas del derecho y derechos humanos*, Universidad de la Plata, Buenos Aires, 2011, p. 90.

[67] *Ibid.*, p. 78.

[68] Eroles, Carlos, Gagneten, María Mercedes y Sala, Arturo, *Antropología, Cultura Popular y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Espacio, 2004, pp. 61-62.

las constantes biológicas de la especie. Esto es, la vida comprendida simplemente como dato biológico, determinada a partir de la vigencia de las funciones biológicas del cuerpo. En este sentido, la *vida* llega a ser un dato más de la *función de producción*. La *vida* es la productividad o utilidad de un cuerpo. Entonces, la *vida* resulta escindida de su ámbito social y natural, queda reducida a un dato individual, aislable y en última instancia colateral. En consecuencia, la vida —o las vidas— son prescindibles, por el hecho de que son reproducibles.[69]

> La sacralidad de la vida, que hoy se pretende hacer valer frente al poder soberano como un derecho humano fundamental en todos los sentidos, expresa, por el contrario, en su propio origen una sujeción de la vida a un poder de muerte, su irreparable exposición en la relación de abandono… La gran metáfora del *Leviatán*, cuyo cuerpo está formado por todos los cuerpos de los individuos, ha de ser leída a esta luz. Son los cuerpos absolutamente expuestos a recibir muerte, de los súbditos los que forman el nuevo cuerpo político de occidente.[70]

Esta biopolítica es analizada por Giorgio Agamben rescatando una vieja figura del derecho romano, el *homo sacer*; figura jurídica que se refiere a una persona proscrita que puede morir o ser asesinada por cualquiera con impunidad, su muerte no es éticamente condenable. Si bien, según Agamben, el paradigma biopolítico moderno es el campo de concentración, su manifestación actual la podemos encontrar en los cada vez más amplios procesos de exclusión dentro de nuestras sociedades en el contexto de un neoliberalismo salvaje, que subordina la lógica de los derechos humanos, la autonomía, la autoestima y la responsabilidad de los seres humanos a la lógica de los "buenos negocios" o, como diría Franz Hinkelammert, a una lógica de *eficiencia sacrificial* que prima la relaciones mercantiles sobre la vida humana y el *lugar* en el que se desarrolla. No obstante, es necesario destacar —como explica Medici— que la gubernamentalidad liberal se ejerce, no sólo ni directamente, por el estado soberano, sino a través de una serie de dispositivos de poder que influirán indirectamente en las conductas de la población; "una retícula de saberes, poderes, disciplinas, normas morales y jurídicas, reglas, trozos y retazos de discursos de distintos géneros, articulados de forma estratégica y flexible para responder a la necesidad de producir efectos de poder".[71]

[69] *Cfr.* Neri Pereyra, Juan Pablo, "Reterritorialización. Fugas para pensar el Estado Plurinacional", en *Pluralismo. 11 Tesis*, Centro de Estudios Constitucionales, La Paz, 2013.
[70] Agamben, Giorgio, *Estado de Excepción. Homo sacer II, 1*, Pre-Textos, Valencia, 2010, p. 159.
[71] Medici, Alejandro, *El malestar…, op. cit.*, p. 58.

De modo que es factible definir la gubernamentalidad liberal como la conducción de las conductas a través de formas indirectas, de modo tal que la acción directa del Estado se reduce a un mínimo indispensable y se invisibiliza lo máximo que sea posible, articulando diferentes "modos de subjetivación" de los seres humanos en la cultura occidental. El racismo se articula con el poder colonial para construir la imagen de etnias y pueblos inferiores. Luego, al interior de la propia sociedad y gubernamentalidad liberal, la biopolítica de la peligrosidad social y el racismo construirán la dimensión de colonialidad interior del propio biopoder.[72] De este modo, la expoliación colonial se ve legitimada mediante el uso de las nociones de "raza" y de "cultura" como dispositivo taxonómico que genera identidades opuestas, ligado al concepto de la "colonialidad del poder", que amplía y corrige el concepto foucaultiano de "poder disciplinario", al mostrar que los dispositivos panópticos erigidos por el Estado moderno se inscriben en una estructura más amplia, de carácter mundial, configurada por la relación colonial entre centros y periferias a raíz de la expansión europea.[73] En otras palabras, la gubernamentalidad liberal opera mediante *inclusiones realmente excluyentes* —incluyen excluyendo y excluyen incluyendo—, que privan de derechos, pero no permiten escapar a poderes.

Esto es así porque el paradigma moderno/colonial se ha construido con base en categorías dualistas (o abismales), tales como: objeto y sujeto, materia y espíritu, cuerpo y mente, emoción y razón, sociedad e individuo, donde el segundo de los términos fue marcado como el significado dominante adscripto al punto de enunciación imperial desde donde se juzga, se mide y se establecen los estándares de lo normal y lo deseable: lo moderno.[74] Así también, nos recuerda Bartolomé Clavero, "la posición de libertad es tan radical que genera sus propios presupuestos. Sólo el hombre que se concibe y actúa de tal manera, como propietario de sí mismo para la apropiación de la naturaleza, es libre". Se trata de un prototipo que se presume europeo y moderno y del que puede, por tanto, excluirse todo resto de humanidad: "no es un juego de palabras deducir entonces que no todo hombre es libre, sino tan sólo el hombre libre, esto es, el no esclavo, no objeto de propiedad, y además propietario él mismo en los términos de una determinada cultura de la apropiación".[75]

[72] *Ibid.*, p. 68.
[73] Castro-Gómez, Santiago, *op. cit.*, p. 153.
[74] Medici, Alejandro, *La constitución horizontal…, op. cit.*, p. 150.
[75] Clavero, Bartolomé, *El orden de los…, op. cit.*, p. 88.

Con base en este paradigma, no sólo se han construido subjetividades, sino también territorialidades; se ha construido la naturaleza como externa a la cultura y en función de lo cual se ha re-organizado el tiempo y el espacio —un nuevo tiempo y espacio hegemónico, dirían los zapatistas chiapanecos—. Se trata de una lógica abstracta y ciega a las condiciones materiales de existencia, apuntalada por el formalismo jurídico que prioriza el "derecho" sobre el "bien", mediante la sublimación de la norma jurídica y sus procedimientos —derecho positivo y sus garantías— frente a los proyectos vitales y los valores que conforman la concepción de una "vida digna de ser vivida" —el buen vivir o la buena vida—, concebida desde otros "lugares" sociales u otros lugares de enunciación del derecho. Sucede, como dice Joaquín Herrera Flores, que sublimamos el fundamento en una huida hacia la forma. Llegando con ello a basar todo nuestro análisis en una hostilidad hacia la materialidad —y/o eficacia— de los productos culturales.[76]

Sin duda alguna, la objetivación de los derechos es una faceta importante de los derechos humanos, ya que el proceso de institucionalización y reconocimiento normativo —a escala nacional e internacional— es consecuencia de movimientos y procesos sociales que se crearon para reivindicar mayores espacios de libertad y denunciar distintas formas de exceso del poder (económico, cultural, étnico, libidinal…). De ahí la importancia que tiene la dimensión jurídico-positiva de los derechos humanos, pues muchos son los colectivos que luchan por este tipo de reconocimiento que objetiva sus reivindicaciones. No obstante, darle una excesiva importancia a esta dimensión, hasta considerarla el único camino posible para la dignidad humana —la vida buena—, provoca varias consecuencias negativas, entre las que destaca el blindaje de los derechos que merecen ser tratados bajo la categoría de fundamentales y los que no, impidiendo y limitando la dimensión histórica, dinámica, inconclusa y abierta de los mismos y su multifacética opción de que puedan existir sin que sea necesaria una norma que los convierta en reales al ser institucionalizados.[77] Por ello, esta crítica va encaminada a desmantelar la postura liberal y positivista que se autopostula como el único y verdadero camino para alcanzar una "vida buena". Como bien nos dice el economista

[76] Herrera Flores, Joaquín, "Reseña el malestar de la cultura jurídica", en *Redhes. Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, año III, núm. 5, enero-junio, San Luís Potosí, 2011, p. 190.

[77] 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 *Revista de investigaciones jurídicas*, núm. 38, Escuela Libre de Derecho, México, 2014, p. 550.

ecuatoriano, Alberto Acosta, el Buen Vivir es un concepto plural, al grado de que sería mejor hablar de "buenos vivires" o "buenos convivires".[78]

De esto se desprende que idealizar y universalizar una determinada configuración de derechos, dificulta e imposibilita acciones sociales alternativas para el acceso a los bienes; y es que, inmemorialmente, cada formación social tiene y va construyendo históricamente sus caminos hacia la dignidad. No obstante —dice Herrera Flores—, lo que diferencia la modernidad occidental de otras modernidades u otros contextos de relaciones, es que en occidente la forma hegemónica ha tenido desde sus orígenes una vocación expansiva y global —colonial—, cuando en realidad ésta tradición —o canon—[79] es una forma entre otras que, como cualquier proceso de reacción cultural frente al sistema de relaciones dominante, exige o necesita —para su perfeccionamiento— relacionarse e interactuar con otras formas que puedan generar legitimidad democrática.[80] La cultura constitucional y el planteamiento de los derechos humanos, si bien es cierto que poseen un importante potencial emancipador, también lo es que forman parte de nuevas formas de sometimiento y dominación, al ser producto de una matriz colonial/moderna que instituye e impone "el modo" a partir del cual se accede a los bienes exigibles para una vida digna; un orden jurídico/político impuesto y hostil hacia la materialidad de la vida y el contexto político, económico, social y cultural donde se instaura. Así que, la cultura constitucional se constituye —valga la redundancia—, en nuestra América, como uno de los pródromos del *malestar de nuestra cultura jurídica* —como diría Alejandro Medici—, al haber sido erigida sobre un bloque de cultura que padece de ceguera —la *ceguera ilustrada*—, pues aun dotando de ciudadanía, en los hechos excluye y oculta a la humanidad indígena, en la dilatación de los poderes coloniales; sumergiendo la realidad en su albura luminosa que impide ver la materialidad abigarrada de *Nuestra América*.[81]

[78] Acosta, Alberto, "El Buen Vivir, un alternativa al desarrollo", en *La jornada del Campo*, núm. 73, México, 19 de octubre de 2013.

[79] Entendido a la manera de Bolívar Echeverría, esto es, "más como un principio generador de formas que como un conjunto de reglas". Ver Echeverría, Bolívar, *op. cit.*

[80] *Cfr.* Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica al humanismo abstracto*, Catarata, Madrid, 2005.

[81] No es una casualidad que Manuel Chacón, el mítico personaje de la novela "Redoble por Rancas", de Manuel Scorza, sea apodado el nictálope (que ve mejor de noche que de día). El mundo de la resistencia indígena se mueve en la oscuridad, lejos del pensamiento ilustrado —el mundo de las luces—, ya que, como hemos visto, el mundo colonial es el lado oscuro de la modernidad. Silvia Rivera Cusicanqui explica, hablando del mundo andino, que "el hecho, por ejemplo, de que *ch'ama* (fuerza) tenga una raíz paralela y similar a *ch'amaka* (oscuridad) de alguna manera confirma una idea: el poder indígena es nocturno. Porque en el mundo al revés, lo diurno es el poder colonizador y lo queda por debajo, lo que se ejerce de un modo clandestino, es el poder propio. Y ahí están las deidades

Como dice Clavero, se trata de una "exclusión realmente incluyente", que priva de derechos; el derecho propio, la lengua propia, la cultura propia, al tiempo que no permite escapar a poderes: ya sean constituidos o innominados —ambos coloniales—.

> ...el prejuicio científico y no sólo jurídico de la parte constitucional, impide ver unas cosas a fin y al cabo tan elementales. Y es un prejuicio que se ha hecho cultura general de la sociedad constitucional y cultura especial de sus juristas. El jurista cree como nadie en el *homme par exellence*, en el sujeto de derecho conforme a todas las presunciones universalistas de su cultura particular. [...] Y es una posición por la que puede comprenderse lo incomprensible: que un parte de la humanidad entienda que la representa toda y que puede con ello concebir un derecho para toda ella.[82]

Lo que se crea en realidad es un requisito constitucional de fondo colonial, que consiste en el abandono de las culturas, lenguas y costumbres —Derecho— indígenas, bajo el supuesto de que no existe otra alternativa porque la Constitución —con sus idiomas y formas de vida propios— sería la única que confiere derechos —de libertad, igualdad, etcétera— de los que se carece fuera de ésta. Se trata de una presunción que implica la suspensión de la Declaración de Derechos en tanto que el requisito —del abandono, la renuncia— no se cumpla, aun en los casos en que la Constitución se encabeza por el reconocimiento de libertades.[83] En realidad se trata de un mecanismo jurídico de segregación, exclusión y autoexclusión que subordina a los sectores indígenas condenándolos a la degradación, el anonimato colectivo y la pérdida de un perfil diferenciado. Asimismo, paradójicamente, todas estas renuncias se imponen en nombre de una identidad ciudadana que resulta, en los hechos, formal, ilusoria y precaria.[84] Ya desde finales del siglo XVIII, Francisco de Goya advertía, en su serie de grabados *Los Caprichos*, que "el sueño de la razón engendra monstruos". Sátira que muestra magistralmente cómo la modernidad procreó monstruos cegados por los prejuicios de la razón ilustrada, en su pretensión de ordenar a su modo el mundo. Esta razón ilustrada se vio cristalizada —en el ámbito del Derecho— en la cultura constitucional y —en

de la oscuridad, por eso el *ch'amakani* es el *yatiri* más fuerte, el más profundo, porque maneja la fuerza de la oscuridad. El hecho es que ese mundo tiene que volver a salir a la luz". *Cfr.* Rivera Cusicanqui, Silvia, "Ciudadanía se escribe en plural", en *Ágora. Unidad de información pública*, núm. 1, La Paz, Julio 2005. Asimismo, las alusiones a la noche en la *Cuarta Declaración de la Selva Lacandona* del EZLN van en el mismo sentido; la acumulación de fuerzas en la oscuridad —la larga noche de los 500 años— y la promesa que se hace mañana.

[82] Clavero, Bartolomé, *Derecho indígena..., op. cit.*, p. 166.

[83] *Cfr. Id., El orden de los poderes..., op. cit.*

[84] Rivera Cusicanqui, Silvia, *op. cit.*, pp. 35 y 36.

el ámbito científico— en el espejismo prometeico de la técnica como poder sin límite; ambos configurados con base en una voluntad desproporcionada de saber, cuya desembocadura es una modernidad canalla con sus formas de acumulación de riqueza desarraigada de todo control comunitario y un sueño de ubicuidad que, como dice Iván Illich, "es la pesadilla que uno puede estar presente en todas partes y arreglar los asuntos del otro lado del mundo".[85]

Territorialidad (corporalidad) indígena

Una vez que hemos llegado a este punto, cabe hacer una crítica certera a la forma en que se ha construido la idea de derechos humanos en occidente. Es decir, a que los derechos humanos han sido ligados indefectiblemente a una matriz moderna de tracto colonial —o moderna/colonial—. El problema con esta visión reduccionista sobre los derechos humanos, radica en que mediante su imposición y expansión planetaria se han legitimado ciertas prácticas económicas y políticas que imposibilitan una vida digna para amplios colectivos sociales, pues de la misma manera se difunden e imponen ciertos valores y prácticas sobre el mundo. Por esto es necesario abrir a debate qué entiende el *Otro* —como sujeto político y epistemológico diverso— por derechos humanos, sobre la base de su propia realidad, su sentido del buen vivir y su concepción sobre la dignidad humana. La crítica a la que hacemos referencia se ha venido haciendo desde la praxis concreta de pueblos indígenas y campesinos —como sujeto de la praxis—, desde los albores de la modernidad hasta nuestros días.

La praxis histórica de liberación constituye el fundamento socio-histórico de los Derechos Humanos; se trata de procesos de lucha por la dignidad que no siguen necesariamente el formato del reconocimiento formal y normativo, sino que se objetivan con otro tipo de instancias no encuadradas en el parámetro occidental y burgués del estado-nación. Procesos abiertos a una dimensión histórica e inconclusa, así como a la multifacética opción de que puedan existir sin que sea necesaria una norma que los convierta en reales por ser vestidos formal e institucionalmente. Así, siguiendo a Gallardo y Sánchez Rubio, podemos afirmar que "el fundamento de derechos humanos no es filosófico sino sociológico". El fundamento de los mismos se encuentra en la sociedad civil, en su dinámica emergente liberadora y en sus movimien-

[85] Robert, Jean, *La crisis: el despojo impune. Cómo evitar que el remedio sea peor que el mal*, Jus, México, 2010, p. 21.

tos sociales contestatarios que, mediante la praxis —desde diversos espacios de lucha— de distintos actores antagonistas a las formas dominantes —hegemónicas— de acceso a los bienes, construyen las condiciones de su dignidad, y asumen deberes con respecto al entorno y a los otros —tramas de reconocimientos mutuos, sobre todo de los más vulnerables—.[86]

En la praxis de liberación se busca la recuperación de la mirada y la palabra propia, así como un acceso igualitario a los bienes, rompiendo los procesos dominantes de división social del hacer humano. Así, la praxis abre un espacio temporal y espacial en el que el acto —el hacer humano— puede intervenir en una situación que se considera injusta, evitando, con ello, todo cierre categorial (ontologización) de la historia; abriendo y consolidando espacios de lucha por la dignidad humana, al margen —e incluso contra— del Estado. De modo que esta crítica jurídica va encaminada a desmontar las falacias que subyacen a la cultura constitucional moderno/colonial y apuesta por un paradigma pluralista del derecho, sobre la idea de que éste no se limita al orden normativo vigente. Para vislumbrar la dimensión jurídica de este tema, es fundamental comprender la existencia de juridicidades que entran en conflicto: un derecho producido por el Estado y *otro derecho que nace del pueblo*,[87] como juridicidad que se fundamenta en la exigencia de derechos más allá del derecho positivo, con base en un concepto histórico de justicia que resulta alternativo al concepto de *justicia conservadora* de la legalidad vigente. Lo cual no soslaya la importancia del derecho en su versión positiva como herramienta de lucha. Se trata pues, de una vetusta brega por el poder simbólico; una "disputa por el derecho de decir el derecho".[88]

En nuestras abigarradas sociedades latinoamericanas, en general, y en México, en particular, muchos son los colectivos y pueblos que reivindican derechos humanos desde marcos y expresiones no estatales; los cuales se visualizan y efectivizan mejor desde un paradigma pluralista del derecho, que crítica el monismo jurídico producto de la modernidad. El pluralismo jurídico, en su versión emancipadora y desde abajo, puede ofrecer una dimensión reguladora no cerrada de la convivencia social y comunitaria, que se manifestaría de una manera más abierta y flexible a la acción individual y colectiva de los miembros de una sociedad, siendo menos rígida que la ofrecida por las normas jurídico-estatales.[89] Entonces, es indispensable visibilizar que

[86] Sánchez Rubio, David, *op. cit.*, p. 551.

[87] *Cfr.* De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *El derecho que..., op. cit.*

[88] *Cfr. Id.*, "Los Acuerdos de San Andrés: el derecho de decir el derecho", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, núm. 30, México, 2006.

[89] Sánchez Rubio, David, *op. cit.*, p. 551.

—desde socialidades diversas a la occidental— la condición humana no se define porque se tienen derechos —como paso o requisito necesario para la dignidad—, sino en la posibilidad de realizar el propio proyecto vital y en el acceso a los bienes materiales e inmateriales que permiten o hacen posible una vida digna de ser vivida. De este modo se entiende, como dice Juan Pablo Neri Pereyra, la vida como *forma-de-vida*, es decir, como acontecimiento ligado y dependiente del entorno, tanto social como natural.[90] Se trata de una crítica desde la praxis que trata de superar el molde occidental de la ciudadanía y los derechos humanos y así, mediante esta misma praxis, se afirma una modernidad y una subjetividad india y campesina.

En las cosmovisiones indígenas y campesinas la naturaleza no puede reducirse a un recurso natural, ya que es indisoluble de la sociedad. Sus cosmologías generalmente interpretan la realidad a partir de una interrelación de no superioridad del ser humano respecto a la tierra y los seres que la habitan. En este sentido, el iusfilósofo potosino Alejandro Rosillo Martínez afirma —siguiendo el pensamiento de Xavier Zubiri— que el problema respecto a su realidad se debe plantear a partir de la praxis humana, ya que ésta consiste en la interacción del ser humano con el mundo que le rodea. Interacción que no está determinada por la naturaleza o por algo semejante, sino que es constitutivamente abierta. En otras palabras, se puede decir que el ser humano no está predeterminado en su forma de vida por su constitución biológica, sino que, en cierto modo, tiene que construir su vida: *es sujeto de la historia*. Sólo baste recordar las diversas culturas y formas de organización social y apropiación del entorno que ha conocido la historia de la humanidad para corroborar que la praxis humana es abierta y no se encuentra plenamente determinada por la naturaleza. Asimismo —nos dice Rosillo—, si bien la praxis humana no se encuentra predeterminada, tampoco se halla en un estado de absoluta libertad, ya que se enfrenta constantemente a los límites que le impone la realidad a través de un conjunto de posibilidades. En cada caso, el ser humano debe determinar la posibilidad por la cual va a optar, con lo que le da sentido a su praxis. Las opciones van configurando la propia realidad humana. A través de la apropiación de posibilidades, el ser humano hace su vida.[91]

También es importante recordar que la apropiación de posibilidades se da en seres humanos reales y concretos. Pero no se puede considerar la praxis de un modo exclusivamente individual, sino que la praxis humana está configurada de manera social e histórica —contextual—, por lo que las

[90] Neri Pereyra, Juan Pablo, *op. cit.*, p. 48.

[91] Rosillo Martínez, Alejandro, *Derechos humanos desde el pensamiento latinoamericano de la liberación*, Tesis doctoral, Getafe, 2011 (mimeo), p. 676.

posibilidades que la realidad presenta a un ser humano concreto están social e históricamente determinadas. Éstas no pueden ser deducidas de manera abstracta de la naturaleza humana en general, sino de un ser humano concreto que se realiza en un medio social y natural específico; esto es, que se realiza contextualmente. En este sentido, tiene razón Neri Pereyra cuando señala que, si es bien observada la praxis del territorio, es decir, la objetivación de la territorialidad de los pueblos indígenas, es posible darse cuenta que la misma engloba sentidos sobre la vida como concepto complejo que pone en cuestión la forma de entender la vida por la civilización occidental. Así abre la puerta a la comprensión de otras narrativas territoriales —como la de los pueblos indígenas— en las que existe una relación estrecha entre *territorio y vida*; pero vida en un sentido complejo.[92]

Para explicar lo anterior con mayor amplitud, recurriremos a los planteamientos realizados por Pedro Pitarch respecto a la noción o modelo de persona tzeltal, construido a partir de la reflexión en torno al dicho de informantes tzeltales, entrevistados durante una investigación de campo. Si bien es cierto que no resulta fácil —como el mismo Pitarch lo aclara— extrapolar los datos y distinciones de su estudio a otras etnografías (ya que la naturaleza sumamente particularista de la etnografía mesoamericanista no facilita las generalizaciones comparativas), sí es probable que la distinción de los dos cuerpos —y dos almas— del modelo maya-tzeltal de persona, sea algo relativamente extendido en las lenguas mesoamericanas. En su estudio etnográfico, Pitarch encuentra que los indígenas tzeltales distinguen dos clases de cuerpos en los humanos. Por una parte, un "cuerpo-carne", que constituye la unión de carne y fluidos que forman un conjunto segregable en partes; un objeto sensible pero sin capacidad de relación social con los demás seres y que representa una cualidad substancialmente homogénea entre humanos y animales. Por otra parte existe un "cuerpo-presencia", esto es, un sujeto activo de percepción, sentimiento y cognición, comprometido en una relación intersubjetiva con cuerpos de la misma especie. Esta "disociación" del cuerpo resulta equivalente a lo que Pitarch caracteriza como una distinción elemental de las almas mesoamericanas: una clase con la figura del cuerpo y otra con forma no humana, generalmente coincidente con la de algún animal.[93]

Mediante esta homología entre cuerpos y almas, Pitarch propone una modificación —o reorganización— del concepto de persona indígena en términos de un modelo cuaternario compuesto por cuatro aspectos: una forma

[92] Neri Pereyra, Juan Pablo, *op. cit.*, p. 48.

[93] Pitarch, Pedro, "Los dos cuerpos mayas. Esbozo de un antropología elemental indígena", en *Estudios de Cultura Maya*, vol. XXXVII, México, 2011, p. 151.

substancial (cuerpo-presencia), una substancia sin forma (cuerpo-carne), una *forma insubstancial* (alma-humana) y una *insubstancialidad sin forma* (alma-espíritu). El modelo propuesto por Pitarch, sin dejar de ser fundamentalmente binario (cuerpo/alma), posibilita, por una parte, integrar el esquema paralelo de dos cuerpos y dos almas que compone a los seres humanos; a la vez, cualifica las relaciones ontológicas de continuidad o discontinuidad de éstos con, de un lado, los animales y, de otro, los espíritus. No obstante, por nuestra parte nos centraremos en lo concerniente a los dos cuerpos mayas, esto es, el cuerpo-presencia como una *forma substancial* y el cuerpo-carne como una *substancia sin forma*.

Pitarch traduce la palabra tzeltal *bak'etal* por "cuerpo-carne". En un sentido literal, el término designa el "conjunto de la carne". Su raíz —*bak'et*— significa "carne", tanto carne humana como animal; carne tanto viva como un pedazo para ser comido. Sin embargo, el "cuerpo-carne" no proporciona una forma concreta a cada individuo. Lo que define al "cuerpo-carne" no es la forma, sino la substancia de la que está compuesto. Se trata de un elemento compartido por humanos y animales; un campo primordial que Pitarch llama "substancia". En cambio, el "cuerpo-presencia" se caracteriza por ser algo visible. No tanto, lo visible del cuerpo, cuanto un cuerpo que existe para ser visto, percibido y, también, a través del cual tiene lugar la percepción; esto es, un cuerpo involucrado en relaciones intersubjetivas con otros cuerpos semejantes. Es en este sentido que Pitarch traduce la palabra tzeltal *winkilel* como "cuerpo-presencia".[94]

> El cuerpo-presencia es la figura, la forma corporal, el semblante, la forma de hablar, la manera de caminar, de vestir la ropa. Si veo a alguien en la distancia puedo decir que parece el *winkilel* de Pedro, aunque luego resulte ser otra persona. Es lo que se recuerda de una persona fallecida y lo que se presiente de una criatura antes de nacer.[95]

Nuestro autor profundiza aún más esta idea de "presencia", al poner atención a la raíz del término *win*, cuyo significado es "aparecer", "mostrarse". Precisa que se trata de un morfema que da lugar a un campo semántico muy extenso en las lenguas mayas. Se encuentra en la palabra *winik*, la cual se traduce comúnmente por ser humano, cuerpo o persona. También posee el significado de "corpulencia", lo cual es un dato esencial, porque a diferencia del "cuerpo-carne" —que se define por la substancia que lo compone—, el "cuerpo-presencia" se caracteriza por ocupar un volumen en el sentido de *res extensa*: la extensión en longitud, anchura y profundidad. Por otra parte,

[94] *Ibid.*, p. 153.

[95] *Ibid.*, p. 156.

señala que la distinción léxica entre el "cuerpo-presencia" y un "cuerpo-carne" es algo común a esta familia lingüística. Así, junto con *winik* o sus cognadas para traducir cuerpo y/o persona, aparecen otros términos, en este caso muy distintos entre sí, que designan un cuerpo carnal, como se deduce del hecho de que su raíz significa "carne" en la lengua en cuestión. Según Pitarch, el término *win* fue tomado de las lenguas mixe-zoques, donde está asociado con cosas tales como el poder —capacidad de hacer algo—, el rostro, la superficie, el cuerpo, uno mismo —forma reflexiva del pronombre personal—, envoltura y, también, máscara.[96] Es decir, algo destinado a ser mostrado, pero que también sirve para ver.

> ...esta identificación indígena del yo ("uno mismo") con la máscara, es decir, con algo externo a la carne, nos recuerda que también en la tradición occidental —como sabemos desde el célebre ensayo de Marcel Mauss la máscara se encuentra en el origen del sentido primitivo de la noción de persona, lo que no deja de ser una intrigante coincidencia.[97]

Según Pitarch, el "cuerpo-presencia" sólo es perceptible —sólo hace un completo "acto de presencia"— entre seres que pertenecen a una misma especie. En consecuencia, "si el cuerpo-carne funciona como una suerte de materia *transespecífica*, el cuerpo-presencia sólo se actualiza *intraespecíficamente*".[98] En fin, mientras el "cuerpo-carne" no posee una forma determinada, el "cuerpo-presencia" tiene, en cambio, una forma específicamente humana. Asimismo, nuestro autor señala —siguiendo a Anne-Christine Taylor y Eduardo Viveiros de Castro, en sus planteamientos sobre la región amazónica— que "desde un punto de vista indígena toda especie constituye una sociedad, y cada sociedad representa una especie. Lo mismo vale en tzeltal: una especie es definida y su extensión limitada por la capacidad de relacionarse por medio del 'cuerpo-presencia', esto es, de establecer una sociabilidad mediante este cuerpo".[99]

> Toda diferencia sociológica es también una diferencia ontológica, y viceversa. Probablemente, el término conceptualmente más cercano en lengua tzeltal al europeo *indio* o *indígena* es *swinkilel lum*, literalmente "cuerpo-presencia del lugar". No obstante, puede traducirse también como "dueño del lugar": si se pregunta a un tzeltal qué significa *winkilel* ("cuerpo-presencia") lo más probable es que responda que "dueño". Lo que indica esta expresión es que cada clase de cuerpo-presencia se encuentra asociada a un tipo de lugar específico: los indígenas viven en sus aldeas, los europeos en las ciudades o los ranchos, los jaguares en la selva. En este sentido, cada tipo de cuerpo-presencia es "dueño" o domina, en el sentido de que ocupa un dominio, cierto territorio. No se trata, sin embargo, tanto de un espacio físico cuanto ontológico: cada clase de cuerpo-presencia, cada especie, posee una suerte de ecosistema cultural que no interfiere geográficamente con el de otras especies, y que es aquel que le resulta apropiado.[100]

[96] *Id.*
[97] *Ibid.*, p. 157.
[98] En lengua tzeltal, el clasificador numeral para el "cuerpo-presencia" entre los humanos es *tul*, que denota una posición bípeda y una figura característicamente humana, mientras que el clasificador numeral para el cuerpo-carne es *kojt*, el cual indica una postura cuadrúpeda.
[99] *Ibid.*, p. 158.

No obstante, Pitarch afirma que la separación entre especies-sociedades es más una cuestión de grado que un hecho absoluto. A menudo se producen tanto solapamientos como divisiones entre las especies, como lo demuestra el caso de los humanos. Desde un punto de vista indígena, los europeos son suficientemente *sub especie humana*, pero este reconocimiento no es automático, sencillo ni completo. Esto es así en virtud de que en las culturas amerindias el aspecto de la persona que debe ser fabricado es el cuerpo, puesto que el alma es el principio dado, por esto, no cabe duda que ambos cuerpos requieren ser fabricados de una manera continua. Por un lado, el "cuerpo-carne" es resultado directo tanto de la alimentación (la comida se incorpora literalmente como carne y sangre) como de ciertas condiciones ambientales (especialmente la temperatura, que resulta en la diferencia entre la tierra caliente y la tierra fría). Por otra parte, el "cuerpo-presencia" es fruto de los hábitos sociales de la especie/cultura (etiqueta social, lenguaje, gestos, indumentaria, etcétera). Así pues, ambos procedimientos —alimentación y código social— son necesarios para alcanzar un único desarrollo biomoral. En este sentido, en las culturas indígenas se da una inversión del contenido de aquello que es considerado lo innato y lo artificial —la "naturaleza" y la "cultura"—; donde "el cuerpo más fabricado —menos 'natural'— es el cuerpo-carnal, contrariamente a lo que dicta nuestro sentido común".[101] Se trata de la materialidad de la vida, los límites materiales que impone la realidad a través de un conjunto de posibilidades, donde el ser humano debe determinar la posibilidad —contingencia ética— por la cual va a optar. Con ello le da sentido a su *praxis* dentro de un contexto particular. De ahí que las opciones vayan configurando la propia realidad humana. En otras palabras, a través de la apropiación de los contextos de posibilidades, el ser humano hace su vida. Como dice Alejandro Rosillo, se puede decir que el ser humano no está predeterminado en su forma de vida por su constitución biológica, sino que, en cierto modo, tiene que construir su vida, como *sujeto de la historia*.[102]

[100] *Id.*
[101] *Ibid.*, p. 159.
[102] Rosillo Martínez, Alejandro, *op. cit.*, p. 676.

Debido a esto, de los dos cuerpos, el cuerpo-carne es el más dúctil, el más susceptible de ser modificado por la actividad humana. En consecuencia, toda alteración del cuerpo-presencia debe estar precedida de una modificación del cuerpo-carnal.[103]

El empleo de dos términos diferentes para referirse a aquello que en las lenguas europeas se denomina "cuerpo humano", sugiere que la distinción léxica implica también una distinción conceptual. Como hemos visto, en *tzeltal* los vocablos *bak'etal* y *winkilel* poseen significados distintos, se emplean en circunstancias diferentes y uno no está incluido en el otro. Por lo mismo, es posible hablar de un "cuerpo-sujeto" cuyo movimiento y funcionamiento son "voluntarios e intencionales" —con agencia— y, en segundo lugar, de un "cuerpo estacionario" que funciona de manera involuntaria, "sin sujeto" y que no es "inteligente ni inteligible" —sin agencia, podríamos decir—. En las culturas amerindias, el alma es el elemento que integra a humanos, animales y otros seres en una misma categoría, mientras el cuerpo es aquello que diferencia a los humanos de los demás seres de la naturaleza.

> ...el ser humano indígena —en una especie de escalada de la noción de diferencia interna— contiene en sí mismo las relaciones potenciales de conjunción y disyunción con el resto de los seres. La persona se encuentra internamente constituida por sus relaciones externas con los no humanos, tal y como estos son definidos y distinguidos entre sí desde una perspectiva indígena. Esto es lo que, si entiendo bien, Wagner llama una "persona fractal": "Una entidad con la *relacionalidad* integralmente implicada" ("an entity with relationship integrally implied").[104]

Ambas dimensiones de la persona indígena —corporal y espiritual— poseen una función integradora y diferenciadora a la vez. Esta función cambia según se trate de animales del mundo ordinario o de espíritus y demás seres del estado sagrado. De tal modo, si el "cuerpo-presencia" distingue a los humanos, tanto de los animales como de los espíritus, el "cuerpo-carnal" integra a los humanos con los animales y los diferencia de los espíritus. Por su parte, lo que Pitarch llama "alma-humana" diferencia a los humanos de los animales y asocia a los humanos con los espíritus; mientras el "alma-espíritu" integra a los humanos tanto con los animales como con los espíritus.

Por su parte, Alicia Barabas ha explicado que para los pueblos indígenas la persona (humana o sagrada) se construye con base en relaciones sociales y en el seno de interacciones realizadas como intercambio recíproco entre

[103] Pitarch, Pedro, *op. cit.*, p. 159.
[104] *Ibid.*, p. 173.

las personas y el medio ambiente objetivado. Estas experiencias son sociales y están enclavadas en las prácticas económico-sociales, porque la gente construye socialmente a las entidades sagradas. Se trata de una epistemología relacional —o intersubjetiva—, que trata del conocimiento del mundo focalizándose en los aspectos relacionales entre los actores y el medio. Estos mantienen esas relaciones sociales con otros seres, no porque los consideren *a priori* personas, sino porque crean, con el medio, relaciones humanizadas de reciprocidad que construyen a esos entes como personas, tal como lo hacen con la gente. Así, el mantenimiento de relaciones de reciprocidad con otra gente y con las entidades sagradas que se manifiestan en el medio ambiente, permite la construcción de la persona; y este proceso es crítico para la reproducción de la identidad social. De modo que, en la epistemología relacional, el conocimiento surge del mantenimiento de articulaciones con todo lo del entorno, e implica una construcción participativa, ya que se trata de la socialización del medio y no de su dicotomización.[105]

Por ello, cuando Rivera Cusicanqui habla de la modernidad de lo indio, lo hace poniendo especial énfasis en la forma de comprender o acceder al conocimiento del mundo y de ordenarlo: "el indio como episteme" y "el indio como sintaxis". El indio, dice la socióloga andina, "puede estar vestida/o como sea pero su cabeza, su forma de mirarte a los ojos, su forma de relacionarse con la familia, sus deberes morales respecto a *la Pacha*, sus mínimas orientaciones en el espacio, siguen siendo indias".[106] Además, uno de los elementos constitutivos de esta forma distinta de conocimiento reside en la consideración de los sujetos no humanos, precisamente como sujetos y no como objetos: "el mundo no humano es sujeto, por eso estamos acompañados, no estamos solos". Posición a todas luces ajena a las posturas epistemológicas coloniales basadas en la dicotomía sujeto/objeto y en la producción de la razón naturalizada —conocimiento objetivo y universal a partir de un sujeto abstracto—, tanto en las relaciones sociales como en los acotamientos de los saberes modernos. Rivera Cusicanqui asume un claro distanciamiento de las dicotomías modernas y el multiculturalismo *light* y despolitizado que teatraliza la condición "originaria" o "india" mediante el reconocimiento constitucional sesgado de los derechos de autodeterminación indígena y, sobre todo, de la negación de la coetaneidad de los diversos proyectos indios. Esta inclusión excluyente les despoja de su condición de sujetos políticos/epistemológicos diversos y desarma la etnicidad como estrategia política,

[105] Barabas, Alicia, "Cosmovisiones y etnoterritorialidad en las culturas indígenas de Oaxaca", en *Antípoda*, núm. 7, Bogotá, Julio-Diciembre, 2008, p. 127.
[106] Rivera Cusicanqui, Silvia, "Lo indio es moderno", en *Ojarasca*, núm. 170, México, junio 2011.

encasillándolos en estereotipos indigenistas —el "buen salvaje" guardián de la naturaleza—, neutralizando sus visiones propias de futuro, sus prácticas organizativas y sus definiciones de política y buen gobierno.[107]

Como explica Boris Marañon Pimentel, las posturas coloniales eurocéntricas del conocimiento moderno hegemónico se basan en la escisión entre objeto y sujeto, y en la creación de la razón como producto de un sujeto abstracto y universal, como dispositivo epistemológico que oculta al sujeto del conocimiento dominante del mundo colonial/moderno, esto es, un sujeto europeo, blanco, masculino, de clase alta y, por lo menos en su presentación pública, heterosexual. Todos "los otros" (mujeres, negros, indios, homosexuales, no europeos) son convertidos, mediante este dispositivo, en objetos de conocimiento, en no-sujetos, en seres incapaces de crear un conocimiento válido y, por tanto, en sujetos no válidos.[108] Asimismo, esta separación entre sujeto y objeto justifica también la exteriorización/objetivación de la naturaleza y su explotación. De aquí la importancia de refutar la idea del eurocentrismo como la única forma de conocimiento válida, así como su supuesto universalismo, que legitima la racionalidad instrumental como el único criterio de verdad.

En ese sentido, Antonio Machado —el enorme poeta sevillano de la generación del 98— realizó un crítica genial a esta postura epistemológica que dicotomiza sujeto y objeto de conocimiento, con "la soleá de la nueva objetividad" —como la llama José María Valverde—, en sus famosos proverbios y cantares, la cual reza de esta manera: "El ojo que ves no es / ojo porque tú lo veas: / es ojo porque te ve".

> Esa "nueva objetividad" no es, a la manera escolástica tradicional, primacía de la "cosa", que estaría ahí para que el intelecto se ajustara a ella, sino que es la comunidad con el "tú", con el "otro", con los "otros" en diálogo fecundo. Incluso en lo hondo del "yo" late un "otro": si nos entendemos a nosotros mismos, ha de ser porque nos tratamos y nos interpelamos como si fuéramos "otro". La introspección lleva a la "otredad", si no cae en "vicio solitario": *Todo narcisismo / es un vicio feo / y ya viejo vicio*. Y luego: busca más en tu espejo al otro, / al otro que va contigo.[109]

[107] *Id., Ch'ixinakax utxiwa..., op. cit.*, pp. 58-60.

[108] Marañon Pimentel, Boris, "Crisis global y descolonialidad del poder: La emergencia de una racionalidad liberadora y solidaria", en *Buen vivir y descolonialidad. Crítica al desarrollo y la racionalidad instrumentales*, Boris Marañon Pimentel, (coord.), UNAM-IIE, México, 2014, p. 32.

[109] Valverde, José María, *Nuevas canciones. De un cancionero apócrifo*, Madrid, Castalia, 1971.

Con este aforismo, el poeta andaluz se pone en franco distanciamiento de la racionalidad instrumental, dirigiéndose hacia un diálogo intersubjetivo de saberes entre sujetos en un plano de igualdad; una *justicia cognitiva*, como diría Boaventura de Sousa Santos. Y es que para desmontar la postura colonial del conocimiento moderno hegemónico, es necesaria una *praxis* de reconocimiento del *otro* como *inequívocamente otro*, esto es, como sujeto jurídico y epistemológico diverso al de la modernidad occidental;[110] lo que implica un proceso de ruptura que permita que subjetividades históricamente acalladas y subalternizadas afirmen su identidad y se contrapongan a todas las formas de alienación que tienden a transformar los sujetos en objetos;[111] esto es, la construcción de conocimientos descolonizados, el diálogo de saberes y, en general, la interculturalidad, que den cuenta de otras formas de conocer y de otras racionalidades.[112] En este sentido, como dice Sánchez Rubio siguiendo a Helio Gallardo, el término "sujeto", lejos de ser el sujeto de derecho moderno —el sujeto de la propiedad moderna—, quiere decir ponerse en condiciones sociales e individuales de apropiarse de "una existencia a la que se le da carácter o sentido desde otros, con otros, para otros y para sí mismo y de comunicar con autoestima esta experiencia de apropiación en entornos que nos exceden y no dominamos en su totalidad". Asimismo, por "autonomía" entiende que "para los seres humanos resulta posible pasar mediante acciones desde experiencias de menor control —o enajenadoras— a experiencias de mayor control —liberadoras— por parte de quienes las viven. Por ello hay que recuperar otras dimensiones o elementos de los Derechos Humanos que nos permita ser sujetos soberanos activos e instituyentes".[113]

Ahora bien, si decimos, siguiendo a Alejandro Medici, que la biopolítica representa un poder que se captura de la vida misma, no sólo en el trabajo o en el lenguaje, sino también en los cuerpos, los afectos, el deseo, la sexualidad; entonces también podemos identificar en *la defensa de la vida* —entendida como *forma de vida*—, el *locus* de un contrapoder, de una potencia, de una producción de subjetividad,[114] que se da como de sujetamiento respecto del discurso omnímodo que sustrae la palabra, el sentir y el sistema de creencias y valores espirituales de los sujetos corporales concretos arraigados en un territorio.[115] Por lo que resulta necesaria la compresión del carácter

[110] *Cfr.* De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *El derecho que..., op. cit.*

[111] Wolkmer, Antonio Carlos, *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*, Sevilla, Mad, 2006, p. 121.

[112] Marañon Pimentel, Boris, *op. cit.*, p. 36.

[113] Sánchez Rubio, David, *op. cit.*, p. 556.

[114] Medici, Alejandro, *El malestar..., op. cit.*, pp. 78-79.

[115] *Cfr.* Eroles, Carlos, *et. al., op. cit.*

histórico cultural específico de las distintas formas de saber, así como de las diversas formas de relacionarse con la naturaleza —el contexto— o el medio ambiente, si se prefiere el término. Y es que sólo si acudimos a otras perspectivas culturales es posible des-familiarizarnos y, por lo tanto, des-naturalizar la supuesta objetividad universal de las formas de concebir la realidad proyectadas al mundo en los últimos siglos, a través de multiformes procesos de hegemonía política, militar y cultural.[116]

En este sentido, debemos traer a colación las reflexiones de Asier Martínez de Bringas, cuando dice que es precisamente la especial relación de los pueblos indígenas con sus tierras y territorios, "la íntima anudación que otorga sustantividad propia a la identidad indígena y la dimensión colectiva de los derechos" de los pueblos indígenas, introduciendo el elemento de la territorialidad en un sentido corporal-colectivo que trasciende la dimensión individualista, patrimonialista, civilista y reduccionista de la propiedad, construida desde el derecho moderno/colonial. Es importante dicha reflexión, porque esta diversa apreciación de la vida da cuenta de significaciones particulares del lugar y del territorio, no sólo como espacios productivos, sino, ante todo, como superficies vitales y existenciales que comprometen una mirada distinta de lo económico, esta vez, ligado a prácticas socio/culturales y naturales que denotan un gran potencial en términos de diferencia, lo cual representa una sugerente fuerza política y vital.[117]

Sabemos que en occidente el derecho a la vida ha sido centralizado en el cuerpo del sujeto de derecho, como individuo corporal. La vida sagrada se fragmenta y disemina también en cada cuerpo individual; "el nuevo sujeto de la política, no es ya el hombre libre, con sus prerrogativas y estatutos, y ni siquiera simplemente *homo*, sino *corpus*, la democracia moderna nace propiamente como reivindicación y exposición de ese 'cuerpo': *habeas corpus ad subjiciendum*, has de tener un cuerpo que mostrar".[118] No obstante —sin soslayar la dimensión corporal-individual de la vida—, desde la perspectiva india y campesina, se puede hablar de una corporalidad —por así decirlo— ampliada a la naturaleza, al mundo natural. Esto significa la comprensión de la *vida* como *forma-de-vida*, como acontecimiento ligado y dependiente del entorno, tanto social como natural. Se trata, como dicen Franz Hinkelammert y Henry Mora, de la *corporalidad del sujeto concreto*. La vida del sujeto humano como sujeto concreto, corporal, viviente, necesitado; sujeto en comunidad,

[116] Rivera Cusicanqui, Silvia, *Violencias (re) encubiertas..., op. cit.*, p. 203.

[117] Quijano Valencia, Olver, *Ecosimias. Visiones y prácticas de diferencia económico/cultural en contextos de multiplicidad*, Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador, 2012, p. 2016.

[118] Agamben, Giorgio, *op. cit.*, pp. 157-158.

donde la expresión "normativa" del "derecho de vivir" o el "derecho a la vida" se traduce en la producción y reproducción de la vida real y sus condiciones —materiales e inmateriales— de existencia. Una manera de vivir de personas concretas, en una red de relaciones sociales o socio-naturales (entre los seres humanos y de estos con la naturaleza).

> Y no se trata únicamente de la corporalidad del individuo, sino de la corporalidad del sujeto en comunidad. La comunidad tiene siempre una base y una dimensión corporal. Se trata del *nexo corporal* entre los seres humanos y de estos con la naturaleza. Toda relación entre los seres humanos tiene necesariamente esta base corporal y material, en la cual diariamente se juega la vida o muerte de la gente: su sobrevivencia, su actuar en comunidad, sus condiciones de existencia.[119]

Siguiendo este planteamiento, creo posible acercarnos a la comprensión del derecho a la vida desde la subjetividad indígena; esto es, la comprensión de la vida, no como un mero dato biológico abstracto, sino como una manera concreta de vivir, un proyecto vital, una forma de vida orientada al buen vivir. Por esto es importante recordar, como anteriormente habíamos señalado, siguiendo a Pitarch, que *swinkilel lum* —que literalmente significa "cuerpo-presencia del lugar"— puede traducirse también como "dueño del lugar" o "dueño de tierra".[120] Esta expresión particular indica que cada clase de "cuerpo-presencia" se encuentra asociada a un tipo de lugar específico. Cada tipo de "cuerpo-presencia" es "dueño" o domina un cierto territorio, entendido como una suerte de ecosistema cultural que no interfiere con el de otras especies —sociedades—, y que es aquel que le resulta apropiado —lugar apropiado—. Considero que en su sentido profundo, *swinkilel lum* implica la idea de un sujeto que percibe, siente, conoce y se encuentra comprometido en relaciones intersubjetivas con otros "cuerpos presencia" —sujetos— de la misma sociedad-cultura. Se establece una sociabilidad mediante este cuerpo —"cuerpo presencia"—, moldeado mediante hábitos sociales y las percepciones culturales más básicas de la sociedad; esto es, un sujeto con capacidad de agencia, ligado a un entorno socio-cultural específico, no abstracto ni apriorísticamente universal. Comprender esto implica situar la realidad y estudiarla en su contexto, sin soslayar que se encuentra inserta en

[119] Hinkelammert, Franz y Mora, Henry, "La especificidad de un economía para la vida (trabajo productivo y trabajo reproductivo)", en *Grupo pensamiento crítico*, disponible en: http://www.pensamientocritico.info/index.php/articulos-1/goticas-de-economia-critica/la-especificidad-de-una-economia-para-la-vida-trabajo-productivo-y-trabajo-reproductivo. Consultado el 28 de marzo de 2016.

[120] Conversación con Eugenio Maurer y Lola Cubells Aguilar en la Misión de Bachajón, Chiapas, 21 de febrero de 2011.

una totalidad social que se mueve como un todo y que interactúa con sus partes en un tiempo y en un espacio, no sólo en los estrechos contornos locales o nacionales, sino del sistema-mundo moderno capitalista.

Corolario

Ante la negativa histórica de los poderes constituidos de hacer un reconocimiento pleno de las autonomías, la estrategia de los pueblos indios mexicanos ha sido construirlas por la vía de los hechos, como ejercicio constante de su libre autodeterminación y como de sujetamiento a un Estado anclado en la colonialidad. En este sentido, se comprende que en la afirmación y reivindicación de los Acuerdos de *San Andrés Sacamch'en* y en el ejercicio de la autonomía en los hechos, los pueblos indios mexicanos muestran desde su *praxis* cotidiana que el fenómeno de lo jurídico no se reduce al Derecho positivo, sino que en realidad coexisten juridicidades en conflicto. Recuperan el carácter cognoscitivo del Derecho, que es, ante todo, lectura e interpretación de la realidad, frente al carácter volitivo como forma y mandato emanado del Estado subsumido a una lógica colonial. Este *ejercicio de la otredad*, manifiesto en la autonomía, crea y afirma los contenidos de lo que los pueblos entienden por dignidad, libertad e igualdad. Así, la autonomía —y el Derecho que de ella emana— se constituye como medio y conjunto de relaciones utilizadas para hacer realidad las condiciones necesarias para *una vida digna de ser vivida*. Apuesta al futuro que entraña mirar y actuar desde un nuevo horizonte político y dentro de los límites de la factibilidad humana —de lo que es factible y posible por la *praxis* humana—, que a final de cuentas es lo que da coherencia o incoherencia material y real a aquello que proclama.

En otras palabras, podemos decir que el *derecho que nace del pueblo* es producto de un conflicto histórico generado en el *malestar de la cultura jurídica* en nuestra región —una disputa inmemorial inscrita en nuestro devenir histórico—, originado en una *praxis* histórica de liberación, que ha sido capaz de develar la constitución material de los pueblos indios; la cual ha sido ocultada y ninguneada bajo el esqueleto formal del Derecho moderno. De este modo, no sólo se cuestiona la autorreferencialidad —fetichización— del Estado sometido por la lógica neoliberal/colonial; sino que también se permite que los pueblos recuperen su capacidad de decisión sobre todo aquello que les concierne y afecta. Se trata de la cualidad instituyente —esta sí universal— y creadora de los seres humanos para transformarse a sí mismos y

a los entornos en que se desarrollan. Mientras el poder impositivo moderno/colonial consiste en la capacidad de obstruir las acciones y propósitos de los actos para sustituirlos por los propios mediante la abolición de la mirada y la palabra; el contrapoder se constituye como la capacidad de llevar a cabo las acciones por sí mismo y determinarlas por la propia voluntad, como despliegue de la potencialidad humana para construir los medios y las condiciones que posibiliten la capacidad humana genérica de hacer y des-hacer mundos, lo que conlleva —como ha dicho don Pablo González Casanova— la redefinición y materialización de palabras como libertad, justicia y democracia, de las que muchas veces se ha perdido la atención, la memoria y la práctica de su significado verbal y actual.[121]

Desde este posicionamiento jurídico-político cobra sentido la cita de Félix Guattari, hecha por Joaquín Herrera Flores en *Los derechos humanos como productos culturales*, donde dice que: "la función constitutiva de las prácticas artísticas (y de Derechos Humanos) implica que su función central no consiste en 'contar historias' (describir lo que hay), sino crear dispositivos en los que la historia pueda hacerse";[122] a saber, constituirse en sujetos —diferenciados— de la historia, y que por la vía de los hechos —ante la cerrazón de los poderes constituidos— instituyen los instrumentos jurídicos y políticos que suben de nivel la vida personal y comunitaria. En este sentido, los procesos sociales en defensa del territorio pueden pensarse como el despliegue de un conjunto de *praxis*, saberes e instituciones, que no sólo cuestionan el paradigma dominante de los Derechos Humanos —reducidos a una subjetividad y racionalidad hegemónica—, sino que además han sido capaces de transformar la concepción occidental de estos derechos, a partir de una concepción intercultural que vindica la modernidad de los pueblos indios y campesinos y sus proyectos de futuro.

[121] *Cfr.* González Casanova, Pablo, "La formación de los conceptos en los pueblos indios. El caso de Chiapas", en *Nueva Sociedad*, núm. 154, marzo-abril, Buenos Aires, 1998, p. 7.
[122] Herrera Flores, Joaquín, *op. cit.*, p. 31.

LOS ACUERDOS DE SAN ANDRÉS, VEINTE AÑOS DESPUÉS: DERECHO INSURGENTE

Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL*

SUMARIO: Introducción 1. Los Acuerdos de San Andrés. 2. La iniciativa de reforma constitucional de la COCOPA. 3. Rechazo a la reforma en materia indígena. 4. La sobrevivencia de los Acuerdos de San Andrés. 5. Vivir la autonomía: algunos ejemplos. Reflexión final

INTRODUCCIÓN

Hace diez años publicamos, en la *Revista de Investigaciones Jurídicas*, de la Escuela Libre de Derecho, un artículo sobre los *Acuerdos de San Andrés*,[1] que trata sobre su contenido, el incumplimiento de los mismos por parte del Estado y, a fin de cuentas, su vigencia real en pueblos y comunidades indígenas. Hoy volvemos sobre el tema.

La insurrección del Ejército Zapatista de Liberación Nacional, el primero de enero de 1994, dejó al descubierto muchas deficiencias en nuestro sistema social, político y económico. Incluso ha revelado una carencia ética fundamental de la sociedad mexicana dominante, la criolla y mestiza, para relacionarse con el otro, con el indio. Desde nuestro punto de vista, podemos decir

* Profesor-Investigador de la Universidad Autónoma de Aguascalientes.

[1] *Cfr.* DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, "Los *Acuerdos de San Andrés*: el derecho de decir el derecho", en *Revista de Investigaciones Jurídicas,* Núm. 30, México, Escuela Libre de Derecho, 2006, pp. 537-577.

que el movimiento insurreccional chiapaneco, al cuestionar por completo la organización de nuestra convivencia, ha implicado un fuerte sacudimiento de toda la juridicidad.[2]

Entendemos el Derecho, la juridicidad, como un fenómeno social complejo que no se agota en las leyes o normas legales, que es el sentido más usual que se da al término "Derecho". El fenómeno jurídico, el mundo del Derecho, está formado, también, por los derechos subjetivos o facultades de las personas o grupos sociales que constituyen propiamente los Derechos Humanos; por las ideas, aspiraciones y concretizaciones de justicia; y por el conocimiento sistemático del propio fenómeno jurídico, que constituye el objeto de la ciencia del Derecho.

Hemos dicho que la insurrección del EZLN constituyó un remezón de toda la juridicidad porque sus demandas, al juridizarse, son reclamos que implican desde las condiciones necesarias para *el derecho a tener derechos* hasta desenvolverse en un largo catálogo de los mismos. Las necesidades expresadas se juridizan, se traducen al mundo jurídico, y constituyen así una exigencia de reconocimiento y respeto de derechos. Los *Acuerdos de San Andrés* son expresión de ello.

1. Los Acuerdos de San Andrés

Las reflexiones que proponemos sobre los *Acuerdos de San Andrés*, a veinte años de su firma, hacen necesario decir unas palabras sobre su producción y contenido.

Con fundamento en la *Ley para el Diálogo, la Conciliación y la Paz Digna en Chiapas*, que tiene por objeto precisamente lo que enuncia su título, comenzaron a desarrollarse las mesas de diálogo de San Andrés Sacamch'en, entre el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) y el Gobierno Federal. A pesar de que el diálogo se interrumpió, la primera mesa, sobre Derechos y Cultura Indígena, sí se concluyó y produjo varios documentos suscritos el 16 de febrero de 1996. En primer lugar, generó un *Informe* por medio del cual las partes comunican conjuntamente que han concluido las negociaciones en materia de derechos y cultura indígena, y señalan el acuerdo a que han llegado sobre diversos documentos y acciones que llevarán a cabo. Al segundo documento lo denominan *Acuerdo* y en él se manifiesta la

[2] *Cfr.* De la Torre Rangel, Jesús Antonio, "Puntos para el diálogo. La insurrección del EZLN y la juridicidad", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Núm. 18, México, Escuela Libre de Derecho, 1994.

aceptación por las partes de otros tres escritos: un *Pronunciamiento*, unas *Propuestas* y unos *Compromisos*.[3] Veamos algunos aspectos de estos documentos de *Acuerdo* o *Acuerdos*.

El primer documento acordado, convenido por las partes, es el *Pronunciamiento conjunto que el Gobierno Federal y el EZLN enviarán a las instancias de debate y decisión nacional*. Su primera parte se denomina "Contexto de la nueva relación"; en la misma se reconoce "a los pueblos indígenas como nuevos sujetos de derecho",[4] basándose en su origen histórico, en sus demandas, en la naturaleza pluricultural de la nación mexicana y en lo mandado por el *Convenio 169* de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), suscrito y ratificado por el Estado Mexicano, por lo tanto, normatividad obligatoria de acuerdo con lo mandado por el Artículo 133 constitucional y, ahora también, por lo prescrito en el Artículo 1º. Este acuerdo es muy importante por sus alcances jurídicos, pues como señala Cossío: "El sujeto histórico, social y político de las reivindicaciones indígenas pasó de ser un ente individual a uno colectivo y, por ende, a partir del último es como deben entenderse las negociaciones de San Andrés, sus resultados y las soluciones jurídicas".[5]

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

1. *Reconocer a los pueblos indígenas en la Constitución General*. Se trata de un compromiso que implica que "el Estado debe promover el reconocimiento, como garantía constitucional, del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas", el cual "se ejercerá en un marco constitucional de autonomía asegurando la unidad nacional. Podrán, en consecuencia, decidir su forma de gobierno interna y sus maneras de organizarse política, social, económica y culturalmente".[6]

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

[4] *Ibidem*, p. 5.

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

[6] *Acuerdos*, *op. cit.*, p. 6.

2. *Ampliar participación y representación políticas*. El Estado cumplirá con esta obligación impulsando "cambios jurídicos y legislativos que amplíen la participación y representación políticas local y nacional de los pueblos indígenas" y esto, entre otras cosas, debe llevar "al reconocimiento de derechos políticos, económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas".[7]

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

> 3. *Garantizar acceso pleno a la justicia*. El Estado debe garantizar el acceso pleno de los pueblos a la jurisdicción del estado Mexicano, con reconocimiento y respeto a especificidades culturales y a sus sistemas normativos internos, garantizando el pleno respeto a los derechos humanos. Promoverá que el derecho positivo mexicano reconozca las autoridades, normas y procedimientos de resolución de conflictos internos a los pueblos y comunidades indígenas, para aplicar justicia sobre la base de sus sistemas normativos internos, y que mediante procedimientos simples, sus juicios y decisiones sean convalidados por las autoridades jurisdiccionales del Estado.[8]

Los cinco compromisos restantes se enuncian de la siguiente manera:

4. Promover las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas;
5. Asegurar educación y capacitación;
6. Garantizar la satisfacción de necesidades básicas;
7. Impulsar la producción y el empleo; y
8. Proteger a los indígenas migrantes.

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

1. *Pluralismo*, que implica "el respeto a sus diferencias, bajo el supuesto de su igualdad fundamental".[9]
2. *Sustentabilidad*, que entraña asegurar "la perduración de la naturaleza y la cultura".[10] En este punto hay remisión a lo normado por el *Convenio 169* de la OIT, que implica, dado el caso, el derecho de los pueblos

[7] *Idem.*
[8] *Idem.*
[9] *Ibidem*, p. 8.
[10] *Idem.*

y comunidades indígenas "a recibir la indemnización correspondiente cuando la explotación de los recursos naturales que el Estado realice ocasione daños en su hábitat que vulneren su reproducción cultural".[11]

3. *Integridad*. El Estado debe impulsar la acción integral y concurrente de las instituciones y niveles de gobierno que inciden en la vida de los pueblos indígenas, evitando las prácticas parciales que reaccionen las políticas públicas.[12]

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

4. *Participación*. El Estado debe favorecer que la acción institucional impulse la participación de los pueblos y comunidades indígenas y respete sus formas de organización interna, para alcanzar el propósito de fortalecer su capacidad de ser los actores decisivos de su propio desarrollo.[13]
5. *Libre determinación*. El Estado respetará el ejercicio de la libre determinación de los pueblos indígenas en cada uno de los ámbitos y niveles en que harán valer y practicarán su autonomía diferenciada, sin menoscabo de la soberanía nacional y dentro del nuevo marco normativo para los pueblos indígenas.[14]

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

2. La iniciativa de reforma constitucional de la COCOPA

La Comisión de Concordia y Pacificación (COCOPA), creada por la propia *Ley para el Diálogo, la Conciliación y la Paz Digna en Chiapas*, integrada por miembros del Congreso de la Unión, presentó hacia fines de 1996 a la consideración del Ejecutivo un proyecto de reformas a la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, en la que se traducían legalmente los acuerdos que sobre la autonomía de los pueblos indígenas se había llegado en

[11] *Idem.*
[12] *Idem.*
[13] *Idem.*
[14] *Ibidem*, p. 9.

la primera mesa de San Andrés. El Ejecutivo, a cargo del Presidente Ernesto Zedillo, respondió a la COCOPA haciéndole modificaciones a su proyecto, mismas que el EZLN consideró inaceptables por contravenir lo acordado, al no apegarse a la amplitud de la autonomía convenida para los pueblos indígenas, lo que implica, según ve el EZLN, un incumplimiento del Gobierno Federal.

Después de un largo silencio zapatista, éste fue roto con la *V Declaración de la Selva Lacandona*, de 17 de julio de 1998, en la que se reitera la necesidad de cumplir con los *Acuerdos de San Andrés* y se acepta como propuesta de reforma constitucional, en relación a los derechos indígenas, la de la COCOPA:

> Aunque no incorpora todos los Acuerdos de San Andrés [...] la iniciativa de ley elaborada por la Comisión de Concordia y Pacificación es una propuesta de ley que nace del proceso de negociación y, por tanto, está en el espíritu de darle continuidad y razón de ser al diálogo, es una base firme que puede abrir la solución pacífica del conflicto, se convierte en una importante ayuda para anular la guerra y preceder a la paz.[15]

Ese proyecto de reforma constitucional nunca fue sometido a las instancias legislativas durante la presidencia de Zedillo. Sin embargo, a principios de diciembre del 2000, el Presidente de la República, Vicente Fox Quesada, sometió al Constituyente Permanente la postergada *Iniciativa de Reforma constitucional de la COCOPA*, sobre los derechos de los pueblos indígenas. La propuesta incluyó la modificación de varios artículos de la Constitución, de manera especial el 4° y el 115.

Ante ello, entre febrero y marzo de 2001, se dio la marcha del EZLN hacia la Ciudad de México, donde sus comandantes permanecieron con el objeto de convencer a los legisladores de aprobar las modificaciones constitucionales en el sentido de la propuesta de la COCOPA —que había hecho suya el Ejecutivo Federal—. En el transcurso de la marcha, contando con la presencia de los zapatistas, se celebró el III Congreso Nacional Indígena, en Nurio, Michoacán. Alrededor de cinco mil delegados, representantes de los pueblos indios, asumieron como propia la propuesta de reforma constitucional de la COCOPA, al considerar que "recogía en su espíritu y su letra los Acuerdos de San Andrés, firmados por el gobierno federal y el EZLN el 16 de febrero de 1996, en materia de derechos y cultura indígena".[16] Agregaron que: debía

[15] *EZLN, Documentos y Comunicados,* Núm. 4, México, Era, 2003, p. 231.

[16] Villalobos, Claudia, "III Congreso Nacional Indígena", en *Esquila Misional*, Núm. 549, México, abril de 2001, p. 17.

"ser aprobada sin modificaciones, porque lo que para los legisladores es letra muerta, para nosotros es vida".[17] El documento final del Congreso de Nurio fue respaldado por aproximadamente 47 pueblos indígenas del país.

El Constituyente Permanente conoció de la Iniciativa presidencial, pero aprobó unas reformas a la Constitución en materia indígena distintas a las de la propuesta de la COCOPA. Formalmente, en lugar de modificar y añadir substancialmente el Artículo 4°, adicionar el 18 y reformar el 26, el 53, el 73, el 115 y el 116; adicionó dos párrafos al Artículo 1°, reformó el 2°, derogó el párrafo primero del 4° y adicionó un párrafo al 18 y otro al 115 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. La Reforma constitucional se publicó en el Diario Oficial en su edición de 14 de agosto de 2001.

3. Rechazo a la reforma en materia indígena

Los voceros y asesores del EZLN y del Congreso Nacional Indígena repudiaron la Reforma constitucional por considerarla no sólo insuficiente, sino incluso, en algunos aspectos, contraria a los intereses de los pueblos indígenas.

De manera general, la Reforma a la Constitución ha sido rechazada por lo siguiente:

1. Se considera que, a pesar de que se establece formalmente el reconocimiento y la garantía de los pueblos y comunidades a la libre determinación y autonomía, está de tal modo normado que se trata de una contrarreforma; en donde lo que se ofrece a los indígenas es "indigenismo" por autonomía, tutela por capacidad de decisión. Programas sociales y asistencia, en lugar de libre determinación.
2. A las comunidades se les designa como "entidades de interés público", en vez de reconocerlas como "entidades de derecho público", quedando así limitadas en sus acciones y haciéndose más difícil la reconstrucción de los pueblos. En este punto se violan los *Acuerdos de San Andrés*.
3. La sustitución de las nociones de *tierra* y *territorios* por el de "los lugares que habitan u ocupan", *desterritorializa* a pueblos y comunidades y les quita su base material de vida y desarrollo. También en este punto se trata de una clara violación a los *Acuerdos de San Andrés*.

[17] *Idem.*

4. Se considera que la libre determinación y autonomía queda subordinada a las decisiones y leyes unilaterales de los congresos locales de cada entidad federativa, por haber sido remitida, la reforma constitucional, a su reglamentación por leyes estatales.
5. Se limita el derecho de las comunidades a asociarse. Se contraviene lo acordado en San Andrés Larráinzar.
6. Se limita la posibilidad de que los pueblos indígenas adquieran sus propios medios de comunicación. También en contra de lo convenido en San Andrés.

De igual manera, se impugnó la *forma*, el *cómo* se procedió a hacer esta legislación para los pueblos indígenas, ya que no fueron consultados como parte interesada, como "pueblos interesados". Con ello se violó el Artículo 6, 1 a) del *Convenio 169* de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que manda que, en aplicación del propio Convenio, que reconoce derechos de los pueblos indígenas, los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

El rechazo que hicieron los pueblos indígenas a la reforma constitucional, los llevó a emprender acciones políticas y jurídicas. Las segundas consistieron en amparos ante jueces de distrito y controversias constitucionales ante la Suprema Corte de Justicia. Estos recursos legales fueron declarados improcedentes por el Poder Judicial Federal. La Corte emitió su fallo el 6 de septiembre de 2002, sustentando que no era competente para revisar reformas a la Constitución.[18]

4. La sobrevivencia de los Acuerdos de San Andrés

¿Qué ha sido de los *Acuerdos de San Andrés* Larráinzar o Sacamch'en? Preguntábamos hace diez años. Y volvemos a preguntar a veinte años de su firma.

José Ramón Cossío advertía que, por parte del Gobierno, sólo concurrió el Ejecutivo Federal al proceso de paz que dio origen a los *Acuerdos de San Andrés*. Sin embargo, éste no tenía ni tiene las facultades para transformar

[18] *Cfr.* Espinoza Sauceda, Guadalupe; López Barcenas, Francisco y Zúñiga Balderas, Abigail, *Los Pueblos indígenas ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Centro de Orientación y Asesoría a Pueblos Indígenas, A.C., Convergencia Socialista y Comisión Independiente de Derechos Humanos de Morelos, A.C., 2002.

los *Acuerdos* en normas, sino sólo de intervenir de algún modo en su proceso de formación, impulsando el propio proceso. Con toda propiedad, más bien participa en la ejecución, una vez dadas las normas con carácter obligatorio. De ahí que, el modo de hacer eficaces los *Acuerdos* era actuando legislativamente, convirtiéndolos en normas vinculantes.[19]

Por otra parte, ya hemos visto como, a la postre, la Reforma Constitucional en materia de Derecho y derechos indígenas, en aspectos fundamentales, contraviene los *Acuerdos de San Andrés*. No obstante, dichos *Acuerdos* están vivos; más vivos que nunca y, en cierto sentido, constituyen juridicidad, son Derecho. No pertenecen al pasado, son actuales en la vida de los pueblos y comunidades indígenas. Quizás la mejor explicación de este hecho, de esta realidad jurídica de *Derecho que nace del pueblo*, la encontremos en algunos conceptos vertidos en la *V Declaración de la Selva Lacandona* del Ejército Zapatista de Liberación Nacional, de 17 de julio de 1998, que considera que en la reunión de San Andrés "la voluntad de todos los pueblos indios... se hizo colectiva".[20] De tal modo, los *Acuerdos de San Andrés* están vivos en la memoria histórico-jurídica de los pueblos indígenas como una "voluntad colectiva" participante en la reivindicación de su autonomía y, también, como recuerdo de una traición: la de las autoridades del Estado.

Además, esos *Acuerdos* están presentes como las normas básicas de su organización interna y como criterios jurídicos inspiradores de su juridicidad; son derecho fundamental de pueblos y comunidades.

En tercer lugar, pero no menos importante, los *Acuerdos de San Andrés* poseen el poder que da fuerza al Derecho y que éste otorga al orden social: el poder simbólico, en cuanto que confiere legitimidad. Bourdieu dice que: "El poder simbólico es un poder de construcción de la realidad que aspira a establecer un orden gnoseológico: el sentido inmediato del mundo (y en particular del mundo social)".[21] Finalmente, los *Acuerdos de San Andrés* constituyen también bandera de lucha, jurídico política, frente al Estado. Una lucha precisamente por el *poder simbólico*, por la fuerza del Derecho. Son derecho insurgente.

[19] *Cfr.* Cossío D., José Ramón, *op. cit.*, p. 3.
[20] EZLN, *op. cit.*, p. 229.
[21] Bourdieu, Pierre, *Poder, Derecho y Clases Sociales*, Bilbao, Desclée de Brower, 2000, pp. 91-92.

5. Vivir la autonomía: algunos ejemplos

Después de la Reforma constitucional emitida por el Congreso de la Unión, actuando como órgano revisor de la Constitución, y de la confirmación implícita de la Reforma por parte de la Suprema Corte de Justicia, los pueblos indígenas mexicanos no se han dado por vencidos. Como dice López Bárcenas: "los zapatistas y gran parte del movimiento indígena [...] se regresaron a sus comunidades a ejercer en los hechos lo que el Estado les había negado reconocer en sus leyes: el derecho a la autonomía".[22]

A continuación, voy a referirme a algunos ejemplos de lucha por la autonomía y ejercicio de la misma. Los *Acuerdos de San Andrés* están presentes, explícita e implícitamente, según veremos.

5.1 *Presupuestos teóricos*

Para mejor entender la autonomía ejercida por diversas comunidades y pueblos indígenas, me referiré brevemente a tres presupuestos teóricos en los que encuadro las experiencias que desarrollaré, a saber: el Pluralismo Jurídico, como teoría y como realidad histórica vivida; la visión del Derecho y el Estado, desde la sociología de Pierre Bourdieu; y la teoría del *direito* insurgente (derecho insurgente), desarrollada por los juristas brasileños militantes, como Miguel Pressburger y Ricardo Prestes Pazello.

5.1.1 Pluralismo Jurídico, como teoría y como realidad histórica

La teoría del Pluralismo Jurídico hace un rompimiento epistemológico con la teoría dogmática del Derecho y el Estado, construida en la modernidad; parte de otra racionalidad, de otra comprensión del Derecho.

La concepción del Derecho es unívoca en la modernidad. El Derecho tiene un solo sentido, responde a una realidad única: el Derecho es la Ley. Así, Ley es igual a Derecho y Derecho es igual a Ley. Por su parte, la Ley tiene como fuente exclusiva de origen el Estado. De ahí que el Derecho esté constituido por un conjunto de normas establecidas por el Estado para que rijan la sociedad, y se llama Ley.

[22] López Bárcenas, Francisco, "El largo camino de las autonomía indígenas", en *La Jornada*, México, 13 de agosto de 2003.

Dice Paolo Grossi que, con el advenimiento de la concepción moderna del Derecho, el viejo pluralismo es sustituido por un rígido monismo; de tal modo que el "drama del mundo moderno consistirá en la absorción de todo el derecho por la ley en su identificación con la ley".[23]

El Pluralismo Jurídico no entiende el Derecho de manera unívoca; no tiene una concepción monista del Derecho. La fundamentación del Pluralismo Jurídico la encuentro al utilizar una racionalidad analógica: el Derecho es una realidad compleja que no se agota en la Ley. El Derecho, ciertamente, es Ley, conjunto de normas, pero no sólo es eso, constituye también derechos subjetivos, facultades de las personas y de los grupos sociales sobre lo suyo. Además, Derecho es las cosas y/o conductas debidas a los otros, esto es lo justo objetivo, como concretización de la justicia.[24] Por otro lado, no aceptamos que el Estado sea la única fuente de producción de lo jurídico. Los usos y costumbres, los principios generales del Derecho (concretizaciones de equidad), la realidad humana misma, naturaleza e historia, y la naturaleza de las cosas producen juridicidad. El Derecho también nace del pueblo; de las relaciones interhumanas, de las luchas y reivindicaciones de diversos colectivos.

Aplicando esa racionalidad analógica, decimos que la teoría del Pluralismo Jurídico se separa de la tesis unívoca de la modernidad; hace un rompimiento epistemológico. Se acepta la diversidad, lo plural, pero no de manera equívoca, no el todo se vale, no el todo es Derecho; sino que, por aplicación de la analogía, se acepta lo diverso, lo distinto, aunque sin perder lo esencial de la juridicidad, lo que le da sentido en última instancia, lo que le permite ser Derecho: la justicia.

Esta teoría del Pluralismo Jurídico da cuenta, entonces, que el derecho se produce no sólo por las instancias estatales, sino por diversas fuerzas sociales. Por eso podemos afirmar que los *Acuerdos de San Andrés*, son Derecho, constituyen juridicidad para pueblos y comunidades indígenas.

5.1.2 Las hermandades, realidad histórica del Pluralismo Jurídico

El Pluralismo Jurídico da cuenta de la realidad jurídica que es plural. El Derecho es producido en la realidad, no es una abstracción. Una de las expresiones plurales de ese Derecho lo constituyen las *policías comunitarias*

[23] Grossi, Paolo, *Mitología Jurídica de la Modernidad*, Madrid, Trotta, 2003, p. 36.

[24] *Cfr.* De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *Iusnaturalismo Histórico Analógico*, México, Porrúa, 2011.

surgidas en las comunidades indígenas en los últimos años, que especialmente o de manera implícita se basan en los *Acuerdos de San Andrés*. La más famosa es la que forma parte del sistema de seguridad y justicia de la Montaña y Costa Chica de Guerrero, que tiene veinte años de funcionar bien; pero no es la única.

Para que no se crea que este fenómeno de las *policías comunitarias* constituye un desorden y sólo contribuye al caos social, que se trata de grupos "fuera de la ley", sin legitimación alguna, quiero decir algunas palabras sobre una realidad de pluralismo jurídico medieval que se produjo por causas análogas a la creación de las *policías comunitarias*, en los reinos españoles.

Las *hermandades* eran confederaciones de municipios que se daban sus propias ordenanzas, "para buscar en la unión la fuerza y para atender a los fines de policía y seguridad".[25] Datan del siglo XII o principios del siglo XIII. Como organizaciones, tuvieron una gran fuerza política y social. Dice Minguijón que llegaron "a constituir en ocasiones como un Estado dentro de otro".[26]

> Entonces aparecen las hermandades: 1282 y 1295. Fenómenos que acompañan por lo regular, a los periodos de inseguridad y de especial debilidad de la monarquía... Los concejos de León y Galicia acuerdan (1295) hacer *hermandades*... En las dos últimas décadas del siglo XIII, la iniciativa popular –animada y/o tolerada por la monarquía- coordina por vez primera concejos y reinos para garantizar las aspiraciones colectivas de paz y seguridad. Aviso claro de la necesidad de reajustes en la estructura social que dirige la clase señorial.[27]

Según el tiempo, las *hermandades* tuvieron diversos tipos de relación respecto al poder de los reyes. En ocasiones, el poder real las toleró; en otras, incluso las fomentó y se sirvió de ellas; pero también hubo reyes que se opusieron a ellas y las prohibieron.[28] Ya en el siglo XV, en 1476, las Cortes de Madrigal propusieron la *hermandad general* y le dieron sus primeras ordenanzas. Con la reforma a las ordenanzas, aprobada por los monarcas en 1486, surgió oficialmente la *Santa Hermandad*, "que dio grandes resultados en orden a la seguridad pública y a la extinción del vandalismo".[29]

Es cierto, el motivo principal de las hermandades fue el combate a la delincuencia común. Pero, en muchas ocasiones, ese no fue su único objetivo, sino defenderse del abuso e injusticias de los poderosos, los nobles, los grandes

[25] Minguijón, Salvador, *Historia del Derecho Español*, Barcelona, Labor, 1953, p. 115.
[26] *Idem.*
[27] Barros, Carlos, *Mentalidad justiciera de los irmandiños, siglo XV*, Madrid, Siglo XXI, 1990, p. 19.
[28] *Cfr.* Minguijón, *op. cit.*, p. 115.
[29] *Ibídem*, p. 116.

señores. Es emblemático, en este sentido, el levantamiento de la *Santa Hermandad* del reino de Galicia contra las fortalezas señoriales, en el año de 1467, que mueve a la hermandad gallega: "1. un deseo de justicia, paz y seguridad; 2. una actitud anti-fortaleza; y 3. una conciencia antiseñorial".[30]

Veían a los propios señores como malhechores y no olvidaban que, en muchas ocasiones, los señores tenían la administración de justicia delegada por los reyes debido a la debilidad de la monarquía. El asunto era grave, los mismos que administraban justicia, los señores, son de quienes proviene el crimen y el latrocinio.[31]

En el levantamiento de la hermandad gallega:

> La gente común toma en sus manos el ejercicio de la justicia y la persecución de los malhechores, y de los caballeros que se oponen a la *Santa Irmandade*: en nombre del rey. La justicia delegada, que en otra hora era confiada por el rey a la clase señorial, la detentan en 1467-1469 los pueblos con el permiso real.[32]

Dice la *Crónica de Enrique IV*, de Galíndez de Carvajal: "Como los pueblos del reino, compelidos por necesidad de las muchas muertes y robos que se hazian por todas partes, hizieron general hermandad".[33] Por esa misma necesidad, nacen en las comunidades indígenas las policías comunitarias y sus sistemas de seguridad y justicia.

5.1.3 Notas sobre el Derecho y el Estado, desde la sociología de Pierre Bourdieu

La lucha por el poder simbólico, que constituye la fuerza del Derecho, se traduce en una disputa "por el monopolio del derecho de decir el derecho".[34] Los *Acuerdos de San Andrés* han formado parte de esa disputa.

Para un mejor entendimiento de esto, sigamos lo que Bourdieu nos enseña a través de algunos de sus conceptos sociológicos clave:

Espacio social: Es un conjunto de relaciones o un sistema de posiciones sociales que se definen las unas en relación con las otras.

[30] Barros, Carlos, *op. cit.*, p. 6.
[31] *Cfr. Ibídem*, p. 80.
[32] *Ibídem*, p. 78.
[33] Citada por Barros, *Ibídem*, p. 62.
[34] Bourdieu, Pierre, *op. cit.*, p. 169.

Campo social: Es un espacio social específico, en el que esas relaciones se definen de acuerdo con un tipo especial de poder o capital específico, detentado por los agentes que entran en lucha o competencia, que "juegan" en ese espacio social.

Los grupos o agentes sociales son concebidos como "jugadores" en competencia, que se mueven en diversos campos sociales y disputan una particular especie de capital, considerado como "energía social" o conjunto de recursos o beneficios puestos en juego.

> Quienes hablan de igualdad de posibilidades olvidan que los juegos sociales, como el económico, pero también los culturales (campo religioso, campo jurídico, campo filosófico, etcétera), no son *fair games*: sin estar propiamente amañada, la competencia recuerda una carrera con *handicaps* que se corriera desde hace generaciones, o unos juegos en los que cada jugador dispusiera de las ganancias positivas o negativas de todos sus antecesores, es decir de los tanteos acumulados por sus antepasados.[35]

Capital: Específico del campo, es a la vez la condición de entrada en cada campo social, el objeto y el arma de la actividad en dicho campo. Por lo que los diferentes tipos de capital o poder que son objeto de lucha, pueden definirse como los recursos que se producen y negocian en el campo y cuyas especies, por eso mismo, varían en función de las distintas actividades (juegos o luchas) de los diversos campos.

El *capital* se presenta de tres maneras fundamentales, como *económico, cultural* y *social*.

> Así el *capital económico* es directa e inmediatamente convertible en dinero, y resulta especialmente indicado para la institucionalización en forma de derechos de propiedad; el *capital cultural* puede convertirse bajo ciertas condiciones en capital económico y resulta apropiado para la institucionalización, sobre todo, en forma de títulos académicos; el *capital social*, que es un capital de obligaciones y "relaciones" sociales, resulta igualmente convertible, bajo ciertas condiciones, en capital económico, y puede ser institucionalizado en forma de títulos nobiliarios.[36]

Capital simbólico: Es un conjunto de las especies de capital en cuanto tienen prestigio, reconocimiento, honorabilidad y, sobre todo, legitimidad.

La lucha por el poder simbólico, es por imponer la definición del mundo social: "Lo que está en juego en las batallas simbólicas es la imposición de la visión legítima del mundo social y de sus divisiones, esto es, el poder

[35] Bourdieu, Pierre, *Meditaciones pascalianas*, Barcelona, Anagrama, 1999, p. 285.
[36] Bourdieu, Pierre, *Poder..., op. cit.*, pp. 135 y 136.

simbólico como poder *constructor del mundo*".[37] Es muy claro que el Derecho es un poder simbólico, y la lucha por él, es una lucha por la legitimidad. Los *Acuerdos de San Andrés*, de haberse convertido en normatividad del Estado, hubiesen legitimado plenamente a los pueblos indígenas. Por ello fueron hechos a un lado por el legislador, por el Constituyente Permanente, sin embargo, los pueblos reivindican esos *Acuerdos de San Andrés*. Con ellos legitiman sus sistemas normativos y los oponen como *poder simbólico* al propio Estado, negando la legitimidad de la Reforma constitucional, porque ésta niega a los pueblos y niega su Derecho.

> El derecho es, sin duda, la forma por excelencia del poder simbólico de nominación que crea las cosas nombradas y, en particular los grupos; el derecho confiere a esas realidades surgidas de sus operaciones de clasificación toda permanencia, la de las cosas, que una institución histórica es capaz de conferir a instituciones históricas.
> El derecho es la forma por excelencia del discurso activo, capaz, por su propia virtud, de producir efectos. No es exagerado decir que el derecho *hace* el mundo social, pero con la condición de no olvidar que él es hecho por ese mundo.[38]

El texto actual del Artículo 2° constitucional, que hace una determinada nominación de los indígenas, que les otorga cierta definición, es cuestionado por los *Acuerdos de San Andrés*. Para los pueblos y comunidades, la legitimación está en esos *Acuerdos*, no en la Constitución. Hay una disputa por el poder simbólico: Artículo segundo constitucional *versus Acuerdos de San Andrés*; es una disputa por el derecho a decir el Derecho. ¿Es el Derecho del Estado el que fija los alcances de la autonomía o son los *Acuerdos de San Andrés*, la voluntad y fuerza política de los pueblos, los que nominan y establecen el tamaño de su libre determinación?

En otro lugar, el sociólogo francés dice:

> Hay que analizar... el derecho desde el punto de vista de esas luchas internas en el campo del poder, de esta competición por el ejercicio de la dominación: el derecho es muy poderoso porque proporciona una reserva de técnicas de pensamiento y de técnicas de acción. Los poseedores del capital jurídico son poseedores de un recurso social constituido esencialmente por palabras o por conceptos —pero las palabras y los conceptos son instrumentos de construcción de la realidad y en particular de la realidad social—".[39]

[37] *Ibídem*, p. 124.
[38] *Ibídem*, p. 202.
[39] Bourdieu, Pierre, *Sobre el Estado. Cursos en el Collège de France (1989-1992)*, Barcelona, Anagrama, 2014, p. 450.

Siguiendo al propio Bourdieu, sabemos que el Estado, como institución, es el "detentador del monopolio de la violencia simbólica legítima" y "pone, por su propia existencia, un límite a la lucha simbólica de todos contra todos por ese monopolio (es decir, por el derecho a imponer el propio principio de visión), y arrebata así cierto número de divisiones y principios de división de esa lucha".[40] Por medio del Derecho, "la forma por antonomasia del poder simbólico", se da "la objetivización de la visión dominante reconocida como legítima".[41] De acuerdo con esto, el Artículo 2° de la Constitución, como visión del Estado sobre el mundo indígena, constituye la visión legítima.

Sin embargo, se trata de una visión legítima precaria, pues los pueblos indígenas deficientemente nominados oponen una visión diversa que se objetiva en los Acuerdos de San Andrés. La misma realidad objetiva de los pueblos y el poder simbólico que portan, se opone a la visión del Estado. En ese sentido, los *Acuerdos de San Andrés* cumplen lo que Bourdieu explica de esta manera:

> El imperativo del ajuste realista a las estructuras objetivas que no se impone menos al poder simbólico en su forma profética, herética, anti-institucional, subversiva. Si bien el poder creador de la representación no se manifiesta nunca tan claramente en ciencia, en arte o en política como en los períodos de crisis revolucionaria, la voluntad de transformar el mundo transformando las palabras para designarlo, produciendo nuevas categorías de percepción y apreciación imponiendo una nueva visión de las divisiones y las distribuciones, sólo tiene posibilidades de lograrlo si las profecías, evocaciones creadoras, son también, al menos en parte, previsiones bien fundadas, descripciones anticipadas: si ellas hacen llegar lo que anuncian, nuevas prácticas, nuevas costumbres y, sobre todo, nuevos grupos, es porque anuncian lo que está en vías de llegar, lo que se anuncia; son menos las comadronas que los oficiales del estado civil de la historia.[42]

Esos viejos grupos, pero renovados, que son los pueblos y comunidades indígenas, con nuevas prácticas, con nuevas costumbres, crean Derecho; es Derecho que nace del pueblo. Constituye un pluralismo jurídico y un derecho insurgente que, como tal, y apoyado en los *Acuerdos de San Andrés*, disputa el derecho a decir el Derecho.

Tanto el pluralismo jurídico como el derecho insurgente implican, en cierto sentido, una lucha por decir el Derecho, por el poder simbólico que el Derecho es. Por eso, la visión del Estado y del Derecho que tiene Bourdieu es muy útil para entender las insurgencias jurídicas.

[40] Bourdieu, Pierre, *Meditaciones..., op. cit.*, pp. 244-245.
[41] *Ibídem*, p. 245.
[42] Bourdieu, Pierre, *Poder..., op. cit.*, pp. 203-204.

5.1.4 El derecho insurgente (*direito* insurgente)

En los últimos años, desde América Latina, la contribución teórica más interesante, con relación al Derecho, es la llamada Crítica Jurídica y la sistematización teórica del llamado Derecho Alternativo. Se trata de dos quehaceres del poder jurídico interrelacionados.

Lédio Rosa de Andrade, siguiendo a Amilton Bueno de Carvalho, propone la locución *Derecho Alternativo* (*Direito Alternativo*) como género que admite tres especies: el "positivismo de combate"; el "uso alternativo del derecho" y el derecho alternativo en "sentido estricto".[43] El primero consiste en la lucha porque el derecho objetivo, aquellas leyes que reconocen derechos al pueblo, sean realmente efectivos; la búsqueda de que el derecho positivizado sea eficaz en aquello que favorece a los más desvalidos de la sociedad. El "uso alternativo del derecho" —segunda especie— se relaciona directamente con la hermenéutica jurídica. Se trata de un "proceso hermenéutico por el cual el intérprete da a la norma legal un sentido diferente del pretendido por el legislador de derecha o por la clase dominante".[44] Con ello se hará una interpretación extensiva de los textos legales que favorecen a las clases populares, y restrictiva de las normas que favorecen a las clases hegemónicas. La tercera especie, el derecho alternativo en sentido estricto, constituye precisamente al "pluralismo jurídico" del que ya hablamos, es decir, la juridicidad producida en el seno mismo de los grupos sociales.

El "uso alternativo del derecho" nace en Italia y se teoriza sobre el mismo, ligándolo al quehacer de los jueces.[45] Pero en América Latina, si bien se aplica a las acciones interpretativas de las judicaturas, en especial a los famosos *jueces gauchos*,[46] la locución se ha referido principalmente a las interpretaciones de los abogados que hacen asesoría jurídica popular.

Ahora bien, el *derecho insurgente* —que en muchas ocasiones se ha identificado con el derecho alternativo—, en realidad, es más que éste. Podemos decir que el derecho insurgente asume las tres versiones del derecho alternativo: como *positivismo de combate*, uso *alternativo del derecho* —en su versión desde la asesoría jurídica popular— y cierto pluralismo jurídico; pero a estas manifestaciones alternativas le añade la conciencia de una producción

[43] *Cfr.* De Andrade, Lédio Rosa, *O que é direito alternativo*, Florianópolis, Obra Jurídica, 1998, pp. 46-48.
[44] *Ibídem*, p. 47.
[45] *Cfr.* Barcellona, Prieto y Cotturri, Guiseppe, *El Estado y los juristas*, Barcelona, Fontanella, 1976.
[46] *Cfr.* Bueno de Carvalho, Amilton, *Direito alternativo em movimiento*, Río de Janeiro, LUAM, 1997.

de Derecho desde las clases oprimidas que trata de imponerse al derecho hegemónico burgués.

El gran teórico del derecho insurgente —*direito insurgente*— ha sido el jurista militante y asesor popular, Miguel Pressburger. Otro teórico del derecho insurgente, Ricardo Prestes Pazello, ha sistematizado esa teoría y esa práctica.[47]

Este último nos hace ver que, dentro de la crítica jurídica brasilera, fueron los teóricos del derecho insurgente los que pusieron en primer plano los movimientos populares. Esto no como referencia académica, sino como un mandato pueblo-abogados. Así aparecieron los abogados populares o, mejor, los asesores jurídicos populares. Por eso, los cimientos del derecho insurgente están en la práctica de la asesoría jurídica popular (AJP). El más importante de estos grupos de AJP, lo fue el Instituto Apoio Jurídico Popular (AJUP), fundado en 1987 en Rio de Janeiro, con "una lectura vigorosamente marxista de la realidad". En él destacan las figuras de los abogados Miguel Pressburger y Miguel Baldez.

Pazello nos advierte que se acostumbra identificar al derecho insurgente con el derecho alternativo —en sentido estricto—, con el pluralismo jurídico y con el derecho encontrado en la calle, pero sólo abstractamente pueden ser tomados como lo mismo. El derecho insurgente va más allá: los propios abogados populares que participaban en encuentros con alternativistas eran marginados por su fuerte posición crítica.

El mismo autor explica cómo encara Pressburger las diferencias, estableciendo las especificidades del derecho insurgente:

> Para él, tanto el alternativismo como el pluralismo jurídico aparecían como importaciones coloniales de contextos distintos del latinoamericano y del brasileño en específico. Así, en las explicaciones de Pressburger, la crítica marxista al derecho debería ser pensada de modo tal que no vedase las posibilidades de una práxis jurídica insurgente, aunque esta última no pudiese ser vista como una ingenuidad trasplantada tal como los alternativismos/pluralismos entonces en boga resaltaban. En resumen, podemos decir que su conclusión fue la de pensar un "positivismo de combate", para poder ser aplicado en la técnica jurídica (algo como la política del uso alternativo del derecho; pautada por la necesidad de efectivar conquistas normativas populares y de *garimpar* preciosidades jurídicas que permitan interpretaciones favorables a las clases dominadas), cuyos desarrollos harían posible el derecho insurgente …(esto es) invención de un derecho más eficiente y justo… que tenga en sus raíces la insurgencia contra la perspectiva idealista y fragmentada del saber actualmente dominante…un derecho "que va emergiendo de las luchas sociales, momento histórico y teórico en que los oprimidos se reconocen como clase distinta de aquellos que oprimen".[48]

[47] *Cfr.* Pazello, Ricardo Prestes, *Direito insurgente e movimentos populares: o giro descolonial do poder e a crítica marxista ao direito*, Tesis para obtener el grado de doctor en Derecho por la Universidad Federal de Paraná, defendida el 8 de agosto de 2014.

Escribe Pressburger:

> Se puede afirmar que, en última instancia, las conquistas de los movimientos populares descansen sobre formas "alternativas" que las asesorías jurídicas encuentran para tratar de cuestiones y conflictos concretos. Se trata de dispositivos legales reinterpretados de manera no conservadora; o bien instrumentos jurídicos utilizados de forma aparentemente descabellada para el positivismo, pero que en la práctica se dirigen a lograr soluciones; también han sido exploración de las propias contradicciones de las reglas formales del mundo de las relaciones jurídicas.[49]

De tal modo, el *derecho insurgente* se gesta en los movimientos populares y se hace posible por las asesorías jurídicas.

Se manifiesta utilizando diversos aspectos de las propias leyes, pero emplea una hermenéutica no conservadora, es decir, una en beneficio del movimiento popular. Se expresa también al aplicar, con imaginación creadora y de manera audaz, instrumentos jurídicos en apoyo de diversas soluciones conformes con los intereses populares; y se aprovechan, en favor de esos propios intereses, las contradicciones de las leyes.

Otros modos en que este derecho insurgente se manifiesta, nos los describe Miguel Pressburger de la siguiente manera:

> …las comunidades urbanas y rurales al margen del Estado de Derecho están criando internamente normas de conducta que tienen vigencia y eficacia, tal como el derecho estatal normatizado. Esas reglas de conducta, verdaderas normas consensuales, pero no están escritas, se están mostrando adecuadas y eficientes, para mejor llevarse las relaciones sociales vigentes; porque no son discriminatorias en el seno de una sociedad pluriracional; porque se basan en otros padrones que no tratan de asegurar el modo de producción capitalista... reconociendo esas normas como un derecho paralelo, o sea admitiendo otros derechos que nos son aquellos producidos por la legislación estatal, los juristas pasan a adoptar un punto de vista teórico-científico y niegan el monopolio radical de producción y circulación del derecho por el Estado moderno.[50]

[48] *Ibidem*, p. 439.

[49] Pressburger, T. Miguel, "A Porposta do Insituto Apoio Jurídico Popular", en *Direito Insurgente*, Río de Janeiro, Anais de fundação Instituto Apoio Jurídico Popular 1987-1988, p. 6.

[50] Pressburger, T. Miguel, "O Direito que os oprimidos constroem", en *Direito Insurgente: o direito dos oprimidos*, Río de Janeiro, Apoio Jurídico Popular y FASE, Colección "Seminarios", Núm. 14, 1990, p. 10.

Para acabar de mostrar lo que entienden como derecho insurgente sus propios gestores —esto es, los abogados comprometidos con los movimientos populares— cito a Daniel Rech:

> Aquí el derecho de los pobres insurge contra los privilegios y el exclusivismo de determinados derechos para pocos. El abogado del movimiento popular revela y está presente al frente de esta insurgencia de los pobres en la conquista de igualdad y de justicia... El nuevo derecho, criado por los oprimidos, de acuerdo con sus intereses y necesidades, insertado o no en las leyes vigentes, precisa de ser rescatado y, a través de la formalización, darle la dignidad del derecho vigente.[51]

El *derecho insurgente* es otro *derecho*. Constituye una juridicidad compleja, producida por los pobres, por los oprimidos, y se opone al derecho del Estado porque es un derecho que les hace justicia. Si esto es así, es claro que los *Acuerdos de San Andrés* constituyen derecho insurgente.

5.2 *Los ejemplos*

5.2.1 Municipios autónomos y Juntas de Buen Gobierno zapatistas

En la zona de influencia zapatista funcionan municipios autónomos rebeldes, conducidos por las propias comunidades. En estas experiencias de autogobierno, el EZLN no interviene. Se deslinda el campo político administrativo, que corresponde a las autoridades municipales, del campo militar. Los mandos militares del EZLN no pueden ocupar cargos de autoridad ni en comunidades ni municipios.

En agosto de 2003, las comunidades zapatistas anuncian la instauración de las Juntas de Buen Gobierno:

> Creadas con el fin de contrarrestar el desequilibrio en el desarrollo de los municipios autónomos y de las comunidades; para mediar en los conflictos que pudieran presentarse entre municipios autónomos y entre municipios gubernamentales; para atender las denuncias contra los Consejos Autónomos por violaciones a los derechos humanos, protestas e inconformidades".[52]

Además, realizan otras tareas de apoyo y coordinación en relación a los propios municipios autónomos.

[51] Rech, Daniel, "Introdução", en *Direito Insurgente: direito dos oprimidos*, *op. cit.*, p. 5.
[52] Muñoz Ramírez, Gloria, "EZLN: 20 y 10 el fuego y la palabra", en *Revista Rebeldía*, México, Jornada Ediciones, 2003, pp. 247 y 248.

Las Juntas de Buen Gobierno están constituidas por agrupaciones de municipios autónomos. Sus autoridades son designadas por los propios municipios, de entre los municipios elegidos por las comunidades de base.[53]

Con las Juntas de Buen Gobierno nacen los *Caracoles* como espacios de encuentro político y cultural. Los zapatistas explican:

> Serán como puertas para entrarse a las comunidades y para que las comunidades salgan; como ventanas para vernos dentro y para que veamos fuera; como bocinas para sacar lejos nuestra palabra y para escuchar la del que lejos está. Pero sobre todo, para recordarnos que debemos velar y estar pendientes de la cabalidad de los mundos que pueblan el mundo.[54]

Con fecha 26 de febrero de 1994, el Ejército Zapatista de Liberación Nacional dio un comunicado que se conoce como *Mandar obedeciendo*, en donde establece sus líneas fundamentales de filosofía política, su concepción del ejercicio del poder y su modo de entender la democracia. Entre otras cosas muy interesantes, se dice:

> Fue nuestro camino siempre que la voluntad de los más se hiciera común en el corazón de los hombres y mujeres de mando. Era esa voluntad mayoritaria el camino en el que debía andar el paso del que mandaba. Si se apartaba su andar de lo que era razón de la gente, el corazón que mandaba debía cambiar, por otro que obedeciera. Así nació nuestra fuerza en la montaña, el que manda obedece si es verdadero, el que obedece manda por el corazón común de los hombres y mujeres verdaderos. Otra palabra vino de lejos para que este gobierno se nombrara, y esa palabra nombró "democracia" este camino nuestro que andaba desde antes que caminaran las palabras.[55]

Los municipios autónomos rebeldes y las Juntas de Buen Gobierno tienen esa filosofía política como base. Su tendencia, al ejercer el gobierno, es la de *mandar obedeciendo*. Producen otro derecho, un derecho alternativo, con una racionalidad jurídica distinta a la del derecho dominante.[56]

La Revista *Conspiratio* dedica su Número 07 a responder el cuestionamiento acerca de si hoy es posible la revolución. Los colaboradores argumentan para fundamentar sus opiniones: Gustavo Esteva considera que hay

[53] *Cfr.* Correas, Oscar, *Derecho Indígena Mexicano II*, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, UNAM, México, 2009, p. 235.
[54] *Ibidem*, pp. 245 y 246.
[55] *EZLN, Documentos y Comunicados*, Núm. 1, México, Era, 1995, pp. 175 y 176.
[56] Véase una interesante crítica del zapatismo a las leyes y al "Estado en el capitalismo": Subcomandante Insurgente Marcos, "Luchamos, lucharemos, venceremos", en *Rebeldía*, Núm. 43, junio de 2006, pp. 3-7.

una revolución que está en marcha. Conversa con *Conspiratio* en estos términos:

> Conspiratio: A partir del ejemplo e iniciativas del EZLN, tu propuesta política es la de la revolución de los ámbitos de comunidad, que son propios del México profundo. Ésta, que se ha dado en llamar la primera revolución del siglo XXI, sería una revolución no por el poder sino por la convivencialidad. ¿Crees realmente que esta revolución sigue adelante? ¿Cuáles son sus desafíos más importantes? O, si no es así, ¿en dónde consideras que se ha estancado?
> Gustavo Esteva: El EZLN ha señalado repetidamente que no pretende imponer un modo específico de sociedad a todos los mexicanos. Insiste en que son éstos los que deben ser capaces de expresar democráticamente su voluntad para crear la sociedad que desean, pero no a través de estructuras de representación como las actuales sino en forma directa.
> Desde mi punto de vista, la revolución se ha estado tejiendo desde la base social, en los más diversos ámbitos, se ocupa primordialmente de la autonomía, en espacios en los que la gente puede decidir por sí misma. En esos espacios, las normas de convivencia, definidas por la propia gente, estarían más allá de la sociedad económica, capitalista o socialista, y podrían caracterizarse con el término, que Iván Illich renovó, de "convivencialidad".[57]

Por su parte, Ameglio piensa que el aporte de *la revolución que se está haciendo* tiene que ver con la autonomía de las comunidades. Lo considera como un fruto del quehacer político del zapatismo. Al recordar que el 17 de noviembre de 1983, tres indígenas y tres mestizos establecieron el primer campamento del EZLN, agrega que los "urbanos" que llegaron para hacer una guerrilla y luchar por "un gobierno socialista", "fueron 'derrotados' por la experiencia histórica y cultural de la lucha indígena":

> Gracias a esta ruptura epistémica, moral e intelectual nació algo original: un ejército indígena que, sin dejar de serlo, lucha en forma civil y pacífica desde hace 17 años por construir un principio de orden social no capitalista llamado por ellos 'autonomía'.[58]

La autonomía reclamada, producida día a día y vivida sin permiso, es quizás el fruto más importante de la revolución del EZLN. Fruto no sólo para sus comunidades base, sino también para muchas comunidades a lo largo y ancho de todo México.

[57] Esteva, Gustavo, "La revolución que está en marcha", en *Conspiratio*, Conversación con *Conspiratio*, Núm. 07, México, septiembre-octubre de 2010, p. 45.
[58] Ameglio, Pietro, "Pensar en Voz Alta. 27 y 17: génesis y grito de dignidad zapatista", en *Conspiratio*, Núm. 04, México, marzo-abril de 2010, p. 14.

5.2.2 Sistema Comunitario de Seguridad, Impartición de Justicia y Reeducación de la Montaña y Costa Chica de Guerrero

Entre febrero y marzo de 2001, se dio la marcha de los comandantes del Ejército Zapatista de Liberación Nacional hacia la ciudad de México, donde permanecieron con el objeto de convencer al Congreso de la Unión de aprobar una reforma constitucional aceptada por los propios zapatistas y el Congreso Nacional Indígena. Se le conoció como la "Marcha de la Dignidad Indígena" o la "Marcha del Color de la Tierra". En este importante acontecimiento de la presencia indígena en México, participaron también invitados de otros pueblos indígenas, convocados unos por el propio EZLN y otros por el Congreso Nacional Indígena.[59] La tarde del 11 de marzo de 2001, zapatistas y demás representantes de los pueblos indígenas estuvieron en un gran mitin en la Plaza de la Constitución —conocida como Zócalo— de la Ciudad de México. La segunda oradora fue Domitila Rosendo, indígena de origen nahua, integrante de la organización *Consejo Guerrerense 500 Años de Resistencia Indígena*, quien, en algún momento de su discurso, pidió el reconocimiento legal para la Policía Comunitaria de la Montaña y Costa Chica de Guerrero. Al otro día, ningún medio de prensa escrito, ni los más entusiastas por la causa indígena, dieron noticia de ello. Quizás su demanda también pasó desapercibida para la mayor parte de los oyentes, quienes esperaban ansiosos el discurso del subcomandante Marcos.[60] En realidad, la experiencia de la Policía Comunitaria era poco conocida.

a) Los motivos

Este sistema comunitario de justicia se ha implementado en parte de las regiones Montaña y Costa Chica del Estado de Guerrero. Esta entidad federativa mexicana es una de las de mayor población indígena, además con gran diversidad de grupos culturales. Los indígenas son tlapanecos, mixtecos, nahuas y amuzgos.

Por otro lado, varios de los municipios a los que pertenecen las comunidades de la Montaña y Costa Chica son de los más pobres del país. Casi el noventa por ciento de las localidades indígenas de la región están catalogadas como de alta y muy alta marginación. La desnutrición y el hambre son sólo

[59] *Cfr. EZLN, Documentos y Comunicados. La Marcha del Color de la Tierra,* Núm. 5, México, Era, 2003.
[60] *Cfr.* Martínez Sifuentes, Esteban, *La Policía Comunitaria. Un Sistema de Seguridad Pública Comunitaria Indígena en el Estado de Guerrero*, Instituto Nacional Indigenista, México, 2001, p. 16.

los síntomas más dolorosos de su enorme pobreza. Es una zona también conflictiva por problemas de tenencia de la tierra, siendo frecuentes los pleitos agrarios por diversas causas.[61]

La gran inseguridad de la región —provocada por el accionar de bandas de delincuentes que hicieron del asalto práctica común en los tramos de comunicación entre las comunidades de El Rincón, San Luis Acatlan, Pueblo Hidalgo, Ayutla de los Libres, Tlaxcalixtlahuaca y Marquelia; además de la frecuencia del abigeato, la ola de crímenes y de violaciones sexuales practicadas hasta en menores de edad—, con el clima de terror que originaba, aunada a un sistema estatal de seguridad y de impartición de justicia corrupto e ineficaz, motivó la creación, primero, de la Policía Comunitaria y, después, de todo un sistema de seguridad y administración de justicia, en el que fue derivando.

b) Nacimiento de la Policía Comunitaria

La Policía Comunitaria tiene su origen en las comunidades organizadas, "es un movimiento indígena".[62] Ante la terrible inseguridad de la zona y la ineficacia y corrupción de las instancias de seguridad y justicia del Estado, varias organizaciones regionales vieron la necesidad de abordar el tema. Con este objeto se inician las Asambleas Comunitarias que tenían el propósito de poner remedio a esa problemática. En un principio, se pensó que la solución estaba en el gobierno. De tal modo que se buscó la intervención de varias instancias gubernativas, para que procedieran diversas policías estatales y federales, así como elementos del ejército. La solución no llegó: "En lugar de proteger venían a someter y hostigar".[63]

Con las Asambleas Comunitarias, "la gente tomó valor para denunciar y buscar solución en el mismo pueblo en sus usos y costumbres, en su cultura",[64] pues el gobierno no les daba solución alguna. Así las cosas, en Santa Cruz El Rincón, del Municipio de Malinaltepec, el 15 de octubre de 1995, en una Asamblea Comunitaria con la participación de 38 comunidades, se funda la Policía Comunitaria. "Su objetivo fundamental era rescatar la seguridad que estaba secuestrada en manos de los delincuentes".[65] Sus miembros se

[61] *Cfr. Diagnóstico de la Diócesis de Tlapa*, elaborado por el Consejo Pastoral de la Diócesis de Tlapa, Tlapa de Comonfort, 17 de noviembre de 2003.
[62] *Promoviendo la Esperanza, 8° Aniversario, Un Proyecto Integral*, Comisión de Pastoral Social de la Diócesis de Tlapa, Guerrero, octubre, 2003.
[63] *Idem.*
[64] *Idem.*
[65] *Idem.*

llaman "policías comunitarios", porque surgen de las propias comunidades y le dan sus servicios sin percibir un sueldo; no actúan con criterios economicistas, sino que los guía la conciencia de que es un servicio para la vida del pueblo.

c) Fundación de la Coordinadora Regional de Autoridades Comunitarias

En un principio, los policías comunitarios después de capturar al delincuente lo entregaban a la Agencia del Ministerio Público. Sin embargo, de poco servía; los autores de delitos se las ingeniaban, mejor dicho, corrompían a las autoridades para ser liberados pronto y reaparecían reincidiendo en sus actos delictivos, burlando así a las autoridades comunitarias.

Ante esto, la Asamblea Comunitaria buscó solución a esta problemática para evitar así la reincidencia. Decidió recurrir a su historia como pueblo, concretamente al modo en que sus antepasados administraban justicia. Las comunidades debían recuperar la sabiduría del pasado para actualizarla y aplicarla en el contexto actual; se llegó a la conclusión de que los usos y costumbres de sus antepasados habían funcionado y que constituían una alternativa que había que retomar.

De tal modo que el 22 de febrero de 1998, en la comunidad de El Potrerillo Cuapinole, del Municipio de San Luis Acatlán, con la participación de las autoridades de las comunidades que integran la Coordinadora, policías comunitarios, comisarios municipales, comisarios de bienes comunales y de organizaciones sociales que impulsaron este proceso, en Asamblea Comunitaria, se decide impartir la justicia con base en la tradición de los ancestros. Para ello se constituye la Coordinadora Regional de Autoridades Comunitarias (CRAC)[66] y se adopta como sanción para los que han cometido delitos la *Reeducación*.

Queda así constituido integralmente un sistema de prevención de delitos, de procuración, impartición y administración de justicia, "tal vez único en el país por su estructura organizativa, por sus implicaciones políticas, sociales, y jurídicas, y por sus resultados en términos de eficiencia y eficacia".[67]

Una primera cuestión que debe quedar muy clara es que no se busca —de hecho, se rechaza— el enfrentamiento de las comunidades con el Estado.

[66] *Cfr. La Policía Comunitaria y la Impartición de Justicia, Región Montaña y Costa Chica de Guerrero* (folleto), Diócesis de Tlapa, Comisión de Pastoral Social, 2004, pp. 10-12.
[67] Martínez Sifuentes, *op. cit.*, p. 12; *Cfr.* Muñoz Ramírez, Gloria, "Casi doce años de Policía Comunitaria", en *Ojarasca*, Núm. 125, Suplemento mensual de *La Jornada*, septiembre de 2007, p. 7.

Su principal preocupación es el reconocimiento legal de la Policía Comunitaria y de la Coordinadora Regional de Autoridades Comunitarias. De tal modo que el *Sistema Comunitario de Seguridad, Impartición de Justicia y Reeducación* está fundamentado en normatividad jurídica con plena vigencia en todo el territorio del Estado Mexicano, concretamente en: los Artículos 2 (derechos de los pueblos indígenas) y 39 (soberanía del pueblo) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y los Artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, y 9 del *Convenio 169* de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); esto según el propio Artículo 2 del reglamento.

También consideran como base jurídica del sistema comunitario los llamados *Acuerdos de San Andrés*, celebrados entre el Gobierno Federal y el Ejército Zapatista de Liberación Nacional; ya que establecen las bases para legislar sobre la autonomía y los derechos de los pueblos indígenas.[68]

d) El Derecho es justicia, derechos y ley

Para las comunidades indígenas guerrerenses, el Derecho primordialmente es la justicia, que es dadora de vida, porque da seguridad y equilibra las relaciones entre sus miembros. El Derecho también son los poderes que ellos tienen sobre lo que es suyo y pueden reclamarlo como su derecho; como Derecho también son los Derechos Humanos que en todos deben respetarse, tanto en víctimas como en delincuentes. Asimismo, el Derecho está constituido por leyes, por lo que reconocen a las Constituciones, tanto la de la República como la del Estado de Guerrero, al *Convenio 169* de la Organización Internacional del Trabajo y a su propio Reglamento Interno del *Sistema Comunitario de Seguridad, Impartición de Justicia y Reeducación*. De igual forma, Derecho son las normas que proceden de la aplicación de sus usos y costumbres.

Las experiencias de justicia comunitaria, al considerar las distintas dimensiones de lo jurídico, los distintos analogados del Derecho, los interpretan en todas sus expresiones, en todas sus variadas manifestaciones. Así, al interpretar Derecho, al hacer hermenéutica jurídica, lo hacen en relación tanto a leyes, como a derechos subjetivos, usos y costumbres y criterios de justicia. La interpretación de lo jurídico la llevan a cabo las experiencias de justicia comunitaria ligada a la realidad misma, la cual también se interpreta.

[68] *Declaración del 10 Aniversario del Sistema de Seguridad, Justicia y Proceso de Reeducación Comunitaria*, Pueblo Hidalgo, Guerrero, 15 de octubre de 2005.

El sello más característico y valioso de las experiencias de justicia comunitaria, sin duda alguna, es que sus resoluciones son equitativas y con prudencia; son, en el sentido más propio del término, juris-prudenciales. Así llegan a la justicia.

e) El sistema comunitario de seguridad y justicia y los derechos humanos

Tanto la Policía Comunitaria como todo el sistema de seguridad e impartición de justicia constituyen apoyo jurídico-político de su proyecto integral de desarrollo comunitario, que concretiza los Derechos Humanos, desde la vida y la integridad física, hasta los derechos económicos, sociales y culturales.

Es muy importante decir que las Asambleas Comunitarias que he mencionado, no comenzaron a realizarse con el objeto de crear un sistema de seguridad, sino que éstas se venían realizando desde antes por motivos económicos y sociales. El sistema comunitario se inició con el impulso a un desarrollo integral de la Costa-Montaña de Guerrero, producido por las propias comunidades. Comenzó por la toma de conciencia. Conciencia despertada, en buena medida, por la Pastoral Social de la Diócesis de Tlapa.[69] Dicha conciencia implicó avanzar en construir la organización y unidad de los pueblos de las diferentes lenguas, creándose así el Consejo de Autoridades Indígenas (CAIN), en 1994. Sin embargo, además de los representantes de las comunidades, en las asambleas participan algunas organizaciones económicas y políticas, como la Unión de Ejidos Luz de la Montaña y la Unión Regional Campesina —ambas productoras de café—, el Centro Comunitario de Abasto y el Consejo Guerrerense 500 Años de Resistencia Indígena.[70]

De estas Asambleas surgieron proyectos tan ambiciosos, hechos realidad, como la construcción de la carretera Tlapa-Marquelia, que fue demandada por las comunidades y que se inauguró en 2004. Esta vía de comunicación ha sido detonante para la mejora de las condiciones económicas de la región. Pero también existen logros en materia educativa. En 1995, producto de la

[69] Encabezada por el anterior obispo, Alejo Zavala, hoy obispo de Chilapa-Chilpancingo. Destacan, además, las parroquias de Santa Cruz del Rincón, a cargo del P. Mario Campos Hernández, y de Pascala del Oro, cuyo párroco era el P. Bernardo Valle. También participan algunos religiosos y varias religiosas, sobresaliendo el trabajo de la Hna. Josefina de la Torre Borbón de la Compañía de María.

[70] *Cfr.* Campos Hernández, Mario y Reyes Salinas, Medardo, "Proyectos Productivos de la Costa Montaña: parte integrante del Sistema de Seguridad e Impartición de Justicia Comunitaria", en Reyes Salinas, Medardo y Castro Guzmán, Homero, *Sistema de Seguridad e Impartición de Justicia Comunitaria Costa-Montaña de Guerrero*, Secretaría de Asuntos Indígenas del Estado de Guerrero, Universidad Autónoma de Guerrero, México, Plaza y Valdez Editores, 2008, p. 26.

lucha comunitaria, se logró el establecimiento de una sede de la Universidad Pedagógica Nacional en Santa Cruz del Rincón, municipio que pertenece al sistema comunitario. Además, recientemente se inauguró la Universidad de los Pueblos del Sur, que tiene uno de sus centros también en Santa Cruz del Rincón. Cabe destacar que esta última no recibe apoyos del gobierno, sino que es producto de la iniciativa de los mismos pueblos.[71] Por si fuera poco, también se ha fomentado el ahorro y la creación de fondos para préstamos a bajo interés y han surgido dos radios comunitarias: la primera se llama "La Voz de los Pueblos"[72] y la otra, "La Voz de la Costa Chica", ambas forman parte de la CRAC.[73]

Por último, es importante destacar el rescate que se ha hecho de una institución solidaria indígena llamada Cambio Brazo: "este es el apoyo mutuo que todos los socios del grupo se ofrecen recíprocamente. Esto es lo que en otros lugares llaman 'correspondencia' o 'tequio'. Este valor fue posible rescatarlo dentro de la memoria histórica".[74]

Sergio Sarmiento destaca la importancia que ha tenido en este proyecto integral de reivindicación de Derechos Humanos, el Consejo de Autoridades Indígenas (CAIN), al resaltar sus acciones de organización de la gente de las comunidades a partir de sus necesidades sentidas;[75] y es que, como he dicho, de algún modo los Derechos Humanos son necesidades humanas juridificadas.

f) Dificultades

Este sistema de seguridad y justicia, desde sus inicios y hasta los días que corren, como Derecho e instituciones que surgen al margen del Estado, ha tenido conflictos diversos con las instituciones estatales y sus autoridades. Se le ha criminalizado por estar "fuera de la ley", se dice. Y se le ha tratado de asimilar al Estado, convirtiendo a los "policías comunitarios" en agentes oficiales del mismo. Al interior de las comunidades, sus miembros han adoptado diversas posturas con respecto a la actitud que se debe asumir frente a

[71] *Cfr.* López y Rivas, Gilberto, "Por los caminos de la autonomía: Policía Comunitaria de Guerrero", en *La Jornada*, México, 16 de mayo de 2008.

[72] *Cfr.* Montoya Pitalúa, Sofía Estelí y Vázquez García, Agustín Raymundo, "Del dolor y la rabia nacimos. Décimo tercer aniversario de la Policía Comunitaria", en *Rebeldía*, Núm. 63, 2008, p. 50.

[73] *Cfr.* Centro de Derechos Humanos de la Montaña *Tlachinollan*, "Desde el agua y la montaña los pueblos tejen sus voces entre las nubes. Radios comunitarios de la Montaña y Costa Chica de Guerrero", en *Defensor*, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México, octubre 2011, pp. 22-27.

[74] *Ibídem*, pp. 35 y 36.

[75] Sarmiento Silva, Sergio, "El movimiento indígena guerrerense y la Policía Comunitaria", en *Sistema de Seguridad..., op. cit.*, p. 164.

las instituciones y autoridades estatales. Hacia mediados de la década pasada, se daban dos corrientes de opinión respecto a buscar la "legalización" por parte del Estado, conservando la autonomía: la que aceptaba, y aquella que sostenía que había que seguir al margen del Estado, sin legalización ni reconocimiento alguno.

A final de cuentas, la legalización llegó por medio de la Ley Número 701 de Reconocimiento, Derechos y Cultura de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Guerrero, de 8 de abril de 2011. En esta Ley se reconocen, entre otros, el derecho: a las formas específicas de organización comunitaria, de gobierno, administración de justicia y al Sistema de Justicia Comunitaria. De tal modo que el sistema CRAC-PC quedó reconocido por la Ley.

Sin embargo, por lo delicado de las materias asumidas por las comunidades, como son seguridad y justicia, no ha dejado de haber conflictos con el Estado y hacia el interior de las propias comunidades. En los últimos tiempos la situación se ha tornado más compleja, por la presencia cada vez más fuerte de la delincuencia organizada, a la que es necesario enfrentar.

Actualmente, la CRAC-PC está dividida, cuando menos, en tres grupos. La CRAC original, con dos casas de justicia; la fracción que creó la Unión de Pueblos y Organizaciones del Estado de Guerrero (UPOEG), que encabeza uno de los fundadores de este sistema autonómico, Bruno Plácido, fundada en 2011, con acciones de policía comunitaria desde principios de 2013; y el Frente Unido por la Seguridad y Desarrollo del Estado de Guerrero (FUSDEG), creado en 2015. Sus visiones políticas son diversas.[76]

Por otro lado, se ha reprimido al Sistema de Seguridad y Justicia, por parte del Estado, criminalizando a varios dirigentes comunitarios. Esto a pesar de la Ley 701. El 21 de agosto de 2013, en un operativo conjunto entre policías de diverso tipo y militares, se detuvo a la Comandante Nestora Salgado García, coordinadora de la PC de Olinalá y se le remitió al penal de mediana seguridad de Tepic, Nayarit.[77] Actualmente están en prisión más de diez líderes indígenas de la CRAC-PC; varios de ellos en prisiones fuera del Estado de Guerrero.[78] La opinión política crítica, los considera presos políticos.

Al no encontrarla culpable de ningún delito y debido a presiones políticas de diverso tipo, Nestora Salgado fue liberada el 18 de marzo de 2016. Abel

[76] *Cfr.* Centro de Derechos Humanos de la Montaña, *Tlachinollan, 20 Informe Anual de Actividades. La Montaña de Guerrero: destellos de Justicia y Esperanza, junio 2013-mayo 2014*, Tlapa, Guerrero, pp. 132-136; y *El Universal*, domingo 1 de febrero de 2015.

[77] *Informe Anual, op. cit.*, pp. 136-138. (Este informe de *Tlachinollan* señala como fecha de la detención de Nestora Salgado el 21 de junio de 2013; otras fuentes señalan el 21 de agosto de ese año).

[78] *Idem.*

Barrera,[79] de *Tlachinollan*, Centro de Derechos Humanos de la Montaña, ante la liberación de la comandante de la Policía Comunitaria, declaró, dirigiéndose a ella: "¿Por qué tuviste que pagar tan cara tu osadía de combatir a las autoridades que delinquen, a los policías coludidos con el crimen, a las autoridades civiles que trabajan en contubernio con los jefes de *La maña* y al Ejército actuando en complicidad para proteger los intereses de la delincuencia organizada?" Por su lado, Dussel celebra la libertad de Nestora "contra la voluntad del sistema", por el servicio que presta desde la Policía Comunitaria, "expresión de la sagrada soberanía del pueblo", servicio como poder obedencial.[80]

g) El derecho insurgente en este sistema de seguridad y justicia

La creación, funcionamiento y permanencia, por más de veinte años —pese a todo—, del Sistema Comunitario de Seguridad, Impartición de Justicia y Reeducación de la Montaña y Costa Chica de Guerrero, revelan prácticas no sólo de pluralismo jurídico sino también de derecho insurgente, según se desprende de lo que hemos dicho.

Esta última expresión jurídica se manifestó, también, con algunas de las primeras acciones resonantes de la UPOEG, a principios de 2013. En la comunidad de El Mezón, municipio de Ayutla de los Libres, en la Costa Chica, la comunidad se erigió en tribunal popular y emprendió un juicio, basándose en usos y costumbres, en contra de 53 personas, a las que se imputaban diversos delitos relacionados con el crimen organizado. El sacerdote Mario Campos —uno de los fundadores de la PC-CRAC original—, ante este hecho y refiriéndose a las acciones de la policía comunitaria y la instalación del juicio, declaró: "Son nuestros nuevos patriotas. No es por dinero, sino por conciencia que estos hombres trabajan para la dignidad de los pueblos".[81]

Días después, cuestionado sobre diversos tópicos, Bruno Plácido Valerio, dirigente de la escisión original de la CRAC, la UPOEG, comentó que el movimiento de comunitarios está fundado en la Constitución, "que la ley debe servir al pueblo y cuando es rebasada debe ser cambiada". Agregó que: "No estamos contra el gobierno …hoy el pueblo se está organizando, pero no para

[79] Citado por Gómez, Magdalena, "Nestora: un caso más del desvío de poder", en *La Jornada*, 22 de marzo de 2016.

[80] Dussel, Enrique, "El materialismo mesiánico en Nestora Salgado", en *La Jornada*, 24 de marzo de 2016.

[81] Juárez, Alfonso, "Se erige Ayutla en tribunal", en *Reforma*, 1 de febrero de 2013. El reportero menciona el apellido del sacerdote como "Campo", es Campos.

la guerra… las armas van a ser para defender la casa, la dignidad, la vida".[82] En esa misma asamblea, Gonzalo Torres, de la Unión de Pueblos y Organizaciones del Estado de Guerrero (UPOEG), dijo: "Esta es una revolución de saliva, más que de armas; es de convenios".[83]

Por último, debemos de decir que la UPOEG propuso al Consejo General del Instituto Electoral del Estado de Guerrero, llevar a cabo elecciones de los representantes populares de las comunidades sin la intromisión de los partidos políticos, aplicando su normatividad y prácticas tradicionales, llamadas usos y costumbres. El organismo electoral, con fecha 31 de mayo de 2012, responde negativamente. Ante esto, se plantea juicio ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, que resuelve, por sentencia de 13 de marzo de 2013, en el expediente SUP-JDC-1740/2012, que:

> TERCERO. Se determina que los integrantes de la comunidad indígena del municipio de San Luis Acatlán, Guerrero, tienen derecho a solicitar la elección de sus propias autoridades, siguiendo para ellos sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, con pleno respeto a los derechos humanos.

5.2.3 Cherán: Policía Comunitaria y elecciones con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales

En San Francisco de Cherán, en la meseta purépecha, hasta hace cinco años el crimen organizado talaba sus montes: "han devastado aproximadamente 20 mil hectáreas de bosque en señal inequívoca de que el Estado con sus tres poderes y en sus tres niveles, ha sido omiso, por decir lo menos, en brindar seguridad frente al saqueo de un recurso tan preciado".[84] Ante semejante despojo y ausencia de Estado, agobiados por la delincuencia, los miembros de la comunidad de Cherán decidieron tomar el control de la seguridad y de los accesos a su territorio; esto a partir del 15 de abril de 2011.[85] Para ello han organizado una policía comunal, como grupo de autodefensa, suplantando a la policía municipal.

[82] Rojas, Rosa y Ocampo, Sergio, "Nuestra revolución, de convenios, dicen brigadas de autodefensa", en *La Jornada*, 11 de febrero de 2013. En la misma nota se da cuenta de la disputa entre la CRAC y la UPOEG y de la mediación para resolver diferencias que ejercerían el sacerdote Mario Campos y Abel Barrera de *Tlachinollan*. También se informa que 11 personas de las sometidas a juicio en Ayutla fueron entregadas al gobierno, pero advierten que si las autoridades los liberan "el águila va a agarrar a su presa otra vez".

[83] *Idem*.

[84] Gómez, Magdalena, "Cherán: opacidad del Estado y razón de comunidad", en *La Jornada*, México, 24 de mayo de 2011.

[85] García, Adán, "Arman en Cherán 'ejercito' de civiles", en *Reforma*, 4 de mayo de 2011.

Se trata también de un ejercicio de autonomía de producción jurídica. En el caso de Cherán, además de organizar normalmente la autodefensa, en que participa toda la comunidad, se han establecido normas contra el alcoholismo. Esas políticas y esa normatividad han rendido frutos, pues ha disminuido considerablemente la delincuencia interna, la tala y el consumo de alcohol.

Ese ejercicio de autonomía, con la autodefensa, ha fortalecido los lazos comunitarios; ha hecho crecer las solidaridades. He escuchado testigos manifestando que la gente se fortalece juntándose en la calle a rezar y a comer. "Entre las piedras que sirven de retén —dice un reportaje— los pobladores de Cherán levantaron una bandera mexicana. Las mujeres hacen tortillas, cocinan frijoles, arroz, corundas y tamales".[86] Jorge Atilano González escribe:

> Comer y rezar juntos en la calle fue la estrategia de resistencia que creó la comunidad de Cherán. Actualmente son doscientos altares y cocinas repartidas en toda la comunidad que a partir de las ocho de la noche se activan para cerrar las calles y crear altares vivos de esperanza y comunión. El organizarse para comer y rezar juntos en la calle fue recuperar la pertenencia a la comunidad, más allá de detener o no la tala ilegal de los árboles, Cherán ha sabido emprender las acciones que permitan crear vida desde el dolor y la injusticia. Quienes han decidido emprender el camino de la corrupción son personas que se desvincularon de la comunidad. Tanto individualismo los condujo a sentirse separados de los otros. En cambio, la población de Cherán tomó fuerza para replegar al crimen organizado cuando reactivó sus lazos comunitarios por medio de las fogatas, comiendo y rezando juntos.[87]

En esa convivencia comunitaria se fue forjando la autonomía de Cherán, por medio de una "institución comunal desde la convivencia reflexiva-afectiva alrededor de cada una de las 200 paranguas ("fogatas" en purhépecha) que fungieron como institución que posibilitó la cohesión comunitaria".[88]

La comunidad de Cherán decide reafirmar y ampliar su autonomía en los hechos: rechaza participar en las elecciones generales que se celebraron en 2011 en el Estado de Michoacán, para renovar el Legislativo y el Ejecutivo, así como las autoridades municipales, y decide elegir sus autoridades por medio de sus usos y costumbres, rechazando el sistema de partidos políticos. Así, el 22 de enero de 2012 realizaron sus elecciones.

[86] Castellanos, Francisco y Gil Olmos, José, "En Cherán, a punto de gritar ¿a las armas?", en *Proceso*, Núm. 1803, México, 22 de mayo de 2011, p. 24.

[87] González, Jorge Atilano, S. J., "Cherán, México: Unidad frente al crimen organizado", en *Mensaje*, Núm. 608, Santiago de Chile, mayo de 2012, p. 49.

[88] Pinto, Rodrigo, "Las Paranguas, donde se fragua la autonomía de Cherán", en *Christus*, México, enero-marzo 2016, pp. 15-16.

Éstas pudieron celebrarse y plenamente validarse gracias a una histórica sentencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, dictada en el expediente del Juicio Ciudadano SUP-JDC-9167/2011. En esa resolución, los magistrados electorales sí se basaron en los principios constitucionales. Con fecha dos de noviembre de 2011, resolvieron revocar un acuerdo del Congreso General del Instituto Electoral de Michoacán, por el que respondía negativamente a la petición de la Comunidad Indígena de Cherán, para celebrar sus elecciones bajo sus usos y costumbres, y determinaron "que los integrantes de la Comunidad Indígena de Cherán tienen derecho a solicitar la elección de sus propias autoridades, siguiendo para ello sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, con pleno respeto a los derechos humanos".

El TEPJF basó su sentencia en que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos "reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a la libre determinación y consecuentemente a la autonomía para, entre otras cosas… elegir de acuerdo a 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".

El Tribunal Electoral cita además, en apoyo de su resolución, el *Convenio 169* de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y criterios anteriores sustentados por el propio TEPJF.

Orlando Aragón, abogado de la Comunidad de San Francisco Cherán en el proceso judicial electoral que hemos mencionado, escribe:

> El legado principal… que nos regala la comunidad de Cherán a todos los michoacanos y mexicanos es más bien la invitación a seguir sus pasos, a construir una sociedad en que la interculturalidad no se limite a un acto folclórico, a otorgar iniciativa política a los pueblos indígenas, a aprender de ellos; pero sobre todo, a desafiar lo que por todos los medios se nos repite que es 'imposible', a no conformarnos con la miseria política en la que vivimos, a reinventarle para nuestro bien.[89]

Actualmente, el autogobierno por usos y costumbres de Cherán está conformado por la autoridad municipal, constituida por el Consejo Mayor de

[89] Aragón Andrade, Orlando, "Cherán o la esperanza de la política en México", en *La Jornada Michoacán*, 23 de enero de 2012, http://www.lajornadamichoacan.com.mx/author/edicionimpresa/

BIBLIOTECA
ESCUELA LIBRE DE DERECHO

Gobierno, compuesto por doce K'eris Jánaskaticha (sabios de la comunidad), electos de manera directa por los cuatro barrios de Cherán.[90]

Podemos decir con Adela Damián: "Gracias Cherán por defender la vida de todos nosotros, por defender a Nana Echeri (Madre Tierra), por defender los bosques, por defender el agua, por defender la vida".[91]

5.2.4 La lucha de los Pueblos de Morelos por su autonomía y en defensa de la vida y su territorio

Desde hace algunos años, los pueblos y comunidades del Estado de Morelos se han visto amenazados. Peligran sus tierras y su agua, su vida misma. Su territorio se ha visto asediado por megaproyectos mineros, energéticos e industriales, que contaminan el agua, la tierra y el agua.

Lo que a continuación narramos es breve noticia de la organización y de la lucha de los Pueblos de Morelos por forjar su autonomía y, a partir de ella, luchar por la defensa de las condiciones materiales que sustentan su vida comunitaria y personal.

a) "Manifiesto de los Pueblos de Morelos"

Producto de un primer Congreso de los Pueblos de Morelos, es un Manifiesto dado en Xoxocotla, municipio de Puente de Ixtla, el 29 de julio de 2007. En ese documento se expresa el fundamento de su visión y sus luchas. Se afirma que se busca la autonomía territorial y la autogestión. Agregan: "Tenemos la determinación de manejar nuestros propios recursos sin dejarlos en manos de autoridades que no saben responder a las necesidades y deseos de los pueblos".

Expresan su visión de lo jurídico, haciendo crítica de la legalidad de los poderosos, a la que oponen la justicia y su "sueño" de autonomía. Dice el manifiesto de Xoxocotla:

> Nuestro sueño es integral... reconstruir nuestros lazos y construir la autonomía de cada pueblo, crear nuestras propias leyes y normas sobre el manejo del agua, los suelos y la basura, respetando la consulta y los derechos de todos. Queremos la justicia que la legalidad de los poderosos nos ha negado hasta ahora.[92]

Se habla de la creación de un Consejo de Pueblos.

[90] *Cfr.* Pinto, *op. cit.*, p. 15.

[91] Damián Barajas, Adela, (*Janintzarani*), "Reflexiones", en *Christus,* Núm. 789, México, marzo-abril de 2012.

[92] *Manifiesto de los Pueblos de Morelos*, Impreso en Morelos, enero de 2015, p. 24.

b) Los Acuerdos de San Andrés, acompañan la lucha

Don Saúl Roque, viejo líder y luchador en la defensa "del agua, el aire y la tierra" de los Pueblos de Morelos, presentó una ponencia en el Foro Internacional "Comunidad, Cultura y Paz", auspiciado por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos (UAEM), que se llevó a cabo del 10 al 14 de noviembre de 2014, en donde vinculó los *Acuerdos de San Andrés* a la lucha de los Pueblos de Morelos. Manifestó que la defensa de su territorio y autonomía está conforme a lo establecido en esos *Acuerdos*.[93]

c) Asambleas Regionales rumbo al segundo Congreso de los Pueblos de Morelos

A continuación hacemos referencia a varias asambleas regionales, preparatorias del segundo Congreso de los Pueblos de Morelos, proceso formal que se inició en un "Diálogo con los Pueblos de Morelos", en el auditorio Emiliano Zapata, de la UAEM, el 28 de agosto de 2014. Participaron varios pueblos y barrios. Se inicia con unas palabras del rector Alejandro Vera, en donde liga el compromiso de la Universidad a la lucha de los Pueblos de Morelos. De ese "Diálogo" se deriva un *Pronunciamiento*, en el que se puntualizan, a manera de síntesis, varias denuncias concretas por la amenaza de los megaproyectos y se denuncia también la "criminalización de las luchas sociales".[94]

El 31 de enero de 2015, se celebró la Asamblea Región Sur-Poniente, en el Balneario Palo Bolero, Alpuyeca, Xochitepec. Se inicia con las palabras de bienvenida del viejo luchador don Saúl Roque que, entre otras cosas, dice que respaldan los Acuerdos de *San Andrés Larráinzar*, que hacen valer el poder y la dignidad de los pueblos.[95] Se organizan "mesas de trabajo", y de la síntesis de sus discusiones podemos resaltar lo siguiente:

> Necesitamos comenzar a defender los territorios, saberes, valores, usos y costumbres de los pueblos. Necesitamos una organización para fomentar e implementar la autonomía, la autogestión comunitaria y la defensa de los pueblos (territorio, alimentación, salud, educación, comunicación, justicia, etc.)... necesitamos democracia directa y

[93] Don Saúl Roque participó en la Mesa 4, sobre "Los Acuerdos de San Andrés, la defensa del territorio y la Constitución", en el Auditorio Emiliano Zapata de la UAEM, celebrada el 10 de noviembre de 2014, Cuernavaca, Morelos.

[94] *Cfr.* "Documentación de las Asambleas Regionales rumbo al Congreso de los Pueblos de Morelos", elaborado por la Comisión de Seguimiento de la Asamblea Permanente de Pueblos de Morelos, enero-abril de 2015.

[95] *Ibídem*, p. 9.

> participativa, que haya confiabilidad y responsabilidad en las distintas formas de gestión comunitaria como la *asamblea comunitaria*, las faenas, las comisiones, la ronda comunitaria, las fiestas... necesitamos la cancelación inmediata del Proyecto Integral Morelos y trazar a largo plazo para el desarrollo de nuestras comunidades.[96]

El 28 de agosto de 2015 se celebró la asamblea en la Región Altos, en la Casa de la Cultura de Ixcatepec, Tepoztlán. Varias personas aportan sus palabras, como la profesora Osbelia Quiroz, de Frentes Unidos en Defensa de Tepoztlán y el poeta Javier Sicilia, de la Secretaría de Extensión de la UAEM. Para los objetivos de este trabajo se destaca la intervención del profesor Fausto Martínez, representante de los ejidatarios de Cuautla y Ayala. Incluye en sus palabras la lectura de la "Declaración de los ejidatarios de Ayala", del 28 de noviembre de 2014, en el 103 aniversario de la firma de promulgación del Plan de Ayala, que declara "nulo cualquier documento que afecte a nuestros ejidos" y, para el municipio de Ayala, declaran nulas "las reformas realizadas a los Artículos 25, 27 y 28 constitucionales, por atentar contra el ejido, las tierras comunales, la pequeña propiedad y nuestra soberanía nacional y energética.[97] Están utilizando el *Plan de Ayala* como derecho insurgente, de manera análoga a como lo hizo el Ejército Libertador del Sur, comandado por Emiliano Zapata, 104 años antes. Cómo esto será retomado por los Pueblos de Morelos, volveré sobre el tema más adelante.

En las "mesas de trabajo" destacó el fortalecimiento e impuso a la organización comunitaria, incluyendo la creación de "rondas comunitarias", que no es otra cosa que una forma de policía comunitaria.[98]

La Asamblea Regional Oriente se celebró en Amilcingo, Temoac, el 14 de marzo de 2015. Varias palabras se hicieron escuchar, de diversos representantes de las comunidades; también la voz de la UAEM, por medio de Roberto Ochoa, de la oficina de Derechos Civiles, y la del poeta Javier Sicilia, de la Secretaría de Extensión. Destaco las palabras de Teresa Castellanos, de la comunidad de Huexca, del Frente de los Pueblos en Defensa de la Tierra y el Agua, contra la hidroeléctrica allí construida sin informarles ni consultarles[99]

[96] *Ibidem*, pp. 9-10. *Cfr.* Morelos Cruz, Rubicela, "Pueblos de Morelos afinan lucha contra megaproyectos", en *La jornada*, 1 de febrero de 2015.

[97] "Documentación de las Asambleas Regionales...", *op. cit.*, pp. 14-15. *Cfr. La Jornada*, 1 de marzo de 2015: El encabezado dice: "Se alzan 60 pueblos de Morelos contra mega obra federal. En asamblea declaran nulas reformas a los artículos 25, 27 y 28 constitucionales..."; "Tierras y agua 'no serán cedidos' a extranjeros: ejidatarios de Morelos", nota de Rubicela Morelos Cruz, p. 27; Editorial: "Morelos: inconformidad popular", p. 4.

[98] *Cfr.* "Documentación de las Asambleas Regionales..." *op. cit.*, pp. 20-22.

[99] *Ibidem*, pp. 31-32; *Cfr.* Morelos Cruz, Rubicela, "Pactan 60 pueblos de Morelos luchar juntos contra PIM", en *La Jornada*, 15 de marzo de 2015.

y cuyo funcionamiento han logrado frenar; y la voz de Francisco García, de Temextepango, Ayala, del propio Frente de Pueblos en Defensa de la Tierra y el Agua, que apoya esa defensa en el mismísimo *Plan de Ayala*.[100] En las "mesas de trabajo" están presentes en apoyo de los argumentos los *Acuerdos de San Andrés*.[101]

d) Segundo Congreso de los Pueblos de Morelos

El 22 de abril de 2015, en el Auditorio Emiliano Zapata de la UAEM, en Cuernavaca, se celebró el Segundo Congreso de los Pueblos de Morelos. Esta asamblea da un "Pronunciamiento". Se trata de un documento contundente: recurre a los *Acuerdos de San Andrés* y, ahora sí, con expresión de voluntad general de todos los pueblos participantes, dice:

> Desconocemos y declaramos nulas las reformas a los artículos 25, 27 y 28, las reformas estructurales aprobadas en este sexenio bajo la traición al pueblo mexicano...[102]

Exigen la cancelación del Proyecto Integral Morelos (PIM).[103]

Estas declaraciones de nulidad de las reformas constitucionales constituyen, como decíamos, derecho insurgente. Y, como vimos, se está usando como derecho insurgente el Plan de Ayala, porque los pueblos consideran que las circunstancias sociales que viven actualmente son análogas a las vividas por los pueblos hace más de cien años, en que se da ese documento revolucionario. Dicho de otro modo, consideran que existe una realidad análoga entre el despojo del que fueron objeto pueblos y comunidades, al amparo de las leyes liberales de la segunda mitad del siglo XIX, concretamente la *Ley de Desamortización* de 26 de junio de 1856, y el despojo del que ahora son objeto, con la aplicación de la reforma constitucional y las leyes derivadas que apoyan la "reforma energética".

El *Plan de Ayala*, plan revolucionario suscrito por Emiliano Zapata, fue dado en Villa de Ayala, Morelos, el 28 de noviembre de 1911. Desconoce como "jefe de la Revolución" a Madero, "por ser incapaz de gobernar, por no tener ningún respeto a la ley ni a la justicia de los pueblos" y expresa que la "junta revolucionaria del Estado de Morelos" manifiesta a la Nación: "Que hace suyo el Plan de San Luis Potosí con las adiciones que a

[100] *Ibidem*, p. 32.

[101] *Ibidem*, pp. 36-37.

[102] *Ibidem*, p. 42.

[103] *Ibidem*, p. 43.

continuación se expresan, en beneficio de los pueblos oprimidos y se hará defensora de los principios que defiende hasta vencer o morir".[104]

Las declaraciones sexta y séptima son las más importantes y de gran trascendencia jurídica y política. Las cito:

> Como parte adicional del plan que invocamos hacemos constar: Que en los terrenos, montes y aguas que hayan usurpado los hacendados, científicos o caciques, a la sombra de la tiranía y de la justicia venal, entrarán en posesión de estos bienes inmuebles desde luego los pueblos y ciudadanos que tengan sus títulos correspondientes a esas propiedades, en las cuales han sido despojados por la mala fe de nuestros opresores, manteniendo a todo trance, con las armas en la mano, la mencionada posesión, y los usurpadores que se consideren con derecho a ellos, lo deducirán ante los tribunales especiales que se establezcan al triunfo de la revolución.
> En virtud de que la inmensa mayoría de los pueblos y ciudadanos mexicanos no son más dueños que del terreno que pisan, sin poder mejorar en nada su condición social ni poder dedicarse a la industria o a la agricultura por estar monopolizadas en unas cuantas manos las tierras, montes y aguas, por esta causa se expropiarán, previa indemnización de la tercera parte de esos monopolios, a los poderosos propietarios de ellas, a fin de que los pueblos y ciudadanos de México obtengan ejidos, colonias, fundos legales para pueblos, o campos de sembradío o de labor, y se mejore en todo y para todo la falta de prosperidad y bienestar de los mexicanos.[105]

Son los reclamos de restitución de tierras a los pueblos y dotación de tierras a aquellos que no la tengan. Estos dos reclamos del *Plan de Ayala* son la base de la política de reforma agraria posrevolucionaria, basada en la Constitución y las leyes de la materia.

La declaración sexta, formulada en el *Plan*, es auténticamente revolucionaria. No espera la acción judicial para que los pueblos sean restituidos en sus tierras, sino que por la misma acción revolucionaria se da la restitución —los pueblos deben tomar posesión de la tierra usurpada—, ya después vendrá la resolución judicial.

e) "Primera Asamblea" del Segundo Congreso

Se celebró en Huexca, municipio de Yecapixtla, el 10 de octubre de 2015. Comienza con una "oración a los cuatro vientos" y una danza. Luego de la "bienvenida", el ayudante municipal —electo democráticamente—, Miguel Ángel Álvarez, pone en evidencia el problema de la termoeléctrica. Después

[104] Texto del *Plan de Ayala*, García Rivas, Heriberto, en *Breve Historia de la Revolución Mexicana*, México, Diana, 1967, pp. 106-112.
[105] *Idem*.

interviene Aurora Valdepeña, vecina de la comunidad de Santa Cruz Huexca. En referencia directa a la termoeléctrica, habla contra los megaproyectos "que nos destruyen" y que "no necesitamos". Termina con un grito de lucha: "Vida sí; termo no". Después toma la palabra el rector de la UAEM, Alejandro Vera. Se refiere a la estrecha relación entre los universitarios y los Pueblos de Morelos, manifestando su firme convicción de que los universitarios estén cerca de la gente: "en esa medida se forman como personas", y anuncia que la Universidad ha creado ya una instancia permanente de vinculación con la lucha de los Pueblos. La asamblea transcurre con otras intervenciones, todas en el sentido de defensa de las comunidades contra las amenazas producto del Plan Integral Morelos y las acciones de las mineras.[106] Se insiste en la importancia del uso del Derecho, de la utilización de estrategias jurídicas para reforzar la defensa. En la línea propiamente de derecho insurgente, se habló de "crear leyes de los propios pueblos", como una ley que blinde el territorio, una ley de zona de reserva agrícola. Se informa, además, que "ayer" en Huexca se creó una policía comunitaria.[107] También se propone integrar un tribunal de pueblos de Morelos para someter a juicio al gobernador Graco Ramírez y a los principales responsables de los proyectos "desarrollistas" que conllevan al despojo de las comunidades y la devastación ambiental en Morelos.[108]

Reflexión final

Es un hecho incontrovertible que varios pueblos y comunidades indígenas están forjando hoy su autonomía; sobre todo urgidos por la necesidad imperiosa de defenderse de los megaproyectos que amenazan sus condiciones materiales de vida. En esas luchas por la autonomía y por la sobrevivencia, los *Acuerdos de San Andrés* están presentes en el imaginario jurídico de esos pueblos y comunidades. Consideran que es parte de su Derecho; se basan en ellos para producir la juridicidad que legitima la defensa de su vida colectiva. Esa juridicidad constituye un derecho insurgente.

[106] Notas del autor sacadas durante la Asamblea; *Cfr.* Morelos Cruz, Rubicela, "Propone congreso de pueblos enjuiciar a Graco Ramírez", en *La Jornada*, 11 de octubre de 2015 y Brito, José Luis, "Reiteran pueblos rechazo a la termoeléctrica", en *La Jornada de Morelos*, 11 de octubre de 2015.
[107] Notas del autor sacadas durante la asamblea.
[108] Notas del autor... *Cfr.* "Propone congreso...", *op. cit.* y "Reinteran pueblos...", *op. cit.*

BREXIT: UNA MIRADA CONSTITUCIONAL Y GEOPOLÍTICA

Gonzalo Farrera Bravo*
Jesús Manuel Niebla Zatarain**
Victoria Meza Chávez***

Sumario: I. El contexto y antecedentes. II. Geopolítica. III. Muchas globalizaciones. IV. El ámbito constitucional de Europa. V. Nuevos tratados internacionales en el mundo. VI. Alcances económicos. VII. A manera de conclusión. VIII. Bibliografía.

El presente trabajo tiene como finalidad analizar, desde el aspecto de la geopolítica, el derecho constitucional y la economía, para poder descifrar los múltiples significados de la separación que ha paralizado al mundo y al propio Reino Unido. Las múltiples aristas planteadas como hipótesis ayudarán a entender las implicaciones futuras que guarda el Brexit con respecto a la nueva generación de acuerdos de naturaleza económica; así como sus alcances políticos dentro del gobierno británico.

I. El contexto y antecedentes

La salida del Reino Unido de la Unión Europea (UE), comúnmente abreviada como *Brexit,* es una meta política perseguida por determinados partidos políticos, grupos civiles y personas individuales, que buscan que su país

* Profesor de la Escuela Libre de Derecho y del Posgrado en Derecho y Política de la UNAM.
** Estudiante doctoral de la Universidad de Edimburgo, Escocia, Reino Unido-Universidad Autónoma de Sinaloa.
*** Licenciada en Ciencias de la Comunicación de la Universidad Autónoma de Tamaulipas y ayudante de Investigador del IIJ-UNAM.

abandone la Unión Europea.[1] El contexto de la salida generó una importante campaña electoral interna en la que diversos políticos, los partidos y sus facciones defendieron su postura a favor del sí o del no, según el caso. Ya en el año de 1975 se había celebrado un *referéndum* sobre la permanencia del país en la Comunidad Económica Europea (CEE), precursora de la UE, con resultado favorable a la permanencia.[2] En 2016 se produjo un nuevo *referéndum* sobre la pertenencia británica a la UE, que se celebró el jueves 23 de junio y arrojó un resultado favorable a la salida, con casi un 52% de los votos, frente a un 48% que abogó por la permanencia. El resultado no fue uniforme en todo el Reino Unido, votándose a favor del *Brexit* en Inglaterra y Gales, y en contra en Escocia, Irlanda del Norte y Gibraltar, entre otros.

Una de las consecuencias inmediatas fue el anuncio de la dimisión del Primer Ministro británico, David Cameron, quien estuvo a favor de la permanencia. Su dimisión se materializó el 2 de octubre de 2016. Lo sucedió Theresa May, quien asumió el cargo el 13 de julio del mismo año y presidirá el proceso de salida.

Por otra parte, el resultado del referéndum no fue vinculante, ya que para iniciar el proceso de salida de la Unión Europea, el Parlamento del Reino Unido tendrá que derogar una serie de leyes —entre ellas, el *European Communities Act* de 1972—, por lo que tanto la Cámara de los Lores, como la de los Comunes, podría echar abajo cualquier iniciativa en este sentido.[3]

[1] El retirarse de la Unión Europea es un derecho de los Estados miembros, en virtud del Artículo 50 del Tratado de la Unión Europea.

[2] La Comunidad Económica Europea (CEE) fue una unión económica creada por el Tratado de Roma de 1957. Cuando en 1993 se forma la Unión Europea, la CEE se incorpora a ella y se pasa a llamar Comunidad Europea (CE). En 2009, las instituciones de la CE fueron absorbidas por el entramado institucional de la Unión Europea, dejando de existir la Comunidad.

El objetivo de la Comunidad era lograr la integración económica —incluyendo un mercado común y la unión aduanera— entre sus seis miembros fundadores: Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo, los Países Bajos y Alemania Occidental. En 1965, mediante el Tratado de Bruselas, las instituciones de la CEE se fusionaron junto con las del resto de Comunidades Europeas: la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom).

Con la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, en 1993, la CEE pasó a llamarse Comunidad Europea para reflejar ya no solo su carácter económico, sino también político. Por el mismo tratado, las tres Comunidades Europeas se convirtieron en uno de los tres pilares de la Unión Europea. La Comunidad Europea existió como tal hasta que fue abolida por el Tratado de Lisboa de 2009, que incorporó las instituciones de la CE al marco más amplio de la Unión Europea, pasando esta a «sustituir y suceder a la Comunidad Europea. *Cfr.* LENAERTS, Koen, et, *EU Procedural Law*, OUP, UK, 2016.

[3] El Parlamento del Reino Unido proviene, casi en su totalidad, del antiguo Parlamento de Inglaterra. Su nacimiento tuvo lugar mediante el Tratado de la Unión de 1706 y las Actas de la Unión de 1707 —que ratificaron el Tratado—. El nuevo Parlamento del Reino Unido fue creado en sustitución de los Parlamentos de Inglaterra y de Escocia. En realidad, no supuso más que la continuación del Parlamento de Inglaterra, solo que con la adhesión de 45 Comunes y 16 Lores en representación de Escocia.

El Parlamento de Inglaterra se basaba en el Gran Consejo, órgano asesor del monarca durante la Edad Media, formado por miembros de la Iglesia, nobles, y representantes de los condados y de las ciudades más importantes. Por tanto, el primer Parlamento, constituido en 1295 y llamado comúnmente el Parlamento Modelo, también estaba formado por arzobispos, obispos, abades, nobles y representantes de los condados y ciudades. El poder del Parlamento fue creciendo poco a poco, dependiendo de la fortaleza o debilidad del monarca. Por ejemplo, durante el reinado de Eduardo II (1307-1327), el mandato de la Corona fue débil, por lo que la nobleza y los representantes de los condados y las ciudades ganaron mucho poder. En 1332, la autoridad del Parlamento fue reconocida por primera vez, tanto por sus propios miembros como por el monarca. Durante el reinado de Eduardo III, sucesor del anterior, tuvo lugar la separación bicameral del Parlamento: la Cámara de los Comunes albergaría a los representantes de los condados y las ciudades, mientras que la Cámara de los Lores estaría formada por la jerarquía eclesiástica y la nobleza. La autoridad del Parlamento continuó creciendo, y durante el siglo XV alcanzaron poderes nunca vistos hasta el momento. La Cámara de los Lores era por entonces más poderosa que la Cámara de los Comunes, debido a la gran influencia de los nobles y de la Iglesia sobre todo el reino.

El poder de la nobleza disminuyó a finales del siglo XV debido a la guerra civil conocida como la Guerra de las Dos Rosas. Buena parte de la nobleza murió en el campo de batalla o fue ejecutada posteriormente por su participación en la guerra, y muchos aristócratas perdieron sus tierras en favor del monarca. Además, el feudalismo llegó a su fin y muchos ejércitos feudales controlados por los barones se quedaron obsoletos. Enrique VII (1485-1509) estableció la supremacía de la monarquía, simbolizada a través de la Corona Imperial. El dominio de la Corona siguió durante la dinastía de los Tudor, a lo largo del siglo XVI, alcanzando las mayores cuotas de poder durante el reinado de Enrique VIII (1509-1547).

Así mismo, en el caso de que las dos terceras partes de los miembros del Parlamento británico votaran para adelantar las próximas elecciones generales, previstas para 2020, podría resultar ganador un partido que prometiera mantener al Reino Unido en la UE; esto con el argumento de que un resultado en unas elecciones generales es más vinculante que los resultados de un referéndum. En dicho sentido, todos los diputados del SNP y de los Lib Dems y casi todos los diputados laboristas y del partido en el poder votaron para mantener al Reino Unido en la UE.

El Referendo de 1975

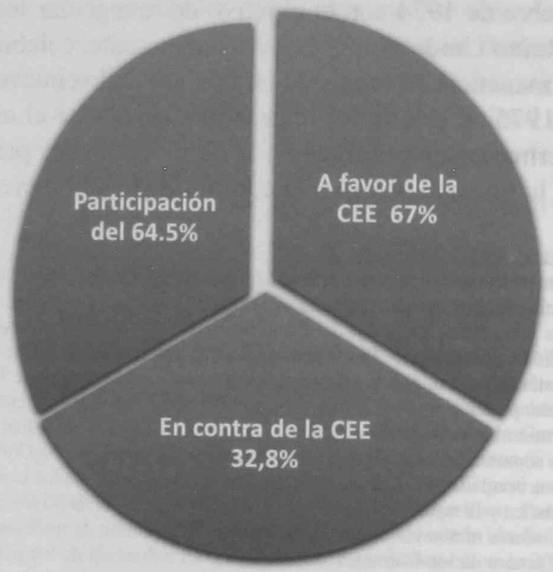
El Reino Unido se adhirió a la Comunidad Económica Europea, comúnmente denominada por los británicos como el "Mercado Común", el 1° de enero de 1973, bajo el gobierno conservador de Edward Heath. El Partido Laborista, liderado en la oposición por Harold Wilson, concurrió a las elecciones generales de octubre de 1974 con el objetivo de renegociar los términos de pertenencia del Reino Unido a la CEE y, posteriormente, celebrar un referéndum sobre la permanencia en la misma en función de los nuevos términos.

En el año de 1975 se celebró el referéndum en el que el electorado decidió sobre la permanencia británica en la CEE. Todos los principales partidos políticos y la prensa apoyaron la continuidad en el mercado común.

Sin embargo, hubo fracturas internas significativas entre los laboristas (en aquel momento, el partido gobernante), dado que sus militantes habían votado a favor de la salida en una conferencia celebrada el 26 de abril del mismo año, cuya duración había sido de un día. Puesto que el gobierno estaba dividido entre acérrimos proeuropeos y antieuropeos, Harold Wilson autorizó que sus ministros hicieran campaña pública en favor de cualquiera de las dos opciones.[4] En total, siete de los treinta y dos miembros del gobierno se opusieron a la pertenencia a la CEE.

El 5 de junio de 1975, los electores tuvieron que decidir si votaban sí o no a la pregunta: "¿Piensa que el Reino Unido debe permanecer en la Comunidad Europea (Mercado Común)?" Todos los condados administrativos del Reino Unido registraron una mayoría de votos afirmativos, con la excepción de las islas Shetland y las islas Hébridas Exteriores. Como resultado, el Reino Unido permaneció en la CEE.

Resultados del Referendum de 1975



Posteriormente, desde la oposición, el Partido Laborista hizo campaña en las elecciones generales del año 1983 para que el Reino Unido saliera de la Comunidad Económica Europea. La propuesta no tuvo mayor calado por

[4] Weatherill, Stephen, *Cases and Materials on EU Law.*

la aplastante victoria de Margaret Thatcher, que fue reelegida en las elecciones. A partir de ese momento, el Partido Laborista cambió su política hacia Europa.[5]

Como resultado del Tratado de Maastricht, la CEE se convirtió en la Unión Europea. En 1994 se formó el antiguo *Referendum Party,* de la mano de sir James Goldsmith, para concurrir a las elecciones generales de 1997, con el objetivo de celebrar un referéndum sobre la permanencia en la UE.[9] En aquellas elecciones, presentó candidatos en 547 circunscripciones y consiguió 810,860 votos. No logró ningún escaño en el parlamento por la dispersión de su voto, de manera que perdieron sus depósitos (aportados por Goldsmith) en 505 circunscripciones.

A comienzos de la década de 1990, también se formó el Partido de la Independencia del Reino Unido (UKIP). Es un partido euroescéptico, en contra de la participación del Reino Unido en la Unión Europea. Consiguió el tercer lugar en el Reino Unido en las elecciones europeas de 2004, el segundo en las de 2009 y el primero en las de 2014. Los comicios de ese mismo año fueron los primeros, desde 1906, en los que el partido más votado no era el Partido Conservador ni el Partido Laborista.[6]

[5] El Partido Laborista en conjunto tuvo una postura homogénea alrededor de la permanencia en la Unión. Jeremy Corbyn, líder laborista con gran apoyo entre la nueva camada de jóvenes activistas, criticó las negociaciones de su opositor como un 'freno de emergencia' destinado a cerrar las grietas en las filas tories. Por su parte, Corbyn ha planteado que las demandas de Cameron son injustas y discriminan a los trabajadores inmigrantes de Europa del Este, aún así hará campaña por la permanencia del Reino Unido en la UE, sea cual fuera el resultado de las negociaciones de la cumbre. Ha viajado a Bruselas para reunirse con sus colegas del bloque de Partidos de los Socialistas Europeos. Frances O'Grady, secretaria del Congreso de Sindicatos británicos, declaró que la discusión sobre el referéndum está dominada por los intereses de los empresarios, agregando que la salida de la Unión podría socavar algunos derechos de los trabajadores y trabajadoras en cuanto a días de vacaciones, licencia por maternidad y trato justo en el trabajo. La dirigente explicó que la directiva de trabajo europea concede 20 días de vacaciones pagadas, por lo que, desde su introducción en 1993, millones de trabajadores se han beneficiado. De producirse el Brexit, unos 6 millones de trabajadores verían reducidos los días de vacaciones anuales; además, no se protegerán las condiciones laborales del personal en caso de transferencia o externalización si su empresa o empleador se acoge a dicha directiva. *Speak for Britain!: A New History of the Labour Party*, Routledge, UK, 2015.

[6] El término extrema derecha ha sido utilizado por diferentes estudiosos de manera un tanto contradictoria, debido a las diferentes configuraciones ideológicas, pues no existe un consenso sobre una la ideología concreta que defina a todos los grupos enmarcados en la extrema derecha; especialmente si tenemos en cuenta las variaciones ideológicas sufridas a lo largo del tiempo. En consecuencia, podemos afirmar que no todos los grupos de extrema derecha comparten los mismos ideales, aunque la mayoría tiene una visión del mundo conspirativa y ultranacionalista, que les permite recoger el voto de protesta contra las imperfecciones de la democracia parlamentaria representativa. Tienen en común, al menos, alguna de las siguientes características:

a) Nacionalismo: La idea nacional es una característica común a todas las ideologías de extrema derecha. La nación se concibe como una unión étnica frente al nacionalismo político de origen francés. No obstante, son las definiciones de nación las que, en ocasiones, separan a estos movimientos: por ejemplo, la extrema derecha española siempre estará enfrentada con su

El debate lo volvió a retomar en 2013 el primer ministro, David Cameron, al proponer un referéndum sobre el mantenimiento del Reino Unido en la Unión Europea, proyectado en 2014, pero marcado para 2017. A partir de la victoria del Partido Conservador en las elecciones generales de 2015 y por el apremio del nuevo partido UKIP[7] —que tiene un importante respaldo

homóloga británica a causa de Gibraltar y estos últimos, a su vez, con los nacionalistas irlandeses a causa de Irlanda del Norte. Más allá, también tienen diferencias en su concepción de la realidad nacional. La Liga Norte italiana, por ejemplo, busca la independencia de su región, mientras la extrema derecha española busca la cohesión de su país.

b) Antiliberalismo y Anticapitalismo: Domina, en general, una oposición al capitalismo liberal. Por otra parte, no existe ninguna tendencia económica clara entre estos grupos. Mientras algunos, como el nazismo y el fascismo defendían cierta intromisión del estado en la economía, hubo otros totalmente liberales en lo económico, tal como el Gonzaleismo, e incluso algunos, como el franquismo, no tenían un programa definido y su política económica evolucionaba en función de las circunstancias. Existen también los defensores de la meritocracia.

c) Tradicionalismo: No debe entenderse con esto una defensa de los valores religiosos tradicionales. En la mayoría de los casos es así, pero existen algunos episodios históricos en los que ha sucedido todo lo contrario. Sin embargo, la religión puede considerarse un nexo de unión para un grupo y, a su vez, puede ser motivo de enfrentamiento con un grupo de extrema derecha rival. Esto sucede, por ejemplo, en Irlanda del Norte, donde los nacionalistas católicos irlandeses se enfrentan a los unionistas protestantes británicos. Ambos son grupos de extrema derecha porque comparten la característica de su nacionalismo (evidentemente, desde una perspectiva muy distinta), a diferencia de la extrema izquierda que tiene una visión universal.

d) Conservadurismo: Es un término que se usa para describir a aquellos conservadores que defienden y promueven la cultura y la identidad étnica nacional, como forma de promover el crecimiento de la sociedad. Existen grupos hegelianos que defienden que el orden instituido ha sido propuesto directamente por Dios y no se puede ni debe cambiar. Por ello, defenderán la forma de estado existente por el mero hecho de que es la que se ha impuesto. Además, hay una exaltación de los valores que se consideran adecuados para la sociedad. En general, son movimientos que se sirven de los símbolos para desarrollar su política. Suelen tener cierta tendencia militarista y de sostenimiento de los valores de la sociedad o una recuperación de estos. Las políticas nacionalistas y expansionistas son muy comunes, puesto que muestran el poder que ha alcanzado la propia nación frente al extranjero decadente.

Anticomunismo: Es la oposición al comunismo y, especialmente, al marxismo. Ideológicamente se basa en el rechazo al concepto de materialismo histórico y a la lucha y diferencia de clases propias de la sociedad civil.

Xenofobia: Estos movimientos rechazan a los extranjeros, defendiendo la pureza nacional e incluso racial. A menudo los culpan de hechos como el desempleo o la delincuencia.

[7] Un estudio del Washington Post sobre el fenómeno señala que los partidos ultraderechistas a menudo tienen diferencias importantes entre sí. En el caso de los europeos, se señalan tres tipos de partidos principales:

Por un lado existen partidos que son clasificados de extrema derecha, principalmente por sus posturas euroescépticas y xenófobas, en particular hacia los inmigrantes de religión musulmana y hacia el Islam en general. Sin embargo, en otros temas son más liberales. Por ejemplo, apoyan el matrimonio homosexual y varias causas feministas. Así mismo, no son antisemitas e incluso presentan un discurso pro-Israel (y pro-Estados Unidos en su "guerra contra el terrorismo"). Fuera de su islamofobia (en algunos casos deliberadamente hacen un discurso comparativo del Islam con el nazismo, etc.), no muestran racismo o mensaje de odio hacia otros grupos étnicos o religiosos. Este es el caso de partidos como el Partido por la Libertad holandés, el Partido del Progreso de Noruega, el Partido de la Libertad de Austria, el Vlaams Belang belga, Alternativa para Alemania y ciertas facciones del Frente Nacional francés.

Por otra parte estarían los partidos típicamente neofascistas que muestran un discurso clásico de la extrema derecha europea: xenófobo, racista, antisemita, antigitano y anticomunista; además de euroescéptico, islamófobo, homófobo y que abogan por un nacionalismo étnico irredentista, el supremacismo blanco y los llamados "valores tradicionales" —oponiéndose por esto mismo a los derechos de las minorías sexuales y a muchas reivindicaciones feministas—.

Estos partidos suelen ser también antiatlantistas, siendo críticos de Estados Unidos y con posturas más pro-rusas. Por otra parte, aunque casi todos son anti-islámicos, no son favorables a Israel y mantienen un discurso antisemita y antisionista. Muchos de estos partidos, además, derivan directa o indirectamente de los antiguos partidos fascistas de sus países, cuya imagen histórica resaltan. Ejemplos de estos serían el Jobbik húngaro, Amanecer Dorado de Grecia, el Partido Nacional Británico, el Movimiento Social Italiano y el Partido Nacionaldemócrata de Alemania, entre otros.

Finalmente, habría algunos partidos que son un punto intermedio entre las dos opciones. Siendo conservadores y nacionalistas, evitan (aunque en algunos casos de manera reciente) el discurso racista y antisemita (sin llegar a apoyar a Israel del todo o, si lo hacen, es tímidamente). A diferencia de partidos eurófobos liberales, no respaldan posturas favorables a los derechos de los homosexuales o el matrimonio igualitario; prefieren enfocarse en temas como el euroescepticismo y el combate a la inmigración (en general, no solamente la islámica). Ejemplos de estos serían el Frente Nacional, Partido Popular Danés, Partido Popular Suizo, Demócratas de Suecia, Concentración Popular Ortodoxa griega, el UKIP británico, etc.

Las razones de estas diferencias son históricas y geográficas. Por un lado, muchos países de Europa Oriental (como Rumania, Hungría, Croacia y Alemania Oriental) pasaron lo mismo por dictaduras fascistas autóctonas, que por regímenes comunistas en los que se daban a menudo persecuciones antijudías. En estos países, que tienen partidos que pudieran derivar directamente de las agrupaciones tradicionales históricas del fascismo, el discurso "clásico" racial, nacionalista e irredentista no escandaliza tanto a la sociedad. Además, debido a que la cantidad de inmigrantes musulmanes es relativamente menor, se requiere un nuevo "chivo expiatorio" (minorías como gitanos y judíos). Por el contrario, en Europa Occidental, la mayoría de los países no ha tenido dictaduras fascistas y su principal contacto con el fascismo se dio durante la ocupación nazi, por lo que en muchos casos se enorgullecen de las luchas antinazis del pasado. Por ello, salvo excepciones, los partidos de ultraderecha de estas naciones dejan de lado los ataques contra las pequeñas comunidades judías y se enfocan en el discurso anti-islámico, siendo la inmigración musulmana un problema mayor para muchos sectores de la ciudadanía (incluso comparan al Islam con el nazismo, el Corán con Mein Kampf, etc.); así, el discurso racista se deja de lado, al punto de que personas de etnia negra o judía pueden pertenecer a estos partidos.

de la población por la crisis económica y la presión que genera el aumento de la llegada de migrantes de Europa—, el proyecto para buscar la salida de Inglaterra de la Unión Europea se consolidó, dado que era uno de los puntos clave de la campaña.

Durante 2016, el primer ministro Cameron llevó a cabo una serie de negociaciones con la UE sobre concesiones que ésta podría realizar al Reino Unido, a cambio de un gobierno británico favorable a la UE.

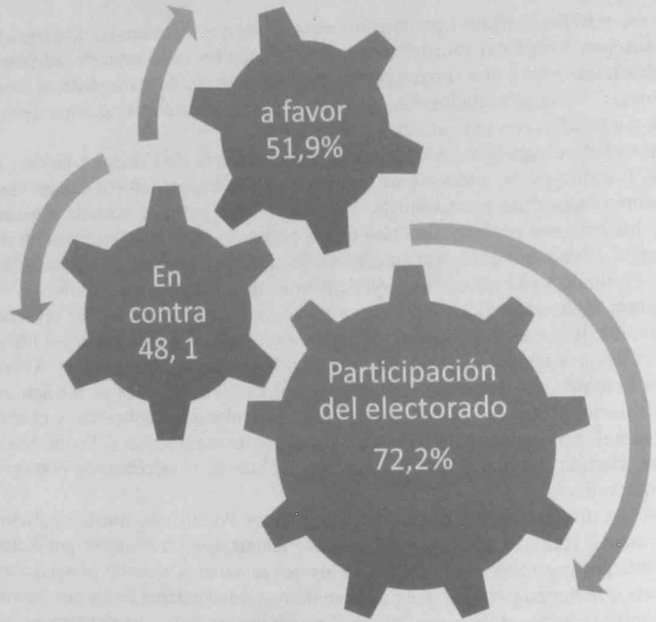
El Referendo de 2016

El 23 de junio de 2016, se realizó el Referéndum sobre la permanencia del Reino Unido en la Unión Europea, también conocido como *brexit*. El resultado indica que el 51.9% de los votantes era partidario de abandonar la UE

y el 48.1% restante decidió permanecer; sin embargo, en Escocia, Irlanda del Norte, Gibraltar y la mayor parte de Londres, predominó la opción de la permanencia.

Tras los resultados del referéndum, el primer ministro, David Cameron, anunció su dimisión del cargo en octubre del mismo año, argumentando que un liderazgo fresco debía llevar al país a la opción elegida en la votación.[15] Una iniciativa popular para que el parlamento se planteara la realización de un segundo referéndum recabó más de cuatro millones de firmas en los días siguientes a la consulta. Con este referéndum inicia el proceso de retirada del Reino Unido de la Unión Europea; siendo un proceso a largo plazo —con una duración estimada de, al menos, dos años de tramitación—.

SALIDA DEL BREXIT.
VOTACIÓN DEL REFERENDUM 2016



II. GEOPOLÍTICA

Las ondas de choque que provocó la consulta Brexit todavía están siendo absorbidas en la Gran Bretaña, Europa y el resto del mundo. Sin embargo, los puntos de referencia de la seguridad mundial, ya se han reformado. Aquí hay cuatro consecuencias del Brexit desde el punto de vista de la geopolítica.[8]

1. Brexit transformó por completo el tenor de la próxima cumbre de la OTAN, en Varsovia. Esta cumbre estaba destinada a apuntalar la respuesta de la alianza ante un resurgimiento de Rusia en el Este y para demostrar que la solidaridad europea estaba pujante para contrarrestar las acciones del Kremlin.

Los británicos no han votado para salir de la OTAN, ni hay ninguna indicación de que un "Nexit" sea su próxima acción. Pero la votación valida dos líneas de tendencia en desarrollo en Europa y la reinterpretación de la hegemonía alemana. La primera línea se refiere a la vacilación de los países

[8] La geopolítica es una disciplina que fundó el geógrafo de origen sueco Rudolf Kjellén. En su libro, *Introducción a la geografía sueca,* publicado en 1900, expuso los rudimentos básicos de la misma. En 1916 produjo su obra más importante: *El Estado como organismo viviente* (*Staten som livsform*), donde el término geopolítica fue utilizado por primera vez.

Los principios de dicha ciencia en el pensamiento geoestratégico habían sido tratados por el geógrafo alemán Friedrich Ratzel. Según éste, los Estados tienen muchas de las características de los organismos vivientes. También introdujo la idea de que un Estado tenía que crecer, extenderse o morir dentro de "fronteras vivientes". Por ello, tales fronteras son dinámicas y están sujetas al cambio. A principios del siglo XX, varios geógrafos anglosajones amplían las reflexiones de Ratzel, aplicándolas a problemas militares y geoestratégicos. Así, geógrafos como el almirante estadounidense Alfred Thayer Mahan postulaban la importancia estratégica del dominio naval como clave para la dominación mundial ("Quien domine el mar, domina el comercio mundial; quien domine el comercio mundial, domina el mundo") o Sir Halford John Mackinder, que desarrolló la teoría del Heartland (región cardial) o áreas pivote —grandes zonas continentales cuyo control facilitaría el dominio del mundo—. Un excelente ejemplo de la aplicación de estas teorías geopolíticas —sobre todo de los autores estadounidenses— fue la compra de los territorios donde ahora se encuentra el extenso estado de Alaska, el cual fue comprado por los Estados Unidos de Norteamérica al Imperio ruso y ha contribuido a mantener a raya a los Estados asiáticos con respecto a Canadá y, en general, a la parte norte del continente americano.

La geopolítica tuvo gran interés en la Alemania de principios del siglo XX y alcanzó una gran difusión durante el nazismo. El alemán Karl Haushofer modernizó la geografía política, utilizándola como instrumento que justificaba la expansión territorial de Alemania durante el Tercer Reich, sobre la base de las teorías de Ratzel del espacio vital (Lebensraum). Sin embargo, existen ciertas actuaciones del régimen nazi que no se corresponden con las teorías de Ratzel y Haushofer, como la cesión del Tirol del Sur a los italianos, zona poblada en su mayoría por población germana.

Países como Rusia, China y Japón dieron también gran importancia a esta ciencia durante los años 1930 y 1940, como camino para alcanzar un poder global. La utilización propagandística de la geopolítica acarreó, tras la derrota alemana, su descrédito y olvido, sobre todo en el ámbito académico. No obstante, otras personas, como militares o diplomáticos, siguieron interesándose por esta rama de la geografía. A partir de los años de 1970, la geopolítica recuperó el interés perdido y ha vuelto a crecer actualmente, al amparo de las tensiones internacionales surgidas. Conceptos como eje, estado tapón, países aliados, área comercial, etc., son términos geopolíticos comúnmente utilizados. *Cfr.* MUÑOZ, Joseph (ed.), *Handbook of Geopolitics of Bussiness.*

de Europa occidental para involucrarse en conflictos y problemas que ocurren en la periferia oriental del continente o en el espacio post-soviético. La segunda será para despertar la división regional persistente dentro de algunos miembros de la alianza, argumentando que si la OTAN hubiera prestado mayor atención a hacer frente a las amenazas a la seguridad europea a través del Mediterráneo, en lugar de ser arrastrada a participar en juegos geopolíticos en Eurasia, la crisis de la migración podría haberse evitado o mitigado. En este sentido, Reino Unido ha tenido importantes acciones militares en los últimos 10 años, pero el gobierno británico y su electorado vieron con muy buenos ojos la baja en la intervención en los conflictos armados que Estados Unidos generaba y en los que vinculaba a sus aliados.[9]

2. El Brexit significa un cansancio de seguir ampliando la guerra euro-atlántica hacia el Este, al volver los problemas de Rusia con sus vecinos, problemas de la Unión Europea. Junto con el referéndum no vinculante en los Países Bajos, respecto al acuerdo de adhesión a la UE-Ucrania y la votación del Senado francés para recomendar el levantamiento de sanciones a Rusia, los partidos nacionalistas-populistas en Europa Occidental (Frente Nacional de Marine Le Pen, el UKIP Nigel Farage, etcétera) argumentaron que la participación en la disputa entre Rusia y Ucrania no estaba vinculada a sus "intereses nacionales" y propusieron fomentar el mejoramiento de las relaciones bilaterales con Rusia. A su vez, la inversión directa del Kremlin en estas partes ya ha tenido su primera recompensa importante. Si ahora el Brexit ha sido el parte aguas para la celebración de referendos en otros países de la UE, así como ha propiciado el aumento en la credibilidad de los grupos euroescépticos; Rusia ha generado sus propios beneficios, ya que Moscú preferiría tratar con una Europa de Estados nacionales independientes, que con una Unión de más de 500 millones de personas.[10] El régimen de sanciones impuesto a Rusia a raíz de la toma de Crimea y, por otro lado, el separatismo en el Este de Ucrania, con el apoyo de Moscú, importan; pero el Brexit tiene como efecto que los intereses nacionales sean elevados por encima de Europa.

3. El Brexit es la manifestación más reciente, en el mundo desarrollado, de las crecientes divisiones entre las élites políticas y empresariales comprometidas con la globalización y las masas que creen que su seguridad y el bienestar no se han modificado como consecuencia de la disminución de la soberanía de los Estados y de la reducción de las barreras (especialmente

[9] "Kerry urges UK and EU to avoid 'revengeful' divorce negotiations", en *Financial Times*, disponible en: http://www.ft.com/ Europe

[10] "Russia gegen Europa, des kliene kampf", disponible en: http://www.cicero.de/

en el comercio y la migración). El Brexit habla elocuentemente de lo que he denominado el "colapso narrativo político",[11] que implica que el acoplamiento internacional de un país sea visto como desconectado de los intereses de sus "ciudadanos comunes". El Brexit, junto con los discursos de los candidatos americanos Donald Trump y Bernie Sanders,[12] presentan una retorica que exalta un sentimiento creciente entre los votantes de que la comunidad nacional debe prevalecer sobre la internacional, al enmarcar y ejecutar las políticas.

4. En 2014, David Rothkopf, analista de la revista *Foreing Policy,* indicaba: "La política exterior no es un programa de entrevistas ... hemos convertido a nuestros funcionarios políticos de alto nivel en los comentaristas de un juego *vis-vis* en materia de los asuntos internacionales y no a las personas que prevén el siguiente movimiento en el escenario internacional".[13] Todas las tendencias que hicieron válido lo pronosticado por los analistas, la salida de Reino Unido de la Unión Europea. No obstante, aún había fe en que la retórica y las palabras "correctas" —especialmente provenientes de la elocuencia tradicional de Barack Obama—, podrían sustituir una estrategia sostenida por los detractores de la Unión Europea y los partidos nacionalistas.

Estamos viendo un resultado más negativo, a diferencia de cómo se manejó la crisis del mundo bipolar. Así como la naturaleza cada vez más reactiva de la política de los Estados Unidos para responder a las crisis del día a día. La fractura de la hegemonía anglosajona (Estados Unidos-Inglaterra), frente a la crisis de Ucrania, le dio algunas cartas para jugar a Rusia, para tratar de mantener al Reino Unido en la UE. Lo cual fue visto como una intervención de los Estados Unidos, en términos geopolíticos, en Europa.

Justificado o no, el Brexit será visto como un fracaso político de David Cameron, quien tuvo que renunciar a la primera magistratura (aunque también para Barack Obama, al intentar abogar por la permanencia en Europa). Sin embargo, Cameron ha respondido ante la situación expresando la frase: "estamos en aguas desconocidas".[14] La estrategia de seguridad nacional, el gasto y la política de defensa del Reino Unido se tendrán que reinterpretar;

[11] Este concepto es desarrollado por Jurgen Habermas en sus múltiples opiniones en el diario alemán *FAZ*. Recomendamos leer el artículo disponible en: http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/juergen-habermas-im-gespraech-europa-wird-direkt-ins-herz-getroffen-12963798.html

[12] Disponible en: http://time.com/4372673/bernie-sanders-speech-text-read-transcript/ Consultado el 21 de agsto de 2016.

[13] Disponible en: http://foreignpolicy.com/2016/06/24/brinsanity-brexit-european-union-donald-trump- Consultado: el 16de julio de 2016.

[14] *Last speech of David Cameron*. Disponible en: http://www.bbc.com/news/uk-politics-36778350 Consultado el 11 de agosto de 2016.

así como los conflictos en los países de Europa oriental marcarán de manera importante la estrategia de seguridad global. Crimea, en el año de 2014, y los diversos atentados en París son la muestra de que el enfoque geopolítico cada día cobra más importancia.

III. Muchas globalizaciones

El término "globalización" se refiere a la extensión de las relaciones sociales en el mundo. Este fenómeno se ha desarrollado por siglos; no obstante, su ritmo se aceleró recientemente. Pero, ¿qué tipo de proceso es?

En general, se considera que la globalización se centra en la Economía. El capitalismo, dicen, se da en todas partes e intenta romper las fronteras de los Estados y localidades para crear una economía global y, por lo tanto, una sociedad global. Otras personas se enfocan en la revolución tecnológica de las comunicaciones o en los mercados mundiales de consumo. Afirman que estamos viviendo en una "sociedad en red" global, una "sociedad de Internet"[15] o un "*McMundo*". También hay versiones culturales y políticas que hablan de una "sociedad civil transnacional" y de un "nuevo orden mundial". Todas estas visiones comparten un punto en común: conciben la globalización como la integración del mundo.[16]

Al mismo tiempo, todas demuestran una baja tolerancia a la diferencia y la división, a aquello que consideran ajeno a la globalización. Mas, ¿por qué tantos teóricos de la globalización sostienen este sospechoso argumento?

Esto hace que la globalización no sólo sea transnacional (rompe los límites de los Estados), sino también entre los propios Estados-nacionales. La globalización borra las diferencias locales y nacionales, regionales o de otro tipo, aunque opera en parte a través de ellas. Así, la globalización no es unitaria, sino múltiple; y genera inevitablemente conflictos. Dichos conflictos son, en su mayoría, bastante suaves, pero los hay también de carácter violento.

Estas visiones nos parecen excesivamente optimistas. Es poco lo que realmente se especula sobre los efectos nocivos de la globalización. Esencialmente, se considera benigna en el largo plazo: la modernidad, el desarrollo económico y la democracia se están llevando al mundo. La competencia siempre es reconocida; el conflicto, a veces; la violencia, casi nunca. Incluso los anti-globalizadores rara vez son vistos profundamente debajo de la al-

[15] Schrrer, Christop, *Globalisierung*.
[16] Osterhammel y Peterson, *Die Gesichichte der Globalisierung: Dimensionene, Prozesse, Epoche*.

fombra. Si lo peor que se puede encontrar es un niño trabajando para una empresa famosa como *Nike* o para una subsidiaria de *Apple* en Asia, o mujeres trabajadoras en maquiladoras de ropa que tendrá como destino una tienda en occidente de *Michel Kors,* a continuación se justifica todo con el argumento de que la globalización no puede ser tan mala, ya que las mujeres y los niños, sin duda, prefieren ser explotados por el capitalismo a quedar fuera de él.[17]

Para entender el fenómeno hay que enunciar un concepto que siempre ha sido central para la globalización, pese a estar fuera de moda: *imperialismo.*[18] Pero el de hoy difiere en gran medida del imperialismo del pasado. Ahora se combina el imperialismo militar masivo de Estados Unidos con algo de imperialismo económico y se cuenta con un respaldo proveniente del consenso ideológico, especialmente en Occidente.

En cierto modo, el desnivel de este imperialismo disminuye la violencia global, pero de otras maneras lo intensifica. Este imperialismo está particularmente mal adaptado para proporcionar un orden mundial genuino.

Ni los acontecimientos del 11 de septiembre, ni las reacciones al mismo, se pueden entender sin comprender esto. Pero coloquemos dichos conflictos dentro del contexto más amplio de todas las principales formas de conflicto mundial, incluidas las que pueden producir poca violencia. Esta amplitud nos permite ver que la globalización es muy variada. Así, encontramos dos lugares en los que es muy violenta, denominados, por el FBI, como "agujeros negros", que figuran en el Sur (Global South) —que sólo amenazan sus propios vecindarios— y "las guerras entre el Norte y el Sur", que son directamente producto del imperialismo.[19]

La globalización no es singular, sino múltiple: explota, integra, desintegra y genera, por igual, la paz, el conflicto regulado y la guerra. Algunos académicos, como Chomski, han identificado un "nuevo desorden mundial". Contrastan el orden del Norte del mundo con el trastorno del Sur; y explican este trastorno como una "reacción" de la "periferia tradicional" contra la modernidad global del Norte. En este sentido, tenemos autores como Benjamin Barber, con su obra: *Jihad contra McWorld*, Thomas Friedmann, con *El Lexus y el Olivo* y Samuel Huntington con *El choque de Civilizaciones*. Todos ellos ven el Norte como la encarnación de la racionalidad, el progreso y el futuro, mientras que el Sur se aferra a la "tradición" o nutre la sin razón

[17] Véase, Rodrik, Dani, *The globalization paradox: Democracy and future of the world economy*.
[18] Mazzucato, Mariana, *Das Kapital des Staates: Eine andere Geschichte von innivation und Wachstum*.
[19] Véase, Gibson-Graham, J. K., *Post capitalist politics*.

de sus pobladores. Los políticos del Norte, como George Bush, Tony Blair y Silvio Berlusconi, regularmente presentan en los medios de comunicación versiones más crudas: el enfrentamiento del bien contra civilizaciones inferiores y malas.

La resistencia a la globalización del Norte y a la civilización es vista como reaccionaria, violenta y primitiva; mientras que las acciones del Norte se asumen, generalmente, como racionales y benignas. Es aleccionador darse cuenta de que éstas eran también las opiniones de los imperialistas del siglo XIX: los británicos, franceses o rusos (y, de vez en cuando, los estadounidenses) pregonaban llevar la civilización a las partes atrasadas e ignorantes del mundo, para lo cual, (por desgracia) tuvieron que superar la resistencia de los nativos primitivos. Todo con la finalidad de lograr el progreso social.[20]

Es cierto que en el siglo XXI el trastorno no es una característica privativa del Sur y que el bien no caracteriza a todo el Norte. Sin embargo, lo cierto es que en el Norte el imperialismo está consumado, mientras que en los Estados del Sur la modernización está en vías de alcanzarse, con sus altibajos.

Éstas no son reacciones en contra de la modernidad y la globalización, son intentos de sumarse a ellos, mientras se cambian los términos; al igual que las luchas anti-coloniales trataron de hacer durante el siglo XX.

Algunos pensadores, como Max Weber, argumentaron que los seres humanos establecen hasta cuatro tipos principales de organizaciones de poder en la sociedad: ideológica (o cultural, si se prefiere), económica, militar y política. Así, la globalización consiste en la ampliación ideológica, económica, militar y de redes políticas de interacción; por este medio se difunden formas distintivas de integración y desintegración en todo el mundo. La naturaleza múltiple de la globalización era muy evidente en sus fases más tempranas. Obviamente, fue imperialista. Pero incluía la expansión capitalista mundial, la conquista militar de la mayor parte del mundo y el dominio político global mediante las ideologías occidentales —la religiones institucionalizadas, como el cristianismo, las corrientes políticas, como el individualismo y, posteriormente, el socialismo y la democracia (como una forma de gobernanza global)—.[21]

[20] Como señala atinadamente Paul Gilroy, el primer proceso de colonización fue el mental, ya que las conquistas generaron importantes prejuicios étnicos con respecto a las propias identidades y sus roles sociales. Para algunos pueblos, la colonización mental aún sigue vigente. En este sentido, las diásporas llevan consigo una carga de prejuicios implantados por los colonizadores que generan importantes sesgos para la integración cultural. Véase, Gilroy, Paul, *Black Atlantic: The modernity and double consciousness*.

[21] La gobernanza parece girar en torno a procedimientos. Se trata de los medios utilizados por todos los actores involucrados en una determinada actividad, ya sea corporativa o estatal, para su realización.

Doy dos ejemplos. En primer lugar, el racismo europeo que socavó la capacidad del imperialismo para integrar sus pueblos conquistados en imperios duraderos. Dos milenios antes, los norteafricanos se habían convertido en romanos, contribuyendo a la longevidad del Imperio. En contraste, en los siglos XVIII y XIX fueron colonizados por los británicos, pero se les excluyó por ser "racialmente inferiores".

Estas revueltas coloniales ayudaron a la consolidación del capitalismo, los Estados-nación, la democracia y la mayoría de los otros atributos de la modernidad. En efecto, movilizaron las ideologías europeas como el liberalismo y el socialismo democrático para ayudar a que se expulsara de los territorios a los colonizadores. El capitalismo imperialista se basó en la extracción de la riqueza de las colonias. Las potencias europeas abastecieron sus haciendas con el producto de la explotación y pauperización de las colonias.

En segundo lugar, los Estados imperiales eran altamente militaristas. Estos interrumpieron inicialmente la globalización, pero luego la redirigieron e, incluso, la mejoraron. Pensemos cómo las guerras napoleónicas potenciaron el poder de Gran Bretaña y la potencia asiática de Rusia, o cómo la Segunda Guerra Mundial generó la primera potencia hegemónica mundial: los Estados Unidos. La Segunda Guerra Mundial también pacificó lo que se conoce como el "Norte", y ésta fue la base principal donde se han producido las globalizaciones económicas recientes. En el pasado, por lo tanto, la globalización era múltiple, contradictoria y violenta, con las cuatro fuentes de entrelazamiento del poder social para determinar su trayectoria y sus conflictos.[22]

IV. El ámbito constitucional de Europa

En lo que se refiere a la posición del Derecho Constitucional Europeo, hay dos formas en las que el Reino Unido se podría extraer de las obligaciones contraídas en virtud de los tratados de la UE. Una posibilidad es la modificación de los tratados con arreglo al Artículo 48 del Tratado de la Unión Europea. Sin embargo, esto requeriría un acuerdo unánime entre los Estados miembros e implicaría la elusión del mecanismo específico, contenido en el

Es probable que su factor principal sea la cooperación, de manera que, desarrollándose en un plano de igualdad, se realicen las metas puestas voluntariamente por dichos actores. En este sistema, todos los actores asumen riesgos, logrando mayor efectividad por parte de todos los involucrados. Asimismo, este sistema de relaciones implica una perspectiva interdisciplinaria.

[22] Véase, Krokoswki, Wilfred, *Globalisierung des Einkaufs:Leitfaden für den internationalesn Einkäufer*.

En cuarto lugar, se plantea la cuestión de si el Gobierno del Reino Unido —ya sea en su forma actual o con alguna configuración revisada— podría ser tan impaciente sobre el Brexit como para tratar de apresurar sus consecuencias prácticas y modificar o derogar la Ley de Comunidades Europeas 1972. La ley podría, por ejemplo, ser modificada para que, de manera unilateral, se califique o elimine el principio de que la legislación de la UE tiene prioridad sobre la legislación del Reino Unido, con lo que podría impedir que las nuevas leyes de la UE entren en vigor en el Reino Unido, o para ajustar o sustituir la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en lo que respecta del Reino Unido. Esas medidas, sin embargo, no parecen ser altamente aconsejables, sobre todo porque se correría el riesgo de provocar un caos jurídico, mediante la colocación de los regímenes jurídicos británico y de la UE, en curso de colisión. Nadie —incluyendo a Gran Bretaña— tiene interés en que el Reino Unido juegue rápido y libremente con sus obligaciones internacionales; en un momento de inestabilidad inconmensurable, una salida ordenada es imprescindible.

Esto no quiere decir que la Ley de Comunidades Europeas no se tenga que suprimir en algún momento. Pero dos cosas tienen que suceder antes de que la Ley se escinda del libro de estatutos. En primer lugar, el Reino Unido debe cuadrar las posiciones legales internacionales y nacionales, garantizando la protección de sus obligaciones internacionales, por parte del aparato jurídico interno, antes de desmontar la legislación de la UE. En segundo lugar, el desmantelamiento de ese aparato —que será una hazaña—, en sí mismo, debe llevarse a cabo de una manera ordenada. De hecho, no es exagerado decir que el proceso de desenredo de la legislación nacional respecto de aquella de la UE, será un esfuerzo hercúleo que ocupará una cantidad considerable de tiempo en el futuro por parte de los legisladores, y tendrá que ser llevado a cabo con cuidado y atención.

Por último, en quinto lugar y más importante, se plantea la cuestión de si el Brexit representa una amenaza existencial para el propio Reino Unido. La respuesta debe ser que, al menos, supone un riesgo. En cuanto a Escocia se refiere, su primer ministro —refiriéndose a la postura pro-UE, aprobada por los votantes escoceses en el referéndum— dijo que "el voto deja claro que el pueblo de Escocia ve su futuro como parte de la Unión Europea". Si esto es así, entonces la implicación es que el pueblo escocés no se ve a sí mismo como parte de un Reino Unido que ha tomado lo que parece ser una decisión irrevocable: sustraerse de la UE. Apenas es necesario señalar, por lo tanto,

que la probabilidad de un segundo referéndum sobre la independencia de Escocia debe ser notablemente mayor de lo que era hace unos cuantos días.

La verdad brutal es que si la gente escocesa —o el pueblo de Irlanda del Norte— desea ser parte de la UE, debe abandonar el Reino Unido; porque la dura realidad es que el Reino Unido, y sólo el Reino Unido, es un Estado en el derecho internacional. Lo que significa que sus naciones constituyentes no pueden ser Estados miembros de la UE, a menos de que adquieran tal condición al salir del Reino Unido. Sin embargo, estos son los primeros días posteriores al referéndum; los acontecimientos se moverán rápidamente y de manera impredecible. La ruptura del Reino Unido, al igual que su salida oficial de la UE, no va a suceder hoy o mañana. Pero así como esto último es ahora una certeza, lo primero ya es una clara posibilidad, muy probable. Por esa razón, las implicaciones legales y constitucionales de la votación del Brexit no pueden ser fácilmente exageradas.

V. Nuevos tratados internacionales en el mundo

La globalización, seguida de un multilateralismo, así como la implementación de una gobernanza global, nos habla de un nuevo orden dentro del plano internacional. Este nuevo orden que ha surgido —para no hablar de una nueva potencia que querrá posicionarse por sí sola— se ha transformado en conjuntos de potencias ya establecidas o emergentes. Las estrategias que juegan los Estados, hoy en día, no consisten sólo en aventurarse por sí mismos para posicionarse internacionalmente. Las nuevas formas en que se desempeñan van dirigidas, más bien, a establecer alianzas de Estados con Estados, las cuales han ido evolucionando, encaminadas a una geopolítica que les permita hacer uso de una posición territorial favorecedora, aunado al hecho de que el regionalismo está latente como principio de un orden global.

Incluso como principios de una nueva política evolucionada, nos hablan de la gobernanza global, como bien lo explica Janes Rosenau: "La cooperación de diversos actores en el establecimiento de una normatividad global tanto a través de la red de instituciones internacionales como de otros espacios de carácter informal. Lo importante es la convergencia de estos actores en la constitución de esa normatividad".[23]

Es importante entender primero cómo es que el nuevo multilateralismo se está conformando y cómo empezó a hacerlo; para ello tendríamos que

[23] Rosenau, citado en Brand, 2012.

comprender a los actores que hacen posible este mismo multilateralismo —también conocido como "la nueva arquitectura global"—. Las llamadas "nuevas potencia emergentes" son precisamente los principales actores que están haciendo esto posible. Si bien ya había potencias establecidas, después de que terminó la Guerra Fría se solidificaron como tales, creando un multilateralismo que se ha mantenido desde entonces. En dicho contexto, algunas potencias se han fortalecido y otras van siendo absorbidas paulatinamente por el mismo sistema. En este sentido, Estados Unidos es un caso muy claro, pues durante muchos años han sido considerados la máxima potencia a nivel mundial. A pesar de ello, con el paso del tiempo han sufrido ciertos tropiezos, los cuales han provocado que nuevas potencias se hayan consolidado. Es el caso de China, que ha llegado a tal punto, que actualmente se ha convertido en el Estado que le hace frente a Estados Unidos en la lucha por posicionarse como la nueva máxima potencia a nivel global.

El cuestionamiento surge cuando intentamos visualizar los factores que hacen que un Estado se convierta en una potencia emergente. Tratar de entender éste término y clasificar qué Estados se pueden encasillar de esta manera resulta fácil a simple vista, pero al analizarlos a fondo nos podemos encontrar con dificultades, ya que la mayor parte de los Estados podrían entrar dentro de esta categorización:

Tres conjuntos de interpretaciones sustentan la categoría de "potencia emergente". Para empezar, estos Estados son emergentes en lo que respecta a oportunidades de inversión para las multinacionales occidentales, pues ofrecen mano de obra barata y veloz crecimiento, aunque son economías de alto riesgo. En segundo lugar, está implícita la noción de que primero emergen los mercados, las compañías, las monedas y luego los países, y que se puede trazar una trayectoria o evolución de Estado "pobre en desarrollo" a "rico en desarrollo", para continuar como "rico desarrollado" y "avanzado" o país de primer nivel. Hay una jerarquía implícita, con algunos Estados a la vanguardia, otros detrás y algunos en medio. Conforme los Estados evolucionan a lo largo de este continuo, una medida de su poder es su capacidad para obtener los resultados esperados de sus políticas. En tercer lugar, estos países emergen como contendientes y contrapesos de los países del G7, y son capaces de ejercer un mayor poder dentro de sus regiones. En última instancia, como el poder es relativo, su surgimiento supone un reto a la "primacía" de Estados Unidos. En consecuencia, se remodela el paisaje estratégico mundial: la nueva distribución del poder modifica las relaciones entre las grandes potencias, así como entre éstas y los demás.

Como bien se señala, la posición de un Estado en el plano internacional es un tema importante dentro de sí mismo; es parte de una política propia de cada Estado. Pero, siendo realistas, no sólo se habla —en este nuevo multilateralismo— de una sola potencia que asegure su presencia; más bien, se refiere a un conjunto de ellas. Existen varios Estados que cada vez están más cerca del ascenso. No obstante, aunque existan muchos Estados tratando de posicionarse, aún no se puede determinar con exactitud cuáles sí lograrán ser considerados como parte del grupo en ascenso.

El entorno internacional está en constante cambio, por lo que es imposible que se estanque. Los países buscan, cada vez más, tener y mejorar sus relaciones hacia el exterior. El nacimiento de nuevas alianzas comerciales ha provocado un verdadero reajuste en materia de comercio internacional. El denominado Acuerdo Transpacífico (TTP), que plantea una alianza económica entre las naciones del Sudeste asiático, Oceanía y la franja del Pacífico de América, busca construir el mercado económico más grande del mundo. La restructuración del orden económico global implica enviarle un mensaje a China —la nueva economía pujante, desde hace 15 años—; es tratar de competir en bloque en contra del gigante asiático. La devaluación del renminbi es un importante indicador del freno económico del gigante, ya que al devaluar la moneda buscan ser más atractivos para el comercio internacional.

Otro tratado comercial relevante será el Trasatlántico, conocido como (TTIP), que busca hacer acuerdos de libre comercio fuera de la Unión Europea. En este sentido, la OCDE proyecta que, en el futuro, el 90% del crecimiento se hará fuera de las uniones tradicionales de comercio y a China le pronostica un tercio del producto interno bruto global.

La ruta del Brexit calcula que el desarrollo económico estará fuera de las arcas de la Unión Europea; por lo cual, resulta aparentemente correcta su salida de un espacio económico estancado, buscando nuevas rutas comerciales vía el TTP y el TTIP. Este ajuste significa un mensaje para China, pues le dice que será desplazada como segunda potencia económica. Lo mismo ocurre respecto a Rusia, ya que el TTIP busca consolidar los vínculos comerciales con Estados Unidos. Desde la geopolítica, el debilitamiento económico trae implícito un debilitamiento militar y político de lo que serían los dos más grandes rivales de los Estados Unidos: China y Rusia.

Entre algunos pensadores especializados en la geopolítica, el ruso Vadim Tsymbursky, nos explica:

> Que los ajustes económicos tienen un trasfondo político, debido a una nueva configuración tri polar de potencias que en muchos escenarios hacen alianzas y compiten en muchos escenarios por le hegemonía mundial, a pesar de la caída de la URSS, Rusia ha venido generando nuevas formas de hegemonía económica gracias a sus reservas de gas y petróleo, esto le ha permitido regresar en breve tiempo a los primeros lugares mundiales: *Las transformaciones en el escenario internacional han ido adquiriendo cada vez más una velocidad y un alcance sin precedente. Ante el cambio constante de escenario, los actores internacionales han tenido la necesidad de buscar nuevas formas para poder fortalecer sus capacidades así como también multiplicar sus oportunidades, pero para poder lograr todo esto, "está convertirse en un jugador en nuevos tableros, la búsqueda de socios distintos a los tradicionales y la exploración de estrategias frescas, quizá en conjunto con algunos otros actores con los que se comparten visión, valores e intereses. Finalmente, cabe recordar que, para que la política exterior de cualquier actor internacional sea efectiva, debe ser capaz de conseguir el apoyo de otros jugadores del sistema. Sin importar cuán poderoso e influyente sea un Estado, es muy difícil, si no imposible, alcanzar sus objetivos de política exterior sin apoyo internacional alguno.*[24]

VI. Alcances económicos

La cuestión de cómo el Brexit afectará la economía del Reino Unido es una de las cuestiones cruciales ahora que Gran Bretaña ha votado para salir de la UE. La caída de la libra esterlina, la caída de los mercados bursátiles y la congelación de la inversión son claros indicios de que el impacto a corto plazo será grave.

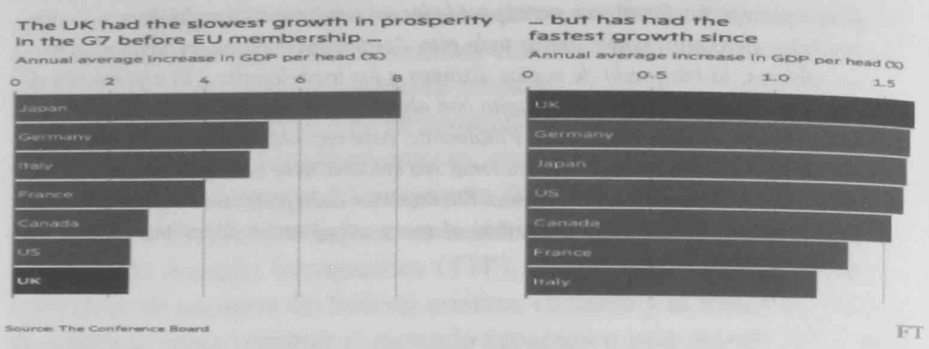
Millones de palabras sobre el tema, incluyendo la visión de la mayoría de los economistas, quienes consideran que abandonar el bloque generará un estancamiento en el crecimiento de la economía británica. No obstante, el argumento a favor del sí, fue que los ciudadanos británicos consideran que alejarse de la Unión Europea tendrá como efecto debilitar a Alemania, la verdadera conductora de la economía de este bloque.

El Reino Unido solía tener la economía menos desarrollada. Su crecimiento anual mejoró con su inclusión en el G7, junto a las economías más importantes del mundo. Esto antes de su adhesión a la Comunidad Económica Europea. Así al primer lugar en los 43 años después de 1973. Esto no prueba que convertirse en miembro del G7 mejoró.

Los economistas señalan que las tasas de crecimiento tuvieron los rendimientos más bajos absolutos desde de 1973. La razón principal fue la entrada en vigor de las reformas del gobierno de Margaret Thatcher, conocidas como "neoliberales". En esto nada tuvo que ver la pertenencia a la CEE.

[24] Tsymburki, Vadim, "The Island of Russia", *The russian politics journal*.

Como se puede apreciar en el siguiente cuadro, la competitividad del Reino Unido se debió al proceso de privatización y al aligeramiento del Gobierno británico.



Fuente: *Financial Times*, 2016

En la evaluación más detallada hasta la fecha, el profesor Nick Oficce, de la Universidad de Warwick, historiador de la economía británica, estima que la UE contribuyó directamente a la prosperidad del Reino Unido en un 10%, en gran parte debido a la mayor competencia y un mejor acceso al mercado único europeo.

De la presente situación se desprenden las siguientes preguntas:

a) ¿Cuáles serían los alcances del Ministerio de Comercio después de que el país rompa con la UE para sustituir las relaciones comerciales actuales?

b) ¿Se debe firmar un acuerdo con los 27 miembros restantes de la UE, con los cerca de 50 países adicionales con los que la UE tiene acuerdos preferenciales o con todos los restantes 161 miembros de la Organización Mundial del Comercio?

Fuente: *Financial Times*, 2016

Es probable que tome años negociar un acuerdo bilateral con el bloque, según indican los negociadores comerciales experimentados. No sólo eso, Barack Obama, presidente de Estados Unidos, también ha advertido que Gran Bretaña no sería prioritaria para su país.

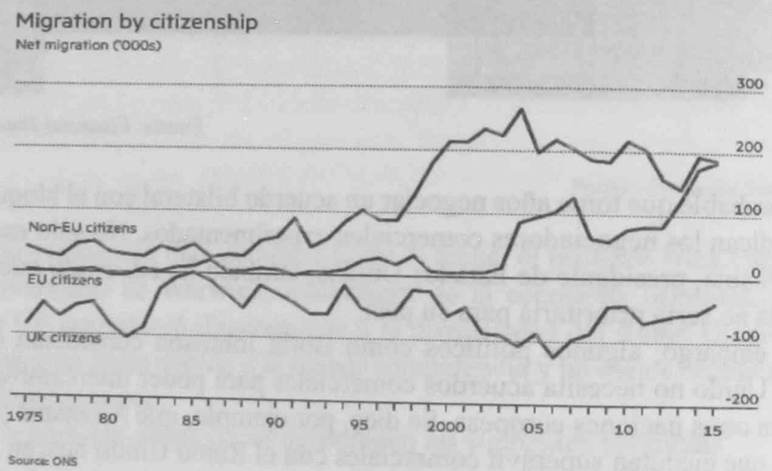
Sin embargo, algunos políticos como Boris Johnston consideran que el Reino Unido no necesita acuerdos comerciales para poder intercambiar bienes con otras naciones europeas. Se dice, por ejemplo, que Alemania y otros países que ejecutan superávit comerciales con el Reino Unido buscan ansiosamente un trato preferencial y la nueva situación podría agilizar el proceso para negociar acuerdos con dichas naciones.

Los acuerdos establecen las reglas para el comercio y protegen a las empresas británicas de conflictos y acciones arbitrarias por parte de otros países. Al salir de la UE, es necesario un proceso de negociación gigante, ya que Gran Bretaña no puede, siquiera, garantizar que será capaz de operar de forma segura bajo las reglas de la OMC, pues no tiene su propio calendario de tarifas, compromisos sobre los servicios y los subsidios agrícolas. Sin esto, Reino Unido quedará vulnerable ante las acciones legales bajo las reglas de solución de diferencias de la OMC.

Por otra parte, la migración neta hacia Gran Bretaña se situó en 333,000 personas, en el año de 2015. La segunda cifra más alta en el registro y que se triplicó desde la llegada al poder del ministro David Cameron —que en 2010 tenía la promesa de llevar la cifra a las decenas de miles de personas—.

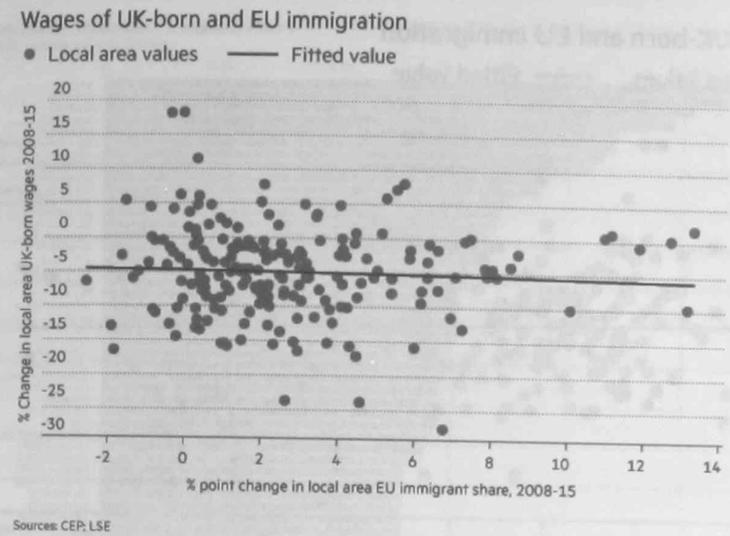
La inmigración neta de los países de la UE, en particular de los Estados miembros provenientes de Europa central y oriental, aumentó rápidamente después de su adhesión a la UE, en 2004. Pero, sobre todo, recientemente, cuando los ciudadanos de Bulgaria y Rumanía adquirieron el derecho a trabajar y establecerse en el Reino Unido. El solo hecho de su salida puede provocar una reducción en el número de inmigrantes de la UE.

Estos migrantes tienden a ser jóvenes y son susceptibles de ser empleados. Ellos contribuyen más a las finanzas públicas del Reino Unido que los ciudadanos nacidos en la Gran Bretaña. Sus números ya parecían estar en situación de incremento, como se aprecia en la siguiente gráfica.



Fuente: *Financial Times*, 2016

Incluso si la migración neta de la UE se redujera a cero, Gran Bretaña tendría muchos más inmigrantes procedentes de países no pertenecientes a la UE. Un dato interesante se presenta en la siguiente gráfica, donde se ilustra la procedencia y el ingreso *per capita* por migrante:

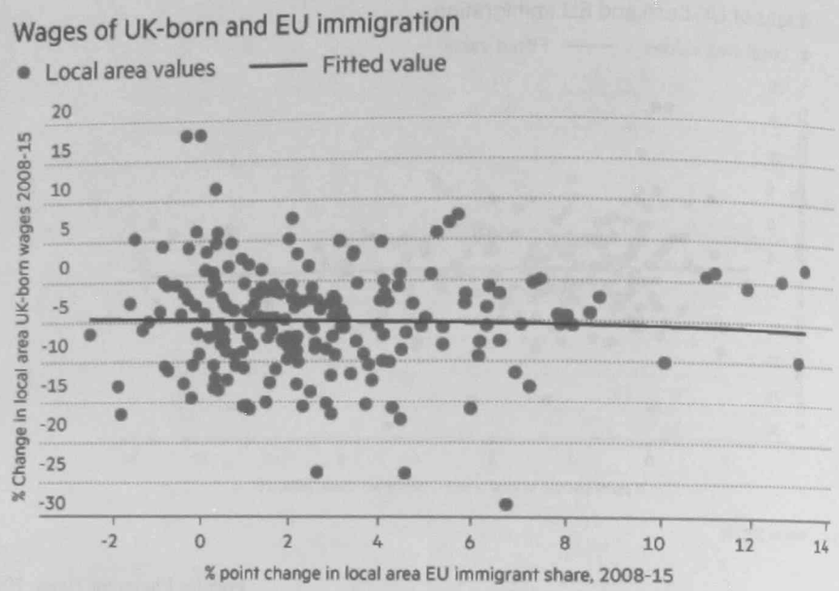


Fuente: *Financial Times*, 2016

El gráfico muestra el cambio en la participación de los inmigrantes de la UE para cada área local del Reino Unido (de izquierda a derecha) y el cambio en los niveles salariales locales (arriba y abajo). No hay correlación, lo que indica que las áreas con altos niveles de inmigración no tienen crecimiento de los salarios más bajos. No hay ningún indicador de que la inmigración reduzca los salarios.

Un estudio del Banco de Inglaterra[25] encontró un efecto pequeño en la parte inferior de pago, con un aumento de 10 puntos porcentuales en la proporción de migrantes poco calificados, reduciendo los salarios a los peor pagados en un 2%. Pero el aumento de la cuota de inmigración ha sido sólo de alrededor de 2 puntos porcentuales entre 2008 y 2015, lo que sugiere que el efecto sobre los salarios bajos se trata de un recorte del 0.4% durante siete años.

[25] Disponible en: http://www.bankofengland.co.uk/publications/Pages/quarterlybulletin/2016/q2/default.aspx



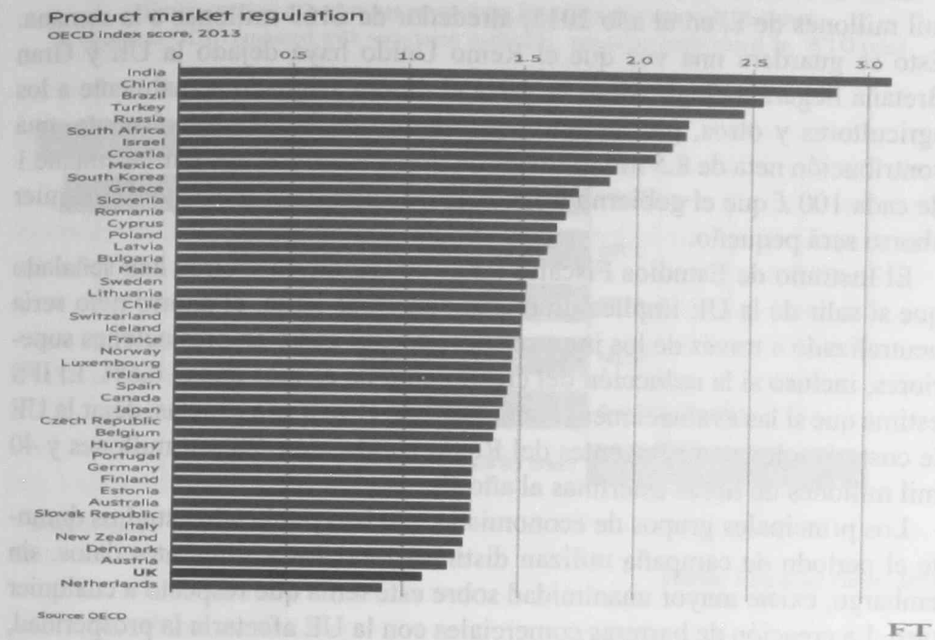
Fuente: *Financial Times*, 2016

La evidencia de que las regulaciones de la UE sofocaron la economía británica, su innovación, la competencia y el crecimiento es muy pobre como para dar peso a este dato. Sobre todo si consideramos que la OCDE evalúa que el Reino Unido tiene el segundo nivel más bajo de regulación del mercado de productos entre sus miembros, justo por debajo de los Países Bajos.[26]

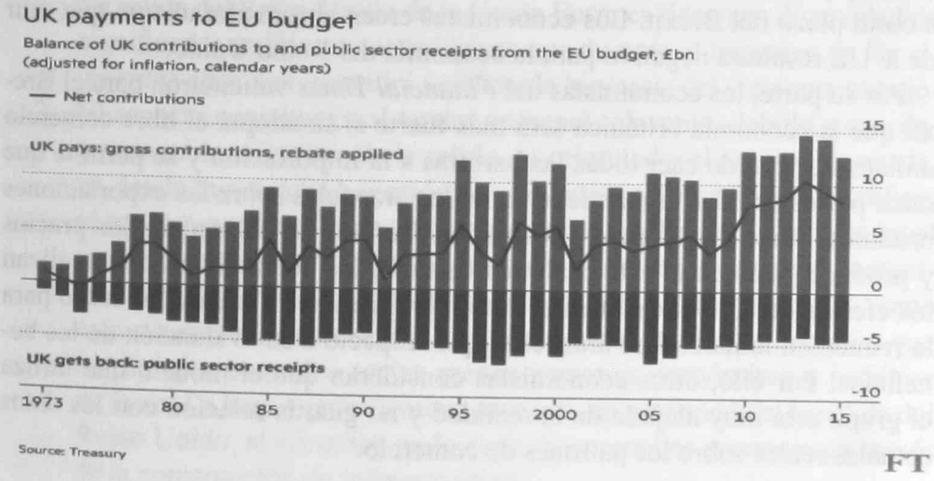
Las diferencias entre los estados miembros de la UE con esta medida y en las valoraciones de regulación del mercado laboral sugieren que, lejos de armonizar las prácticas a través de los Estados miembros, las normas de Bruselas permiten a los países mantener sus propias reglas para tener economías poco reguladas.

Gran Bretaña tiene un buen historial en las tablas de clasificación internacionales y, con mucho, las regulaciones más costosas no se muestran aquí, tales como las normas que rigen la planificación y el uso de la tierra. No hay ninguna garantía de que la repatriación de la actividad reguladora de Bruselas no va a empeorar las reglas. Tal repatriación será en sí misma una empresa burocrática masiva.

[26] http://www.oecd.org/economy/oecd-study-finds-britons-will-be-paying-a-heavy-brexit-tax-for-many-years-if-uk-leaves-eu.htm



Fuente: *Financial Times*, 2016



Fuente: *Financial Times*, 2016

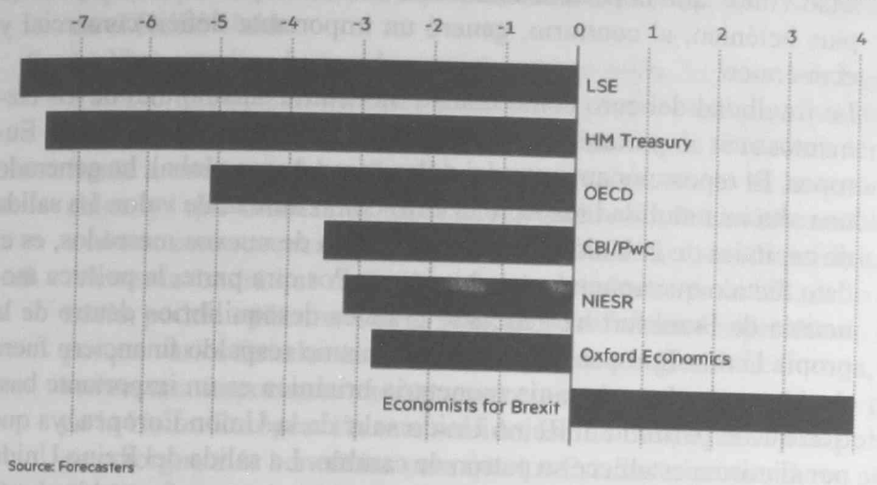
Gran Bretaña hizo contribuciones netas al presupuesto de la UE por 8.5 mil millones de £, en el año 2015; alrededor de £163 millones a la semana. Esto se guardará una vez que el Reino Unido haya dejado la UE y Gran Bretaña llegará a elegir cómo se gasta el dinero asignado actualmente a los agricultores y otros, por las normas comunes de la UE. No obstante, una contribución neta de 8.5 mil millones de libras esterlinas aproximadamente 1 de cada 100 £ que el gobierno británico gasta cada año, por lo que cualquier ahorro será pequeño.

El Instituto de Estudios Fiscales (IFS) de Inglaterra y otros han señalado que si salir de la UE implica un crecimiento más lento, el ahorro neto sería neutralizado a través de los ingresos fiscales y el gasto en prestaciones superiores, incluso si la reducción del crecimiento no es más que el 0.6%. El IFS estima que si las evaluaciones económicas del Brexit son exactas, dejar la UE le costaría a los contribuyentes del Reino Unido entre 20 mil millones y 40 mil millones de libras esterlinas al año.[27]

Los principales grupos de economistas que han publicado estudios durante el periodo de campaña utilizan distintos modelos y diferentes datos, sin embargo, existe mayor unanimidad sobre este tema que respecto a cualquier otro. La creación de barreras comerciales con la UE afectaría la prosperidad, ya que no sería fácilmente sustituida por un aumento en el libre comercio con algún otro lugar. Al salir del bloque se producirá poca libertad normativa adicional y podría haber consecuencias a largo plazo generadas por el trastorno a corto plazo del Brexit. Los economistas creen abrumadoramente que salir de la UE resultará negativo para la economía del Reino Unido.

Por su parte, los economistas del *Financial Times* vaticinaron para el Brexit que la economía británica será más fuerte si se adopta el libre comercio unilateral, dejando caer todas las barreras a la importación y se permite que otros países decidan si mantienen o no los aranceles sobre las exportaciones británicas. Esto desvía todo el comercio fuera de la UE, reduce los precios y produce ganancias.[28] De cualquier manera, los economistas que analizan los efectos del Brexit están en el limbo; lo mismo en cuanto a su deseo para la reducción unilateral de aranceles, que respecto a su evaluación de los beneficios. Por ello, otros economistas consideran que el modelo que utiliza el grupo está muy alejado de la realidad y no guarda relación con los datos actuales reales sobre los patrones de comercio.

[27] http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1475-5890.2015.12064/abstract
[28] https://ig.ft.com/sites/brexit-companies/



Fuente: *Financial Times*, 2016

VII. A MANERA DE CONCLUSIÓN

1. La salida del Reino Unido de la Unión Europea tiene una diversidad de significados políticos y económicos que durante el trascurso de los siguientes años nos permitirá verificar la hipótesis del siguiente trabajo.
2. El aspecto constitucional tendrá un papel relevante, debido a que determinará los alcances de la salida, su celeridad y el proceso de ajuste, en donde la potencia hegemónica —Alemania— tendrá que modificar el proceso para las futuras incorporaciones a la Unión. El ámbito legal genera un relevante eje explicativo sobre la manera en que el contenido del numeral cincuenta será dimensionado. La Unión Europea, como experimento de gobernanza, generó importantes vacíos debido a que los Estados pequeños tenían menos garantías económicas y jurídicas de *facto*. La hegemonía alemana provocó, en gran medida, la salida del Reino Unido, al ser quien pudo capitalizar amplias ganancias, a través de la construcción de infraestructura.

3. La crisis griega fue un indicador de la fragilidad de la Unión, pues la salida de Grecia fue obstaculizada a toda costa por Berlín. En este caso vimos que la pertenencia a la Unión Europea en nada ayudó al país helénico; al contrario, generó un importante déficit comercial y económico.
4. La fragilidad del euro como unidad monetaria ha sido uno de los elementos más importantes como indicador del fracaso de la Unión Europea. El reposicionamiento del dólar como divisa global, ha generado una alta incredulidad respecto al euro como unidad de valor. La salida de capitales de la Unión Europea, en busca de nuevos mercados, es el dato fáctico que apuntala esta hipótesis. Por otra parte, la política monetaria de Frankfurt ha generado grandes desequilibrios dentro de la propia Unión Europea, al no tener el mismo respaldo financiero fuera de Alemania. La soberanía monetaria británica es un importante bastión que le permitió al Reino Unido salir de la Unión Europea, ya que por sí misma establece su patrón de cambio. La salida del Reino Unido ha provocado un ajuste del tipo de cambio siempre favorable, hasta hace unos meses, frente al euro y el dólar.
5. Desde el punto de vista de la geopolítica, la salida del Reino Unido obedece a un reposicionamiento de los bloques globales. La alianza de *facto* entre Estados Unidos y Reino Unido, que inició desde la Segunda Guerra Mundial, busca detener el ascenso del gigante asiático: China. Por su parte, en los últimos años, Rusia ha disputado la hegemonía europea con Alemania, al condicionar la venta de energéticos en la temporada invernal; además de la política exterior hostil de Vladimir Putin. El denominado Brexit obedece a una reconfiguración del poder político anglosajón, incluidos algunos países de la Commonwealth —como Australia y Nueva Zelanda—, así como algunos de los Tigres asiáticos. Desde nuestro punto de vista, el Brexit podría caber en una jugada de ajedrez —metáfora clásica en el ámbito político—.
6. Desde el punto de vista interno, el Brexit tuvo dos efectos: un importante reacomodo de fuerzas en el partido conservador y la dimisión del primer ministro Cameron, frente a los sectores más radicales del partido. Theresa May representa a un sector del conservadurismo británico más reticente al cambio, con un toque victoriano, en el sentido de la nostalgia por los tiempos pasados.

7. El pueblo británico ha manifestado, a través del referéndum, un rechazo notable a la inmigración de Europa del Este, debido a que la salida implica, por antonomasia, un replanteamiento de la política migratoria en el Reino Unido.
8. La libra esterlina ha tenido una importante caída. El Banco de Inglaterra tuvo que ajustar medidas para que la propia moneda soportara un proceso devaluatorio escalonado, lo cual implica la pérdida de terreno frente a otras monedas. Esto, a su vez, tuvo un efecto en la economía china, ya que muchas de las reservas asiáticas habían sido cambiadas a libras; consecuencia de la anterior solidez de la moneda británica.
9. Alemania tendrá que revisar sus facultades dentro de la UE; de lo contrario, podría enfrentar una avalancha de referendos separatistas. Esto porque varios Estados nacionales, en diversas regiones de Europa, presentan una importante tensión con respecto a mantenerse como parte de la Unión Europea. En este sentido, Berlín deberá tener una política que otorgue más beneficios para que los Estados aún consideren atractiva la pertenencia a la Unión.
10. La fractura del Brexit nos permite entender que los proyectos estatales gregarios han fracasado y que inicia una era que implica alianzas no de corte soberano, como la Unión Europea, sino alianzas más de corte pragmático-económico, para dar una voltereta en el mapa económico y geopolítico.
11. El Brexit puede ser un importante indicador del fracaso de uniones como los BRICS, que no consolidaron, desde su formación, un contra-poder hegemónico en oposición al dominio anglosajón. Más aún si consideramos que dos de sus integrantes —Brasil y Sudáfrica— se encuentran en medio de tremendas crisis económicas y políticas.
12. El Brexit puede ser una importante oportunidad para el Reino Unido, ya que podrá intentar intercambios económicos con regiones del mundo con mejores perspectivas económicas, con menores regulaciones y con el objetivo de maximizar las ganancias
13. El Brexit, desde nuestro punto de vista, es el primer paso para reorganizar el proceso de globalización que, en sus inicios, tuvo como objetivo acelerar las relaciones económicas en los países en vías de desarrollo. Años después, vemos que la apuesta fracasó. La economía global ha tenido importantes declives; por eso creemos que, a veces, es bueno dar un golpe de timón y dirigir las expectativas hacia otras direcciones.

VIII. Bibliografía

Gibson y Graham, *Post capitalist politics*, Minnesota University Press, 2006.

Gilroy, Paul, *Black Atlantic: The modernity and double consciousness*, Harvard University Press, 2013.

Krokoswki, Wilfred, *Globalisierung des Einkaufs:Leitfaden für den internationalesn Einkäufer*, Heildelberg, Springer Verlag, 2012.

Lenaerts, Koen, *et al.*, *EU Procedural Law*, UK, OUP, 2016.

Mazzucato, Mariana, *Das Kapital des Staates: Eine andere Geschichte von innivation und Wachstum, Kunstamann*, Verlag, Kindle Edition, 2013.

Muñoz, Joseph (ed.), *Handbook of Geopolitics of Bussiness*, London, Edwar Elgar Publishers, 2013.

Osterhammel y Peterson, *Die Gesichichte der Globalisierung: Dimensionene, Prozesse, Epoche,* München, C.H. Beck Wissen Verlag.

Rodrik, Dani, *et al.*, *The globalization paradox: Democracy and future of the world economy,* Berlín, CH Beck Publisher, 2011.

Schrrer, Christop, *Globalisierung,* Ebook, Berlín, UTP Verlag, 2011.

Speak for Britain!: A New History of the Labour Party, UK, Routledge, 2015.

Weatherill, Stephen, *Cases and Materials on EU Law*, OUP, London, 2016.

Cibergrafía

"Kerry urges UK and EU to avoid 'revengeful' divorce negotiations", *Financial Times*, 8 de agosto de 2016, http://www.ft.com/

"Russia gegen Europa, des kliene kampf", http://www.cicero.de/

Tsymburki, Vadim, "The Island of Russia", en *The russian politics journal*, vol. 23 de junio de 2013, http://www.politstudies.ru/files/File/2013/3/12.

http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/juergen-habermas-im-gespraech-europa-wird-direkt-ins-herz-getroffen-12963798.html

http://time.com/4372673/bernie-sanders-speech-text-read-transcript/

http://foreignpolicy.com/2016/06/24/brinsanity-brexit-european-union-donald-trump-

http://www.bbc.com/news/uk-politics-36778350

MIGUEL VILLORO TORANZO CRÍTICO VITALISTA DE LA RAZÓN JURÍDICA. A 25 AÑOS DE SU MUERTE

Rodolfo Vidal Gómez Alcalá

Elijamos el camino que más parece darle sentido a nuestra vida, ponderando a la vez nuestro adhesión a los ideales y a los riesgos que corremos dadas nuestras limitaciones.

Miguel Villoro Toranzo, *Deontología Jurídica*

Sumario: 1. Introducción. 2. Una vida comprometida con los ideales jurídicos. 3. Autores que influyeron en su obra y evolución final. Obras del Dr. Miguel Villoro Toranzo.

1. Introducción

El 28 de septiembre del 2015, vísperas de las fiestas de san Miguel, se cumplieron 25 años de la muerte de nuestro querido profesor de la Escuela, el Dr. Miguel Villoro Toranzo, S.J., poco antes de que cumpliera los 70 años de edad, en plena madurez intelectual, cuando todavía tenía mucho que aportar a la filosofía jurídica mexicana.

Su preocupación y de ahí sus profundas meditaciones sobre los grandes temas como la definición del derecho, la mejor forma de acercarse a él o el antiquísimo tema de la justicia, que influenciaron enormemente a quienes le escucharon y tuvieron el privilegio de ser sus alumnos y por ello, sus huellas aún son perceptibles en las Facultades en donde impartió sus cátedras, o don-

de todavía se utilizan sus obras, que dicho sean de paso, siguen siendo muy populares. En el salón de profesores de la Escuela Libre conservamos, con mucho orgullo, una bella foto de él, en su actitud característica cuando impartía cátedra: sentado, tomando con su mano derecha su funda de anteojos, de hablar pausado, con la mirada fija en el infinitivo y el pensamiento muy activo en búsqueda de las palabras que pudieran expresar mejor sus ideas que aspiraban a la verdad.

Pero a pesar de la seriedad que puede apreciarse en esa foto, el maestro en realidad era una persona muy inteligente, activo como podremos apreciar de su biografía, claro en sus expresiones, agradable de trato, muy amable, ingenioso, así como un gran conversador, enérgico con quienes no atendían sus responsabilidades, generoso con quienes le rodeaban, por ejemplo invirtió parte de su patrimonio en cubrir las colegiaturas de sus alumnos que no podían pagar sus estudios y como defecto un asiduo fumador, según pueden recordar hoy quienes lo conocieron.

Hoy y después de los escasos datos que tenemos de su vida, pero con una vasta obra sugestiva y con motivo de su aniversario luctuoso, hemos creído pertinente redactar estas notas,[1] para apreciar no sólo su pensamiento, sino la manera en que el mismo ha trascendido hasta nuestros días, no sólo para comentar las ideas que han perdurado, sino sobre todo, para apreciar la cosecha que ya no pudo disfrutar.

2. Una vida comprometida con los ideales jurídicos

Don Miguel nació el 21 de noviembre de 1920, en Barcelona, hijo del médico Miguel Villoro y Villoro, aragonés de La Pontellada, provincia de Teruel, comunidad de Aragón, que según nos relata su sobrino Juan,[2] es un pueblo que hoy no tiene más de trescientos habitantes, de los cuales doscientos llevan el apellido Villoro, por ello nos podemos explicar la dúplica en el apellido del padre. Del por qué su nombre, tan poco representa un misterio, no sólo porque así se llamó su progenitor, sino porque el arcángel Miguel es uno

[1] Este artículo, en una forma preliminar se leyó el primer día del Homenaje que se realizó al maestro para conmemorar el veinticinco aniversario de su fallecimiento, los días 27 y 29 de octubre de 2015 en la Escuela Libre de Derecho, en donde tuvimos el privilegio de que participaran los profesores Raymundo Gama del ITAM, Alejandro Nava Tovar e Imer B. Flores de la UNAM, Juan Federico Arriola de la Universidad Iberoamericana, así como Jorge Gaxiola y Julián Domínguez de nuestra Escuela.

[2] Villoro, Juan, "La taquería revolucionaria", en *La Jornada Semanal*, número 979, 8 de diciembre de 2013.

de los dos santos patronos del pueblo natal del padre, que cuenta con una famosa ermita muy antigua, que merece la pena visitar. Su madre María Luisa Toranzo era mexicana, originaria de San Luis Potosí, perteneciente a una familia acomodada con algunas haciendas mezcaleras en ese Estado y a quien le gustaban las letras, de hecho llegó a escribir pequeñas obras, algunas de ellas dirigidas a su hija mayor, de corte exhortativo, anecdótico y religioso.[3]

Sus padres se casaron en San Sebastián en 1918 y radicaron en Barcelona, donde el padre ejercía su profesión. El matrimonio tuvo cuatro hijos, María Luisa quien nació en 1919, Miguel en 1920, Luis en el 1922 e Isabel en 1924, quien murió siendo muy joven.[4] De hecho los hijos del matrimonio, durante su infancia, se vieron afectados con frecuencia de fiebres tifoideas que le permitieron a la madre, mientras cuidaba de sus hijos, descubrir su talento como escritora.

Para permitirnos conocer el por qué los dos hijos del matrimonio se dedicarían finalmente a la filosofía, en áreas de atención similares que incidían en el tema de la justicia social, con visiones no del todo contrapuestas, habría que analizar en primer lugar, el periodo histórico que le tocó vivir en sus inicios a la familia Villoro Toranzo, como fue la existencia de una Europa en ruinas, como consecuencia de la Gran Guerra, la firma de la precaria paz de Versalles, que sólo provocaría en las dos décadas siguientes la Segunda Guerra Mundial, la formación de la sociedad de las naciones, sin el aval de los Estados Unidos, con la crisis social y política que empezó a comer a España, la creación de los partidos comunistas y fascistas europeos junto con la formación de agrupaciones radicales de derecha, con el consecuente debilitamiento de los sistemas democráticos, así como el surgimiento de la gran depresión económica. En España, se dio el golpe de estado de Primo de Rivera, así como en México, la Revolución se encontraba en su parte final y en esos momentos, atravesaba una guerra de corte religioso, la llamada Guerra Cristera y posteriormente el establecimiento del perfil socialista a la educación, todo lo cual propiciaba la exaltación y radicalización de las ideas, sobre todo las políticas.

Es precisamente en Europa donde tomó sus primeros cursos, tanto en Barcelona como en Bruselas, lo que le permitió aprender y dominar muy bien el francés. El padre murió cuando Miguel tenía nueve años, así que él y sus

[3] Estas obras son: *Charlas con mi hija*, del año de 1928, que llegó a tener seis ediciones privadas; *Azhares y espinas... rosas*, del año de 1944, Imprenta Don Bosco; *Los niños dirían...*, 1951, *Divagaciones*, 1952, ambas de la Imprenta Barrie, *Hablando...*, 1956 y *Esbozos*, 1957, estas dos de Editorial Jus, S. A.

[4] Cabrera y Piña de Corsi, Matilde, *La Familia Toranzo de San Luis Potosí*, San Luis Potosí, sin datos de edición, 1962.

hermanos quedaron al cuidado de su madre, que ante la situación crítica que imperaba en España decidió regresar al país, por lo que se dirigió a San Luis Potosí, donde la familia contaba, como ya hemos expuesto, con haciendas mezcaleras.

Aquí aparece, el segundo elemento que nos explica el futuro intelectual del maestro, como nos lo reflejan dos comentarios de su sobrino Juan sobre esta época y es en primer término, el que a su regreso al país, se tuvo una recepción extraña en una de sus haciendas, la de nombre "Cerro Prieto", donde los peones se formaron para besarles la mano, lo que se consideró no sólo indigno sino profundamente *"injusto"*, de hecho esta situación llevó a su hermano Luis en el futuro a regalar toda su herencia, a la que consideraba sin *"derecho"* a recibir. La segunda anécdota consiste en que los hijos del matrimonio fueron separados en internados jesuitas diferentes, por lo que don Miguel sufrió el aislamiento, pero en esta situación inicial de crisis existencial, encontró finalmente su vocación como jesuita, abogado y maestro.

Respecto de este punto, habría que recordar una idea que le escuché y que se encuentra en su más importante libro: *Lecciones de Filosofía del Derecho* y que de manera reiterada llamaba la atención a sus alumnos y consiste en que: "detrás de toda filosofía, existe una toma de posición prefilosófica ocasionada por situaciones límite",[5] que significa que en la vida de todos los hombres, se dan episodios críticos que le obligan a optar por una decisión fundamental en su actitud ante la vida, que al principio implica una toma de posición *"pre filosófica"*, que en algunos, los menos, los hace florecer para convertirse en una auténtica y particular manera de pensar que los conduce, no sólo a obrar, sino a constituir una verdadera y novedosa doctrina filosófica. Así, creemos les pasó a los dos hombres Villoro, en donde las experiencias indicadas y el entorno social y político mundial, les hicieron tomar partido con la realidad que les tocó vivir, la que veían esencialmente injusta, buscando por caminos diversos su superación, bajo una óptica unitaria de acción, uno bajo un perfil y acción de izquierda y el otro bajo el amparo de la acción de los jesuitas, con ciertos tintes también de izquierda, pero con una profunda creencia en Dios.

Los estudios de secundaria los cursó, al parecer, en Gómez Palacios, Durango, en la "Escuela 18 de Marzo", dependiente del gobierno estatal y sus estudios preparatorianos los hizo en el "Instituto Bachillerato", en la calle de Gelati, ya en la Ciudad de México, en donde al parecer la familia ya se había mudado, etapa que sólo hizo en dos años, de manera brillante.

[5] Villoro Toranzo, Miguel, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, p. 14.

La Escuela Libre estaba ubicada en ese entonces, en la calle de Humboldt 34, en el centro de la ciudad, las clases comenzaban en enero y concluían en diciembre. Se le hizo tarde para inscribirse y por ello, el propio Instituto de Bachillerato le pidió a la Escuela que hiciera una excepción para que fuera admitido, ya que los motivos de esta tardía decisión, fueron ajenos a la voluntad del solicitante, pero que si la Escuela decidía aceptarlo, apuntó el Arq. Benjamín Orvañanos, quien hizo la recomendación: "será motivo de satisfacción para esa Escuela el contarlo entre sus alumnos", predicción que la historia confirmaría. Esta petición es aceptada e ingresa en el mes de mayo de 1941, con la recomendación de que tuviera la mayor puntualidad en la asistencia a clases por lo adelantado en que se encontraba el año escolar.[6]

Cursó su carrera como abogado entre los años de 1941 a diciembre de 1945, con un muy buen promedio de 8.9, obteniendo dos menciones honoríficas, en las materias de Economía y Constitucional, esta última con el maestro Herrera y Lasso. En ese entonces, el plan de estudios no contemplaba muchas materias que hoy consideraríamos de corte filosófico, únicamente se contaba en primer lugar, con la de Introducción al Estudio del Derecho de la que obtuvo la calificación de 8.5 y Filosofía del Derecho que la impartía el reconocido profesor Rafael Preciado Hernández, en la que logró la calificación casi perfecta del 9.5, lo que denota ya un claro interés por la materia. Algo que nos sorprendente cuando analizamos su biografía, es que en los últimos años de la carrera, decidió empezar y concluir su maestría en Filosofía.

De la lectura de sus primeras obras, se puede apreciar la notoria influencia de dos profesores de la Escuela, que le dejaron una honda huella que duró toda su vida, por un lado, Don Toribio Esquivel Obregón, historiador, a quien le dedicó su tesis de licenciatura, a raíz de su muerte y el maestro Herrera y Lasso de quien compartió su admiración por Ortega y Gasset, así como por la filosofía vitalista. De hecho, don Manuel estuvo en su examen de grado. Habría que recordar que esta filosofía de corte "vitalista", junto con la escolástica fueron las que se enseñaban y animaba el espíritu de la Escuela en ese entonces.[7]

Sustentó su examen profesional el 23 de agosto de 1946, siendo el abogado número 696 de nuestra Escuela, presentando la solución de un caso práctico sobre divorcio (¿habrá sido el tema una casualidad para un católico

[6] Datos obtenidos del expediente de alumno que se conserva en la Escuela Libre de Derecho, agradezco a la maestra Renata Sandoval el que me haya permitido su consulta.

[7] Véase al respecto: Gómez Alcalá, Rodolfo Vidal, "La enseñanza de la Filosofía del Derecho en la Escuela Libre", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, número 36, año 2012, pp. 573 a 605.

de ese entonces y quien al parecer optaría por el sacerdocio?), mismo que le encomendó el maestro Jerónimo Díaz y como tesis para la obtención del grado, avalada por los maestros Cazares Nicolín y Preciado Hernández, ambos versados en Filosofía del Derecho, titulada: "*Apuntes para una Metodología del Derecho*", por la que obtuvo una mención especial y expresa. No obstante esto, para el profesor Preciado Hernández, si bien el trabajo está lleno de sugestiones e inquietudes filosóficas y jurídicas, no concuerda con sus conclusiones, porque apreció contradicciones no resueltas entre el formalismo y vitalismo, pero vió meritorio el esfuerzo realizado por el alumno, ya que se aprecia la gran vocación de Villoro para el estudio de problemas filosófico jurídicos. Casares Nicolín, calificó el trabajo como laudable por el esfuerzo de investigación realizado, que sin duda fue pensado con cierto detenimiento pero escrito con precipitación, lo que producía ambigüedad y un exceso de ambición en las conclusiones.[8]

En esa obra temprana, pero fundamental para conocer sus inquietudes, así como sus principales influencias, podemos ver el tema que preocuparía al maestro durante toda su vida y que sería el objeto de sus mejores libros, mismo que consistió en la crítica del papel de la razón como el instrumento adecuado para conocer al Derecho. Y es que ésta no lo puede hacer de manera satisfactoria, debido a que finalmente se enfrenta a la "vida", que no puede ser reducida a categorías formales. Particularmente su ataque va dirigido a la escuela neokantiana del Derecho liderada por Rudolf Stammler, que a partir de los años treinta había empezado a circular en las universidades de lengua española, misma que tenía como propósito primordial considerar al Derecho como una forma *pura a priori* de la experiencia para rescatar su cientificidad.

Por el contrario, Villoro optó por los autores *"vitalistas"* quienes a su decir, ofrecen una mejor salida al conocimiento jurídico, debido a que parten de la idea de que la "vida" es una realidad de la cual no se puede dudar, tomándola en su sentido cambiante y desordenado que los racionalistas se empeñan en ver como algo sistemático y con una realidad de formas de acuerdo con su saber.[9]

Así, frente a la manera de conocer que inspira el racionalismo o el idealismo kantiano, en la filosofía vitalista, la conciencia moral realiza el descubrimiento de lo que es: *"el tema de nuestro tiempo que es la vida"*, de tal manera que frente a los sistemas racionalistas con pretensión de universalidad, atemporalidad y generalidad se les debe oponer la realidad vital individualizadora, que fluye en el tiempo y es medularmente finalista. Con la razón se identifica lo sistemático, lo férreo, lo inmutable, universal y eterno, mientras que la realidad individualizada, se la llama *"fáctica"* y es medularmente *histórica.*[10] Todo ello siguiendo claramente a Ortega y Gasset, quien es sin duda, como se ha señalado, el filósofo más importante del que se nutre su pensamiento en esta etapa y si se piensa bien, de toda su obra posterior, por lo que podría decirse que en realidad la obra del maestro no es más que la acción continuada por *la Escuela de Madrid*,[11] que intentaban poner en práctica las enseñanzas de su maestro y por ello, desterrar de la filosofía y de la ciencia en general a la razón *"pura"*, para implantar en su lugar a la razón *"vital"*.[12]

Con el vitalismo ya no es importante conocer el mundo, ni si quiera el problema mismo del conocimiento, sino el saber por qué estamos en el mundo. Frente al saber de la erudición, se alza el saber de la salvación, que nos permite averiguar las relaciones del hombre con los demás seres y sus relaciones de fin con el Ser Superior.[13] Como la vida es una realidad objetiva pero en movimiento, *la razón* como la ha entendido la filosofía tradicional, no puede estudiarla adecuadamente ya que sólo percibe datos constantes, generales y abstractos, pero no así la riqueza ni la fluidez de las vidas individuales. Apoyándose en Bergson, constituye la intuición el único método filosófico que puede servirnos para comprender esta realidad. Además este camino puede llevarnos a la ordenación de los valores, según sus propias cualidades, lo que finalmente permite ordenar todo en función de lo vital.

Lo mismo sucede con el Derecho, no debemos partir de la noción de la idea del *orden*, ni llegar al extremo de la propuesta de Stammler quien pretende acercarse a la idea de lo jurídico estudiando la constante de la legalidad y la concordancia, para llegar a las formas puras que envuelven los conceptos jurídicos.[14] Frente a ello, se propone partir del fenómeno jurídico concreto a través de la intuición, lo que devela a dicho fenómeno como un valor que sólo se da en las sociedades humanas, y por ello es un producto cultural, que se manifiesta ante un hecho concreto que tiene una realidad objetiva y que es en sí mismo adverso y que suele llamarse *injusticia*, de donde surge una

[8] Los dos votos se encuentran en el expediente citado.

[9] Villoro Toranzo, Miguel, *Apuntes para una Metodología del Derecho,* Tesis profesional para el título de abogado, p. 12.

[10] *Ibidem*, pp. 27 y 28.

[11] La Escuela de Madrid estaría representado entre otros por Julián Marías, Manuel García Morente, Xavier Zubiri, José Gaos, José Ferrater Mora. *Véase* al respecto: Marías, Julián, *Historia de la Filosofía*, 28 ed., Biblioteca de la Revista de Occidente, Madrid, 1975, pp. 449-455.

[12] Sobre la razón *"vital"* puede verse a Ortega en sus dos obras clásicas: *Meditaciones del Quijote*, 1914 y sobre todo *El tema de nuestro tiempo* del año de 1923, ambas en sus Obras Completas, Volúmenes II y III, editada por la Fundación Ortega y Gasset, Madrid, Taurus, S. A., 2004 y 2005.

[13] Villoro, *op. cit.*, pp. 38 y 39.

[14] *Ibidem*, pp. 68 y 69.

manifestación propia de lo jurídico que se hace consistir en la aplicación a un hecho concreto un orden percibido por la conciencia como justo, de validez inmutable.[15]

Todo ello nos lleva a que el fin de la filosofía, siguiendo a Unamuno, consiste en el saber cómo vivir y prepararnos para la toma de decisiones libres, lo que va a contribuir a la perfección del hombre y en último término a la gloria de Dios.[16]

Su postura, aunque en ese entonces novedosa para el campo del Derecho, no debe ser vista como contraria a la Escolástica, de la que se siente ligado, sino que busca sólo un cambio en el punto de partida, sin negar el orden inmutable de la razón. Para ello tomó de ejemplo a Francisco Suárez, no sólo por la simpatía que le profesó, jesuita finalmente, sino por la juventud que se puede encontrar en su pensamiento. En él, se sintetiza lo bueno del racionalismo de los Dominicos con el voluntarismo de los Franciscanos, lo que nos lleva, como lo llamaba Toribio Esquivel Obregón: *al sentido suarista de la ley"* y citando a Suarez: "*Si en la ley se atiende la fuerza de mover, y, por tanto, se dice ley aquello que hay en el príncipe que mueve y obliga a obrar, de este modo la ley es un acto de voluntad; más si se mira y se considera en la ley la fuerza de dirigir aquello que es bueno y necesario, entonces pertenece al entendimiento y con ello de la razón.*[17] En resumen, en esta primera obra, no trata de descartar a la razón como instrumento del conocimiento jurídico, sino devolverle el papel adecuado que le corresponde en la vida de los hombres.

Como se ha dicho, al final de su carrera de abogado también cursó su maestría en Filosofía, en la Facultad del mismo nombre, en el Centro Cultural Universitario, antecedente de la Universidad Iberoamericana, la que finalizó en el mismo año de 1946, para la cual preparó para obtener el grado, su segunda obra:

El Racionalismo Jurídico, la cual podemos considerarla como una continuación de su anterior trabajo, una crítica más, ahora en el terreno filosófico del racionalismo como método filosófico. Por él entiende la corriente de pensamiento que hace de la "*razón"* en el sentido modernista de la ilustración, la única fuente digna de certeza, la cual no sólo se pretende aplicar al conocimiento en general sino también al campo del Derecho.[18]

[15] *Ibídem*, pp. 70 y 71.
[16] *Ibídem*, pp. 101 y 102.
[17] *Ilbídem*, p. 83
[18] Villoro Toranzo, Miguel, *El racionalismo jurídico,* Tesis para obtener el título de maestría en filosofía, p. 9.

La misma surgió de una manera *"antropocéntrica"* desde el Renacimiento, como la única manera viable para comprender la realidad y presupone a una clase de hombre, el burgués.

Por su parte, el Derecho racionalista, en su afán de encontrar lo universal y general de las relaciones humanas, olvida lo fáctico y concreto, ya que sólo se puede construir en base a los hechos que se dan día a día,[19] por ello, su error consiste en crear teorías *a priori* de la experiencia para elaborar sus conceptos como el de libertad, progreso, pacto social, estado de naturaleza, etcétera, pero que resultan incompatibles con el verdadero ser jurídico, que es un hecho social, dedicado a resolver problemas concretos, en donde la razón no puede intervenir.[20]

Consecuencia clara del racionalismo es el *"legalismo" o "formalismo"*, que equivale a la reducción del Derecho a la ley y termina por privilegiar el predominio del individuo a expensas de la sociedad. El Derecho positivo en lugar de subordinarse al hombre para servirle en su vida, se convierte en un Leviatán sediento para satisfacer su sed de formalismo,[21] que pretende estructurar un orden fijo, perfecto, inmutable y de acuerdo con su muy peculiar concepto modernista y antropocéntrico de *"razón"*. En ese sentido, el Derecho se convierte entonces en una utopía o en un sueño de gabinete. Por ello nos debemos percatar que la razón ni es apta para actuar en lo fáctico, ni en lo particular. Tampoco la intuición resulta enteramente confiable, toda vez que no da adecuadas garantías para un conocimiento confiable, por ello, propone, resulta mejor acudir a la intuición racional, que permite aprehender la verdad en su integridad.

En ese tenor, resulta necesario que el Derecho supere su ensimismamiento al que lo ha conducido la ciencia jurídica y debe estar abierto no sólo a otros métodos sino también a los resultados que arrojan las restantes ciencias de las que hay que estar en constante intercambio. Aquí tenemos otra idea que acompaña al maestro en toda su obra posterior, para conocer correctamente al fenómeno jurídico no basta encerrarse dentro de las fronteras de lo "jurídico" sino que hay que ir más allá y por ello hay que auxiliarse de las demás ciencias que puedan contribuir a dar una mejor imagen de lo que es propiamente el Derecho.

No sólo la urgencia de los trabajos presentados por el profesor Villoro era para obtener los grados académicos de abogado y maestro en filosofía, sino sobre todo para comenzar una nueva vida, que seguramente optó en los

[19] *Ibídem*, pp. 77 y 78.
[20] *Ibídem*, p. 96.
[21] *Ibídem*, 98.

últimos años de sus estudios universitarios, por lo que entró en la Compañía de Jesús, recorriendo todas las etapas de su formación hasta convertirse en sacerdote. Realizó su tercera probación o segundo noviciado en Canadá y según Meneses Morales: "para restañar heridas que le había dejado su anterior formación y la estrechez de algunos de sus maestros".[22] Como parte de su formación, estudió filosofía en Ysleta College en Texas.

No contamos con información sobre el maestro en esta etapa de su vida, pero podemos suponer que la dedicó al largo camino que lleva a la formación de todo "soldado de Cristo", tomando en cuenta que su decisión de ingreso se realizó de manera tardía, tuvo que empezar con un noviciado, con dos años de formación, los cuales terminan con los votos de perpetua pobreza, castidad y obediencia; de ahí pasó al juniorado, que suponemos se hizo en Texas, con dos años de formación; posteriormente a la etapa de la filosofía con tres años de duración, de ahí al magisterio también de dos años, posteriormente la etapa de la teología que dura cuatro años, para pasar a la tercera probación, lo que sólo sucede cuando han pasado quince años de que se ha ingresado a la Compañía de Jesús, donde se evalúa definitivamente si la persona puede admitirse plenamente a la organización, etapa que duran seis meses y se decide si se va a admitirse en ella y si es así, se pasa a los últimos votos esta vez públicos y solemnes, donde finalmente se decide dónde podrá brindar mejor servicio a Dios. Por ello podemos concluir que esta formación duró 15 años,[23] mismos que coinciden con los que no contamos con información de su vida o de su pensamiento.

Al concluir su formación como soldado de Jesús, en el año de 1960, fue destinado a la Universidad Iberoamericana, todavía en etapa de consolidación y para *"rescatar"* de ella la carrera de Derecho, con el cargo de Coordinador, lo que le lleva a replantear su plan de estudios, obtener mejores profesores, lo que dará inicio a una estrecha colaboración entre la Libre y la Ibero y endurecer los requisitos de ingreso a la carrera. También en ese año, al parecer, ocupó su primera cátedra, la de Introducción al Estudio del Derecho, misma que impartió hasta el año de 1966 y de este periodo surge como base de estudios para sus alumnos, su primer y aun hoy muy utilizado y recurrido libro: *Introducción al Estudio del Derecho* (1966), mismo que en el año del 2007 ya llevaba veinte reimpresiones, por lo que podemos considerarla como una obra viva y útil entre nosotros, lo que justificaría que nos adentráramos en el pensamiento de su creador.

[22] Morales, Meneses, "Miguel Villoro Toranzo, un servidor de la verdad", en *Jurídicas, Anuario de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, número 20, 1990, p. 16.

[23] Datos obtenidos de la página de internet: www.jesuitas.es.

El motivo de su composición no sólo tiene que ver con su designación como catedrático, sino sobre todo, el que consideraba necesario que en las escuelas de Derecho del país existiera una cátedra en donde se le pudiera presentar a los alumnos de reciente ingreso, una visión orgánica y sistemática del Derecho en cuanto realidad humana, animada por ideales de justicia y si bien el estudio de la misma pudiera antojarse "*demasiado filosófico*", como de hecho suelen ser los manuales en la materia, resultaba ineludible impartirla, debido a que no se podían formar verdaderos juristas, sin ofrecerles una adecuada "*educación filosófica*".[24]

En ese tenor, la obra continúa con la línea original de investigación trazada por el profesor en sus dos primeras obras, de ahí que aborde el cuestionamiento sobre la idea del Derecho en base a lo más resaltable de las cuatro diferentes concepciones filosófico-jurídicas del pensamiento que más han influido en su formación, como son la moral, que aborda el aspecto ético del fenómeno, con base en el contenido de justicia que tiene; la racional, que nos suministra la idea de un sistema jurídico como un orden elaborado racionalmente; la empirista, que nos ofrece la visión de un producto jurídico como la culminación de fuerzas históricas, sociales y económicas y por último, la voluntarista, que estudia el aspecto decisionista del Derecho y la aparición del elemento subjetivo de la actuación de la autoridad.[25]

También con el ánimo de contribuir a la elaboración de un texto a utilizarse en los recién implementados seminarios de investigación jurídica, en la Universidad Iberoamericana, mismos que servirían para complementar las cátedras ordinarias, en las que los alumnos bajo la dirección de un profesor, investigarían por su cuenta aspectos medulares del programa de estudios más relevantes, publicó una pequeña obra denominada: *Metodología del Trabajo Jurídico. Técnicas del Seminario de Derecho* (1968),[26] en donde proporciona los métodos generales y comunes a todo trabajo científico, haciendo especial énfasis en las técnicas que emplea la ciencia jurídica. De ahí que divida el libro en dos partes: una metodología general y una específicamente jurídica, pero va más allá de ello, para adentrarse en los problemas que presentan los alumnos cuando se inician en el aprendizaje e investigación de una ciencia y por ello dan numerosos consejos que los puedan auxiliar sus cursos universitarios, como son la de explicar la existencia de las clases universitarias,

[24] Véase *Introducción al Estudio del Derecho*, México, Porrúa, 1966, pp. XXI y XXII.

[25] *Ibidem*, pp. 3 a 130. Sobre el proyecto inicial de investigación en esta obra, puede verse también *Lecciones de Filosofía...*, *op. cit.*, p. XXII.

[26] Villoro Toranzo, Miguel, *Metodología del Trabajo Jurídico. Técnicas del Seminario de Derecho*, La edición que se tomó fue la segunda reimpresión de la cuarta edición.

la mejor manera de aprovecharlas, la necesidad de prepararlas, así como la toma de apuntes; suministra consejos para el estudio privado, las lecturas de los libros de texto o de consulta, así como lo resúmenes que pueden preparar para sus evaluaciones. Asimismo da recomendaciones útiles para la elaboración de las fichas y citas para la preparación de los trabajos de investigación.

Todo ello le permite dar unas nociones generales ya en el campo jurídico encaminadas a la elaboración de trabajos de investigación así como de soluciones de casos prácticos. Sin duda la obra representa consejos muy útiles que cualquier estudiante que inicie sus estudios debe tomar en cuenta y por ello se trata de un libro vigente, útil y necesario hoy en día.

Con otros ilustres profesores de Derecho de la Universidad Iberoamericana fundó *Jurídica*, el Anuario de la Facultad de Derecho de esa universidad que llegó a ser de reconocida autoridad. Mientras tanto cursó el doctorado en Derecho en la UNAM, de la que obtuvo el grado el 27 de agosto de 1973, con mención honorífica, lo que hizo con su más famosa obra: *Lecciones de Filosofía del Derecho* (1973), misma que utilizó para dar clases, primero en la propia Ibero, pero posteriormente en nuestra Escuela.

En esta obra, podemos decir, desarrolla, complementa y finaliza sus ideas iniciales sobre la crítica de la razón en el campo del Derecho, pero ahora de una manera mucho más detallada y completa, acreditando en cada período histórico los logros de la razón, pero con ello, sus puntos flacos, siguiendo una vez más a Suárez, bajo la perspectiva de que en el Derecho hay que dar igual importancia a lo histórico y lo humano junto con lo puramente *"jurídico positivo"*, pero con la creencia de que en el tiempo, y por ello dentro de la historia, es donde se realiza un orden eterno en el que se manifiesta la voluntad Divina y la fe en la misión del hombre para conocer y coparticipar en el cumplimiento de ese mismo orden, pero que con la razón no se puede percibir claramente esta idea fundamental ni se puede lograr este cambio, de ahí la necesidad de transformar a la ciencia jurídica.

En ese sentido, la obra intenta dar una visión concatenada y crítica "de las grandes etapas por las que ha ido pasando la razón humana en su búsqueda de la verdad y de las repercusiones de esta búsqueda en la noción del Derecho".[27]

Para ello, además de precisar los distintos tipos de *"racionalismos"* que existen como el gnoseológico, el ontológico y el psicológico y la manera en que ellos se han introducido en el Derecho, se exponen las aportaciones producidas por el racionalismo, que constituye una unidad que identifica a la

[27] *Lecciones...*, *op. cit.*, p. XXI.

historia y cultura occidental, la cual nació en el Renacimiento y llega a sus últimas conclusiones en el siglo XX con la Segunda Guerra Mundial, donde finalmente es puesta en entredicho, que amerita y requiere de una nueva Filosofía del Derecho.

Así en la primera parte de la obra, se ocupa de cómo surgió este concepto de *"razón"* y sus primeros antecedentes en la época griega, con Sócrates, Platón y Aristóteles.[28] En la segunda parte se dedica a lo que llama *"la encrucijada renacentista"* y por ello, nos explica las diversas formas que asumió la *"razón"* en el mundo moderno, entre las que destaca el movimiento racionalista como la concepción predominante y la que al final se impondría en el posterior desarrollo, pero sin desatender al empirismo jurídico, ni la Escuela Española del Derecho Natural.[29] En la tercera parte expone los grandes y diversos sistemas racionalistas como los de Grocio, Kant, Hegel y en el campo jurídico con Kelsen y Stammler, para llegar a la parte más valiosa del libro como son sus famosas conclusiones. Dentro de éstas destacan la noción de que el Derecho, de manera preponderantemente en la historia ha sido considerado como un conjunto de normas las cuales son conocidas racionalmente, sin influencia de cualquier otro atributo humano y que además forma un sistema racional lógicamente trabado, que a partir de una serie de principios estructurados por la propia razón, se desenvuelve de manera deductiva y que tiende a ser visto como algo inmutable y de validez universal, por lo que todo derecho positivo debe acercarse lo más posible a este orden racionalista.

Pero el racionalismo al poner todo el acento en el sujeto que conoce las cosas falsea la verdad, debido a que si bien el universo del que se forma parte, está ordenado racionalmente, la razón humana es sólo un instrumento valioso, pero limitado que no nos permite conmover debidamente ese universo ni al Derecho.

En el año de 1975 publica una pequeña obra titulada *Derecho Público y Derecho Privado*, que propone hacer un estudio sobre la utilidad y la necesidad de distinguir entre ambas ramas, lo que nos ayudará a comprender por qué la aplicación de las normas que pertenecen a cada una de estas ramas debe ser diferente. Para ello, analiza la gestación de esta partición desde el Derecho Romano hasta los resultados obtenidos por la Revolución Francesa. Todo esto le permite concluir que las normas que integran el derecho público tienen como fin la constitución, organización, funcionamiento de los órganos que integran el Estado y sus relaciones con los individuos, lo que se realiza

[28] *Ibídem*, pp. 127 a 260.
[29] *Ibídem*, pp. 263 a 459.

por medio del poder soberano y de ahí la posibilidad de obligarlos a realizar o a prohibir acciones. La idea de la justicia que impera es la de subordinación o institucional, por lo que estas normas van o deben ir dirigidas hacia el bien de la comunidad, teniendo como límite la dignidad humana.[30]

En cambio, el derecho privado se da para permitir las relaciones jurídicas en donde no aparece el Estado como tal y donde predomina el principio de la *"autonomía de la voluntad"*, de ahí que los particulares puedan crear sus propias normas dentro de los límites permitidos por el propio Estado, por lo que se da en ellos una *"justicia de coordinación"*, es decir, se busca el bien de las dos partes el cual tiene como límite el bien común.[31]

Las relaciones jurídicas es un pequeño libro que dio a conocer en 1976. En él se propone examinar la definición que de ese término da Giorgio Del Vecchio para destacar sus limitaciones, debido a que únicamente comprende la de naturaleza simple, esto es, la que se da sólo en el plano del Derecho entre dos sujetos, por lo que debemos acudir para apreciar mejor su verdadero sentido a lo que identifica como el auténtico "*sustrato real*" de este término, esto es, no quedarse solamente en el plano de lo jurídico, sino adentrarse a la realidad que pretende normar el Derecho y por ello, debe ser vista como un equilibrio y mutua relación que se existe entre derechos y deberes, así como de las conductas de dos o más sujetos titulares de esos derechos en cuanto que éstos reciben el calificativo de *"jurídico"* por parte de las reglas de Derecho en una situación jurídica concreta social, lo cual permite explicar de mejor manera la conexión que se da entre el sistema jurídico y la realidad.[32]

La Escuela Libre, en su curso escolar que comenzó en 1977, tuvo una ampliación académica y en el quinto año se formó un segundo grupo, en el primero, en lo que sería el grupo "A" impartía clases de Filosofía del Derecho un seguidor de Don Rafael Preciado Hernández, quien hacía dos años había dejado la cátedra, el profesor German Fernández del Castillo, quien seguía escrupulosamente las ideas del primero. Ante la necesidad de encontrar un nuevo profesor, a invitación del entonces rector José Gómez Gordoa, al parecer por el consejo del profesor Fernando Vázquez Pando, el padre Villoro fue invitado como profesor de la materia, cargo que ocupara hasta su muerte, en el grupo 5° B, con algunas licencias.

En su carta del 30 de junio de 1977 que se conserva en su expediente, se aprecian los motivos para incorporarse a nuestra Escuela, ahora como profesor y que consistieron, primero, en corresponder en algo de lo mucho que

[30] Villoro Toranzo, Miguel, *Derecho Público y Derecho Privado*, pp. 46 y 46.
[31] *Ibídem*, p. 49.
[32] Villoro Toranzo, Miguel, *Las relaciones jurídicas*, pp. 7, 83 a 89.

recibió de ella, también por gratitud, debido a que profesores y egresados de la Escuela han colaborado en los trabajos de la Universidad Iberoamericana, lo que ha contribuido a mejorar la Facultad de Derecho; en tercer lugar, porque resulta trascendental para el país la formación de abogados, por lo que quería contribuir, en la medida de sus posibilidades a esa noble labor y por último, como un intento de colaboración entre la Libre y la Iberoamericana.

Sus clases consistían en la exposición de sus libros de *Lecciones de Filosofía del Derecho* y *La Justicia como vivencia*. Sabiendo de la dificultad que para el estudiante representaba la comprensión de estas obras, permitía que hicieran trabajos escritos sobre ellas, los que les ayudaban a superar la materia y ahorrarse la angustia del examen oral final.

En la última parte de la vida del maestro, la dedicó además de sus actividades religiosas y de maestro, a escribir diversos artículos para las revistas de sus dos instituciones académicas y preparar sus últimos libros.

Como hemos visto la idea constante del profesor fue puntualizar los límites de la razón, en la posibilidad del conocimiento jurídico y en su lugar propone un vitalismo en el Derecho, de ahí surgió la idea de su libro: *La justicia como vivencia* (1979), que constituye un renovado intento por construir los fundamentos de un nuevo enfoque a la Filosofía del Derecho, que partiera de los resultados de otras ramas de la ciencia moderna como la antropología, la etiología, la sociología, la sicología o la economía, y que nos lleve a explicar la justicia de manera diferente y mejor a como ha sido tratada hasta entonces.

La justicia debe ser *"sentida"* como una realidad que si bien es producto de una vivencia subjetiva, nos remite siempre a un valor objetivo, debido a que nuestra formulación de lo que es justo no se puede hacer mediante un proceso puramente lógico descriptivo, sino de la integridad de la personalidad individual a través de vivencias de justicia; si bien el acercamiento a la idea de la justicia es evidentemente algo relativo, cada persona se aproxima a esa idea desde su propia personalidad, lo mismo que cada grupo aprehende lo que es justo desde su propia cultura, pero para no incurrir en errores subjetivos, debe existir un equilibrio tanto en las personas como en los grupos que la conforman para fundarse en dimensiones humanas, de ahí que se puedan encontrar criterios objetivos de lo que es justo que permitan su desarrollo individual y el crecimiento solidario de los miembros de un mismo grupo.[33]

Por su parte *Deontología Jurídica* (1987), se trata de una obra inacabada, debido a que se dio a la prensa para que los alumnos que cursaran la materia en la Universidad Iberoamericana pudieran tener material de estudio y sobre

[33] *La justicia como vivencia*, pp. XXI a XXIV.

la cual el maestro ya no pudo añadir otros capítulos e ideas que tenía previsto incluir. Sin duda en su momento constituyó una obra pionera en la materia, que se venía impartiendo y se sigue dando en estos días en esa Universidad y que desafortunadamente para nosotros no le hemos dado su debida importancia, para privilegiar, erróneamente, la difusión de normas positivas, de claro carácter transitorio, dejando de suministrar material indispensable para la debida formación de todo jurista. En esta obra se procura estudiar cuáles son los deberes morales, jurídicos y profesionales que tienen los abogados, para que su ejercicio sea un auténtico servicio a la justicia.[34]

Para conmemorar los setenta y cinco años de la fundación de la Escuela Libre, publica en el año de 1989, una colección de ensayos que giran sobre una misma temática, enmarcar al Derecho dentro de las realidades históricas que es donde adquiere su verdadera dimensión, porque nos permite apreciar la lucha que ha existido por los ideales de justicia, de ahí el nombre del volumen *Del Derecho hebreo al Derecho soviético. Ensayos de Filosofía de Historia del Derecho*.

La obra se inicia con el derecho hebreo, según el antiguo testamento, debido a que es en la cultura judeo cristiana donde se cimienta nuestra tradición jurídica, de ahí pasa a la etapa romana que constituye el otro polo de esta tradición y en este caso, lo hace para poner un ejemplo histórico de cómo las decisiones individuales y libres de los distintos personajes que estuvieron involucrados con el asesinato de Julio César determinaron el futuro de todo un pueblo y su repercusión es precisamente, nuestra tradición jurídica. Por otro lado, analiza los orígenes del iusnaturalismo en Roma y su desenvolvimiento en sus distintas etapas, lo que es importante, tomando en cuenta que ha sido la Filosofía del Derecho más perdurable e influyente en la tradición mexicana.

El análisis filosófico de la sociedad capitalista también es realizado por el maestro, bajo la figura de la sociedad anónima, ensayo que debe ser leído por los estudiantes y profesionistas del derecho mercantil, para comprender el impacto de las ideas liberales económicas en las normas jurídicas, pero no sólo llega ahí la influencia sino que ha llevado incluso a impactar los valores tradicionales que había procurado tutelar la filosofía jurídica.

Por último, analiza y todavía le dio tiempo para ello, el sistema soviético de derecho y las cuatro etapas por las que atravesó, como fueron la revolucionaria, el regreso a las antiguas instituciones burguesas, para posteriormente intentar formular una doctrina y sistema marxista, así como una humanización en la aplicación del Derecho, concluyendo con el derrumbe del sistema con el último intento de modernización que se dio por medio del presidente Gorbachev y su fallida *"Perestroika"*. Sin duda, el estudio es magnífico porque nos permite analizar la gestación, desarrollo y extinción de un modelo diferente jurídico que aspiró a mejorar el que la historia había legado a Occidente. Esta obra en su conjunto recoge los mejores y más brillantes artículos que publicó en vida, por lo que valdría la pena volverla a editar.

[34] *Deontología Jurídica*, p. 19.

En su *Teoría General del Derecho* (1989), que sería su última obra, pretende superar los límites formales a los que se le había condenado esta rama de la ciencia jurídica, realizando un estudio integral de lo que debe ser dicha teoría, la cual tiene como pretensión proponer un orden racional que nos sirva de instrumento para entender la multiplicidad de los fenómenos jurídicos, mediante un elemento común que le es propio como una estructura lógica, pero solamente mediante una experiencia integral, se puede formular una auténtica Teoría del Derecho y por ello, no sólo es necesario tomar en cuenta es aspecto formal como se le ha visto, sino además las exigencias de la realidad histórica y la búsqueda de soluciones justas. Esta Teoría no sólo tiene una finalidad especulativa sino que en la práctica nos permite dilucidar cuál es el derecho valido que debe llegar a la realidad para transformarla según la misma justicia.[35] De hecho, el profesor le daba mucha importancia a esta materia, tan es así que en su momento recomendó que una de las líneas de formación de los abogados y que inspiraba el plan de estudios de la carrera en la Universidad Iberoamericana giraba precisamente en torno a la Teoría del Derecho en sus distintos aspectos, idea que habría que retomar en la formación de los planes de estudio en la licenciatura en Derecho.

Al final de sus días estaba preparando una teología jurídica, la cual no pudimos llegar a conocer, ni siquiera en sus bocetos o ideas principales, pero que podemos intuir que tenía como propósito vincular ideas y sentimientos religiosos con el fenómeno jurídico y que sin duda hubiera constituido otra obra originalísima como las que ya había dado a la luz.

El maestro falleció el 28 de septiembre del 2000 por la mañana, de un infarto agudo, mientras realizaba sus ejercicios diarios en bicicleta fija, sin poder culminar los proyectos que tenía en mente y privando a los centros de enseñanza en donde daba sus clases, de uno de sus mejores e inquietos profesores.

[35] *Teoría general del derecho: lo que es, su método*, pp. 6 a 8, 121, 122, 141 y ss.

3. Autores que influyeron en su obra y evaluación final

En la obra del profesor Villoro se perciben influencias permanentes que podemos dividir en aspectos filosóficos, los más importantes, de los jurídicos. Dentro de la primera influencia, a su vez, podemos considerar los aspectos estrictamente filosóficos, de los religiosos. En ese sentido se puede decir que el maestro siguió una Filosofía del Derecho basada predominantemente en filósofos, no tanto en juristas.

Tal vez la influencia más importante, como ya se ha comentado sea la de Ortega y Gasset y su filosofía de la *"razón vital"*, aunque éste es más racionalista que Villoro, pero el *"descubrimiento"* de la importancia de la vida, en oposición a la razón, constituyó el tema central del pensamiento del maestro. A esta influencia habría que subrayar que en el terreno de las ideas, su maestro de la Libre haya también contribuido en esa dirección, ya que también Herrera Lasso era admirador y seguidor de la filosofía orteguiana, que en el plano de la teoría y enseñanza del Derecho se enfocaban a combatir las ideas positivistas y formalistas que existían en los ambientes universitarios.

Dentro de esta influencia habría que incluir el aspecto de dar la debida importancia de los aspectos históricos del Derecho, que precisamente es donde se desarrolla y se perfecciona esa "*razón vital*", de ahí que en todos sus textos el tema histórico cobre especial relevancia para la explicación de las ideas jurídicas, tomando en cuenta que éstas sólo se pueden dar y superar en el terreno de los sucesos por los que ha atravesado el hombre. Aquí también encontramos la influencia de otro maestro de la Escuela, Toribio Esquivel Obregón, a quien le dedicó su primer libro.

También podemos encontrar la influencia de otros autores antiformalistas y preocupados en quitar relevancia al aspecto racional dentro de la actividad filosófica y así tenemos la influencia de autores como Kierkegard, Nietzche y Bergson, quienes también son los grandes transformadores de la filosofía moderna.

En el terreno religioso, ya que no hay que olvidar que la actividad del profesor se hizo dentro de una fuerte convicción religiosa, volvemos a encontrar una vez más la influencia de Ortega, esta vez por un discípulo directo, como lo fue y a quien reconoció como su maestro, José Manuel Gallegos Rocafull de la que pudo apreciar una filosofía cristiana de corte vitalista y con tintes existencialistas, en donde la conciencia moral e histórica juegan un papel destacado para emprender el análisis de los problemas que aquejan al individuo y la sociedad en donde se inserta.

En el plano de la filosofía escolástica, dado el perfil católico del maestro, no sólo se percibe la influencia de Santo Tomás de Aquino, sino sobre todo la de Francisco Suárez con su intento de suavizar el fuerte racionalismo del aquinatense.

En el plano jurídico, las influencias más perceptibles son las de los grandes filósofos del Derecho en México, como Eduardo García Máynez en sus dos vertientes, es decir, desde su *perspectivismo* o lo que es lo mismo, la necesidad de tomar en cuenta al fenómeno jurídico en todas sus facetas, al momento de intentar procurar su conceptualización, así como el intento por demostrar la objetividad de los valores morales y su fuerte conexión con los jurídicos, de clara inspiración en los pensamientos de Scheler y Hartmann. Dentro del tema de la estimativa estaría sin duda la gran influencia, reconocida por el propio maestro, que ejerció Rudolf Herman Lotze y la posibilidad de conocer los valores por medio de la conciencia y como instancias de sentido de las que se aprecia una importancia universal, al darles unidad a cualquier concepción del mundo.

Sobre todo se aprecia la gran influencia que ejerció su amigo y colega Luis Recaséns Siches, discípulo también de Ortega, con quien compartía una convicción de que el conocimiento y la aplicación del Derecho no deben ser dejados a la mera razón sino a experiencias de vida como lo apuntaba éste con su teoría del *"logos de lo humano"* o de *"lo razonable"*.

Me gustaría terminar esta revisión de la vida y obra del profesor con dos ideas que pudieran constituir la base de su legado, además de la diversa obra que ya hemos comentado y que sigue siendo utilizada para la enseñanza del Derecho, en las distintas universidades del país. La primera tiene que ver con su acertada crítica a la forma que ha tenido el Derecho para acercarse al tema de la justicia y es que la razón por sí misma, no es suficiente para comprender y atender este problema, sin descartar esta herramienta, necesaria en toda actividad humana, el jurista tiene que hacer uso de otros recursos para poder tratarla debidamente, el maestro apuntó la idea de la "vivencia" personal o social. En esto las teorías modernas de la justicia han confirmado su punto de vista. El intelecto por sí sólo no puede dar respuestas a los problemas humanos que involucran el reparto de bienes o la solución de diferencias entre las personas, para ello, es necesario hacer uso de la intuición así como de nuestras emociones, como ya lo había señalado el maestro, de ahí que su concepción de la justicia sigue siendo válida y es un buen apoyo para seguir las investigaciones en la dirección por él apuntada.

Relacionado con lo anterior, estaría también que todo aquél que quiera comprender de mejor manera el fenómeno social que es el Derecho, no sólo debe tomar en cuenta su aspecto normativo, sino también y con la debida importancia, hay que acudir a las consideraciones históricas, sociológicas y psicológicas, de ahí que el hacer uso de esas ramas científicas resulta indispensable para una sano estudio del Derecho, sólo así tendremos una imagen más fidedigna de lo que es, tarea que como él recalcó falta mucho por hacer y por ello, sus palabras siguen siendo importantes y de ahí la permanencia de su pensamiento en nuestros días.

Obras del Dr. Migue l Villoro Toranzo[36]

Libros

Apuntes para una Metodología del Derecho, Tesis profesional para obtener el título de abogado, Escuela Libre de Derecho, México, 1946.

El racionalismo jurídico, Tesis para obtener el título de maestría en filosofía, Centro Cultural Universitario, Facultad de Filosofía, México, 1946.

Historia y dogmática jurídicas como técnicas de interpretación del artículo tercero constitucional, Secretariado Nacional de Educación y Cultura, México, 1964.

Principios filosóficos y políticos del sistema soviético de derecho, México, Editorial Porrúa, S. A, 1964.

Introducción al Estudio del Derecho, México, Editorial Porrúa, S.A, 1966.

Metodología del trabajo jurídico: técnicas del seminario de derecho, Universidad Iberoamericana, Departamento de Derecho, México, Editorial Limusa, S.A. de C.V. 1968.

Lecciones de Filosofía del Derecho, México, Editorial Porrúa, S.A, 1973.

Derecho Público y Derecho Privado, México, Editorial Jus, S. A., 1975.

Las relaciones jurídicas, México, Editorial Jus, S. A., 1976.

La justicia como vivencia, México, Editorial Jus, S. A., 1979.

[36] Se tomó como base para esta relación, la que aparece en Morales, Meneses, *Miguel Villoro Toranzo...*, *op. cit.*, pp. 17 a 19, más otras obras que se han detectado durante la investigación, pero queda pendiente la realización del catálogo completo.

Deontología Jurídica, Universidad Iberoamericana, Departamento de Derecho, México, 1987.

Del derecho hebreo al derecho soviético, Ensayos de filosofía de historia del derecho, Escuela Libre de Derecho, Fondo para la Difusión del Derecho, México, 1989.

Teoría general del derecho: lo que es, su método, México, Editorial Porrúa, S.A, 1989.

Artículos de Revistas

"El concepto jurídico de persona", en *Lecturas Jurídicas de la Universidad de Chihuahua*, Número 13, octubre-diciembre, 1962.

"Los tres sentidos de la palabra "soberanía", en *Revista de Derecho de la Facultad de Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de Derecho, Vol. 12, No. 48, Octubre-Diciembre, 1962.

"Una crisis en la transformación de Roma", de la República al Imperio", en *Revista de la Universidad Iberoamericana*, Año 1, número 1, agosto-diciembre, 1962.

"Principios del Sistema Soviético de Derecho", Trabajo presentado en la cátedra de Derecho Comparado, en el Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de Derecho, 1963.

"Principios filosóficos-políticos del Sistema Soviético de Derecho", en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, mes: mayo-agosto. Número: 50, Año 17, 1964.

"La justicia como criterio de distinción de las ramas del Derecho", en *Lecturas Jurídicas de la Universidad de Chihuahua*, Número 29, julio-septiembre, 1964.

"La sociedad anónima como construcción jurídica", en *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, Vol. 14, número 56, octubre-diciembre, 1964.

"La recepción de la sociedad anónima en México", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Universidad Nacional Autónoma de México, Número 58 abril-junio, Año 1965, pp. 459-483.

"Orientación General de los Estudios Jurídicos" en colaboración con ÁLVAREZ SOBERANIS, Jaime y BORJA MARTÍNEZ, Manuel, *Revista Lecturas*, No. 33, julio-septiembre, Chihuahua, 1967.

"La filosofía del derecho de Jorge Guillermo Federico Hegel", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Universidad Nacional Autónoma de México, Número 75-76 julio-diciembre, Año 1969.

"El Derecho Hebreo según el Antiguo Testamento", en *Jurídicas*, Revista de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Año 1, número 1, julio 1969.

"La doctrina social de la Iglesia y la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas", en *Lecturas jurídicas*, enero-marzo, 1969.

"El empirismo científico de Juan Locke", en *Jurídicas*, Revista de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Año 2, número 2, julio 1970.

"La justicia como vivencia", en *Jurídicas*, Revista de Derecho de la Universidad Iberoamericana, año 4, número 4, 1972.

"Reflexión sobre la lógica jurídica de García Máynez", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Número 87-88 julio-diciembre, Año 1972.

"Una explicación moderna del concepto tomista del Derecho", ATTI del Congresse Internazionale, volumen 2, número 8,1974, pp. 773-780.

"En torno al Derecho natural", en colaboración con RECASÉNS SICHES, Luis, *Comunidad*, Revista de la Universidad Iberoamericana, número 53, 1975.

"La aparición del iusnaturalismo en el pensamiento jurídico romano",en *Jurídicas*, Revista de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Año 6, número 6, 1974, pp. 717-758.

"Derecho Público y Derecho Privado", en *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo XXV, Número 99-100, julio-diciembre de 1975.

"Ensayo filosófico sobre la metodología del estudio de la sociedad humana, primera y segunda parte", en *Jurídicas*, Revista de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Año 9, número 9, 1977.

"La norma y sus caracteres", en *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo XXVIII, Número 111, septiembre-diciembre de 1978.

"Diez años en la vida de los valores jurídicos en México", en *Jurídicas*, Revista de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Año 10, número 10, 1978.

"El artículo 1 del Anteproyecto del Código Civil ante la Teoría del Derecho", en *Jurídicas*, Revista de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Año 11, número 11, 1979.

"La evolución de la Filosofía del Derecho en los Estados Unidos de Norteamérica", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, año 3, número 3, 1979.

"Una visión humanista del Derecho, Homenaje al Maestro Eduardo García Máynez", en *Jurídicas*, Revista de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Año 11, número 11, 1979.

"El Derecho Internacional Público como rama de la ciencia del Derecho", en *Jurídicas*, Revista de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Año 12, número 12, 1980.

"Los objetivos de la Teoría General del Derecho", en *Jurídicas*, Revista de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Año 14, número 14, 1982.

"Concepto de Derecho y Teoría General del Derecho", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, Año 6, número 6, 1982.

"Métodos y sistemas de formación del profesorado en Derecho", *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, Col. 28 Nos. 127-129, enero-junio, 1983.

"La abogacía ante la Deontología Jurídica", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, Año 9, número 9, 1985.

"Las diversas escuelas positivistas", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, Año 12, número 12, 1988, pp. 439-451.

"Realismo jurídico escandinavo", en *Jurídicas*, Revista de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Año 19, número 19, 1988.

Reseñas bibliográficas

"Platón, Diálogos", en *Jurídicas*, Revista de Derecho de la Universidad Iberoamericana, año 3, número 3, 1971.

"Bowen, Catherin Drinker. Miracle at Philadelphia. The story of the constitutional convention may to september, 1797", en *Jurídicas*, Revista de Derecho de la Universidad Iberoamericana, año 5, número 5, julio 1973.

"Recaséns Siches, Luis. Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica 'razonable', en *Jurídicas*, Revista de Derecho de la Universidad Iberoamericana, año 5, número 5, julio 1973.

"Joseph Raz, The concept of a legal System. An introduction to the Theory of a Legal System", en *Jurídicas*, Revista de Derecho de la Universidad Iberoamericana, año 11, número 11, 1979.

Prólogos

"Presentación", en *Homenaje a Manuel Borja Martínez*, México, Editorial Porrúa, S. A. 1969.

"Prólogo", en *La Regulación de las Invenciones y Marcas y de la Transferencia Tecnológica*, México, Editorial Porrúa, S. A., 1979.

Otros

El Lic. Manuel Borja Martínez como Educador, WA, Homenaje, 1974.

La Tarea de los hombres y las mujeres, Universidad Iberoamericana, 1980.

El humanismo en México en las vísperas del siglo XXI, Universidad Nacional Autónoma de México, 1987.

Respuesta del Doctor Miguel Villoro Toranzo al discurso conferencia del Dr. Eduardo García Máynez, pp. 199 a 204.

Reconocimientos[37]

Medalla al mérito universitario de la Universidad Iberoamericana (1980).

Medalla de la orden docente del Instituto Mexicano de la Cultura (1981).

[37] Tomado de Álvarez Soberanis, Jaime, "Notas para una semblanza del doctor Miguel Villoro Toranzo", en *Jurídicas, Anuario de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, número 20. 1990.

ARBITRAJE Y EMPRESA FAMILIAR

Francisco González de Cossío*

Sumario: I. Introducción. II. La empresa familiar como caldo de cultivo de problemas serios. III. El Arbitraje y los MASC como herramientas. IV. Conclusión.

I. Introducción

Las empresas familiares sufren de problemas especiales, adicionales a los problemas que cotidianamente viven los negocios en general. De allí que esta materia esté mundialmente cobrando fuerza.

Recientemente me fue confiada la solución de problemas que involucraron una familia plagada de afrentas serias,[1] y que de su correcta canalización dependía no sólo la armonía familiar, sino la salud (inclusive vida) de un par de negocios importantes.

Es un motivo de satisfacción para mí divulgar que logré solucionar muchos de los problemas que aquejaban, y encausar aquellos que podrían surgir en el futuro.[2] Dicha satisfacción me motiva a escribir este ensayo con el afán de compartir cómo tanto el arbitraje como otros mecanismos alternativos de solución de controversias (MASC) fueron utilizados para lograr dicho resultado.

* Árbitro, mediador y experto en arbitraje. González de Cossío Abogados, S.C., www.gdca.com.mx

[1] Que no detallo por respeto a mi deber de confidencialidad. Sólo mencionaré que los problemas son tales que si los contara, estoy convencido que el lector no solo mostraría asombro sino incredulidad.

[2] Si el lector considera que estoy presumiendo, tendría que admitir que tiene razón. Pero estoy seguro que si el lector supiera los hechos, estaría de acuerdo que el logro es digno de presumirse.

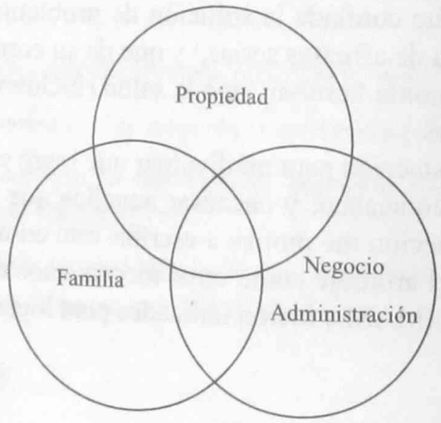
II. La empresa familiar como caldo de cultivo de problemas serios

El ángulo jurídico de la disciplina de la empresa familiar es interesante y difícil. No sólo eso, detecto que está subestimado y subutilizado.

Es *interesante* pues las aristas que suscita contienen un componente tanto técnico como humano: la utilización de herramientas legales para resolver problemas *humanos* serios, con implicaciones pragmáticas. Ello explica que sea *difícil*: los problemas que uno enfrenta son con frecuencia emocionalmente delicados y acendrados, con raíces profundas revestidas de emoción.

Finalmente, observo que la materia es altamente *descuidada* por empresas y familias —inclusive sofisticadas—. En toda mi experiencia profesional sólo he sabido de una empresa que maneja inteligentemente este tema. Dicho ejemplo brilla ante el contraste de la regla: la mayoría de las empresas mexicanas muestran elementos de la "empresa familiar",[3] y con frecuencia los problemas que ello detona son serios y de manejo delicado.

La experiencia enseña que la esencia de la problemática deriva del traslape de tres universos. El primero es el componente de negocio. El segundo es el de propiedad, lo cual no siempre coincide con su administración. El tercero es el núcleo familiar. Y cada uno tiene su problemática específica. Al juntarlos lo que se observa con frecuencia es un triple reto a enfrentar para resolver cualquier problema que aqueje.



[3] Cualquiera que sea el criterio que uno adopte para caracterizar a un negocio como "familiar". (Existen varios, así como debate sobre cuál es el más apropiado. Por ejemplo, hay quien dice que una empresa es 'familiar' cuando existe tanto propiedad, administración como control de personas atadas por vínculos de parentesco. Otro criterio es la existencia de un deseo de continuidad con la siguiente generación).

De allí que un reconocido experto mundial en este tema los exprese de la siguiente manera:[4]

Dicho triple traslape es caldo de cultivo de problemas —y serios—. Tales, que en ausencia de un *método*[5] para encausarlos, su solución con frecuencia es difícil y dolorosa —además de onerosa—.

III. El Arbitraje y los MASC como herramientas

La ciencia jurídica ha ideado herramientas diversas que son de utilidad para resolver problemas de empresa familiar. A continuación se resumirán:[6]

A. *Negociación*

Puede cuestionarse si la negociación es un mecanismo *jurídico*. Después de todo, no ofrece un mecanismo exógeno y coactivo a la negativa de una de las partes a negociar o, habiendo negociado, aceptar la respuesta más sensata (o 'justa'). El motivo por el que lo cito obedece a su utilidad cuando se usa y la frecuencia con la que se contiene como parte de esquemas de contratación y solución de controversias. *Ex hypothesy*, si las partes *voluntariamente* aceptan una solución, será *siempre* más eficiente que una impuesta por un tercero.[7]

La utilización de la negociación en problemas familiares es recomendable pues brinda un doble valor. Primero, una solución derivada de un método adversarial puede ser altamente dañina para una relación como la familiar y de negocio que tiende a ser de larga duración. Inclusive, no es difícil pensar en

[4] Mi querido maestro, Davis, John, en *Generation to generation, life cycles of the family business*, Boston, Harvard Business School Press, 1997, p. 6. Dicho enfoque es repetido en un excelente libro sobre el tema: Belausteguigoitia Rius, Imanol, *Empresas Familiares*, México, McGraw Hill, 2a ed., 2003, p. 28. En un libro en ciernes, el Maestro José de Jesús Galván Kirsch ha vertidos sus reflexiones y experiencias después de décadas de dar esta materia en posgrados en la Universidad Iberoamericana y de manejar él mismo una empresa familiar.

[5] Aludo a método pues lo mejor que puede darse a empresas y familias en dichas circunstancias no es *una solución*, sino *un método*. El motivo no sólo es el viejo adagio confuciano ("No me des un pescado, enséñame a pescar"), sino el que una solución hoy puede no ser suficiente mañana. La realidad es dinámica, como lo son los negocios. Para remediarlo, debe existir un método igualmente dinámico.

[6] Su régimen no se agota. De desearse abundar, puede consultarse González de Cossío, Arbitraje, México, Ed. Porrúa, 3a edición, 2011.

[7] La aseveración puede despertar diferencias. Por ejemplo, pueden citarse los casos en que una parte acepte una oferta ventajosa de su contraparte que tiene una mejor situación de negociación, y cuyo resultado no es 'justo'. Apropia la mayor cantidad de valor a favor del oferente. Sin embargo, sigue siendo mejor que una respuesta legalista, suma-cero, impuesta por un tercero. Si no, por definición, no lo hubiera aceptado.

casos en que "ganando se pierda", dado el efecto corrosivo en la relación que puede propiciar una decisión que le da la razón a uno por encima de otro.[8]

La negociación es proclive a lograr una mejor solución que aquella que, proviniendo de un tercero, se centre en *derechos*, no *intereses*. Además, preserva relaciones. Esto último merece énfasis. Los mecanismos legales proveen soluciones legales. Si bien obvio, ello merece recalcarse en este tema pues si miembros de una familia recurren a herramientas legales para resolver sus problemas, es factible que al final de la cruzada obtengan decisiones que no sacien sus necesidades o deseos. Dicho *counterfactual* debe ser siempre tomado en cuenta por quien enfrente un problema familiar.

B. *Mediación*

Existe una (insípida)[9] diferencia de opinión sobre lo que diferencia a la "mediación" de la "conciliación". En este contexto entenderé "mediación" como "negociación asistida". Es decir, el mecanismo mediante el cual un tercero ayuda a las partes a que *ellas mismas* solucionen su problema. El mediador no hace sugerencia de solución. Y por conciliación me refiero al ejercicio que permite al conciliador sugerir la solución, sin que sea obligatoria.[10]

Entendido así, el valor agregado de la mediación es que un tercero desinteresado que conoce la *verdadera*[11] postura de las partes y sus intereses (no derechos), puede indicar si vale la pena que continúen invirtiendo recursos en una negociación o mediación o si lo que más conviene es que acudan a un mecanismo adversarial (litigio o arbitraje) a resolver su problema.

Y la utilidad del mecanismo continúa inclusive en casos de fracaso. Aún si el mediador sugiere que no pierdan su tiempo y que acudan al arbitraje, el valor generado a las partes es que tienen la certeza que la decisión es

[8] Tan importante es dicha verdad, que Belausteguigoitia advierte que "El litigio y el arbitraje suelen generar una mayor destrucción de los negocios y de las relaciones interpersonales", *op. cit.*, p. 128, es por ello que dicho autor recomienda la mediación en este tema.

[9] El adjetivo obedece a que no aporta nada. Lo que importa no es la nomenclatura sino el valor que de cada uno confiere, comprendida su diferencia. Es a ello a lo que me ciño.

[10] No abundaré sobre porqué los considero así. De desear hacerlo, ver *Arbitraje*, *op. cit.*, y "Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias. Nota sobre su Desarrollo", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, 2003, p. 213 y *Ars Iuris*, 30, 2003, p. 39.

[11] El adjetivo es importante. Las partes en disputa con frecuencia sobre-exponen su postura con la finalidad de obtener ventajas tácticas y de negociación. Dicha (natural) tendencia tiende a complicar la solución del problema. El ejercicio de caucus permite al mediador conocer la *verdadera* postura de las partes y percibir si existe un común denominador que sirva de puente de solución de la controversia.

sensata —no el producto de un fracaso de comunicación o dejarse llevar por las estrategias y psicologías que la negociación o mediación detona, y que evitan un resultado más eficiente—.[12]

C. *Conciliación*

Como se indicó, el conciliador puede hacer sugerencias de transacción. El valor que el mecanismo aporta, además de aquél ofrecido por la mediación, es doble. Primero, velocidad. Segundo, evita tener que conocer el motivo de la solución, lo cual puede desincentivarla.

Gracias a que un tercero hace una sugerencia que cae dentro del común denominador de intereses de las partes, da a cada una lo que le interesa sin divulgar porqué. Por motivos diversos, ello puede facilitar la transacción.[13]

D. *Arbitraje*

Las virtudes del arbitraje lo han hecho exitoso en áreas diversas.[14] Resaltan las siguientes: especialidad y eficiencia.

El Derecho arbitral se nutre de las lecciones aprendidas durante décadas (no, siglos) por tribunales internacionales que han logrado confeccionar un *modus operandi* adjetivo que deja de lado la procesalitis y formalismos, privilegiando soluciones adecuadas, costo-eficientes y confiables, evitando los voluminosos regímenes procesales tan proclives a trucos y 'burocracia' procesal que hace que el medio cobre más importancia que el fin. Se trata de un cuerpo normativo sofisticado y esbelto que evita trampas, genera incentivos correctos y deposita confianza en el juzgador.[15] Es eficiente y confiable. El

[12] El motivo por el cual es más eficiente es explicado en "Crónica de éxito de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias: Resultados Empíricos de un Modelo" en Uribarri Carpintero, Gonzalo, *Acceso a la Justicia Alternativa. La Reforma al Artículo 17 Constitucional*, México, Ed. Porrúa, 2010, disponible en: www.gdca.com.mx/publicaciones/varios

[13] Piénsese por ejemplo en el caso que aceptar cierta postura como resultado de la negociación podría comunicar las preferencias de dicha parte, dando una ventaja a la contraparte. Otro motivo es que evita tener que decidir quién tiene razón: algo que puede innecesariamente complicar o evitar una solución. Otro ejemplo es el caso en que aceptar algo pueda llevar implícita una admisión que, de seguirse un procedimiento adversarial, sería considerado responsable. Aun y cuando el procedimiento no se siga, es entendible que una parte prefiera no comunicarlo. Después de todo, los hechos dicen más que las palabras.

[14] En *Arbitraje y la Judicatura*, México, Ed. Porrua, 2007, p. 192 *et seq*, se hace un recuento de temas complejos y problemas sociales serios que han sido solucionados mediante el arbitraje.

[15] Pues el juzgador es escogido por las partes.

valor que ofrece el arbitraje es que permite que un experto neutral le dedique el tiempo necesario[16] a resolver en forma adecuada[17] una disputa.

Entendido lo anterior, el valor que el arbitraje puede ofrecer en materia de empresa familiar es triple. Primero, ***calidad***: la decisión a la que se arribe será fruto de un análisis cuidadoso por la persona elegida como árbitro. Segundo, ***especialidad***: cuando en presencia de un esquema de negocios complejo, el árbitro podrá resolverlo más adecuadamente que si se encauzara a litigio en los tribunales ordinarios. Tercero, ***finalidad***: la decisión del árbitro es final. No es objeto de apelación. (Dicho sea de paso, ello arroja un cuarto beneficio: ***temporalidad***. Se trata de decisiones mucho más veloces que las obtenidas en litigio ordinario).

E. *Expertise*

Los procedimientos de expertos permiten obtener una solución a una diferencia que divide a las partes sobre un tema técnico, no necesariamente jurídico. El valor que dan es que canalizan la solución de una controversia a la persona mejor situada para resolverla: el *connoisseur*.

En el contexto de una empresa familiar, de existir una diferencia sobre una cuestión *técnica*, en lugar de seguir todo un proceso, puede pedirse la opinión de un experto para poner fin a dicha diferencia. Un ejemplo que he frecuentemente enfrentado es el valor de la participación[18] de un familiar que desea "divorciarse" del negocio familiar. Esta situación genera con frecuencia una triple problemática. Primero, el valor exacto de una empresa es objeto de diferencia de opinión. Segundo, los incentivos que se detonan dificultan su definición.[19] Tercero, el régimen legal aplicable es ambiguo y genera una ventaja a quienes permanecen.[20]

[16] Por definición, los tribunales tienen tiempo limitado para conocer de las controversias. Por más onerosa o compleja que sea, el juzgador ve la misma como ve el resto de los expedientes en su oficina: como un pendiente que debe resolver dedicándole la menor cantidad de tiempo posible.

[17] El adjetivo se extiende tanto al contenido como tiempo. Y ello es una función que se conjuga de formas distintas atendiendo al caso. En ocasiones, las partes necesitan una respuesta rápida. En otras ocasiones, el tiempo no es tan importante como lo es su contenido. El arbitraje se adecua a las necesidades de cada caso.

[18] Por ejemplo, de la parte social (en el caso de una sociedad civil o una sociedad de responsabilidad limitada) o de las acciones (en caso de una sociedad anónima).

[19] El socio que parte tendrá el (natural) incentivo de sobrevaluar el valor de la empresa (y por ende su rebanada de la misma). Los socios que conservan la empresa tendrán el (también natural) incentivo de subvaluar el valor de la empresa a efecto de pagar la menor cantidad posible al socio que parte.

[20] La aseveración es aplicable tanto al derecho de retiro como el de separación. El Artículo 206 de la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM) contempla el derecho de separación en ciertos casos específicos. El Artículo 220 de la LGSM contempla el derecho de retiro con respecto a la parte variable del capital social de una sociedad anónima de capital variable. Mientras que el régimen *ex lege* del derecho de retiro sólo alude a la forma a ejercerse ("notificación fehaciente"), el régimen del derecho de separación indica que debe ser "en proporción al activo social". Lo que es más, el Artículo 221 de la LGSM alude al derecho de separación en el contexto del derecho de retiro. Mucho puede decirse sobre lo anterior, incluyendo que existe algo de jurisprudencia al respecto. En este contexto deseo sólo subrayar que quien lleve la administración tendrá el sartén por el mango (máxime dada la facilidad con la que puede "ajustarse" la situación contable para acomodar sus intereses si es que tiene el control sea *de iure* o *de facto*). Si se toma en cuenta que muchas de las empresas familiares involucran a socios pasivos, y que estos son los más proclives a desear dejar de formar parte del clan, el régimen aplicable no ofrece una solución y mucho menos una protección adecuada. Las fichas están puestas para invitar abuso de la mayoría sin que la minoría pueda hacer mucho al respecto.

Ante lo anterior, una opción útil es designar a un experto en valuación y pactar que lo que sea que él considere que es el valor de la empresa será aplicable al monto que se deberá pagar al socio que parte.[21]

F. *Adaptación de contratos*

La adaptación de contratos es la facultad que se da a un tercero de colmar lagunas que el contrato pueda presentar durante su vigencia.[22] El trasfondo es interesante. La *ratio* de la facultad parte de la premisa que la situación económica que llevó a las partes a contratar puede cambiar —y con frecuencia cambia—. Ante ello, el principio de obligatoriedad e intangibilidad de los contratos puede ser (económicamente) miope —además de asfixiante—.[23] Y no es inusual ver que, ante la camisa de fuerza de un contrato, un cambio económico puede resultar en forzar el incumplimiento del contrato, sea por imposibilidad o excesiva onerosidad.[24] De allí que ciertos cuerpos legales contemplen soluciones.[25]

[21] Pactando por ejemplo que el valor de la empresa que determine dicho experto será dividido entre el número de acciones de la sociedad, y que el pago al socio que parte será el resultado de multiplicar dicho valor unitario por el monto de acciones que ostenta el socio que parte. *Mutatis mutandis*, lo mismo puede hacerse con una parte social tomando como base el valor de la misma *viz* el valor de la sociedad civil.

[22] Recibe diferentes nombres. Por ejemplo, *contract adaptation* o *contractual gap filling*. Con algunos matices, en esencia se trata de lo mismo.

[23] Piénsese por ejemplo en un súbito e inesperado disparo del precio de un insumo esencial del proveedor en un contrato de larga duración.

[24] Lo que en la literatura económica es un 'incumplimiento eficiente' (*eficient breach*). Cuando conviene más pagar las consecuencias del incumplimiento que seguir cumpliendo.

[25] Por ejemplo, los Principios sobre Contratos Comerciales de la UNIDROIT (versión 2004) (artículo 6.2.1) y el *Restatement of the Law on Contracts*, segunda edición, de Estados Unidos (§266). *Rebus sic stantibus* y variantes son contempladas en ciertos derechos (*vgr.*, *hardship* en inglés, *Wegfall der Geschäftsgrundlage* en alemán, *imprévision* en francés, *eccessiva onerosità sopravvenuta* en italiano). En México, algunos códigos civiles lo contienen. Por ejemplo, el Artículo 2147 del Código

Seguramente el lector está pensando que el principio que (implícitamente) estoy cuestionando cumple una función importante,[26] y que si a las partes no les gusta, siempre tienen la opción de regularlo.[27] Estando la opción disponible *ex contractu*, adoptarlo *ex lege* puede tener el (grave) efecto de desestabilizar los cimientos de las relaciones contractuales.

A ello tendría que contestar que estoy de acuerdo. Pero mi punto es otro. En ciertos contratos (incluyendo los que involucren negocios entre familiares),[28] la facultad puede ser valiosa, particularmente si se compara con la opción. El *statu quo* de *pacta sunt servanda* es que, de ocurrir un evento como los descritos, el resultado es que *alguien* pierde: ¿Quién? ¿Es imposible saberlo *a priori*? Ante ello, la ausencia de *rebus sic stantibus* hace las veces de un volado.[29] Y no tiene que ser así. Las partes pueden evitar dicho riesgo si se deposita la facultad en un tercero (cuidadosamente seleccionado) para que 'adapte' su contrato al (nuevo) presente, procurando el mismo equilibrio económico que las partes pactaron *ab initio*.

Hasta hace poco, nunca había visto que en México se utilice esta facultad.[30] Y en cambio he participado en muchos casos en los que hubiera convenido no sólo a quien 'perdió el volado' del imprevisto, sino a ambas partes.[31]

El valor que este mecanismo brinda en materia de empresa familiar es doble. Primero, evita el "volado" al que he aludido, que puede ser altamente disruptivo para una empresa familiar. Segundo, imbuye en la relación familiar y de negocios un mecanismo que la adapte a las futuras eventualidades imprevistas. La utilidad de ello se percibe si se considera que las relaciones que derivan de una empresa familiar son *in natura* a largo plazo.

Civil de Coahuila y, más recientemente, los Artículos 1796 bis y 1796 Ter de Código Civil para el Distrito Federal.

[26] Jurídicamente, estabilidad contractual y por ende seguridad jurídica. Económicamente, la distribución de riesgos.

[27] Artículo 2111 del Código Civil Federal.

[28] Otros ejemplos lo son los de larga duración, los complejos, los que versan sobre áreas reguladas y la contratación gubernamental de largo plazo que exige inversiones cuantiosas iniciales por el contratista (*vgr.*, materia energética).

[29] Admito que un Talón de Aquiles del argumento es la existencia de seguros.

[30] Recientemente fue utilizada en la controversia familiar que motivó este ensayo.

[31] Después de todo, la experiencia enseña que ligarse contractualmente con una parte jurídicamente estrangulada tarde o temprano impacta *a ambos*. Sea mora, incumplimiento, rescisión, litigio, etcétera, la relación no se sigue tranquilamente. Ello genera costos transaccionales que nunca son totalmente sufragados por sólo una de las partes.

IV. Conclusión

El arbitraje y los mecanismos alternativos de solución de disputas son herramientas legales que ofrecen una solución inteligente, sofisticada y —si se usan bien— costo-eficiente para encarar, resolver y encausar problemas derivados del fenómeno de la empresa familiar. Quien no lo asimile y use, lo hace en su detrimento.

LA REGLA JURÍDICA EN NERACIO PRISCO (JURISTA DEL SIGLO II d.C.)

Yuri González Roldán

SUMARIO: 1. Regula y método dialéctico. 2. La regula iuris en la edad republicana y en el primer siglo d.C. 3. Concepto de regula en Paulo y en los libros regularum en la jurisprudencia de los siglos II y III d.C. 4. Neracio y la regla jurídica.

1. *Regula* y método dialéctico

El significado de *regula,* en origen, venía relacionado con el trabajo de la tierra, así como sucedería también con el término *definitio;* mientras en el primer caso se trataría de un instrumento de medida usado por los agricultores en el campo —inventado en la edad arcaica, como recuerda Columela, *De re rustica* 3.13.11—,[1] el segundo indicaba la acción de delimitar los confines con el arado.[2] Además, la *regula* tendría el significado de instrumento

[1] *...Sed huic operi exigendo quasi quondam machinam commenti maiores nostri regulam fabricaverunt, in cuius latere virgula prominens ad eam altitudinem, qua deprimi sulcum oportet, contingit summam ripae partem. Id genus mensurae ciconiam vocant rustici...* (Para examinar bien el terreno en el que se sembró, nuestros antepasados inventaron un instrumento llamado 'regla' que es una especie de maquina inteligente; sobre el lado de esta regla se encuentra una varita larga de la misma medida de profundidad establecida para efectuar excavaciones. Cuando la regla se posa sobre la tierra que se trabajó, la varita debe tocar el fondo del zurco. Los campesinos llaman 'cigueña' este tipo de instrumento de medida). Además, como recuerda Vitruvio, la *regula* se usaba en materia de construcción, *De architectura,* 7.3: *Longitudines ad regulam et lineam, altitudines ad perpendiculum, anguli ad normam respondentes exigantur* (Estableciendo lo largo con la regla y la altura con el '*perpendiculum*' en tal modo será cumplida la norma exigida en el trabajo efectuado). Sobre el argumento, ver Villefosse, H. de, *s.v. regula,* en *Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines,* IV, 2, Graz, 1963, pp. 827 y ss.

[2] Como recuerda Pomponio, *libro singulari enchiridii* en D. 50.16.239.6 respecto al término *urbs*: *'Urbs' ab urbo appellata est: urbare est aratro definire. et Varus ait urbum appellari curvaturam aratri, quod in urbe condenda adhiberi solet.* (Se llama urbe de *urbum*, urbanizar significa deslindar

necesario para aplastar las aceitunas —ya previamente hechas pedazos— o de 'disco', uno de los objetos necesarios para la producción de aceite, como Neracio habría afirmado en una carta dirigida a Aristón, según el recuerdo de Ulpiano, *libro trigesimo secundo ad edictum* en D. 19.2.19.2: *...quod si regulis olea prematur, et praelum et suculam et regulas et tympanum et cocleas quibus relevatur praelum dominum parare oportere...* (pero si la aceituna se prensara entre tablones, debe proporcionar el dueño la prensa, el cabrestante, los tablones, el torno y las poleas con que se alza la prensa).

El uso del término *regula,* en el sentido de criterio o metro de evaluación, encuentra noticia en un pasaje de Cicerón, *Brutus* 41.152-153 y 42; el cual, recordando la importante figura del jurista Servio, explica cómo éste habría incorporado al derecho el arte de la dialéctica en los casos controvertidos:

> Hic Brutus: Ain tu? Inquit, etiamne Q. Scaevolae Servium nostrum anteponis? *Sic enim, inquam, Brute, existimo iuris civilis magnum usum et apud Scaevolam et apud multos fuisse, artem in hoc uno; quod numquam effecisset ipsius iuris scientia, nisi eam praeterea didicisset artem quae doceret rem universam tribuere in partes, latentem explicare definiendo, obscuram explanare interpretando, ambigua primum videre, deinde distinguere, postremo habere regulam, qua vera et falsa iudicarentur et quae quibus propositis essent quaeque non essent consequentia.* 153. *Hic enim attulit hanc artem omnium artium maximam quasi lucem ad ea quae confuse ab aliis aut respondebantur aut agebantur.* XLII. *Dialecticam mihi videris dicere, inquit. Recte, inquam, intellegis*
>
> Así es en efecto Bruto, ¿Que piensas? ¿Consideras más sobresaliente a Q. Escévola que a nuestro Servio? Así es en efecto, Bruto, considero que una gran práctica del derecho civil se dio en Escévola y en muchos otros, pero el saber solo en Servio, lo que nunca se hubiera conseguido con la ciencia jurídica, si no se hubiera percatado además de que la misma dialéctica que enseñaba, distribuía toda su materia en partes: explicar lo que permanecía obscuro precisándolo, aclarar los aspectos obscuros interpretándolos, viendo en primer lugar los aspectos ambigüos, luego distinguiéndolos, por último fijar un criterio por el cual se pueda distinguir lo verdadero de lo falso y una vez establecidas determinadas premisas, qué consecuencias se podrían deducir y cuales no. En efecto, éste aplicó tal arte dialéctico, el máximo de todos, como una luz para aquellas cuestiones que otros resolvían o trataban confusamente. Me parece que hablas de la dialéctica, replicó Bruto. Lo has entendido bien, le contesté...

Cicerón confronta a dos importantes juristas de su tempo; por un lado estaría Quinto Mucio Escévola, el cual habría tenido un amplio conocimiento y aplicaba el derecho civil como habrían hecho otros juristas (*existimo iuris*

con el arado. Y dice Varo que se llama *urbum* la parte curva del arado que se suele emplear al fundar una ciudad).

civilis magnum usum et apud Scaevolam et apud multos fuisse),[3] mientras que, por otra parte, tendríamos a Servio Sulpicio Rufo, quien, con perspicacia, habría considerado el derecho un arte (*ars*), incorporando el método de la dialéctica y dando luz a la ciencia jurídica gracias a su conocimiento del lenguaje y la elegancia de su estilo. Con lo cual evitó las confusiones que otros juristas habrían tenido en relación a los responsos y a las acciones judiciales. El Arpinate explica el método dialéctico usado por Servio[4] de este modo:

a) Dividir el todo en partes (*nisi eam praeterea didicisset artem quae doceret rem universam tribuere in partes*).
b) Explicar definendo las esencias escondidas (*latentem explicare definiendo*).
c) Clarificar interpretando lo que se encuentra obscuro (*obscuram explanare interpretando*).
d) Identificar en primer lugar las ambigüedades y las incertezas (*ambigua primum videre*).
e) Después diferenciarlas o precisarlas (*deinde distinguere*).
f) Al final tener una regla, criterio o metro de evaluación (*postremo habere regulam*), mediante el cual juzgar lo verdadero y lo falso (*qua vera et falsa iudicarentur*) y determinar cuáles consecuencias podrían llegar a darse y cuáles no, considerando tales premisas (*et quae quibus propositis essent quaeque non essent consequentia*).

[3] Evidentemente, Quinto Mucio Escévola no era un jurista como muchos otros porque como recuerda Pomponio, *libro singulari enchiridii* en D. 1.2.2.41, fue el primero en ordenar el *ius civile* en dieciocho libros (*Post hos Quintus Mucius Publii filius pontifex maximus ius civile primus constituit generatim in libros decem et octo redigendo*). Como afirma SCHULZ, F., *Storia della Giurisprudenza Romana,* Firenze, 1968, p. 171, su obra es la más importante en este periodo porque representó el primer sistema dialéctico del derecho en gran estilo y permaneció por un amplio periodo como fundamental, si bien, como subraya BRETONE, M., *Tecniche e ideologie dei giuristi romani,* Napoli, 1982, pp. 80 y ss., Servio, más que un orador, 'egli è, nel senso pieno del termine, un giurista «dialettico»; ma non è solo questo; alla competenza logico-giuridica e retorica aggiunge un'estesa cultura letteraria e un'estrema precisione stilistica'. Respecto a la biografía de Quinto Mucio ver, además, SCHIAVONE, A., *Nascita della giurisprudenza,* Roma-Bari, 1977, pp. 5 y ss., con una explicación (pp. 111 y ss.) de las razones que habría tenido Cicerón en su evaluación en ciertos aspectos «provocatoria». Respecto a la relación entre Quinto Mucio Escévola y la dialéctica ver, por ejemplo, WIEACKER, F., "*Über das Verhältnis der römischen Fachjurisprudenz zur griechisch-hellenistischen Theorie*", en *IURA*, 20, Parte primera (Fasc. II), 1969, pp. 463 y ss.

[4] Un interesante estudio sobre la aplicación del método dialéctico en la escuela serviana fue hecho por MAGLIETTA, M., "*Intorno al metodo dialettico della scuola serviana: cenni in materia di conflitto logico tra 'quaestio' e 'responsum' nei 'digesta' di Alfeno Varo*", en *Diritto @ Storia,* 3, mayo 2004, pp. 1 y ss.

Parece necesario destacar que el método dialéctico —la *definitio*— habría tenido como finalidad determinar los confines de la cuestión. Después habría sido necesaria una *interpretatio* para dar luz a los problemas que hubieran permanecido obscuros.[5] Sin embargo, el momento más sobresaliente corresponde a la determinación de la ambigüedad o de las incertezas de cuestiones no claras.[6] Sobre este punto, Cicerón explica que una controversia habría tenido el carácter de ambigua cuando existieran dudas respecto a lo que el escritor habría pensado, *de inv.* 2.40; ya que la declaración escrita (en una disposición testamentaria) habría podido tener dos o más significados (*Ex ambiguo autem nascitur controversia cum quid senserit scriptor obscurum est, quod scriptum duas pluresve res significat*). El jurista, identificando las diferentes interpretaciones, habría debido precisar o determinar cuáles de ellas deberían ser desechadas y los motivos por los que no debían de ser consideradas pertinentes, optando por la que fuera más adecuada al caso concreto.

[5] La *obscuritas* podría tener diferentes orígenes, como recuerda Quintiliano, 8.2.12-14, debido a la utilización de palabras arcaicas en desuso, por ejemplo aquellas que podrían encontrarse en los comentarios de los pontífices o en antiquísimos tratados de autores arcaicos (*At obscuritas fit verbis iam ab usu remotis, ut si commentarios quis pontificum et vetustissima foedera et exoletos scrutatus auctores id ipsum petat ex his, quae inde contraxerit, quod non intelleguntur*). Un ejemplo sobre este punto podría ser el texto de Neracio, *libro sexto membranarum,* en D. 37.10.9, donde el jurista trata de aclarar términos que parecían obscuros, escritos por Labeón en su obra respecto al edicto carboniano '*quotiens suppositus esse dicitur pupillus, cum quo de patris eius hereditate controversia est, curare praetorem debere, ut is in possessione sit, de eo puto eum velle intelligi...* (lo que escribe Labeón, que 'siempre que se dice que es *suppositus pupillus* en relación a la controversia sobre la herencia del padre, debe cuidar el pretor de que él sea puesto en posesión' opino que lo que quiso decir el jurista era...). Otros casos de *obscuritas* podrían referirse al significado de alguna palabra usada en una determinada región o que habría tenido un significado preciso en una determinada disciplina técnica (*Fallunt etiam verba vel regionibus quibusdam magis familiaria vel artium propria...*); por ejemplo, los nombres técnicos de las herramientas necesarias para la producción de aceite de oliva habrían podido ser ignorados por un jurista que no tuviera familiaridad con tal actividad, como sería el caso de Aristón, el cual habría solicitado una explicación a Neracio sobre el argumento, como se observa en el texto de Ulpiano, *libro trigesimo secondo ad edictum,* en D. 19.2.19.2. Además, Quintiliano 8.2.14 explica que la *obscuritas* podría encontrarse en un discurso complejo y continuado (*Plus tamen est obscuritatis in contextu et continuatione sermonis...*). Sobre el argumento, ver CARCATERRA, A., *Le definizioni dei giuristi romani*, Napoli, 1966, pp. 85 y ss.

[6] Debemos recordar cómo Juliano habría hecho una obra dedicada a la ambigüedad (Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis,* 1, cit., 318); ciertamente el jurista, en su *liber singularis de ambiguitatibus,* presenta problemas en donde habrían podido existir dos o más interpretaciones; en tales casos, el papel de la jurisprudencia habría sido el de escoger la interpretación más adapta al caso concreto. Sobre este aspecto, ver TAFARO, S., *Il Giurista e l'ambiguità. Ambigere, ambiguitas, ambiguus,* Bari, 1998, p. 17. Dicho autor señala: 'Sicché si puó affermare che in senso tecnico l'*ambiguitas* veniva riconosciuta in tutti i casi nei quali una o piú parole o un contesto si prestasse ad avere due, ma anche piú, significati, nessuno dei quali potesse essere escluso *a priori,* senza un'attenta interpretazione. Spettava all'interprete indicare il vero significato del testo; pertanto, l'*ambiguitas* esaltava proprio il ruolo dell'interprete del diritto, chiamato a sciogliere i dubbi e a far emergere il contenuto precettistico e regolamentativi lá dove, senza di lui, vi sarebbe stata solo incertezza'.

La *regula* del método dialéctico no corresponde al significado de la *regula iuris,* sino a un criterio o método de evaluación considerado por el jurista en la determinación de la cuestión motivo de investigación.[7] Así, al llegar a este primer resultado se podrán distinguir las conclusiones verdaderas de las falsas y determinarse las consecuencias de tal criterio. Sobre este aspecto debemos hacer notar que cuando diferentes juristas llegan a la misma conclusión, en referencia a problemas jurídicos de igual naturaleza, podría afirmarse el nacimiento de una regla jurídica; la cual podría servir como llave de acceso a la solución de nuevos casos similares. La característica de la regla jurídica es su alto valor, bajo el aspecto de autoridad aceptado por todos, ya que tal decisión encontraría confirmación en el pensamento jurídico, después del análisis de un caso específico. Por lo tanto, mientras exista el *ius controversum* sobre una determinada cuestión se podrá excluir la validez de una regla en un momento histórico determinado, ya que la *communis opinio* es fundamental en la determinación de su eficacia.[8]

[7] En este sentido, STEIN, P., *Regulae iuris from juristic rules to legal maxims,* Edinburgh, 1966, p. 52. Del mismo autor, *The place of Servius Sulpicius Rufus in the development of Roman legal science,* en *Festschrift F. Wieacker,* Göttingen, 1978, p. 176. NÖRR, D. *Spruchregel und Generalisierung,* en *ZSS,* 89, 1972, p. 25. Una regla jurídica no es el resultado de un análisis individual, en donde la imaginación habría tenido su importancia, sino el resultado que habría tenido como fundamento una cantidad de decisiones similares.

[8] Sobre este aspecto, las palabras de GIUFFRÈ, V., "*Regulae iuris* e metodi della *scientia iuris*. Prospettive di approfondimenti", en *Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto*, 5, 2015, p. 13: 'Il processo era il seguente: dalla constatazione della preponderante prassi in un determinato senso —prassi ovviamente ritenuta conforme al *ius*— o dal proprio tormentato convincimento esegetico-sistematico eventualmente non del tutto coincidente si perveniva alla enucleazione e formulazione della regola; la regola costituiva il punto di partenza di altre analisi a riguardo di fattispecie analoghe o piú complesse; l'esito di tali analisi esigeva che la regola fosse integrata e/o riformulata; e cosí quel *ius* che sembrava essersi cristallizzato nella *regula iuris* continuava ad evolversi'. Sobre este aspecto podríamos presentar el siguiente ejemplo: Neracio habría aceptado la regla *rei hereditariae, antequam ab herede possideatur, furtum fieri non potest* (no se comete delito de hurto de las cosas hereditarias antes que sean poseídas por el heredero), pero el jurista habría declarado un criterio diferente en un caso específico (no aceptado por la jurisprudencia posterior), como recuerda Paulo, *libro primo ad Neratium,* en D. 47.19.6, en que, contrariamente, si la persona hubiera substraído la *res* sin tener la noticia que era una cosa hereditaria, la *existimatio subripientis* (la idea de haber robado) habría sido el elemento para considerar una excepción a la regla y por esto habría podido encontrarse obligado con base en la acción de hurto.

2. La *regula iuris* en la edad republicana y en el primer siglo d.C.

La primera *regula iuris* de la que tenemos noticia es la famosa regla Catoniana, atribuida a Catón el Joven, quien, en un responso, habría declarado que un legado inicialmente nulo al momento de realizarse un testamento no resultaria válido si, antes de la muerte del disponente, hubiera cesado la causa de nulidad. Pero nosotros tenemos dudas de que, en su origen, la *sententia Catoniana* hubiera sido considerada como *regula,*[9] pareciéndonos más probable que tal denominación corresponda a la jurisprudencia posterior.[10]

Un primer acercamiento a la regla jurídica se atribuye a Quinto Mucio Escévola, en su *liber singularis*, obra de la que varios autores niegan su autenticidad[11] —si bien actualmente prevalecen opiniones menos escépticas—.[12] Este libro, llamado 'definiciones', era una recopilación de sentencias y aforismos de los que fueron incorporados pocos textos en el Digesto.[13] Por ejemplo, en D. 50.17.73.3 encontramos la afirmación de la existencia de una *regula*

[9] En opinión de Wenger, L., *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien, 1953, p. 487, nota 151, a partir de Catón el Joven se habría comenzado a discutir sobre la existencia de la regla jurídica, si bien, como sostiene Giuffrè, V., *op. cit.*, pp. 13 y ss., faltan algunos elementos indispensables para considerar factible tal tesis, específicamente en lo que respecta al aspecto inicial que daría lugar a su determinación como regla. Ciertamente, como bien observa Humbert, M., "*Rec. Schmidlin, Die römischen Rechtsregeln*", en *RHDE*, 49, 1971, p. 334, la calificación de *regulae* es posterior (Sabino y Neracio). Nörr, *op. cit.*, p. 19, piensa que el término *regula* no parecería ser aceptado todavía en la edad republicana. Según Masi Doria, C., "Principii e regole. Valori e razionalitá come forme del discorso giuridico" en *Tra retorica e diritto. Linguaggi e forme argomentative nella tradizione giuridica. Incontro di studio Trani, 22-23 maggio 2009, a cura di A. Lovato*, Bari, 2011, p. 31, las reglas de la jurisprudencia preclásica, tomando en consideración la *regula Catoniana*, 'sono strumenti prevalentemente definitori (non per questo privi di funzione normativa), descrivono le conseguenze giuridiche di una premessa data. Sono proposizioni che enunciano in termini generali, sintetici, una certa definita disciplina giuridica'.

[10] El recuerdo más antiguo de la regla Catoniana se encuentra en un pasaje de Celso, *libro trigesimo quinto digestorum*, en D. 34.7.1 pr., en donde el jurista afirmaba que en algunos casos resultaba no verdadera (*in quibusdam falsa est*), ya que no se aplicaba a los legados condicionales. Sobre este punto, ver Stein, P., *op. cit.*, p. 33, quien genera dudas respecto a que Catón hubiera organizado el derecho en reglas, concluyendo que, por su complejidad, los juristas del siglo II a. C. no tendrían todavía una visión científica del derecho. Ellos aportaron obras al derecho romano, pero habría que esperar a la próxima generación de juristas para empezar a hablar de ciencia.

[11] Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, 1, cit. 762 n. 7. Krüger piensa que el título de la obra es un elemento cierto para que no pueda ser considerada clásica, ya que, en su opinión, parecería extraño que los romanos hubieran dado un título griego a una obra escrita en latín y de contenido romano, Krüger, H., "Römische Juristen und ihre Werke", en *Studi Bonfante*, 2, Milano, 1930, p. 336. Por último, Schulz, *op. cit.*, p. 171.

[12] Scherillo, G., *Note critiche su opere della giurisprudenza romana*, en *IURA*, 3, 1952, pp. 180 y ss.; Stein, P., *op. cit.*, p. 36 y ss. y Schiavone, A., *op. cit.*, pp. 74 y ss.

[13] En D. 41.1.64; D. 43.20.8; D. 50.16.241; D. 50.17.73 pr.-1; D. 50.17.73.2 = D. 43.24.1.5; D. 43.24.5.8; D. 50.17.73.3-4.

iuris claramente aceptada por todos, de la que seguramente no existían dudas respecto a su aplicación, convirtiéndose así en un primer resultado de la jurisprudencia republicana:[14] *quae in testamento ita sunt scripta, ut intellegi non possint, perinde sunt, ac si scripta non essent* (lo que en un testamento se encuentra escrito de manera que no se pueda enten- der, resultaría como si no hubiera sido escrito). De igual modo, Alfeno Varo habría declarado la misma regla en su *libro quinto digestorum,* en D. 34.8.2: *Quae in testamento scripta essent neque intellegerentur quid significarent, ea perinde sunt ac si scripta non essent* (Lo que se hubiera escrito en un testamento y su significado no se entienda produce las mismas consecuencias como si no hubiera sido escrito).

Esta es la primera regla jurídica en materia hereditaria identificada en la edad republicana, la cual servirá a las nuevas generaciones de juristas en la interpretación de disposiciones testamentarias. No obstante, ello no significa necesariamente que la jurisprudencia posterior debería llegar a los mismos resultados en la aplicación de tal precepto a cada caso concreto; porque si bien una disposición obscura no habría podido producir efectos bajo un criterio formal de lógica jurídica, cada jurista habría podido decidir de manera autónoma la solución de cada caso. Así, por ejemplo, Alfeno Varo, después de haber recordado la regla jurídica, *libro quinto digestorum,* en D. 34.8.2, declara inmediatamente un problema de aplicación de la misma, en D. 35.1.27;[15] llegando a su propia solución: el testador habría establecido una disposición testamentaria confusa al pretender, por parte de los herederos, un monumento parecido al de Publio Septimio Demetrio que se habría debido encontrar en la vía Salaria, estableciendo una pena pecuniaria en caso de falta de cumplimiento, pero, ya que únicamente existía el monumento de Publio Septimio Dama, el jurista habría excluido la posibilidad de ser exigida la pena pecuniaria. Sin embargo, en el pensamiento de Alfeno, los herederos habrían debido efectuar el monumento según la riqueza y dignidad del difunto (*monumentum tamen omnimodo secundum substantiam et dignitatem defuncti exstruere debere*).[16]

[14] Justamente afirma Riccobono, S., *s.v. regulae juris*, en *NNDI*, 15, Torino, 1968, p. 361, las *regulae iuris* provienen en gran medida del periodo que comprende el final de la república y señalan el inicio de la elaboración científica del derecho.

[15] Lenel, *op. cit.*, p. 42.

[16] *In testamento quidam scripserat, ut sibi monumentum ad exemplum eius, quod in via Salaria esset Publii Septimii Demetrii, fieret: nisi factum esset, heredes magna pecunia multare et cum id monumentum Publii Septimii Demetrii nullum repperiebatur, sed Publii Septimii Damae erat, ad quod exemplum suspicabatur eum qui testamentum fecerat monumentum sibi fieri voluisse, quaerebant heredes, cuiusmodi monumentum se facere oporteret et, si ob eam rem nullum monumentum fecissent, quia non repperirent, ad quod exemplum facerent, num poena tenerentur. respondit, si intellegeretur, quod monumentum demonstrare voluisset is qui testamentum fecisset, tametsi in scriptura mendum esset, tamen*

Alfeno no ignoraba la regla jurídica establecida por Quinto Mucio Escévola, en su *liber singularis* Órwn en D. 50.17.73.3 (los herederos no se encontraban obligados a la pena pecuniaria debido a la confusión de la disposición), pero declara una solución alternativa: construir el monumento, no según el modelo propuesto por el testador (que no existe), sino según la riqueza y la *dignitas* del *de cuius*. Si tal propuesta de Alfeno hubiera sido aceptada por toda la jurisprudencia, entonces se habría dado lugar al nacimiento de una nueva *regula iuris*: "si el testador exige, por parte de los herederos, la construcción de un monumento, sin que resulte claro el modelo que debe seguirse, deberá —de todos modos— ser efectuado el mismo, con base en la riqueza y la dignidad del difunto, como sucedería en el caso de la determinación de los gastos derivados en razón del funeral".[17]

Aristón, Labeón y Neracio habrían aplicado entonces la *regula* de Quinto Mucio Escévola de un modo interesante, respecto del esclavo designado heredero, como se observa en Ulpiano, *libro quinto ad Sabinum,* en D. 28.5.9.14.[18] Éste recuerda cómo tales juristas, frente a un error de redacción del testador, que habría causado como consecuencia que la disposición hubiera sido considerada como no escrita, habrían decidido eliminar únicamente la palabra incorporada por error, conservando de tal modo su validez

ad id, quod ille se demonstrare animo sensisset, fieri debere: sin autem voluntas eius ignoraretur, poenam quidem nullam vim habere, quoniam ad quod exemplum fieri iussisset, id nusquam exstaret, monumentum tamen omnimodo secundum substantiam et dignitatem defuncti exstruere debere. (Una persona había escrito en su testamento que se le hiciere un monumento parecido al de Publio Septimio Demetrio en la vía Salaria y que, en caso de que no se realizara, fueran multados los herederos con una gran cantidad de dinero. Puesto que no se encontraba ningún monumento de Publio Septimio Severo, sino únicamente el de Publio Septimio Dama, que probablemente era al que se refería el testador, preguntaban los herederos de qué modo deberían hacer el monumento y si se encontrarían sujetos a la pena si no lo hubieran hecho porque faltaba el modelo correspondiente. Respondió que si se entendiese qué monumento hubiese querido indicar el testador, aunque no se encontrara expresado en la escritura, deberá hacerse como aquel que hubiera querido indicar, pero si hubiera sido ignorada su voluntad, no tenía efectivamente ninguna fuerza la pena porque nunca se sabría a semejanza de cuál había mandado que se hiciere, pero que de todos modos debían levantar un monumento de acuerdo con la riqueza y la voluntad del difunto). El pasaje fue analizado por MAGLIETTA, M., *op. cit.*, p. 3 y ss.

[17] Alfeno habría aplicado el criterio de los gastos funerarios al problema del *monumentum sepulchri*. Sobre este aspecto, Ulpiano, *libro vicensimo quinto ad edictum,* en D. 11.7.12.5: *sumptus funeris arbitrantur pro facultatibus vel dignitate defuncti* (Los gastos del funeral se regulan según las facultades o la dignidad del difunto). Los gastos del monumento podrían entrar en los gastos del funeral, como tratamos de demostrar en una investigación anterior (GONZÁLEZ ROLDÁN, Y., *Il diritto ereditario in età adrianea. Legislazione imperiale e senatus consulta,* Bari, 2014, p. 54 y ss.), si bien este criterio pudo haber cambiado en un periodo posterior.

[18] *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 alguno hubiere escrito así: 'sea libre Estico y después que hubiera sido libre sea heredero', opinan Labeón, Neracio y Aristón que eliminándose la palabra 'después' le competería a Estico al mismo tiempo la libertad y la herencia, cuya opinión a mí también me parece correcta).

y —puesto que este criterio habría sido aceptado por varios juristas, inclusive Ulpiano (*quae sententia mihi quoque vera videtur*); no encontrándose oposición a la misma (al menos así parece)— se habría podido dar lugar a una nueva *regula iuris*.

Otra obra que habría tenido como contenido reglas jurídicas sería los Piqan£ de Labeón; piqanÕj lÓgoj tiene el significado de 'discurso que convence' o 'argumento probable', como recuerda Bretone. El maestro afirma: '*il consiglio è persuasivo perché è competente, ma anche perché è autorevole. In quanto esperto nelle sue tecniche, ma anche perché capace (como politico e come filosofo) di individuarne i fini, il giureconsulto è in grado di suggerire o di imporre la regola del comportamento pratico*'.[19] De esta obra tenemos algunos textos que se encuentran en el Digesto, epitomados por Paulo. En materia hereditaria, podemos citar, por ejemplo, del libro primero, el pasaje que se encuentra en D. 33.7.5: *si cui fundum et instrumentum eius legare vis, nihil interest, quomodo leges 'fundum cum instrumento an fundum et instrumentum an fundum instructum* (Si quieres dejar en legado un fundo y sus utensilios de trabajo, a alguno, no importa de qué modo hayas hecho el legado: si 'el fundo con los utensilios', el 'fundo y los utensilios' o el 'fundo provisto de utensilios'). Esta afirmación hecha por Labeón, respecto al legado del *instrumentum,* habría tenido como finalidad explicar que la terminología diferente usada en su tiempo tenía el mismo significado. Tal criterio, que seguramente fue válido en un momento histórico, no fue seguido en el transcurso del periodo clásico. Con este ejemplo queremos demostrar que una regla jurídica válida en un determinado periodo habría informado de la realidad existente en aquel preciso momento, pero los cambios de perspectiva de la jurisprudencia posterior habrían podido eliminar su eficacia.

[19] BRETONE, M., "Ricerche Labeoniane PIQANA", en *La parola del passato*, 28, 1973, p. 170 y ss., en tal investigación, el maestro demuestra cómo el discurso labeoniano asume algunas veces 'un andamento teoretico, analogico o sillogistico'; no está de acuerdo con la tesis anterior TALAMANCA, M., "I 'Pithana' di Labeone e la logica stoica", en *IURA*, 26, 1975, p. 1 y ss.; BRETONE, *Tecniche... op. cit.*, p. 361, responde a las objeciones de Talamanca.

3. Concepto de *regula* en Paulo y en los libros *regularum* en la jurisprudencia de los siglos II y III d.C.

Un concepto de *regula* se encuentra afirmado por Paulo, *libro sexto decimo ad Plautium*, en D. 50.17.1:[20]

> *Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum.*
>
> La regla es la que explica brevemente la cosa tal como es. El derecho no se toma de la regla, sino que la regla se hace con arreglo al derecho que existe. Así pues, por medio de una regla se hace una breve narración de las cosas y, como dice Sabino, es como un compendio de la causa que apenas se encuentra viciada en algo, pierde su eficacia.

Una regla describe brevemente el estado de las cosas (*Regula est, quae rem quae est breviter enarrat*); esto explicaría la razón del porqué, en los libros *regularum,* encontramos también definiciones. Así pues, describir el estado de un concepto significa determinar sus propios confines. La afirmación de Paulo —que una regla no expresa el derecho vigente, sino que es el derecho vigente de donde se construye la regla (*non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*)— tiene como finalidad simplemente subrayar la importancia de la realidad jurídica en su formación. La *regula* solo proporciona una visión estática del derecho en un momento histórico determinado, pero el *ius,* por su propia naturaleza, es dinámico y podría cambiar de un momento a otro. Por ejemplo, el pasaje de Labeón, *libro primo piqanîn a Paulo epitomatorum,* en D. 33.7.5, habría declarado que el uso de terminología diferente correspondería al mismo concepto. Tal regla identificada por Labeón perdería completamente su eficacia cuando la jurisprudencia proporcionará un significado diferente al *fundus instructus* del *fundus cum instrumentum*; por tal motivo, cuando la regla ya no encuentra confirmación en el derecho vigente, pierde su validez.[21]

[20] No conocemos el contexto en el que Paulo habría enunciado el concepto de regla, sobre todo porque el libro décimo sexto *ad Plautium* habría tratado el problema de las manumisiones, por ello, también Lenel, *op. cit.*, p. 1173, menciona ignorar el contexto de tal afirmación. En el mismo sentido Cannata, C. A., *rec.* Schmidlin, *op. cit.*, p. 182. Wacke, A., "Brocardi giuridici e assimilazione dei diritti nazionali europei", en *Scritti per G. Franciosi,* 4, Napoli, 2007, pp. 2826 y ss., habla de una 'regola delle regole' o bien de una 'meta-regola'.

[21] Correctamente, M. Bretone, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari, 2003, p. 290, considera que en este concepto de regla, Paulo, recordando a Sabino, reconocía a todo enunciado reglamentario únicamente un carácter auxiliar en el desarro de enunciados jurídicos y declara que probablemente Neracio habría mirado las cosas en modo diferente, concluyendo con una pregunta sin respuesta: 'Ma fino a che punto?'. Nuestra respuesta sobre el argumento se puede deducir más adelante en la presente

Mediante la regla se transmite una breve descripción de una situación o realidad jurídica (*per regulam igitur*[22] *brevis rerum narratio traditur*) y, como afirmó Sabino, tendría como finalidad efectuar una descripción que resume los aspectos fundamentales del caso concreto (*et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est*).[23] Apenas ésta se muestra ineficaz en alguna de sus partes, pierde su fuerza (*quae simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum*). La regla permite conocer en modo abstracto el resultado de la experiencia de los juristas en relación con los casos prácticos, encontrándose un común denominador, como adecuadamente afirma Kaser.[24] El problema consiste en determinar en qué momento preciso la *regula* perdería su eficacia, pues cada vez que se reduce su campo de aplicación ésta podría continuar y sobrevivir eternamente.[25] Desde el momento en que resulta evidente su falta de validez, porque no es aceptada por la jurisprudencia posterior, la regla dejaría de tener valor, como afirma Sabino (por ejemplo, el caso ya citado en D. 33.7.5).

La primera obra de reglas jurídicas denominada de este modo fue hecha por Neracio. Probablemente quedó dividida en quince libros, de los cuales

investigación: Neracio acepta el pensamiento sabiniano como se demostraría en el contenido de los *Regularum libri XV.* Las diferencias entre el pensamiento de Labeón y de Sabino respecto a la *regula* fue considerado por Stein, P., "Sabino contro Labeone: due tipi di pensiero giuridico romano", en *BIDR,* 80, 1977; tesis aceptada por Doria, Masi, *op. cit.*, pp. 34 y ss.

[22] Justamente Schmidlin, B., *Die römischen Rechtsregeln*, Wien, 1970, p. 12, observa que la función del término *igitur* (entonces, para concluir) sería el de proporcionar una conclusión, efectivamente la frase *per regulam igitur brevis rerum narratio traditur* es la repetición de la primera idea mencionada por Paulo al inicio del pasaje: *Regula est, quae rem quae est breviter enarrat.* Nörr, *Spruchregel und Generalisierung,* cit. 21, identifica las palabras con las que los juristas habrían podido referirse a una regla por ejemplo Juliano, *libro quadragesimo quarto digestorum* en D. 41.3.33.1 y D. 41.5.2.1 usa los términos *volgo respondetur* (generalmente se responde) y Paulo, *libro quinqugensimo quarto ad edictum* en D. 41.2.3.19: *a veteribus praeceptum est* (se determino por los antiguos).

[23] En este sentido Schmidlin, *op. cit.*, p. 12 y Wacke, *op. cit.*, p. 2826; efectivamente, este sería el significado de *causa coniectio* en el pasaje de Gayo, 4.15, en donde el jurista explica que las partes en la fase *apud iudicem* antes de ser tratada la controversia explicaban al juez el problema en modo sintético y esto era denominado *causae coniectio*, como si fuera una especie de síntesis de la controversia… (*Deinde cum ad iudicem venerant, antequam apud eum causam perorarent, solebant breviter ei et quasi per iudicem rem exponere: quae decebatur causae coniectio, quasi causae suae in breve coactio*).

[24] Kaser, M., *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode,* Wien- Köln, p. 147 y ss. Según nuestra opinión, la regla nace del siguiente modo: un problema jurídico podría encontrar diferentes soluciones (x, y, z) y cada jurista habría podido escoger una de estas argumentando la *ratio* de tal decisión. Si en el transcurso del tiempo las soluciones 'x' y 'y', propuestas por los juristas que ya no se encontraban en vida, no encontrasen aprobación en la jurisprudencia en un momento histórico determinado, quedaría como único criterio 'z', ya que sería el más adapto al caso específico. La regla sería la solución 'z' formulada en una frase simple de fácil recuerdo y repetida por los juristas posteriores cada vez que encontrara aplicación en un responso.

[25] Efectivamente, como habrían dicho los juristas medievales, *exceptio firmat regulam.* Sobre este argumento, Nitsch, C., "Exceptio firmat regulam. Un contributo sul ragionamento giuridico", en *Studii in O. di L. Labruna,* 6, Napoli, 2007, pp. 3787 y ss.

únicamente llegaron al Digesto siete pasajes.[26] Este género literario encontrará una gran difusión en la jurisprudencia posterior, ya que otros juristas[27] hicieron obras con el mismo título: Pomponio, *Regularum liber singularis;*[28] Gayo, *Regularum libri III;*[29] *Regularum liber singularis;*[30] Cervidio Escévola, *Regularum libri IV;*[31] Paulo, *Regularum liber singularis;*[32] Licinio Rufino, *Regularum libri XII;*[33] Marciano, *Regularum libri V*[34] y Modestino, *Regularum libri X.*[35]

[26] LENEL, *op. cit.*, p. 774, declara no conocer el orden seguido en esta obra por falta de elementos que permitan su reconstrucción. Los textos que seguramente pertenecían a ésta son: del libro tercero, D. 26.1.18 y D. 26.3.2; del libro cuarto, D. 8.3.2; del libro quinto, D. 41.1.15 y D. 41.3.40; del libro sexto, D. 41.1.13 y del libro décimo, D. 30.118.

[27] Sobre este argumento, ver SCHMIDLIN, *op. cit.*, pp. 120 y ss. CANNATA, *op. cit.*, p. 181, explica que las *regulae* del tipo contenido en los *libri regularum* son 'proposizioni nelle quali il carattere di regola non dipende dal contenuto, ma dal modo in cui la proposizione è costruita…soluzioni casistiche enunciate in forma regolare, che non pretendono valore universale, ma attendono universale consenso, che non si considerano poste come norme, ma proposte, ad opera del singolo giurista che le enuncia, como conclusioni da acquisire'.

[28] Se encuentran en el Digesto siete pasajes: D. 8.1.17, D. 12.2.41, D. 44.7.24, D. 28.1.16, D. 29.2.63, D. 35.1.35, D. 49.17.10, *cfr.* LENEL, *op. cit.*, p. 85 y ss.

[29] Los compiladores incluyeron en el Digesto únicamente dos pasajes: del libro primero, en D. 50.17.100 y del libro tercero, D. 47.10.43, *cfr. Id.*, p. 251.

[30] Se encuentra solamente D. 1.7.21, *cfr. id.*, p. 251.

[31] Los *regularum libri IV* di Escévola es una de las obras del siglo II d.C, que sobre la materia encuentra más pasajes en el Digesto; así, del libro primero, D. 8.6.20,22,24, D. 23.2.54, D. 4.6.45, D. 50.7.6, D. 27.1.22, D. 50.4.5; del libro segundo, D. 38.4.7; del libro tercero, D. 50.5.3; del libro cuarto, D. 22.5.8, D. 48.4.4, D. 47.10.38, D. 48.5.15, D. 48.6.2, D. 48.7.2, D. 38.10.7, D.48.9.2, D. 48.11.2, D. 49.5.2, *cfr. id.*, p. 285 y ss.

[32] Existen algunos pasajes: D. 3.1.10, D. 19.2.38, D. 22.1.30, D. 24.1.43, D. 40.1.9, D. 42.5.32, D. 49.5.3, D. 49.16.10, *cfr. id.*, p. 1223.

[33] Los compiladores incorporaron estos textos en el Digesto: del libro primero, D. 23.2.51, D. 40.7.32 y D. 41.3.25; del libro segundo, D. 22.5.6, D. 28.5.75 y D. 50.17.210; del libro tercero, D. 1.16.15; del libro cuarto, D. 5.1.38, D. 31.62, D. 34.4.21; del libro quinto, D. 40.5.16; del libro sexto, D. 24.1.41; del libro séptimo, D. 50.16.155; del libro octavo, D. 18.1.70, D. 44.7.58; del libro décimo, D. 50.16.156; del libro décimo segundo y décimo tercero, D. 42.1.34; *cfr. id.*, p. 559 y ss.

[34] Los compiladores incorporaron una gran cantidad de textos de esta obra: del libro primero, D. 30.119, D. 40.4.26, D. 47.11.4, D. 48.22.5; del libro segundo, D. 4.3.36, D. 4.6.46, D. 4.8.51, D. 26.8.15, D. 28.2.32, D. 28.5.39, D. 29.2.55, D. 29.7.7, D. 34.5.15, D. 36.1.35, D. 39.6.26, D. 42.6.7, D. 46.3.44, D. 49.16.11, D. 49.18.3; del libro tercero, D. 8.1.1, D. 8.2.35, D. 12.4.13, D. 12.6.40, D. 19.5.25, D. 18.1.44, D. 23.3.52, D. 25.2.25, D. 33.4.5, D. 44.4.10, D. 28.5.52, D. 30.121, D. 33.9.2, D. 34.5.16, D. 34.5.18, D. 36.4.7, D. 38.5.2, D. 40.2.10, D. 41.2.43, D. 46.3.46; del libro cuarto, D. 1.8.8, D. 4.8.52, D. 9.2.16, D. 11.3.17, D. 12.3.5, D. 13.7.32, D. 18.1.45, D. 21.1.52, D. 22.1.32, D. 23.2.58, D. 37.5.20, D. 40.2.14, D. 40.5.53, D. 40.5.55, D. 46.1.23, D. 46.3.47, D. 47.2.63; del libro quinto, D. 1.7.31, D. 1.7.33, D. 8.5.19, D. 11.5.3, D. 15.1.40, D. 26.5.10, D. 27.1.27, D. 34.9.3, D. 37.4.15, D. 39.6.27, D. 40.8.5, D. 42.5.34, D. 44.3.9, D. 48.4.5, D. 48.13.6; *cfr. id.*, p. 680 y ss.

[35] Muchos textos de esta obra llegaron al Digesto. Un pasaje de ésta se encuentra también en los *Scholia Sin.* 13: del libro primero, D. 1.3.7, D. 1.3.40, D. 31.31, D. 34.5.27, D. 40.1.16, D. 40.9.19, D. 38.1.31, D. 23.2.1, D. 23.2.24, D. 48.5.35, D. 24.2.10, D. 23.3.26, *Scholia Sin.* 13, del libro segundo, D. 1.7.1,4, 8,41, D. 7.8.21, D. 23.2.25, D. 44.7.52, D. 45.2.1, D. 46.1.39, D. 46.4.1; del libro tercero, D. 12.6.49, D. 2.14.3, D. 20.1.23, D. 17.2.4, D. 44.7.53 pr., D. 46.3.74, D. 50.1.34, D. 50. 11.1, D. 2.13.11, D. 3.3.64, D. 44.7.53.1, D. 46.1.40, D. 49.15.4; del libro cuarto, D. 4.8.48, D. 20.5.8, D. 22.1.40, D. 22.2.3, D. 22.3.24; del libro quinto, D. 1.18.18, D. 18.1.62 pr., D. 20.1.24, D. 18.1.62.1, D. 41.3.18, D. 49.14.8, D. 2.14.34, D. 18.1.62.2, D. 44.7.54, D. 48.18.13; libro sexto, D. 1.9.3, D. 40.1.17, D. 37.14.8, D. 38.8.7, D. 40.8.2, D. 46.6.7, D. 48.8.11, D. 4.8.38, D. 50.6.5; del libro séptimo, D. 1.5.21, D. 40.11.5, D. 24.1.27, D. 41.1.52, D. 45.3.35, D. 50. 5. 14, D. 50.7.16, D. 50.16.102; del libro octavo, D. 47.21.1, D. 48.5.36, D. 48.7.6, D. 48.8.12, D. 48.10.27, D. 22.5.2, D. 22.5.7, D. 29.5.17, D. 48.18.14, D. 50.16.103, D. 48.19.23, D. 49.1.17, D. 49.3.3, D. 50.7.17, D. 50.8.10, D. 50.17.196, D. 20.1.25, D. 20.5.6, D. 45.1.100, D. 46.3.75; del libro noveno, D. 37.14.9, D. 28.1.28, D. 28.7.25, D. 29.1.32, D. 10.3.17, D. 7.1.52, D. 31.9, D. 31.32, D. 32.82, D. 34.2.9, D. 34.3.19, D. 35.2.58, D. 40.5.13, D. 40.7.26, D. 29.5.18, D. 38.17.3-4, D. 4.6.32, *cfr.* LENEL, *op. cit.*, pp. 732 y ss.

4. NERACIO Y LA REGLA JURÍDICA

Neracio, además de afirmar reglas jurídicas en su obra, las aplicó en la solución de los casos, como se observa en sus libros *membranarum* y en sus responsos. En el libro primero *membranarum,* en D. 28.5.55(54), el jurista menciona una *regula* aceptada por toda la jurisprudencia: ya que un esclavo podría volverse heredero testamentario, el primer testamento hecho anteriormente quedaría sin efectos al existir, en el segundo, la institución de heredero (*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*).

En el mismo libro, en D. 47.2.65(64), si bien el jurista enuncia una regla no aceptada por todos (*…ut maxime quis existimet, si servus esse coeperit eius, cui furtum fecerat…* y si alguno singularmente estimara que, si el esclavo hubiere comenzado a ser de aquel a quien le había hecho el hurto), parecería aceptable pensar que, a partir de él, la jurisprudencia no habría tenido dudas que el legatario (honorado *per vindicationem*) se volvería titular de la *res* después de la *aditio* del heredero, sin que hubiera existido una intermediación entre el derecho del testador y el honorado (*recta via*) y consecuentemente la cosa legada no habría jamás entrado en el patrimonio del heredero. Tal regla es aceptada por toda la jurisprudencia posterior. Por ejemplo, Papiniano, *libro primo definitionum,* en D. 31.80: *Legatum (per vindicationem) ita dominium rei legatarii facit, ut hereditas heredis res singulas. quod eo pertinet, ut, si pure res relicta sit et legatarius non repudiavit defuncti voluntatem, recta via dominium, quod hereditatis fuit, ad legatarium transeat numquam factum heredis* (El legado hace del legatario el dominio de la cosa, así como la herencia hace del heredero cada una de las cosas; de lo cual resulta que si la cosa hubiera sido dejada puramente y el legatario no repudió la voluntad del difunto, el dominio que fue de la herencia pasa directamente al legatario sin haberse hecho nunca del heredero).

En referencia a la *exceptio doli,* en el libro cuarto *membranarum,* en D. 44.4.11.1, Neracio habría declarado: *In universum autem haec in ea re regula sequenda est, ut dolus omnimodo puniatur, etsi non ali cui, sed ipsi, qui eum admisit, damnosus futurus erit* (Por lo general se ha de seguir en este aspecto esta regla, que en absoluto sea castigado el dolo si no es perjudicial para otro, sino para el mismo que lo cometió).

En el libro séptimo *membranarum,* en D. 44.2.27,[36] Neracio explica los criterios guías necesarios para determinar si en la aplicación de la *exceptio rei iudicatae* la cuestión corresponde al mismo problema (*eadem res*): el primero sería aquello de la identidad entre las personas (*personae*), el actor y el demandado serían los mismos en el primer y en el segundo juicio, la controversia sería idéntica a la primera (*id ipsum de quo agitur*), así como la razón por la que se habría ejercitado la acción en el juicio (*causa proxima actionis*). Según nosotros, la identificación de tales criterios efectuada por Neracio, respecto a la *exceptio rei iudicatae,* podrían considerarse una *regula iuris,* ya que los mismos fueron propuestos nuevamente por otros juristas (con terminología diferente). Por ejemplo, Paulo, *libro septuagesimo ad edictum,* en D. 44.2.12 y D. 44.2.14 pr.[37]

En relación con el legado de usufructo, en diferentes pasajes que probablemente corresponden a los libros *responsorum,* Neracio aplica reglas jurídicas. Es el caso de aquella recordada por Ulpiano, *libro octavo decimo ad Sabinum,* en D. 7.6.1.1: *usus fructus legatus adminiculis eget, sine quibus uti frui quis non potest* (el legado de usufructo necesita de los accesorios sin los que no puede uno beneficiarse del usufructo). Así considerado por el jurista de la edad de Trajano, como recuerdan Ulpiano, *libro septimo decimo ad edictum,* en D. 8.5.2.2,[38] y Paulo, *libro primo manualia*, texto que se encuentra en Vat. 54.[39] El usufructuario no tendría la facultad de modificar el objeto del cual goza para obtener un beneficio mayor, como se observa en el texto de Neracio, *libro secundo responsorum* en D. 7.1.61.[40]

Greiner[41] niega que Neracio haya sido el autor de las *Regulae* porque, según su opinión, no existirían razones por las que el jurista hubiera tratado, en el libro sexto de esta obra, en D. 41.1.13 pr,[42] un problema de posesión obtenido de una *res* (de la cual había sido adquirido el dominio mediante usucapión) gracias a una compraventa hecha mediante un procurador sin que fuera de su conocimiento el titular (argumento referido también en su libro séptimo *membranarum,* en D. 41.3.41). Tal cuestión controvertida no encontraría razón, según el investigador, en una obra de reglas jurídicas. Sobre el mismo punto, Bona también piensa en una anomalía.[43]

Según nosotros, si bien es cierto que el argumento habría podido ser motivo de *ius controversum* y, por esto, no podría ser recibido en un libro de reglas jurídicas, no parece que tal controversia jurisprudencial hubiera sido motivo de discusión todavía en la edad antonina, para ello basta observar cómo el jurista, en el libro séptimo *membranarum,* en D. 41.3.41, analiza un problema en donde la adquisición de la posesión mediante procurador ya no resultaría ser una controversia jurídica. Confirmando tal hecho, Neracio inicia la frase con el término '*quamvis*' y termina con '*conveniat*': *quamvis per procuratorem possessionem apisci nos iam fere conveniat* (aunque de ordinario esté ya convenido que adquirimos la posesión mediante procurador).

[36] *Cum de hoc, an eadem res est, quaeritur, haec spectanda sunt: personae, id ipsum de quo agitur, causa proxima actionis. nec iam interest, qua ratione quis eam causam actionis competere sibi existimasset, perinde ac si quis, posteaquam contra eum iudicatum esset, nova instrumenta causae suae reperisset* (Cuando se cuestiona si la cosa es la misma, se ha de considerar esto: las personas, lo mismo de qué se trata y la causa póxima de la acción; porque ya no importa por qué razón haya estimado uno que le compete esta causa de la acción, lo mismo que si alguno hubiese hallado nuevos instrumentos para su causa después que se hubiese juzgado contra él).

[37] *Cum quaeritur, haec exceptio noceat nec ne, inspiciendum est, an idem corpus sit* (Cuando se pregunta si perjudicará o no esta excepción, se ha de ver si la cosa corporal fuera la misma), *et an eadem causa petendi et eadem condicio personarum: quae nisi omnia concurrunt, alia res est...* (y la misma causa de pedir, y la misma la condición de las personas, y si no concurren todas estas circunstancias la cosa es distinta).

[38] *Recte Neratius scribit, si medii loci usus fructus legetur, iter quoque sequi (per ea scilicet loca fundi, per quae qui usum fructum cessit constitueret) quatenus est ad fruendum necessarium: namque sciendum est iter, quod fruendi gratia fructuario praestatur, non esse servitutem, neque enim potest soli fructuario servitus deberi: sed si fundo debeatur, et ipse fructuarius ea utetur* (con razón escribe Neracio, que si se hubiera dejado en legado un usufructo de un lugar intermedio, es incluido además el pasaje por aquellos lugares del fundo por los que lo habría constituido el que cedió, en cuanto es necesario para el disfrute de él. Porque es notorio que el pasaje que se concede al usufructuario para que goce de su derecho no es una servidumbre, ya que no puede deberse servidumbre únicamente al usufructuario, pero en el caso en que se debiera al fundo también, el mismo usufructuario usaría de ella).

[39] *Sicut legato usu fructu loci sine servitute iter quoque per loca testatoris debetur, ita in iure cessio iter quoque contineri Neratius scribit.* (Neracio escribe la existencia del deber de conceder al usufructuario el pasaje a través de los otros terrenos y, además, extendió tal obligación a quien, utilizando la *in iure cessio,* habría querido constituir un usufructo).

[40] *Usufructuarius novum rivum parietibus non potest inponere. aedificium inchoatum fructuarium consummare non posse placet, etiamsi eo loco aliter uti non possit, sed nec eius quidem usum fructum esse: nisi in costituendo vel legando usu fructu hoc specialiter adiectum sit, ut utrumque ei liceat.* (El usufructuario no puede incorporar nuevos canales en las paredes. Se estableció que el usufructuario no puede tampoco concluir el edificio comenzado a pesar de que de tal lugar no pudiera hacer uso en modo diferente, aunque ciertamente en tal caso no existiría ni siquiera usufructo de esto, siempre y cuando al constituirse o dejarse el legado del usufructo no se hubiera incluido la disposición en tal sentido).

[41] Greiner, *Opera Neratii. Drei Textgeschichten*, pp. 129 y ss.

[42] *Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo eique sit tradita meo nomine, dominium mihi, id est proprietas, adquiritur etiam ignoranti.* (Si un procurador hubiere comprado para mí una cosa por mandato mío y le hubiera sido entregada en mi nombre, se adquiere para mí el dominio, esto es, la propiedad, aún ignorándolo yo).

[43] Bona, F., en su reseña a la obra de Greiner, en *SDHI*, 40, 1974, p. 512.

De este modo se identifica la existencia de una regla en la que, obtener la posesión mediante procurador, habría producido como consecuencia jurídica la adquisición de la propiedad mediante usucapión, inclusive sin que lo supiera el mismo titular.

El segundo argumento de Greiner para negar el origen clásico de las *Regulae* de Neracio se encuentra fundamentado en una confrontación con la obra institucional de Gayo, de donde resultaría la existencia del mismo orden sistemático de las materias tratadas. Bona, si bien acepta los resultados del autor, por lo que se refiere a la confrontación con la obra gayana, no considera postclásica las *Regulas* y propone la tesis de que Neracio efectivamente habría escrito los *libri regularum,* pero considera que el orden del material habría sido efectuado en la edad postclásica, según el esquema institucional de Gayo. Sobre el argumento, Knütel[44] no cree en la posición del origen postclásico de las *regulae* y recuerda la opinión de Liebs,[45] quien consideraba que, con toda posibilidad, las *regulae* eran un manual para principiantes, necesario porque el casuismo habría tenido una gran importancia en el *ius civile* y su contenido seguiría un orden sistemático que venía afrontado con poca abstracción; por este motivo, muy probablemente, Neracio habría sido el autor de los *Regularum libri XV*. Efectivamente, sobre este punto aceptamos el pensamiento de Grelle,[46] quien destaca que los *Libri regularum*, en relación con el aspecto sistemático, confirman su convencimiento de que el *ius* pueda ser reducido a un sistema racional de *regulae*, que la jurisprudencia elabora y conserva. Según nuestra opinión, tanto el contenido como el orden de la obra neraciana es clásico. El jurista, al tratar los argumentos, siguió simplemente un esquema tradicional existente en la edad antonina, como lo demostrarían las Instituciones de Gayo.

Según nuestra opinión, el orden, así como el contenido de la obra neraciana es clásico y el jurista al tratar los argumentos siguió simplemente un esquema tradicional existente en edad antonina como demostrarían las Instituciones de Gayo.[47]

La *ratio* por la que Neracio habría hecho un libro de reglas jurídicas se encuentra en el famoso texto del libro quinto *membranarum,* en D. 22.6.2, al mencionar que el derecho puede y debe ser *finitum* (*...cum ius finitum*

[44] Knütel, R., en su reseña de la obra de Greiner, en *Iura,* 25, 1974, pp. 156 y ss.

[45] Liebs, D., "Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat", en *ANRW,* II, 15, 1976, pp. 217 y 225 y ss.

[46] Grelle, F., *L'Autonomia cittadina fra Traiano e Adriano*, Napoli, 1972, p. 135.

[47] La paternidad del modelo seguido por Gayo fue motivo de discusión por parte de la doctrina. Sobre tal aspecto, ver Arangio-Ruiz-A. Guarino, V., *Breviarum Iuris Romani,* Milano, 1989, p. 5, con bibliografía en la n. 17.

et possit esse et debeat). Así, para determinar las fronteras del *ius,* resulta necesario presentar todos los utensilios del mismo (*instrumenta*), de los que forma parte, como serían las reglas generales con excepciones,[48] definiciones;[49] criterios válidos en su momento histórico pero que anteriormente pudieron haber sido motivo de *ius controversum,*[50] o uso de terminología utilizada en su tiempo en la constitución de una disposición testamentaria.[51] En esta obra, Neracio explica únicamente el derecho actual que, en palabras de Scarano Ussani,[52] '*sarebbe un chiaro e significativo richiamo alle strutture materiali storicamente definite e logicamente determinate e determinabili*'. Parecería no interesarle aspectos del pasado, ya que, del material que tenemos a disposición, falta todo recuerdo del derecho no vigente. Tal situación

[48] En el libro tercero *regularum,* en D. 26.1.18 y D. 26.3.2: *Feminae tutores dari non possunt* (No pueden ser nombradas tutores las mujeres) o *Mulier liberis non recte testamento tutorem dat: sed si dederit* (La mujer no nombra correctamente un tutor en su testamento a sus hijos, pero si lo hubiera dado)

[49] Una *definitio* hecha mediante *partitio* (como recuerda Cicerón, *Topica* 5.28: *Atque etiam definitiones aliae sunt partitionum, aliae divisionum; partitionum, cum res ea, quae proposita est, quasi in membra discerpitur...*) la encontramos en el libro cuarto *regularum,* en D. 8.3.2 pr, cuando identifica los tipos de servidumbre de los fundos rústicos: *Rusticorum praediorum servitutes sunt licere altius tollere et officere praetorio vicini, vel cloacam habere licere per vicini domum vel praetorium, vel protectum habere licere* (Son servidumbres de los predios rústicos: que sea lícito levantar más alto y perjudicar el fundo del vecino o que sea lícito tener una cloaca por la casa del vecino o que atraviese su fundo o que sea lícito tener un techo que haga sombra). Debemos hacer notar la dificultad de incluir en el concepto de regla la *definitio* como contrariamente habría hecho Schmidlin, *op. cit.*, p. 163 y ss., ya que basta recordar el origen de las palabras para darnos cuenta que la *definitio,* bajo el aspecto material, era un primer elemento en la producción agrícola: 'determinar los confines', mientras que la *regula* era un instrumento necesario en un segundo momento, para indicar los zurcos, como hicimos referencia al inicio de la presente investigación. Efectivamente, la definición es el primer paso del método dialéctico recordado por Cicerón, *Brutus* 41.152-153 y 42 y formulado por el jurista en manera individual; no se requiere de una aprobación general (un *consensus universorum*), ya que podría no ser aceptada por todos. Por ejemplo, un jurista habría podido establecer una *definitio* hecha mediante *partitio* y dentro de las *partes* afirmar la existencia de diferentes tipos, mientras que otro jurista habría podido incorporar más *partes* o eliminar algunas. Sobre este aspecto, Cicerón en *Topica*, 8.33 observa: *formarum enim certus est numerus, quae cinque generi subiciuntur; partium distributio saepe est infinitior...* En conclusión, la determinación de la regla necesita de una aceptación de la jurisprudencia en un determinado momento histórico, mientras que la *definitio* es únicamente un concepto personal de un aspecto de derecho que podría no ser aceptado por otros juristas. Si Neracio incorporó en su libro de reglas jurídicas alguna definición, no es porque el jurista considerara la *definitio* una regla. La *ratio* podría encontrarse en su particular interés de delimitar el derecho como habría escrito en el libro quinto *membranarum,* en D. 22.6.2: *...cum ius finitum et possit esse et debeat...*; ciertamente, en tal prospectiva, una *definitio* resultaría indispensable para delimitar las fronteras del argumento de donde se deberá determinar la regla aplicable. Más críticas a la posición de Schmidlin fueron hechas por Carcaterra, A., *op.cit.*, p. 450.

[50] En el libro sexto *regularum,* en D. 41.1.13 se trata el problema de la posesión obtenida de una *res* (de la cual fue adquirido el dominio mediante usucapión) gracias a una compraventa hecha por un procurador sin que lo hubiera sabido su titular, como ya habíamos hecho mención en esta investigación.

[51] En el libro décimo *regularum,* en D. 30.118, en relación al uso de las palabras necesarias para la constitución de un fideicomiso.

[52] Scarano Ussani, V., *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso,* Napoli, 1979, pp. 58 y ss.

podría hacer pensar que el concepto de *regula* de Paulo, *libro sexto decimo ad Plautium,* en D. 50.17.1, habría tenido como punto de referencia la obra de Neracio, sobre todo porque el jurista severiano conocía su pensamiento, ya que había escrito una obra dedicada al jurista de la edad de Trajano (*ad Neratium libri IV*).

La citación de Sabino al concepto de regla de Paulo probablemente se debe al hecho de que Neracio estaba de acuerdo con el representante de la escuela sabiniana cuando dice que la *regula* se volvería ineficaz si alguna de sus partes perdiera su fuerza (*quae simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum*). Efectivamente, como dijimos anteriormente, los textos de Neracio se refieren únicamente al derecho vigente y no tienen como finalidad encontrar las *rationes* de los fundamentos del sistema jurídico, ya que el mismo jurista, en el libro sexto *membranarum,* en D. 1.3.21, evitando una visión crítica sobre tal aspecto, muestra su prudencia al no cambiar diferentes elementos importantes del pasado que ya no resultarían evidentes en el presente (*et ideo rationes eorum quae constituuntur inquiri non oportet: alioquin multa ex his quae certa sunt subvertuntur*).[53]

El *ius controversum* no puede ser tomado en consideración en este lugar porque Neracio tiene como tarea identificar las certezas del ordenamiento jurídico bajo una cierta abstracción y separando así las reglas con relación al caso concreto. Sobre este aspecto, podemos recordar las palabras de Nörr[54] cuando dice que este tipo de derecho es contemporáneamente inestable, ya que se encuentra en una continua discusión.[55]

[53] Grelle, F., *op. cit.*, pp. 135 y ss. y 164, considera los términos *quae constituuntur* una referencia implícita a las constituciones imperiales. Posición aceptada por Masiello, T., *Corso di Storia del Diritto Romano,* Bari, 2008, pp. 178 y ss. Contrariamente, Scarano Ussani, V., *op. cit.*, p. 59, n. 110, justamente afirma: 'il *quae constituuntur* doveva, per Nerazio, individuare l'ordinamento, nella pluralitá delle sue fonti, cosí come erano venute ponendosi storicamente'. El investigador, además, (p. 60 y ss.) da una explicación del porqué Neracio habría sido contrario al análisis de las antiguas instituciones: 'atteggiamenti intellettuali di tipo neoaccademico o addirittura neopirronistico, che cominciavano a fiorire nella cultura coeva, nei circoli colti della capitale e anche presso giuristi contemporanei'.

[54] Nörr, D., *Rechtskritik in der römischen Antike,* München, 1974, pp. 16 y ss.

[55] Esto no significa que Neracio hubiera ignorado el *ius controversum* en sus obras, es más, el jurista se confronta con el pensamiento opuesto dando su punto de vista. Evidentemente, este tipo de problemas se encuentra fuera de su obra, en donde identifica reglas jurídicas. Ejemplos de textos en donde Neracio afronta la controversia jurisprudencial se observan en su libro tercero *membranarum,* en D. 40.7.17, en donde el jurista responde con una *deductio ad absurdum* a aquella parte de la jurisprudencia que habría aceptado la posibilidad del cumplimiento de la condición 'Si le dieras diez monedas al heredero ordeno que serás considerado libre' (*'Si decem heredi dedisset, iussus est liber esse'*) con dinero no obtenido de los beneficios del esclavo en la administración del peculio. En el libro quinto de la misma obra, en D. 30.124, Neracio propone la aplicación de una tesis de la escuela proculeyana en materia de designación nominativa en relación al legado *per damnationem* para la repartición interna de los gastos entre los herederos. Esta propuesta se encontraría en contraste con la tesis sabiniana, como se observa en Paulo, *libro octavo ad Plautium,* en D. 45.2.17. Si bien es cierto el *ius controversum* es

Según Cannata,[56] la vía ideal para una investigación sobre el método de los juristas romanos resulta ser el estudio de las reglas jurídicas, ya que la regla es un instrumento operativo especial del jurista; no de uno en específico sino algo común a todos.

Una última cuestión que consideramos importante determinar es si en Neracio hubiera sido posible distinguir la función normativa de la regla, de la función descriptiva del estado del *ars boni et aequi.*[57] La respuesta a tal cuestión no puede ser afirmativa porque el jurista, al delimitar las fronteras del *ius* mediante la individualización de reglas jurídicas, informa al mismo tiempo del derecho vigente en el momento histórico en el cual vive. Por ejemplo, cuando afirma en su libro tercero *regularum,* en D. 26.1.18, la prohibición de las mujeres para ser tutoras porque habría sido considerada una tarea de hombres (*Feminae tutores dari non possunt, quia id munus masculorum est*), el jurista habría identificado, con evidentes efectos normativos, la regla aplicable y, además, reconocía el caso de excepción: la atribución del emperador de tal encargo, previa solicitud de la interesada (*nisi a principe filiorum tutelam specialiter postulent*). Neracio, recordando el caso de excepción, no sólamente explicaba el límite de la regla, sino que también analizaba, bajo el aspecto normativo, el requisito necesario para permitir a la mujer ser tutora. Con este ejemplo resulta evidente la dificultad de separar, en la obra neraciana, la función normativa de la regla, de la función descriptiva del estado del *ars boni et aequi.*

contemporáneamente inestabile, no significa que genere incertidumbre, al contrario, proporciona una serie de soluciones que podían ser tomadas abstracta y objetivamente vigentes como bien afirma Talamanca, M., *rec.* Nörr *Rechtskritik in der römischen Antike,* en *BIDR,* 80, 1977, p. 414 yss., situación por la cual si, en los *regularum libri XV,* de Neracio, hubiera sido incorporada una tesis aplicada únicamente por la escuela proculeyana (por ejemplo, el criterio de la ripartición interna de los gastos entre los herederos, en caso de designación nominativa en relación al legado *per damnationem*) no habría causado una sorpresa, pero, como los pocos textos que tenemos a disposición de esta obra, no incorporan ejemplos en este sentido, parecería más probable que el jurista hubiera decidido excluir en esta obra todos los casos en donde no hubiera existido una *communis opinio* de la jurisprudencia vigente.

[56] Cannata, *rec.* Schmidlin, *op. cit.*, p. 180, tesis aceptada por Giuffrè, «*Regulae iuris*» *e metodi della «scientia iuris». Prospettive di approfondimenti*, cit. 11.

[57] Problema que se cuestiona Giuffrè, *op. cit.*, p. 18, 'puó e deve distinguersi, per la mentalitá piú antica, una funzione normativa della *regula* da una funzione soltanto descrittiva dello stato dell'*ars boni et aequi*? Non per caso talune fonti lasciano trasparire una qualche sinonimicitá di *definitio* e di *regula*...' Nörr, *op. cit.*, pp. 23 y ss., explica correctamente que el lenguaje jurídico tiene elementos normativos y descriptivos y, por ello, si bien la regla tiene un estilo descriptivo como modalidad de expresión, la visión de una regla para un jurista habría tenido un valor normativo. En el mismo sentido, Bretone, *op. cit.*, pp. 305 y ss.

EL CONTROL CONVENCIONAL DE LOS INTERESES USURARIOS COMO TEMA RELEVANTE DENTRO DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Ramón Hernández Cuevas

Si prestais a aquellos de quienes esperáis recibir, ¿qué gracia tendréis? También los pecadores prestan a los pecadores para recibir de ellos igual favor.

Martín Lutero

Sumario: I. Introducción. II. ¿Qué es la usura? III. Los intereses legales, tanto en asuntos civiles como mercantiles. IV. El criterio de los tribunales colegiados en torno al interés usurario. V. La interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. VI. La lesión civil. VII. El control convencional de la usura. VIII. El tratamiento de la usura en los fallos judiciales de algunos tribunales colegiados. IX. Comentarios a las resoluciones judiciales. X. Temas relevantes. XI. La agenda pendiente. XII. Conclusiones. Bibliografía.

I. Introducción

Es bien conocido que dentro de los temas que actualmente permean en el ambiente judicial y social, el denominado *control convencional* o de *"convencionalidad"*,[1] de la usura —o más bien, de los intereses usurarios—, en

[1] Dicho término significa una comparación entre el Pacto de San José de Costa Rica y otas convenciones sobre Derechos Humanos a las que el país ha desplegado, con las disposiciones del interno de las naciones adheridas al modelo. Esta denominación fue tilizada por el juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sergio García Ramírez, en el caso Myrna Mack Chang *vs*. Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2003. (Hiters, Juan Carlos. "El control de convencionalidad", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constituional*, p. 191).

particular, es uno relevante. También es sabido que, mediante una práctica ampliamente difundida por muchos años, tanto los particulares como las instituciones bancarias carecían de una regulación racional, ya fuera de tipo legislativo, interpretativo o, incluso, voluntario, en el cobro de intereses pactados en un contrato o título de crédito.

La manera ordinaria (contractual) de pactar intereses, principalmente de mutuos con interés documentados en un pagaré, se volvió una cuestión cotidiana. El impacto económico nocivo causado a los deudores mediante la adquisición de créditos, aunque era un tema conocido por todos, se volvió imperceptible o ignorado; esto es, el cobro de intereses encontró una justificación de hecho, "su aceptación tácita por los deudores", aunado a que se desdeñó su análisis en aras de tutelar la libertad contractual de las personas.

Las causas para solicitar un crédito, ya sea de un particular o bien de una institución de crédito, son muchas: la compra de un vehículo o cualquier mueble, la adquisición de un inmueble, saldar un adeudo, un apuro económico, realizar un negocio, etcétera. La solicitud de un préstamo siempre viene precedida por un estado de necesidad monetario o por el deseo de realizar un proyecto; pero ello, desde luego, no puede estimarse un respaldo suficiente para aprobar el cobro de intereses elevados.

Frente al cobro de un interés costoso, se contrapone como causa de descargo, en favor del acreedor, la existencia de una voluntad contractual; esto es, tanto el deudor como el acreedor, en uso de su libre albedrío, pactan el pago, por tanto, lo legalmente celebrado debe ser cabalmente cumplido. Sin embargo, dicha conducta, bajo nuestra perspectiva, es cuestionable; sin desconocer que la maquinaria que mueve al mundo de los negocios es la utilidad o ganancia, pues sin ésta no existe un fundamento económico que permita el intercambio de bienes y servicios; empero, aun dicho beneficio debe tener como frontera: el lucro.

La exclusión de la explotación del hombre por el hombre, *homine lupus homine*, es un principio social general que, llevado al derecho, busca procribir cualquier tipo de aprovechamiento desmedido. En este contexto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 350/2013, confirió lineamientos generales para los juzgadores y operadores jurídicos, mediante una interpretación conforme a la Constitución, y determinó la inhibición del cobro intereses usurarios. Dicho criterio resulta novedoso y de gran impacto jurídico y económico dentro de nuestra sociedad, que ha permitido, tanto a tribunales de instancia como a los reguladores de la protección de derechos fundamentales, disminuir el porcentaje de la tasa de un interés usurario.

Este artículo busca acercar al lector a los antecedentes de la usura y al control convencional que actualmente ejercen los tribunales judiciales, tanto ordinarios como constitucionales.

II. ¿Qué es la usura?

Para Bentham,[2] sólo es posible la existencia de dos definiciones de la usura:

1. El cobro de un interés mayor al permitido por la ley; que sería la definición política o legal; y
2. El cobro de un interés mayor al acostumbrado entre los hombres; que sería la definición moral y la única que tendría valor sin la intervención de la ley.

En opinión de De Vitoria,[3] hablar de usura significa hablar de la exigencia, en un contrato concreto —el préstamo—, de la devolución de una cantidad mayor a la prestada. Éste sería el ámbito propio de la discusión sobre la usura, de modo que *prestar a usura* sería prestar esperando una cantidad mayor a la entregada. Luego, la usura sería una práctica que rompe la igualdad debida en un contrato de préstamo, es una práctica injusta por consiguiente.

Al respecto, Jiménez Muñoz manifiesta que la usura podrá producirse tanto si los intereses ilícitos son simples como si son anatocísticos.[4] Para dicho autor, la ilicitud que diferencia a la usura (ilícita) de los intereses lícitos radica en la naturaleza abusiva de su exigencia, ya sea por motivos objetivos —cuantía excesiva del tipo de interés, en función de las circunstancias ya subjetivos (circunstancias del prestatario)—, que la fuerzan a aceptar la realización del negocio jurídico usurario.

En palabras del mismo publicista, por usura se entiende, en el lenguaje vulgar, toda operación económica excesiva, dirigida a aprovecharse de la necesidad del prójimo para enriquecerse. Sin embargo, el concepto jurídico es más restringido y se relaciona con el préstamo; de modo que debemos entender por usura el lucro económico de carácter excesivo que se percibe en función de un contrato de mutuo o una operación económica similar. La libertad contractual del prestatario resulta prácticamente eliminada, pues éste

[2] Bentham, Jeremy, *En defensa de la usura*, p. 20.
[3] De Vitoria, Francisco, *Contratos y usura*, p. 56.
[4] Jiménez Muñoz, Francisco Javier, *La usura: Evolución histórica y patología de los intereses*, pp. 61 y 62.

se ve forzado por su necesidad y carece de la capacidad suficiente para aceptar o rechazar las condiciones del préstamo que se le propone: como consecuencia, por el "estado de necesidad" del prestatario, desaparece la igualdad que debe imperar entre los contratantes.

Para Vallés y Pujals,[5] respecto a la usura, debe responderse la siguiente interrogante: ¿Pueden pactarse los intereses del tipo que se quiera o, por el contrario, al exceder determinado tipo han de considerarse abusivos y, por lo tanto, ilícitos? Ésta es la cuestión que aún hoy apasiona y divide; sobre lo cual no hay concordia de pareceres. Es la cuestión de la usura.

El concepto de la conducta usuraria que nos interesa es, desde luego, el que priva dentro del ámbito jurídico. Si bien en el ámbito social es común el intercambio de bienes y servicios y, por ello, se debe dar a cambio, como contraprestación, un pago, el mismo debe ser proporcional al bien o al servicio adquirido, pues es injusto (legal y moralmente) que el pago rebase en extremo al bien o servicio adquirido.

Por tanto, desde mi punto de vista, una aproximación al concepto de usura la definiría como: "Aquella conducta económica observada por el acreedor contra el deudor, que se traduce en el aprovechamiento injustificado, desporporcionado, ventajoso y, en consecuencia, excesivo; operado dentro de la celebración de un contrato o de la suscripción de un título de crédito, para la obtebción de una ganancia abusiva".

Empero, ¿cuál sería el parámetro objetivo para saber cuándo se está en presencia de una conducta lucrativa? Por ejemplo, no es lo mismo cobar el 10% (diez por ciento) de interés cuando se presta un millón de pesos, que cuando el mutuo es por mil pesos. Alguien podría decir que sí, pues en la cuantía del negocio —dependiendo del monto prestado al deudor— se refleja el estatus de la persona. En el ejemplo aludido, resulta obvio que cada deudor tiene una diversa capacidad económica: quien piede un millón de pesos tiene más posibilidad de pagar los intereses, que quien obtiene solamente mil.

El Artículo 21, numeral 3, de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos dispone que "tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley".

Por tanto, la usura debe ser entendida como un provecho abusivo sobre la propiedad de alguna persona. Pero ésta y cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre están prohibidas a la luz de dicho pacto internacional.

[5] Vallés y Pujals, J., *Del préstamo a interés de la usura y de la hipoteca*, p. 80.

De igual forma, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos es un tratado internacional que rige en nuestro país, en conformidad con los párrafos primero, segundo y tercero del Artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de donde se obtienen las siguientes directrices:

1. Los Derechos Humanos son los reconocidos en la Constitución, pero también en los tratados internacionales de los que México es parte.
2. Las leyes ordinarias deben interpretarse en conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales.
3. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los Derechos Humanos, y el Estado debe prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los mismos en los términos que establezca la ley.

Como hemos visto, la usura es una forma de explotación del hombre por el hombre. Al estar prevista su proscripción en un tratado internacional, suscrito por el Estado Mexicano, tal prohibición se torna un Derecho Humano que debe ser respetado, protegido y garantizado por éste.

III. Los intereses legales, tanto en asuntos civiles como mercantiles

El interés civil

El Código Civil Federal, en el Artículo 2395, dispone que el interés legal es el **nueve por ciento anual**. El interés convencional es el que fijen los contratantes, por lo que puede ser mayor o menor que el interés legal. No obstante, cuando el interés sea tan desproporcionado que haga fundadamente creer que se ha abusado del apuro pecuniario, de la inexperiencia o de la ignorancia del deudor, a petición de éste el juez, teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso, podrá reducir equitativamente el interés hasta el tipo legal.

Por su parte, también el Artículo 2395 del código Civil, aplicable en la Ciudad de México, de manera idéntica al anterior, establece que el interés legal es el nueve por ciento anual. Mientras que el interés convencional es el que fijen los contratantes y puede ser mayor o menor que el interés legal; pero

cuando el interés sea tan desproporcionado que haga fundadamente creer que se ha abusado del apuro pecuniario, de la inexperiencia o de la ignorancia del deudor, a petición de éste el juez, teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso, podrá reducir equitativamente el interés hasta el tipo legal.

El interés mercantil

El Artículo 362, primer párrafo, del Código de Comercio establece que los deudores que demoren el pago de sus deudas, deberán satisfacer, desde el día siguiente al del vencimiento, el interés pactado para este caso o, en su defecto, el *seis por ciento anual.*

La disparidad legislativa para uno y otro tipo de intereses obedece, quizá, a que en los negocios civiles, los contratos suelen ser por más tiempo, en cambio, en materia mercantil son menos duraderos; por tanto, en donde se conviene una mayor temporalidad es necesario que exista un mayor margen de ganancia.

Al observar las tasas legales o dispuestas por la ley para el pago de intereses, se puede distinguir que son bastante "honestas", pues para los asuntos civiles es una tasa del 9% (nueve por ciento) anual, que equivale a 0.75% (punto setenta y cinco por ciento) mensual. Mientras que en la materia mercantil es el 6% (seis por ciento) anual y, por ende, el .50% (punto cincuenta por ciento) mensual. De este modo, al tomar como referentes los límites legales, ¿se debe tomar como usurario cualquier porcentaje que los exceda? Dicha interrogante será motivo de una respuesta posterior.

V. El criterio de los tribunales colegiados en torno al interés usurario

La vía penal [6]

Antes del criterio contenido en la jurisprudencia por contradicción de tesis 350/2013, la interpretación hecha por los tribunales colegiados no encontró un punto de acuerdo, pues algún órgano jurisdiccional consideró que el cobro de intereses usrarios sólo podía ventilarse en el ámbito penal, pues si en un

[6] La tesis corresponde al Segundo Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Segundo Circuito, en la tesis Tesis: II. 2o. C. T. 4 C y corresponde a la Octava Época y cuenta con el registro digital 210004.

juicio mercantil el demandado estimaba que el interés pactado era usurario y que con su cobro el actor obtenía un lucro indebido, ello, en todo caso, podría hacerse valer en la vía penal, no en la civil.

La declaración oficiosa de que un interés inconvencional es ilegal [7]

Aquí se expone que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la ejecutoria de la que derivó la jurisprudencia 1a./J. 132/2012 (10a.), de rubro: INTERÉS USURARIO EN MATERIA MERCANTIL. CUÁNDO DEBE CONSIDERARSE QUE EXISTE Y EN QUÉ MOMENTO PROCESAL DEBE ESTUDIARSE. examinó cuándo debe estimarse usurario el interés en materia mercantil y cuáles son las consecuencias de pactar un interés lesivo. Asimismo, resolvió el tema relativo a si las autoridades de instancia están facultadas para analizar oficiosamente la lesividad de los intereses pactados, concluyendo que en atención a los principios de *litis* cerrada y de equilibrio procesal, el juzgador no puede tomar en consideración cuestiones distintas a las que integraron la *litis* del juicio natural, ni introducir algún tema distinto dentro del mismo.

En esta ejecutoria se dio pauta para considerar que en aquellos casos en que la autoridad responsable oficiosamente introduce el tema de la usura y declara inconvencional el pacto de intereses, su actuación resulta ilegal y, por ende, da lugar a conceder el amparo y la protección de la Justicia Federal contra dicha declaratoria.

El pacto de intereses moratorios usurarios es violatorio de Derechos Humanos[8]

Al emitirse este criterio, se expusieron los siguientes planteamintos:

1. La usura, en su sentido gramatical, se define como el interés excesivo en un préstamo.
2. El Artículo 78 del Código de Comercio consagra el principio *pacta sunt servanda*, esto es, lo estipulado por las partes, en cualquier forma que

[7] Esta tesis corresponde al Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito, corresponde a la Décima Época, resistro digital 2005852.

[8] La tesis aislada corresponde al Primer Tribunal Colegiado del Trigésimo Circuito, Tesis XXX.1o.2 C (10a.), Décima Época, con número de registro digital 2001361.

se haya establecido, debe ser llevado a efecto. Empero, esa libertad contractual tiene la limitante prevista en el numeral 77 de la codificación en cita, que se refiere a que tiene que versar sobre convenciones lícitas.

3. La Convención Americana sobre Derechos Humanos —de contenido obligatorio y exigible en México— establece, en su Artículo 21, numeral 3, que la usura y cualquier otra forma de explotación humana por el hombre, deben ser motivo de prohibición legal.
4. Dicha disposición se trata de un derecho fundamental, en virtud de lo dispuesto el Artículo 1° de la Carta Magna. En este orden de ideas, el Artículo 174, segundo párrafo, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito no fija un límite para el pacto de intereses en caso de mora en un título de crédito, pues la voluntad de las partes rige —en principio— para dicho acuerdo; esto en correlación con el mencionado numeral 78 de la codificación mercantil y con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que proscribe la usura.
5. Si bien la legislación mercantil contempla la posibilidad de cobrar intereses por los préstamos, basada en el principio de libre contratación, en atención al contenido de los Artículos 21, numeral 3, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 1° de la Constitución Federal, debe reconocerse la protección al deudor frente a los abusos y la eventualidad en el cobro de intereses excesivos, por constituir usura.
6. Por tanto, permitir que la voluntad de las partes esté sobre dicha disposición convencional sería solapar actos de comercio que conculquen Derechos Humanos.

Los intereses excesivos constituyen usura [9]

Al expedirse este criterio se valoró que, en conformidad con el Artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las autoridades del Estado mexicano tienen la obligación de respetar, proteger y garantizar los Derechos Humanos; en consecuencia, están facultadas para pronunciarse en torno a ese tema, con la limitante, para las autoridades jurisdiccionales, de no hacer declaración de inconstitucionalidad de normas generales, sino sólo inaplicar la norma que consideren se contrapone a la Constitución Federal y a los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos.

[9] La tesis corresponde al Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Décima Época, Tesis I.7o.C.21 C (10a.), con número de registro digital 2001810.

De ahí que, si el Artículo 174 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito previene que los intereses se computarán a razón del tipo pactado, debe observarse que contraviene lo dispuesto en los Artículos 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en tanto que no instituye límites, parámetros o elementos que permitan a los particulares y a las instituciones de crédito, normar su criterio en la aplicación de los intereses que pudieran derivarse de las diversas convenciones que celebran al tipo pactado.

V. La interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Sobre los intereses usurarios, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 350/2013,[10] cuyo criterio es obligatorio, determinó lo siguiente:

> PAGARÉ. EL ARTÍCULO 174, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO, PERMITE A LAS PARTES LA LIBRE CONVENCIÓN DE INTERESES CON LA LIMITANTE DE QUE LOS MISMOS NO SEAN USURARIOS. INTERPRETACIÓN CONFORME CON LA CONSTITUCIÓN [ABANDONO DE LA JURISPRUDENCIA 1a./J. 132/2012 (10a.) Y DE LA TESIS AISLADA 1a. CCLXIV/2012 (10a.)]. Una nueva reflexión sobre el tema del interés usurario en la suscripción de un pagaré, conduce a esta Sala a apartarse de los criterios sostenidos en las tesis 1a./J. 132/2012 (10a.), así como 1a. CCLXIV/2012 (10a.), en virtud de que en su elaboración se equiparó el interés usurario con el interés lesivo, lo que provocó que se estimara que los requisitos procesales y sustantivos que rigen para hacer valer la lesión como vicio del consentimiento, se aplicaran también para que pudiera operar la norma constitucional consistente en que la ley debe prohibir la usura como forma de explotación del hombre por el hombre; cuando esta última se encuentra inmersa en la gama de Derechos Humanos respecto de los cuales el artículo 1o. constitucional ordena que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar. Así, resulta que el artículo 21, apartado 3, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, prevé la usura como una forma de explotación del hombre por el hombre, como fenómeno contrario al derecho humano de propiedad, lo que se considera que ocurre cuando una persona obtiene en provecho propio y de modo abusivo sobre la propiedad de otra, un interés excesivo derivado de un préstamo; pero además, dispone que la ley debe prohibir la usura. Por lo anterior, esta Primera Sala estima que el artículo 174, párrafo segundo, de la Ley General de

[10] La jurisprudencia se puede consultar en la Décima Época de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 7, Junio de 2014, Tomo I, Materia Constitucional, Civil, Tesis 1a./J. 46/2014 (10a.), página 400, con número de registro en el sistema de búsqueda electrónico 2006794.

BIBLIOTECA
ESCUELA LIBRE DE DERECHO

Títulos y Operaciones de Crédito, que prevé que en el pagaré el rédito y los intereses que deban cubrirse se pactaran por las partes, y sólo ante la falta de tal pacto, operará el tipo legal, permite una interpretación conforme con la Constitución General y, por ende, ese contenido normativo debe interpretarse en el sentido de que la permisión de acordar intereses tiene como límite que una parte no obtenga en provecho propio y de modo abusivo sobre la propiedad de la otra, un interés excesivo derivado de un préstamo; destacando que la adecuación constitucional del precepto legal indicado, no sólo permite que los gobernados conserven la facultad de fijar los réditos e intereses que no sean usurarios al suscribir pagarés, sino que además, confiere al juzgador la facultad para que, al ocuparse de analizar la litis sobre el reclamo de intereses pactados en un pagaré y al determinar la condena conducente (en su caso), aplique de oficio el artículo 174 indicado acorde con el contenido constitucionalmente válido de ese precepto y a la luz de las condiciones particulares y elementos de convicción con que se cuente en cada caso, a fin de que el citado artículo no pueda servir de fundamento para dictar una condena al pago de intereses mediante la cual una parte obtenga en provecho propio y de modo abusivo sobre la propiedad de su contrario un interés excesivo derivado de un préstamo. Así, para el caso de que el interés pactado en el pagaré, genere convicción en el juzgador de que es notoriamente excesivo y usurario acorde con las circunstancias particulares del caso y las constancias de actuaciones, aquél debe proceder de oficio a inhibir esa condición usuraria apartándose del contenido del interés pactado, para fijar la condena respectiva sobre una tasa de interés reducida prudencialmente que no resulte excesiva, mediante la apreciación de oficio y de forma razonada y motivada de las mismas circunstancias particulares del caso y de las constancias de actuaciones que válidamente tenga a la vista el juzgador al momento de resolver.

En esta tesis, en resumen, la Primera Sala expresó las siguientes consideraciones esenciales:

1. La usura se puede presentar y combatir o enfrentar en diversos ámbitos, no sólo a través de la lesión.
2. El artículo 21, apartado 3, de la Convención Americana de los Derechos Humanos, obliga al Estado mexicano a prohibir, en sus leyes, la usura y cualquiera otra forma de explotación del hombre por el hombre, al prever: "Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley".
3. La usura consiste en que una persona obtenga, en provecho propio y de modo abusivo sobre la propiedad de la otra, un interés excesivo derivado de un préstamo.
4. Se abandonó el criterio de que el control de los actos que contengan pactos usurarios sólo puede hacerse si las partes lo invocan por vía de acción o excepción, al fijarse la *litis* en el juicio respectivo, para considerar que debe hacerse de oficio por cualquier autoridad en el ámbito de su competencia.

Con base en lo anterior, se debe considerar que, para la actualización de la usura, no es necesario que dicho tema deba ser forzosamente materia de la *litis*, pues la Suprema Corte de Justicia de la Nación, claramente dispuso que se abandonó el criterio de que el control de los actos que contengan pactos usurarios sólo puede hacerse si las partes lo invocan por vía de acción o excepción, al fijarse la *litis* en el juicio respectivo, para considerar que debe hacerse de oficio por cualquier autoridad en el ámbito de su competencia.

De la misma forma, tampoco es necesario demostrar la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de las demandadas para proceder a la reducción de intereses por usura, pues la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia precisada, faculta a cualquier autoridad, en el ámbito de sus atribuciones, a que pueda realizar el examen, sin ser necesario que las partes lo invoquen por vía de acción o excepción, pues su análisis puede ser, incluso, oficioso.

VI. La lesión civil

Al respecto, debe observarse que con anterioridad a la emisión de la precisada jurisprudencia por contradicción de tesis 350/2013 vigente, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación había considerado, "en la diversa jurisprudencia derivada, a su vez, de resolver la Contradicción de tesis 204/2012", que para la actualización de la usura se debería comprobar la lesión y, como consecuencia de ello, dos requisitos: uno de tipo objetivo, consistente en la desproporción entre las prestaciones estipuladas en el pacto de intereses, y otro de tipo subjetivo, que se traduce en que el referido desequilibrio sea causado por la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria del afectado.

Este criterio se sostuvo en la jurisprudencia que dice:[11]

INTERÉS USURARIO EN MATERIA MERCANTIL. CUÁNDO DEBE CONSIDERARSE QUE EXISTE Y EN QUÉ MOMENTO PROCESAL DEBE ESTUDIARSE. El orden jurídico nacional sanciona la prohibición de usura de dos maneras; como tipo penal, y como ineficacia (bajo la figura de la lesión). Así, le da un tratamiento distinto dependiendo del ámbito en que ocurra. En ese sentido, y conforme a los artículos 2, 81, 385 y 388, del Código de Comercio; 17, 2230 y 2395 del Código Civil Federal; 79 y 190 de la Ley de Amparo, así como el artículo 21, apartado 3, de la Convención Americana

[11] La jurisprudencia se puede consultar en la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XVII, Febrero de 2013, Tomo 1, Materia Constitucional, Civil, Tesis 1a./J. 132/2012 (10a.), página 714, con número de registro en el sistema de búsqueda electrónico 2002817.

sobre Derechos Humanos, se aprecia que, en el ámbito mercantil, el pacto de intereses usurarios (o lesivos) se sanciona otorgando al afectado, a su elección, la posibilidad de accionar la nulidad relativa o la reducción equitativa de las prestaciones (*cuanti minoris*) y, de manera excepcional, estas acciones se sustituyen, en algunas ocasiones, por la de daños y perjuicios, como en los casos de la compraventa y permuta mercantiles. Luego, debe precisarse que la lesión, al ser la causa de las referidas acciones, debe tener lugar al momento de celebrar el pacto de intereses, al tratarse de una ineficacia de tipo estructural que se da en el momento de la celebración del acto jurídico. En consecuencia, para que se actualice esta figura, se deben comprobar dos requisitos: uno de tipo objetivo, consistente en la desproporción entre las prestaciones estipuladas en el pacto de intereses y otro, de tipo subjetivo, que se traduce en que el referido desequilibrio sea causado por la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria del afectado. En esa virtud, y en atención a los principios de equilibrio procesal y litis cerrada que rigen en los juicios mercantiles, regulados en los artículos 1327 del Código de Comercio, y 17 del Código Civil Federal, se advierte que el análisis de los intereses lesivos debe hacerse a petición de parte. El principio de litis cerrada ordena que el juzgador únicamente debe atender a las acciones deducidas y a las excepciones opuestas en la demanda y en la contestación, respectivamente, pues con ello queda fijada la litis. Por lo que, con posterioridad, no se podrán analizar hechos que se hayan expuesto antes de que se cierre la litis y el juzgador no podrá tomar en consideración cuestiones distintas a las que integraron el juicio natural, ni introducir algún tema distinto dentro del mismo, ya que, de hacerlo, se rompería el principio de equilibrio procesal que debe regir entre las partes. Ahora bien, dentro del juicio de amparo en materia civil rigen diversos principios y, conforme a ellos, el juez de amparo no se encuentra facultado para introducir conceptos de violación, variarlos ni modificarlos, por lo que la sentencia que en él se dicte no debe comprender más cuestiones que las propuestas en la demanda de garantías, pues no le está permitido suplir o ampliar en forma alguna tal demanda, salvo las excepciones contempladas en el artículo 76 bis de la Ley de Amparo pues, de lo contrario, se dejaría en estado de indefensión al tercero perjudicado, quien no habría tenido la oportunidad de ser escuchado en relación con dicho tema, ni en el juicio de origen, ni en el referido procedimiento constitucional.

Sin embargo, tal exigencia —que el tema de la usura sea planteado dentro de la *litis* del juicio natural, *per se,* a lo resuelto en la jurisprudencia 350/2013—, ya no es operante, ya que dicho criterio fue superado (abandonado) por la jurisprudencia mencionada que constriñe a cualquier autoridad para que, en el ámbito de sus atribuciones, pueda realizar el examen, sin ser necesario que las partes lo invoquen por vía de acción o excepción, pues su análisis puede ser, incluso, oficioso.

VII. El control convencional de la usura

Hablar del control de convencionalidad se convirtió en un tema novedoso en nuestro medio jurídico nacional. Ello a partir de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, específicamente, la del Artículo 1° de la Constitución Federal, que ahora establece:

> 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.

Antes de la reforma constitucional citada, era impensable hablar del control convencional e, incluso, del bloque de constitucionalidad.

No es el caso de ocuparnos de si el control de convencionalidad que realizan los tribunales nacionales, como la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es un sistema o un método "puro", pues hay un grupo de publicistas que consideran que el control convencional sólo corresponde a la Corte Interamericana de Derechos Humanos; de ahí que, lo que realizan los tribunales nacionales adheridos al pacto de San José, es una "especie del control de convencionalidad".[12]

Para hablar del control de convencionalidad, considero que, primero, es básico entender el denominado bloque de constitucionalidad.

[12] Castilla Juárez, Karlos A., "El Control de Convencionalidad. Un nuevo debate en México", en *El control difuso de convencionalidad*, p. 93.

¿Qué es el bloque de constitucionalidad?

En palabras de Edgar Corso, la noción de bloque de constitucionalidad es de origen francés, de los años setenta, y constituye una terminología utilizada principalmente para hacer referencia a un conjunto de normas situadas a nivel constitucional, cuyo respeto se impone a la Ley. Con ella se le dio valor constitucional tanto a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, como al preámbulo de la Constitución de 1946. Fue la manera en que los franceses completaron su Constitución de 1958, la que, curiosamente, no tiene un catálogo de Derechos Humanos. En la noción de bloque de constitucionalidad quedaban incluidos los instrumentos internacionales.[13]

El bloque de consticuionalidad o "*bloc de constituciolaité*" es una expresión acuñada en Francia y se considera de origen doctrinal. Según la mayoría de las opiniones, el creador es Louis Favoreu, quien, al comentar una decisión del consejo constitucional, estableció que para analizar una ley se debía partir de la Constitución Francesa de 1958, además de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, refiriéndose de esta forma a la ampliación del parámetro de control constitucional.[14]

Al hacer referencia al bloque de constitucionalidad, indudablemente se identifica a todas aquellas normas que, pese a no estar en la constitución, *per se*, se ven integradas a las disposiciones de la norma suprema y, en consecuencia, también adquieren un rango constitucional (sobre el tema de la incorporación de las normas internacionales de Derechos Humanos, actualmente todavía existe una discusión de si éstas se encuentran a la par, por debajo o, inclusive, por encima de la constitución).

Sin embargo, lo cierto es que cualquier norma de Derechos Humanos, para ser aplicable en nuestro país, tiene que seguir el proceso dispuesto en el Artículo 133 de la Constitución Federal; que, en síntesis, se reduce a que un tratado internacional debe ser celebrado por el presidente de la República y aprobado por la Cámara de Senadores. En el caso de la Convención Americana, es de sobra conocido que la ratificación de dicho convenio se dio, por nuestro país, en el año de 1981 y que se ratificó la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, el 16 de diciembre de 1998.

[13] Corzo Sosa, Edgar, "Control Constitucional, Instrumentos Internacionales y Bloque de Constituconalidad", en *Estudios en Homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, p. 755.

[14] Chavarín Castillo, José Manuel, "El bloque de Constitucionalidad en México", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, p. 84.

En mi opinión, en nuestro país, es correcto hablar de un "bloque de constitucionalidad", a la luz de lo dispuesto en el párrafo primero del Artículo 1° de la Constitución Federal, el cual establece 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. Es decir, si bien nuestra Carta Magna, a diferencia de otras, sí contiene un catálogo específico de derechos fundamentales —en sus primeros 29 artículos—, la conexión establecida en el Artículo 1° ha generado la existencia de ese *bloque de constitucionalidad*. Así, una vez satisfechos los requisitos establecidos en el Artículo 133, aunque el tratado internacional no esté incrustado en el entramado constitucional —obviamente—, sí forma parte del mismo, por extensión o adhesión. Lo cual es importante, porque al formar parte de los derechos de más alto rango, ello hace permisible el control de convencionalidad.

El control convencional

En estricto sentido, el control convencional significa que los tribunales nacionales, tanto aquellos que carecen de facultades para realizar un control constitucional de los actos y de las leyes, como los que sí están autorizados, se encuentran obligados, de oficio, a realizar un examen de la convencionalidad de las normas locales frente a la Convención Americana. De manera general, como lo expresa Juan Carlos Hiters, la Corte Interamericana de Derechos Humanos realiza dicho cotejo, no sólo respecto de la Convención, sino también de la totalidad de lo que se ha llamado el *corpus iuris interamericano* o *corpus iuris internacional de los Derechos Humanos*, que abarca la propia jurisprudencia de ese organismo.[15] Incluso, en palabras de Castilla Juárez, dentro de ese cuerpo de normas, también es obligatoria la jurisprudencia. Entendida ésta como todas las resoluciones dictadas por la Corte en asuntos contenciosos, las opiniones consultivas y las medidas provisionales, con salvedad de que, para ser obligatorios todos esos criterios, es menester que el Estado haya sido parte.[16]

[15] Hiters, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 194.

[16] Castilla Juárez, Karlos A., *op. cit.*, p. 100.

Finalmente, para Osvaldo A. Gozaini, el control de convencionalidad es una interpretación normativa antes que un precedente jurisdiccional.[17]

En el caso de México, para el ejercicio del control convencional, se debe preferir, mediante una labor interpretativa, una norma internacional que tutele los Derechos Humanos, sobre otra de la legislación federal o local. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dispuesto varios pasos a seguir, como son:

1. Interpretación conforme en sentido amplio. Ello significa que los jueces del país —al igual que todas las demás autoridades del Estado mexicano— deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los Derechos Humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia;

2. Interpretación conforme en sentido estricto. Cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los Derechos Humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y

3. Inaplicación de la ley. Tal circunstancia surge cuando las dos alternativas anteriores no son posibles.

Dichas directrices están contenidas en la tesis aislada del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que dice:[18]

> PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. La posibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del país, en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación. En ese orden de ideas, el Poder Judicial al ejercer un control de convencionalidad ex officio en materia de Derechos Humanos, deberá realizar los siguientes pasos: a) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país —al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano—, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los Derechos Humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; b) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los Derechos Humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los Derechos Humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte.

[17] Gozaini A., Alfredo, "El impacto que produce en el derecho interno el control de convencionalidad", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, p. 185.

[18] La tesis se puede consultar en la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, Materia Constitucional, Tesis P. LXIX/2011(9a.), página 552, con número de registro digital 160525.

VIII. El tratamiento de la usura en los fallos judiciales de algunos tribunales colegiados

A continuación se expondrá una serie de casos resueltos por tribunales colegiados en la Ciudad de México, a partir de la jurisprudencia por contradicción de tesis 350/2013, que permiten advertir el criterio asumido en algunos casos sobre el pago de intereses usurarios. Sobra adecir que aquí sólo se traen a colación los apartados más importantes o sustanciales de cada sentencia, dado que reproducirlas de manera íntegra sería muy extenso.

1. *Examen de la usura en un Contrato de Mutuo con Interés y Garantía Hipotecaria*

El Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, resuelve el juicio de amparo 805/2014, en ejecutoria de 26 de marzo de 2015.

a) Clase de juicio: Especial hipotecario.
b) Pretensión de Origen: El pago de $350,000.00 (Trescientos cincuenta mil pesos 00/100 M.N.) por concepto de suerte principal.
c) El cobro de intereses: Se reclamó el pago de los intereses pactados en la cláusula Segunda, *in fine*, del contrato base, con la tasa del 10% mensual.

d) Sentencia del Juez de Primera Instancia: Se declaró parcialmente fundada la pretensión, se condenó al pago de la suerte principal pactada; y en cuanto a los interees moratorios se condenó al porcentaje demandado del 10% pactado.

e) Estudio en el Tribunal: El tribunal colegiado declaró fundado el concepto de violación en donde se impugnó la tasa del interés pactado; se hizo un estudio de la usura apoyado en la jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación surgida de la contradicción de tesis 350/2013.

Datos relevantes del asunto:

a) Las partes en el juicio son personas físicas.

b) El contrato de mutuo con interés y garantía hipotecaria se celebró por el monto de $350,000.00 (Trescientos cincuenta mil pesos 00/100 M.N.).

Los intereses se pactaron en la cláusula Segunda del contrato base de la acción, en conformidad con la cual, el plazo fue de un año forzoso para las acreedoras y voluntario para la deudora.

i. Los intereses se convinieron a razón del tres por ciento mensual.
ii. La deudora pagaría el dos por ciento mensual más, sobre el capital, como pena durante todo el tiempo de la mora, en caso de que los intereses dejaran de cubrirse dentro de los cinco días siguientes a la fecha señalada para su pago.
iii. Si la deudora diere lugar a un juicio, el interés se calcularía a razón diez por ciento mensual en sustitución del fijado previamente.

Actividad de la acreedora y de la deudora:

La mutuante no hizo manifestación alguna en todo el proceso respecto a su actividad y en el expediente no obraba constancia de que la actora tuviera como finalidad primordial la prestación de servicios financieros. Ambos deudores señalaron ser comerciantes, ante lo cual no existe alguna razón que justifique el interés pactado.

Finalidad del crédito:

La actora no refirió dato alguno al respecto, en tanto que la demandada únicamente aceptó haber suscrito el contrato de mutuo, sin proporcionar mayores datos.

Garantías para el pago del crédito:

En la cláusula Quinta del contrato garantizaron el préstamo mediante la constitución de la hipoteca en primer y único lugar en favor de las acreedoras solidarias sobre el inmueble descrito en el propio contrato.

La disyuntiva derivó en determinar si todos estos elementos servían de base para decidir si se justifica el pago de intereses por el 10% mensual, que representa el 120% anual.

El tribunal Colegiado consideró que esos elementos no justifican el pago de un interés moratorio elevado; por ende, había lugar a realizar la disminución del interés por ser usurario.

Factores que se tomaron en cuenta para la disminución

a) El Índice Nacional de Precios al Consumidor

Éste es un indicador económico por el que se mide la variación periódica de los precios de una canasta fija de bienes y servicios, representativa del consumo de los hogares. Con esto se da noticia indirectamente de la variación del costo del dinero en la vida cotidiana, pues el alza de los precios denota la merma del valor adquisitivo de la moneda, en el lugar y tiempo en que se hace la medición.

b) El costo Porcentual Promedio de Captación

Es el costo ponderado promedio que pagan las distintas instituciones financieras por la captación de los recursos en los distintos instrumentos, y cuya estimación mensual emite el Banco de México del 16 al 20 de cada mes en el *Diario Oficial de la Federación*. La ponderación se obtiene al multiplicar la tasa de interés por su peso en la captación de los distintos instrumentos de las instituciones financieras.

c) Los certificados de la Tesorería (CETES)

Son los títulos de crédito al portador emitidos por el Gobierno Federal desde 1978, en los cuales se consigna la obligación de éste a pagar su valor nominal al vencimiento. Dicho instrumento se emitió con el fin de influir en la regulación de la masa monetaria, financiar la inversión productiva y propiciar

un sano desarrollo del mercado de valores. A través de este mecanismo se captan recursos de personas físicas y morales a quienes se les garantiza una renta fija. El rendimiento que recibe el inversionista consiste en la diferencia entre el precio de compra y venta. Dicho instrumento se coloca a través de las casas de bolsa a una tasa de descuento y tiene el respaldo del Banco de México, en su calidad de agente financiero del Gobierno Federal.

d) Costo Anual Total (CAT) del financiamiento promedio de los créditos hipotecarios

Es el indicador del costo total de financiamiento con el cual es posible comparar el costo financiero entre créditos aunque sean de plazos o periodicidades distintas e incluso de productos diferentes, con el fin de informar al público y promover la competencia.

El CAT incorpora todos los elementos que determinan el costo de un crédito, como son la tasa de interés, las comisiones, primas de seguros que el cliente deba pagar de conformidad con su contrato de crédito —excepto el IVA aplicable—, además de otros elementos, como la garantía exigida y la periodicidad o frecuencia de pago. El CAT se expresa como porcentaje anual y se debe informar en todo tipo de crédito, cuyo monto sea inferior a 900 mil UDIS.

El tribunal colegiado aplicó dichos factores al contrato celebrado por las partes y ello dio como resultado lo siguiente:

Que la tasa más adecuada para el asunto es la equivalente al costo porcentual promedio para los créditos hipotecarios, es decir, el denominado Costo Anual Total (CAT) del financiamiento promedio de dichos créditos.Esto porque incluye todos los costos y gastos inherentes del crédito, como intereses, comisiones, estudios socioeconómicos, avalúos, costos de administración, pagos de seguro y la periodicidad de pagos, que en el año de 2012 fue del 13.98% anual. La decisión también se debió a las siguientes consideraciones:

i. La naturaleza del crédito de mutuo con garantía hipotecaria es comparable a un crédito bancario hipotecario, porque en ambos existe una garantía hipotecaria.
ii. La naturaleza de los intereses. Estos no se establecieron con la finalidad de obtener un lucro excesivo, sino como la obtención de una ganancia por el simple préstamo de dinero.

iii. La operación presentaba menos riesgos que el crédito al consumo, como es el concedido mediante tarjetas de crédito, pues en el caso, existe una garantía hipotecaria que lo respalda.
iv. Al ser las mutuarias personas físicas, no tienen que erogar los gastos inherentes a una institución financiera.
v. Si bien en el contrato base de la acción para el pago de los intereses se pactaron las siguientes tasas mensuales: 3%, 5% y 10%, de estos porcentajes resulta que la tasa del 3% equivale al 36%, la del 5% al 60%, en tanto la del 10% al 120%, todas de carácter anual.
La tasa más baja, que se transforma en 36% anual, equivale a más del doble de la tasa de 13.98 relacionada con el Costo Anual Total (CAT) mencionada. Por lo tanto, como dichas tasas exceden el interés legal anual, se estima justo y equitativo su reducción a la tasa del 13.98% (trece puntos porcentuales con noventa y ocho centésimas de punto) anual, equivalente a un 1.165% (un punto porcentual con ciento sesenta y cinco milésimas de punto) mensual.
vi. Consecuentemente, al no apreciarse de esta manera por la juez responsable, el acto reclamado conculcó los Artículos 14 y 16 de la Constitución Federal.

Se concedió el amparo para que el juez responsable dictara una nueva sentencia en la que, en lo relativo al pago de los intereses, debería ajustar las tasas de interés previstas en la cláusula Segunda del contrato base de la acción y reducirlas a la del 13.98% (trece puntos porcentuales con noventa y ocho centésimas de punto) anual, equivalente a un 1.165% (un punto porcentual con ciento sesenta y cinco milésimas de punto) mensual.

Dicha sentencia se resolvió por mayoría de dos votos, mientras que el Magistrado disidente argumentó lo siguiente:

> Voto particular.
> Comparto el criterio del tribunal, pero no una de las consideraciones que se vertieron para estimar que la tasa de interés pactada es usuraria.
> Se tomó como referente para determinar si los intereses pactados a razón del tres, cinco y diez por ciento mensual en el contrato base de la acción, eran usurarios, las tasas promedio de interés de crédito a los hogares, incluyendo bancos Sofoles, Indicador del costo de créditos hipotecarios, CAT promedio de créditos en pesos a tasa fija, que anualizada para el dos mil doce fue del trece punto noventa y ocho por ciento, arribando a la conclusión que efectivamente se advertía usura.
> La Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que la usura es una de las formas de violación al derecho humano de la propiedad y ocurre cuando una persona obtiene en provecho propio y de modo abusivo sobre la propiedad de otra, un interés

excesivo derivado de un préstamo y uno de los referentes objetivos para determinar si hubo usura son las tasas de interés de las instituciones bancarias para operaciones similares a las que se analizan, cuya apreciación únicamente constituye un parámetro de referencia.

En este contexto, la suscrita considera que las tasas de interés que los bancos fijan para sus operaciones respecto a los contratos hipotecarios, se encuentran dentro de un margen de legalidad y sana competencia que permite estimarlas ajustadas al derecho de propiedad [patrimonio] que protege el artículo 21.3 de la Convención americana sobre los Derechos Humanos, esto es, no se tratan de tasas de intereses usurarias.

En otras palabras, los referentes bancarios que se toman en consideración para determinar si los intereses pactados son usurarios o no, de modo alguno evocan, per se, a la usura; por lo que de primera intensión tanto las tasas mínimas como las máximas son fijadas dentro del derecho fundamental de la propiedad [patrimonio] que regula la convención.

La tasa máxima de intereses se puede obtener de la siguiente tabla, pues aun cuando es promedio, no se advierte que el Banco de México publique las tasas de interés que cada institución bancaria cobra.

Por tanto, en el caso particular se debió incluir, para determinar la existencia usuraria, la tasa máxima de intereses que las instituciones de crédito cobran en créditos hipotecarios (diecisiete punto treinta por ciento), pues el Máximo Tribunal del País determinó en las jurisprudencias invocadas que el juzgador debía ponderar las tasas bancarias fijadas en relaciones jurídicas similares, sin excluir la máxima.

2. *El examen de la usura en un pagaré*

El Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito resolvió el juicio de amparo 473/2015, en ejecutoria de 16 de octubre de 2015.

a) Clase de juicio: Ejecutivo Mercantil basado en un pagaré.

b) Pretensión de Origen: El pago de $320,000.00 (Trescientos veinte mil pesos 00/100 M.N.) por concepto de suerte principal.

c) El cobro de intereses: Intereses generados a partir del incumplimiento hasta la liquidación total del adeudo, a razón del 7% mensual.

d) Sentencia del Juez de Primera Instancia: La juez acogió el pago de la suerte principal, intereses y costas; pero redujo los intereses al 28.90% anual.

e) Estudio en el Tribunal: Se basó en la jurisprudencia surgida de la contradicción de tesis 350/2013, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Se declaró infundado el concepto de violación relativo a que las diferencias entre intereses ordinarios y moratorios es importante para aducir que en los primeros sí puede existir usura, pero en los segundos no, porque son una sanción al incumplimiento y no una ganancia.

a) Intereses ordinarios y moratorios

Se consideró que los intereses, ya sea ordinarios o moratorios, no dejan de ser intereses (cantidad de dinero adicional a la suerte principal que el deudor se obligó a pagar) y, en ese sentido, ninguno de ellos está exento de generar usura, ya que en términos de lo expuesto por el Máximo Tribunal, al resolver la contradicción de tesis invocada, "la usura se configura por la existencia de un interés excesivo en un préstamo; entretanto, la explotación del hombre por el hombre consiste en que un ser humano o persona jurídica utilice en provecho propio y de modo abusivo la propiedad de otro ser humano o persona", por lo que un interés ordinario, tanto como uno moratorio, puede ser excesivo.

b) Se precisó el papel del Banco de México

De igual forma, se consideró que los intereses, en el sistema financiero, se fijan en orden a la oferta y la demanda. El Banco de México no "autoriza" los intereses que las instituciones de crédito pactan con sus clientes, ni los califica de "usurarios" o "no usurarios"; sólo dispone algunos lineamientos generales que no inciden en el porcentaje de intereses que para cada instrumento fija y ofrece a sus clientes el banco.

En respeto a los Derechos Humanos, se consideró que no es dable estimar que los bancos no cometen usura por más altas que sean las tasas de intereses que pactan con su clientela, por el mero hecho de ser parte del sistema financiero. Esto, porque para que se dé la usura, como forma de explotación del hombre por el hombre, basta que "una persona obtenga en provecho propio y de modo abusivo sobre la propiedad de otro, un interés excesivo derivado de un préstamo", y eso no depende de la voluntad de los particulares. Los Derechos Humanos valen por sí y para sí en sus verdaderos valores, reconocidos a todas las personas por el solo hecho de serlo.

La usura no depende de si el acreedor o el deudor son o no comerciantes. En todo caso, su actividad sólo constituye un referente para evaluar objetivamente si la tasa pactada es excesiva o no. Así lo expresa el máximo tribunal

de la Nación: "si de las constancias de actuaciones se aprecian los elementos de convicción respectivos los siguientes: b) la calidad de los sujetos que intervienen en la suscripción del pagaré y si la actividad del acreedor se encuentra regulada".

Se negó el amparo a la quejosa.

3. *El examen de la usura en pagaré*

El Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito resolvió el juicio de amparo 100/2015, en ejecutoria de 30 de marzo de 2015.

a) Clase de juicio: Ejecutivo Mercantil, basado en un pagaré.
b) Pretensión de Origen: El pago de $70,000.00 (Setenta mil pesos 00/100) por concepto de suerte principal.
c) El cobro de intereses: El pago de los intereses convencionales que se han generado y los que se sigan generando, al 8% mensual según se estipuló en el documento base de la acción.
d) Sentencia del Juez de Primera Instancia: Acogió la pretensión principal y en cuanto al pago de los intereses, se condenó al pago a razón del 6% (seis por ciento) anual sobre la suerte principal y hasta hacerse el pago de lo condenado.
e) Estudio en el Tribunal: Se basó en la jurisprudencia surgida de la contradicción de tesis 350/2013, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El tribunal colegiado consideró fundado el argumento sobre que el juzgador responsable no debió reducir al interés legal, los intereses moratorios que debe pagar el tercero interesado.

El cobro de interés desmedido es considerado por la doctrina y por la normatividad internacional como una actividad de usura. Así se advierte también del Diccionario de la Real Academia Española (vigésima segunda edición, editorial Espasa), que define la usura como el interés excesivo en un préstamo. De acuerdo con esta definición, la usura constituye la estipulación de intereses desproporcionados, que establecen una ventaja patrimonial en favor del acreedor por la obtención de una ganancia superior a la que resulta de las tasas máximas de intereses permitidas.

Actualmente, el libre pacto de intereses no puede entenderse irrestricto. Disposiciones como el numeral 174 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que autoriza a las partes fijar libremente el monto de los intereses, admite una interpretación conforme con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para así concluir que la permisión de acordar intereses tiene como límite que una parte no obtenga en provecho propio y de modo abusivo, sobre la propiedad de la otra, un interés excesivo derivado de un préstamo.

El fenómeno usurario ha dado lugar a que los sistemas jurídicos adopten límites al pacto de intereses entre particulares, limitación que se fija a partir de dos criterios: el objetivo y el subjetivo.

Frente a tal escenario, para verificar si se presenta el fenómeno usurario, deben ser analizadas las condiciones del asunto y así decidir si una de las partes trata de obtener un interés desproporcionado, derivado de un préstamo.

Para llevar a cabo lo anterior, el juzgador debe apreciar elementos trascendentes, como el tipo de relación entre las partes, el monto y el plazo del crédito, si hay garantías para el pago del crédito, las tasas de interés de las instituciones bancarias para operaciones similares a la que se analiza, la variación del índice inflacionario nacional durante la vida real del adeudo, las condiciones del mercado y todo dato que genere convicción para calificar una tasa como notoriamente excesiva.

Ese análisis, además, se debe complementar con la evaluación del elemento subjetivo, es decir, calificar de manera más estricta el carácter excesivo de la tasa pactada, si es que existe, respecto de la persona del deudor, alguna situación de vulnerabilidad o desventaja en relación con la persona del acreedor; o bien, apreciar de manera menos estricta lo excesivo de la tasa pactada, si es que no existe, respecto del deudor, dato alguno sobre vulnerabilidad o desventaja en relación con la persona del acreedor.

En el caso revisado, se consideró que la responsable no tomó en consideración los parámetros señalados, pues nada dijo sobre tales aspectos y mucho menos fundó y motivó por qué tenía que reducir el interés hasta el legal.

El tribunal de amparo observó que la publicación de la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, muestra los datos proporcionados por las propias instituciones bancarias, respecto a las tasas de interés que regían en los meses de suscripción de los pagarés base de la acción. Los títulos fueron firmados el diez de enero de dos mil doce y para pago se estableció el diez de febrero de esa anualidad. En ese último mes (la publicación no señala las tasas para enero de dos mil doce),

las tasas de interés para la tarjeta de crédito básica, oscilaban entre el 37.70 por ciento anual, de la tarjeta Visa Básica del Banco del Bajío y el 67.91 por ciento anual de la tarjeta Banorte básica.

Estas tasas marcan los límites permitidos en el mercado financiero por el Banco de México y, por ende, sirven para determinar si el interés convencional pactado por los contendientes, es excesivo. También sirven para reducir el interés hasta el límite más alto, para que no sea usurario.

En el juicio natural se pretendió el cobro de intereses convencionales a razón del ocho por ciento mensual, lo que equivale al noventa y seis por ciento anual, tasa que rebasa la más alta autorizada por el mercado financiero, por una operación equivalente a la suscripción de pagarés. Esto dejó ver que la tasa anotada en los títulos de crédito que dieron lugar al contencioso, es usuraria; por lo que procede su reducción hasta la máxima autorizada para las instituciones de crédito, aunque no a la tasa legal mencionada por la autoridad responsable. No puede llegarse al extremo pretendido por la responsable, sino que la tasa de interés debe reducirse hasta llegar a una que sí esté permitida. Actuar en contrario alentaría que los deudores no cumplan con sus obligaciones de pago, debido a que el interés moratorio no significa ningún perjuicio para ellos. De este modo, en relación al pagaré base de la acción, el interés moratorio debe disminuir a una tasa del 5.65 por ciento mensual, el cual se obtiene al dividir, entre doce, la tasa anual del 67.91 por ciento, que fue la más alta para tarjeta de crédito básica, en la fecha referida.

Se otorgó el amparo a la quejosa.

4. *El examen de la usura en el arrendaiento*

El Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito al resolver el juicio de amparo 83/2016, en ejecutoria de diecisiete de marzo de dos mil dieciséis.

a) Clase de juicio: Controversia de arrendamiento inmobiliario.
b) Pretensión de Origen: La devolución del inmueble y el pago de la cantidad de $24,000.00 (Veinticuatro mil pesos 00/100 M.N.), derivado de las rentas adeudadas de diciembre de 2014 a marzo de 2015.
c) El cobro de intereses: El pago de $2,400.00 (Dos mil cuatrocientos pesos 00/100 M.N.), por concepto del 10% de intereses moratorios.

d) Sentencia del Juez de Primera Instancia: Condenó al pago de la prestación principal reclamada y el pago de los intereses moratorios.
e) Sentencia de segunda instancia: Confirmó la de primer grado.
d) Estudio en el Tribunal: Se basó en la jurisprudencia surgida de la contradicción de tesis 350/2013, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y se procedió al estudio oficioso de las obligaciones pecuniarias pactadas, pues del análisis de las constancias de actuaciones se advierte una violación al derecho fundamental de la propiedad, contenido en el Artículo 21, apartado 3, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por otra parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación abordó el tema de la usura, en relación a los intereses pactados en un título de crédito (pagaré); pero este pronunciamiento no limitó el derecho fundamental de propiedad, en su aspecto de prohibir la usura, a los casos de pagarés y/u operaciones crediticias.

Ahora bien, en el contrato de arrendamiento se pactó el pago de un interés moratorio, a razón del diez por ciento mensual, por la falta de pago de cada una de las rentas vencidas y no pagadas.

Análisis de los intereses pactados. Las partes pactaron el pago de un interés mensual, a razón del diez por ciento, que equivale al 120% anual, que confrontado con el interés legal (9% anual), se advierte que es aproximadamente trece veces superior; en función de ello, es que se da la existencia de un parámetro objetivo para tildar de usurarios tales intereses y, por tanto, procede su reducción.

Tanto el Artículo 2117, como el diverso 2395, ambos del Código Civil para esta ciudad, establecen que el interés legal es un referente objetivo para resarcir los daños y perjuicios ocasionados por las partes, sin excluir la posibilidad de que las partes puedan pactar un interés distinto. Sin embargo, el segundo de los preceptos establece que si la tasa que se pacte resulta ser tan desproporcionada, en relación al interés legal, que permita presumir que hubo abuso del acreedor, el juez puede reducirlos, incluso, hasta el monto del interés legal.

Reducción de la tasa. La Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que la notoria desproporción en los intereses pactados conlleva a la reducción de la tasa de interés, incluso hasta el tipo legal, según las circunstancias.

En este contexto, al reducir los intereses moratorios se debe evitar que se incentive el incumplimiento de la obligación de pago, es decir, no debe ser

tan baja que el deudor se vea motivado a incumplir con sus obligaciones, merced a que la tasa de interés le resulte irrisoria, lo cual generaría que ese incumplimiento se prolongue en el tiempo en detrimento al patrimonio del acreedor. Por tanto, los órganos jurisdiccionales deben considerar las circunstancias objetivas que rodean la relación jurídica subyacente y, con base en ellas, reducir la tasa de interés.

Sobre este punto, se estima pertinente atender las circunstancias que advirtió nuestro Máximo Tribunal, para reducir los intereses pactados en un pagaré, las que, desde luego, se deben adecuar en el caso del contrato. A saber: *a)* el tipo de relación existente entre las partes; *b)* la calidad de los sujetos que intervienen en la suscripción del pagaré y si la actividad del acreedor se encuentra regulada; *c)* el destino o finalidad del crédito; *d)* el monto del crédito; *e)* el plazo del crédito; *f)* la existencia de garantías para el pago del crédito; *g)* las tasas de interés de las instituciones bancarias para operaciones similares a las que se analizan, cuya apreciación únicamente constituye un parámetro de referencia; *h)* la variación del índice inflacionario nacional durante la vida real del adeudo; *i)* las condiciones del mercado; y *j)* otras cuestiones que generen convicción en el juzgador.

Lo anterior se da, precisa nuestro Máximo Tribunal, sobre la base de que tales circunstancias pueden ser apreciadas el juzgador (solamente si de las constancias de actuaciones obra válidamente prueba de ellas) para aumentar o disminuir lo estricto de la calificación de una tasa como notoriamente excesiva; análisis que, además, debe complementarse con la evaluación del elemento subjetivo, a partir de la apreciación sobre la existencia o no, de alguna situación de vulnerabilidad o desventaja del deudor en relación con el acreedor.

Ahora bien, trasladando esas circunstancias a las relaciones jurídicas reguladas por el Código Civil, se obtiene que en la reducción de intereses se atiende:

i. Al tipo de relación existente entre las partes.
ii. La calidad de los sujetos que intervienen en la relación jurídica; por ejemplo, si son profesionistas, comerciantes o si uno de ellos se dedica a la renta de inmuebles.
iii. Si existe regulación sobre el monto a pagar por concepto de intereses en arrendamiento inmobiliario o un parámetro establecido para tal efecto.

iv. El destino o finalidad del inmueble arrendado, esto es, si es para casa habitación, uso comercial o agrícola.
v. El monto de las rentas pactadas.
vi. El tiempo en que se generan intereses.
vii. La existencia de garantías para el pago de las rentas.
viii. Las condiciones del mercado inmobiliario, para determinar la oferta y la demanda del arrendamiento de inmuebles.
ix. La apreciación sobre la existencia o no, de alguna situación de vulnerabilidad o desventaja del deudor en relación con el acreedor.

De las constancias del juicio subyacente se advirtió que no existe una relación personal entre la arrendadora y el arrendatario, ni que alguno de ellos se dedique a una actividad comercial.

El tribunal manifestó no conocer alguna norma o referente que fije el interés moratorio en caso de incumplimiento de un contrato de arrendamiento.

Se trata de un inmueble destinado a local comercial (venta de alimentos), como se desprende de la cláusula tercera del contrato de arrendamiento.

El monto de la renta mensual pactada asciende a la cantidad de $6,000.00 (Seis mil pesos 00/100 M.N.), más el Impuesto al Valor Agregado.

Los intereses se generan mensualmente y su naturaleza moratoria persigue, por una parte, inhibir el incumplimiento de sus obligaciones y, por la otra, resarcir los perjuicios ocasionados, pues sólo se pactan para el caso de incumplimiento; es decir, pueden llegar o no a causarse.

No se advirtieron datos de la existencia de alguna situación de vulnerabilidad o desventaja del deudor en relación con el acreedor.

El arrendador no es comerciante, se puede afirmar que el dinero que recibe por concepto de rentas es para satisfacer necesidades personales.

Por otro lado, se apreció que el quejoso pagó diez meses de rentas, pues el reclamo se efectuó a partir del mes de diciembre de dos mil catorce, sin que se haya ordenado la entrega del inmueble.

Como en el caso se observó que las partes pactaron una tasa de interés superior a la legal (en una proporción de aproximadamente trece veces, tratándose de moratorios), ésta resultó excesiva, pues conforme a la tasa pactada (120%), el quejoso pagaría una suma anual, por concepto de interés, de $7,200.00 (Siete mil doscientos pesos 00/100 M.N.), de modo que el tribunal estimó adecuado ajustar la tasa pactada del 120% anual, al 30%.

De suerte que, resulta obligatorio proteger al deudor, a efecto de que no se vea disminuido su patrimonio de manera injustificada por el cobro de in-

tereses excesivos; pero, a su vez, se debe cuidar de no lesionar el patrimonio del acreedor cuando no percibe de manera oportuna los pagos de las obligaciones que pactó con el deudor. Es inconcuso que resulta correcto disminuir la tasa de interés moratorio pactada al 30%, lo que implica un pago anual de $2,160.00 (Dos mil ciento sesenta pesos 00/100 M.N.).

Se ortorgó el amparo a la quejosa.

5. *El examen de la usura en pagaré*

El Décimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito resolvió el juicio de amparo 9/2016, en ejecutoria de 21 de abril de 2016.

a) Clase de juicio: Especial hipotecario.
b) Pretensión de Origen: El pago de la suma de $120,000.00 (Ciento veinte mil pesos 00/100 M.N.)N (*sic*) por concepto de suerte principal.
c) El cobro de intereses: El pago de los intereses pactados en la cláusula segunda, parte in fine, del contrato base, desde la celebración, a razón de una tasa del 10% mensual.
d) Sentencia del Juez de Primera Instancia: Se declaró improcedente la vía y se absolvió del pago de intereses.
e) Sentencia de segunda instancia: Condenó al pago de la suerte principal y el pago de los intereses moratorios.
f) Estudio en el Tribunal: Se basó en la jurisprudencia surgida de la contradicción de tesis 350/2013, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La quejosa adujo que el juez natural debió analizar de oficio la protección del deudor frente al cobro de intereses excesivos por constituir usura, a cuyo presupuesto están obligados todos los jueces del sistema jurídico mexicano al observar el principio *pro personae* que se traduce en la interpretación más favorable de un derecho humano, cuando ésta sea contraria a la Norma Fundamental del país o bien algún tratado internacional de los que el Estado mexicano sea parte, ello sin requerir de un agravio expresamente aducido.

Se consideró fundado el argumento.

La usura. Dicha figura se actualiza cuando una persona obtiene, en provecho propio y de modo abusivo sobre la propiedad de otra, un interés excesivo derivado de un préstamo.

El Artículo 21, numeral 3, de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos dispone que "tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley". Por tanto, la usura, entendida como un provecho abusivo sobre la propiedad de alguna persona, así como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, están prohibidos a la luz de dicho acuerdo.

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos es un tratado internacional que rige en nuestro país, en conformidad con los párrafos primero, segundo y tercero del Artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del cual se obtienen las siguientes directrices:

1. Los Derechos Humanos son los reconocidos en la Constitución, pero también en los tratados internacionales de los que México es parte.
2. Las leyes ordinarias deben interpretarse en conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales.
3. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los Derechos Humanos, y el Estado debe prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los mismos en los términos que establezca la ley.

La usura es una forma de explotación del hombre por el hombre. Está prevista su proscripción en un tratado internacional suscrito por el Estado mexicano.

6. *Examen de la usura por la Suprema Corte de Justicia de la Nación*

Al respecto, se atiende al criterio de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la contradicción de tesis 350/2013, de donde deriva la tesis cuyo rubro es:

> PAGARÉ. EL ARTÍCULO 174, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO, PERMITE A LAS PARTES LA LIBRE CONVENCIÓN DE INTERESES CON LA LIMITANTE DE QUE LOS MISMOS NO SEAN USURARIOS. INTERPRETACIÓN CONFORME CON LA CONSTITUCIÓN [ABANDONO DE LA JURISPRUDENCIA 1a./J. 132/2012 (10a.) Y DE LA TESIS AISLADA 1a. CCLXIV/2012 (10a).

En esta tesis, la Primera Sala expresó estas consideraciones esenciales:

i. La usura se puede presentar y combatir o enfrentar en diversos ámbitos, no sólo a través de la lesión.
ii. El Artículo 21, apartado 3, de la Convención Americana de los Derechos Humanos, obliga al Estado mexicano a prohibir, en sus leyes, la usura y cualquiera otra forma de explotación del hombre por el hombre, al prever: "Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley".
iii. La usura consiste en que una persona obtenga, en provecho propio y de modo abusivo sobre la propiedad de otra, un interés excesivo derivado de un préstamo.
iv. Se abandonó el criterio de que el control de los actos que contengan pactos usurarios sólo puede hacerse si las partes lo invocan por vía de acción o excepción, al fijarse la litis en el juicio respectivo, para considerar que debe hacerse de oficio por cualquier autoridad en el ámbito de su competencia.

En la jurisprudencia citada, la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró que el estudio de la usura se puede practicar de oficio, pues existe la facultad de cualquier autoridad, en el ámbito de sus atribuciones, para que pueda realizar dicho examen, sin ser necesario que las partes lo invoquen por vía de acción o excepción.

De suerte que, el estudio de la usura debe ser oficioso por parte de la autoridad judicial en ejercicio de sus funciones.

Bajo este contexto, corresponde razón a la parte quejosa, por cuanto a que es incorrecta la omisión en que incurrió el juez natural, pues si bien se limitó a realizar la condena de los intereses sobre el monto pactado en la cláusula segunda, parte *in fine*, del contrato base de la pretensión —a razón de una tasa del 10% (diez por ciento) mensual, sobre la cantidad adeudada—, lo cual se reflejó en el tercero de los puntos resolutivos de la sentencia impugnada, es inconcuso que, como se puede observar de dicha resolución, ningún argumento expuso para sustentar su decisión. Es decir, no definió si el pacto de los intereses es o no usurario.

El Artículo 81 del Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México dispone que las sentencias definitivas deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y las contestaciones, así como con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito; condenando o absolviendo

al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. Cuando estos hubieren sido varios, se hará el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos. Luego, las sentencias definitivas, como la que es materia del presente asunto, para satisfacer el principio de congruencia, deben resolver sobre todos los puntos que fueron materia de la contienda, incluidos, los presupuestos de examen oficioso, como es el tema de la usura.

Lo anterior aunado a que la Suprema Corte de Justicia de la Nación también emitió un criterio en el que determinó que, en el caso de un contrato de mutuo con garantía hipotecaria, el deudor no tiene que probar el apuro pecuniario que lo determinó a aceptar un interés demasiado alto, puesto que la misma desproporción de éste es suficiente para concluir que quien se obligó a cubrirlo se encontraba en estado de necesidad.

Otorgamiento del amparo.

La sala debería considerar que el examen de la legalidad de la tasa del interés pactado, en conformidad con la jurisprudencia actual de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, **es oficioso** para el juez de instancia, ante lo cual debe realizar dicho análisis sobre la tasa del diez por ciento mensual pactado por las partes en la cláusula segunda del contrato base de la pretensión.

IX. Comentarios a las resoluciones judiciales

Las sentencias citadas son únicamente una muestra del trabajo de los tribunales colegiados sobre el tema de la usura. Como se puede advertir, constituyen un efecto "cascada o reflejo" del fallo de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación, entre cuyas características comunes encontramos las siguientes:

1. El apartado sustantivo del análisis de la usura se sustenta en la jurisprudencia por contradicción de tesis 350/2013.
   En gran medida, se retoma el examen de la usura como una violación a la Convención Americana, específicamente la conculación del Artículo 21, numeral 3, relativo a su prohibición. Asimismo, se destaca el contenido del Artículo 1° de la Constitución Federal, en donde, desde mi perspectiva, ya se establece ahora el bloque de constitucionalidad.
2. En todos los casos se realiza un examen de los intereses y se determina una disminución, al estimarse usurarios.

3. El análisis se efectúa tanto de los intereses ordinarios como de los moratorios.
4. El estudio de la usura se realiza sobre varios tipos de documentos o contratos, como son: pagarés y contratos de crédito o arrendamiento. El examen se realizó tanto en juicios de carácter ejecutivo mercantil, ordinario mercantil y especial hipotecario.
5. El parámetro o común denominador para el examen de los intereses es la publicación, realizada por el Banco de México, sobre la tasa de interés aplicable a los clientes "no totaleros" de la tarjeta de crédito; siendo ésta, la tasa promedio ponderada.

X. Temas relevantes

Desde mi punto de vista, no obstante la trascendencia de la interpretación realizada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en torno al tema de la usura y su conexión con los Derechos Humanos, entre otros; aún quedan varios temas relevantes sin resolver y, con certeza, en algún momento determinado deberán ser retomados para su estudio. Por ejemplo:

Uno de dichos temas es si el parámetro que comúnmente se utiliza (intereses que se pagan por el uso de las tarjetas de crédito) es el que más se aproxima y puede servir de "fiel de la balanza" para decidir cuándo un interés es usurario.

Otro es si la medida utilizada por el Banco de México —que es adecuada para la regulación del pago de intereses, cuando no se está en el supuesto de una tarjeta de crédito— conviene emplearse también en estos casos, pues los documentos analizados, además de los pagarés, también son algunos contratos como el de arrendamiento, mutuo o crédito.

Finalmente, un diverso tema que queda para la discusión y, quizá, para un eventual pronunciamiento —ya sea de los tribunales colegiados o bien de la Suprema Corte—, es si la tasa promedio ponderada es la que se debe considerar como no usuraria o bien, incluso, la tasa máxima que se utiliza para el pago de intereses en la tarjeta de crédito, cuyo porcentaje resulta mayor a la tasa promedio ponderada, pero que es menor a la pactada generalmente por las partes (mensual y anual) en un contrato o documento mercantil.

XI. La agenda pendiente

Derivado del presente trabajo, estimó que, entre otros, quedan pendientes para una investigación y discusión posterior, varios temas; los cuales consisten en determinar:

1. Si el control convencional que realizan los tribunales constitucionales de cualquier país es netamente puro o si solamente es una especie del control que realiza la Corte Intermericana de Derechos Humanos.
2. La jerarquía de los tratados internacionales con respecto a la Constitución Federal, en nuestro país.
3. Si la disminución en la tasa de interés, cuando se considere usuraria, puede operar en cualquier tipo de contrato o documento en donde se pacten intereses, pues hasta ahora sólo se ha realizado en los pagarés, contratos de arrendamiento y de crédito; de la misma manera, si el examen de la usura se puede practicar sobre todo tipo de figuras, como el cobro de intreses sobre intereses.

XII. Conclusiones

Primera. Antes de la jurisprudencia por contradicción de tesis 350/2013, en nuestro país subsistía el cobro de intereses a la tasa que las partes pactaran libremente. Los tribunales no realizaban un examen, ya fuera a petición de parte ni —mucho menos— oficioso, sobre el porcentaje que debería cobrarse sobre los intereses, dado que se imponía el criterio del *pacta sunt servanda*.

Segunda. La reforma constitucional de 10 de junio de 2011, sobre el contenido del Artículo 1° de la Constitución Federal, significó un "parte aguas" en nuestro medio jurídico, al incluirse como materia de protección "los Derechos Humanos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales nuestro país sea parte", dado que nuestra frontera para la protección de los Derechos Humanos siempre había sido, únicamente, los previstos en la Carta Magna Federal.

Así se creó el denominado bloque de constitucionalidad, el cual permite que la plataforma de protección se extienda a cualquier tratado internacional de la materia, el cual haya sido suscrito por el presidente de la República y el Senado.

Tercera. La existencia del control convencional para que los jueces, a quienes no está encargado propiamente dicho el control constitucional en nuestro país, es una herramienta que poco a poco se ha ido abriendo paso en las interpretaciones de los tribunales de primera y segunda instancia, lo cual ha permitido la apertura de una nueva doctrina judicial, pues ahora los jueces de los Estados tienen la posibilidad de "desaplicar una ley" cuando la estimen inconvencional; como ejemplo, lo previsto por el Artículo 362 del Código de Comercio.

Cuarta. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, por medio de la jurisprudencia 350/2013, expuso las razones por las cuales el examen de la usura se puede realizar de manera oficiosa por cualquier tribunal; lo cual ha permitido que aquellos casos en que existe una demanda judicial y, particularmente, el reclamo del pago de intereses, sean atendidos por los tribunales ordinarios o, bien, por los de carácter constitucional, los que analizarán la tasa pactada por las partes y, de considerarla elevada, la reducirán en beneficio del deudor.

Quinta. En mi opinión, a partir de la jurisprudencia citada, el examen de la usura debe realizarse sobre cualquier tipo de contrato o documento en donde se pacten intereses, pues lo que se tutela es la prohibición de la usura, lo cual debe hacerse extensivo a cualquier acto en donde exista un aprovechamiento de la explotación del hombre por el hombre.

Bibliografía

Bentham, Jeremy, *En defensa de la usura*, Madrid, Sequitur, 2009.

Castilla Juárez, Karlos A., "El control de convencionalidad. Un nuevo debate en México", en *El cotrol difuso de convencionalidad*, Eduardo Ferrer Mac-gregor (coord.), México, Fundap, 2012.

Corzo Sosa, Edgar, "Control Constitucional, Instrumentos Internacionales y bloque de Constituconalidad", en *Estudios en Homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Eduardo Ferrer Mac-gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, (coords.), Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.

Chavarín Castillo, José Manuel, "El bloque de Constitucionalidad en México", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, t. 23, enero-junio de 2015.

De Vitoria, Francisco, *Contratos y Usura,* Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 2006.

Gozaíni, Alfredo, "El impacto que produce en el derecho interno el control de convencionalidad", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 21, enero a junio de 2014, Porrúa.

Hiters, Juan Carlos, "El control de convencionalidad" en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constituional,* núm. 22, julio-diciembre de 2014.

Jiménez Muñoz, Franciso Javier, *La usura: Evolución histórica y patología de los intereses,* Madrid, Dykinson, 2010.

Vallés y Pujals, J., *Del préstamo a interés de la usura y de la hipoteca,* Barcelona, Librería Bosch, 1993.

Normas consultadas

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención Americana de Derechos Humanos.

Ley de Amparo.

Código de Comercio.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Páginas Electrónicas

Ius de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y LA JURISPRUDENCIA EN MÉXICO*

Rodolfo Moreno Madrigal**

Sumario: I. Presentación de la cuestión. II. La jurisprudencia en México. III. La teoría de la argumentación jurídica y la jurisprudencia en la práctica mexicana. IV. Propuesta de solución. V. Conclusiones. Fuentes consultadas.

1. Presentación de la cuestión

La práctica jurisprudencial mexicana, a lo largo de su historia, se ha caracterizado por resultar una práctica *sui generis* en relación con la forma en que el sistema de precedentes[1] funciona en los distintos sistemas jurídicos, ya sea que nos refiramos a sistemas de tradición continental europea o de *common law*.[2]

De manera general, es posible advertir cómo los propios órganos facultados para emitir jurisprudencia en nuestro país han aparejado esta actividad con la interpretación que en sede judicial se lleva a cabo de las normas;[3] empecinándose en caracterizar —con un espíritu totalizador— la práctica

* Trabajo final sustentado por el por el autor para obtener el título del Máster en Argumentación Jurídica por las Universidades de Alicante, España y de Palermo, Italia, septiembre de 2014.

** Abogado egresado de la Escuela Libre de Derecho y profesor de Derechos Humanos en la misma.

[1] Empleo el término "precedente" de forma amplia. Más adelante se expondrá la diferencia entre el modelo de precedentes y el modelo de jurisprudencia.

[2] Al respecto, resulta oportuno señalar que el sistema jurídico mexicano se ha visto influenciado, a lo largo de su historia, tanto por figuras pertenecientes al *common law*, como por instituciones de corte europeo constitucional, lo que podría arrojar pistas sobre el origen de su ambivalencia.

[3] Suprema Corte de Justicia de la Nación. *La jurisprudencia en México, Estado del Arte,* Serie de cuadernos de jurisprudencia 9, p. 299.

jurisprudencial, estableciendo su objeto, límites y alcance, así como su forma de aplicación. Esta caracterización ha sido llevada a cabo a través de la propia práctica jurisprudencial. Por decirlo de alguna manera: los órganos jurisprudenciales han emitido *jurisprudencia sobre jurisprudencia*, con la intención de dejar en claro la forma en que funciona ésta en nuestro ordenamiento jurídico. Lo anterior, me parece, podría representar un efecto negativo, pues lejos de alcanzarse algún grado de certeza o seguridad jurídica —como podría identificarse que fue la pretensión—, habría impedido un desarrollo y evolución racional de la institución, petrificando la jurisprudencia en México de forma artificial e inadecuada.

La dogmática imperante sobre la jurisprudencia en México se ha caracterizado por prestar una mayor atención y preocupación por atender a los criterios jurisprudenciales que sobre esta práctica emiten los órganos jurisdiccionales, que en desarrollar un verdadero análisis y conceptualización racional del sistema jurisprudencial.[4] Así, la doctrina sobre jurisprudencia, en términos generales, puede ser identificada, a lo sumo, como una dogmática descriptiva de la práctica jurisprudencial, enfocada principalmente en la presentación de la forma en que se integra la jurisprudencia en México, más que en desarrollar una teoría justificativa o un análisis con base en cualesquier criterio de corrección, en relación a dicha práctica.

Por otro lado, me parece que un campo elemental de la jurisprudencia ha sido soslayado por la dogmática, y es el relativo a la aplicación de ésta. Si bien es cierto que la jurisprudencia sobre jurisprudencia se ha ocupado de ello a través de criterios que establecen la forma en que ésta resulta obligatoria, la práctica mexicana se ha mostrado indiferente por abordar los alcances, implicaciones y limitantes que tiene la aplicación de un criterio jurisprudencial y con ello tratar de advertir, en su caso, los problemas que nuestro sistema jurisprudencial entraña.

Tomando en cuenta lo que *grosso modo* ha sido descrito hasta el momento, el presente trabajo pretende identificar la forma en que la jurisprudencia en México se desarrolla, tanto por lo que hace a su caracterización e integración, como a su aplicación, para confrontar dicha práctica con lo expuesto en términos generales por la denominada teoría estándar de la argumentación jurídica, tomando como referencia específica las tres concepciones de

[4] Como excepción a lo dicho se puede considerar la obra del Ministro Cossío Díaz, en la que, en relación al sistema de precedentes aplicable a las controversias constitucionales y acciones de constitucionalidad, realiza un interesante análisis jurídico de dicha figura con base en la dogmática del *common law*, para contrastarla con la regulación y práctica mexicana. Cossío Díaz, José Ramón, *La controversia constitucional*, p. 834.

la argumentación jurídica a que se ha referido Manuel Atienza.[5] Para lo anterior, consideré oportuno dividir el trabajo en tres apartados principales: en el primero de ellos se describirá la forma en que la práctica jurisprudencial mexicana se da; en seguida, se desarrollarán las cuestiones atinentes a la teoría del precedente y la jurisprudencia, a la luz de la argumentación jurídica, destacando los problemas o inconvenientes que pudieran existir entre dicha teoría y la práctica jurisprudencial mexicana; por último, se hará una propuesta para solucionar los problemas identificados, de acuerdo con la teoría de la argumentación jurídica referida.

II. La jurisprudencia en México

El presente apartado se desarrolla con la única pretensión de presentar, de manera general, la forma en que el modelo de precedentes y el diverso de jurisprudencia son atendidos por el ordenamiento jurídico mexicano y su práctica. Por ello, no debe ser entendido como un tratado sobre la jurisprudencia mexicana, pues aquí sólo se exponen las bases que serán empleadas para el desarrollo de apartados posteriores.

1. *Conceptualización y caracterización*

La Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ha conceptualizado a la jurisprudencia a través de diversos criterios jurisprudenciales, de los cuales es posible identificar que ésta es entendida como:

> Una fuente del derecho derivada de la interpretación constitucional y legal que, con fuerza obligatoria, crean determinados órganos jurisdiccionales al resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, con el propósito de fijar el correcto sentido y alcance de las normas jurídicas y adecuar su contenido a la dinámica de la vida en sociedad, a fin de mantener la seguridad jurídica en la esfera pública y privada.[6]

Como se aprecia, el concepto propuesto por la Suprema Corte mexicana identifica la jurisprudencia como una *fuente del derecho*, pero ¿qué entiende la Corte por el hecho que la jurisprudencia sea una fuente del derecho en el sistema jurídico mexicano? Al respecto, el mismo Tribunal Constitucional

[5] Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, p. 316.
[6] Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La jurisprudencia. Su integración*, pp. 19-21.

ha referido que la práctica jurisprudencial implica creación del derecho, pero que, a diferencia de la creación por vía legislativa, aquella no procede de simples consideraciones de oportunidad, ya que no es una creación libre, sino que se encuentra vinculada a los casos concretos, donde los tribunales son los encargados de establecer las reglas para la solución de estos.[7]

Otra de las características que contempla el concepto de jurisprudencia antes proporcionado, se relaciona con su *obligatoriedad*. Esta característica ha sido desprendida directamente de la regulación que sobre la jurisprudencia contempla el ordenamiento jurídico mexicano, es decir, del hecho que exista una disposición que así lo determina.[8]

Como también se puede identificar, la jurisprudencia ha sido caracterizada por el hecho que es *producida sólo por determinados órganos* jurisdiccionales, con exclusión de otros. En el Poder Judicial Federal esta facultad está conferida a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, los Plenos de Circuito y los Tribunales Colegiados de Circuito.

Respecto de las dos últimas características señaladas, es decir, las atinentes a la obligatoriedad y la competencia restringida a ciertos órganos para la emisión de jurisprudencia, queremos resaltar, desde este momento, el carácter formal con que las mismas son identificadas. En el próximo apartado ello será motivo de nuestro análisis.

Siguiendo con las características del concepto que nos proporciona la Suprema Corte Mexicana, toca abordar el relacionado con el objetivo de la actividad jurisprudencial, o sea, *fijar el sentido y alcance de las normas jurídicas*. Sobre el particular, la jurisprudencia sobre jurisprudencia se ha preocupado, de sobre manera, en señalar que la jurisprudencia no es ley, sino un criterio de interpretación de ésta y que la misma no agrega ni quita nada a aquella, sino que se limita a aclarar su significado y sus alcances.[9]

[7] En este punto la Corte apoya sus conclusiones en lo expuesto por el constitucionalista español Francisco Rubio Llorente. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La jurisprudencia en México,* 2ª. ed., SCJN, México, 2005, pp. 128-137.

[8] El fundamento de la obligatoriedad de la jurisprudencia lo podemos encontrar en los Artículos 94 y 107 de la Constitución, 215 a 230 Ley de Amparo, 232 Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, 43 Reglamentaria de las fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución, *et al.*

[9] Época: Sexta Época, Registro: 261095, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Volumen XLIV, Segunda Parte, Materia(s): Común, Penal, Página: 85, que al rubro se lee "JURISPRUDENCIA APLICABLE." Y Época: Sexta Época, Registro: 259866, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Volumen LXXV, Segunda Parte, Materia(s): Penal, Común, Página: 26, que al rubro se lee "JURISPRUDENCIA, APLICACION RETROACTIVA DE LA."

Relacionado con la característica antes apuntada, es importante mencionar dos criterios jurisprudenciales que al respecto se han emitido. El primero de ellos refiere al método de interpretación susceptible de ser empleado al fijar la jurisprudencia. Sobre este particular se ha dicho que, ante la oscuridad o insuficiencia de la letra de la ley, el juzgador puede utilizar el criterio de interpretación que considere adecuado en el caso concreto,[10] atendiendo a que los sistemas de interpretación que la jurisprudencia ha señalado se encuentran reconocidos en nuestro sistema jurídico y son: el método gramatical, lógico, sistemático e histórico.[11] El segundo de los criterios tiene que ver con la retroactividad de la jurisprudencia. Derivado de la característica que nos ocupa, en específico, la aseveración de que la jurisprudencia no es ley, la Suprema Corte de Justicia sustentó[12] como criterio obligatorio el que la jurisprudencia podía ser aplicada de forma retroactiva, ya que la prohibición constitucional de dicha práctica esta únicamente referida a la ley.

Sólo resta ocuparnos de la última característica identificable en la conceptualización de jurisprudencia, que se relaciona con la finalidad de la misma, es decir, la *seguridad jurídica*. Lo anterior, se ha dicho, es alcanzable ante la certeza en la aplicación en el orden jurídico que implica y da seguridad jurídica a los gobernados.[13]

2. *La formulación de la jurisprudencia mexicana*

Habiendo expuesto el concepto que sobre jurisprudencia es identificable en los diversos criterios jurisprudenciales que al respecto se han emitido, así como desarrollado de manera sucinta sus características, resulta pertinente, antes de analizar la forma en que se integra la jurisprudencia en el ordena-

[10] Época: Novena Época, Registro: 181320, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIX, Junio de 2004, Materia(s): Común, Tesis: 1a. LXXII/2004, Página: 234, que al rubro se lee "INTERPRETACIÓN DE LA LEY. SI SU TEXTO ES OSCURO O INCOMPLETO Y NO BASTA EL EXAMEN GRAMATICAL, EL JUZGADOR PODRÁ UTILIZAR EL MÉTODO QUE CONFORME A SU CRITERIO SEA EL MÁS ADECUADO PARA RESOLVER EL CASO CONCRETO".

[11] Época: Octava Época, Registro: 223218, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo VII, Abril de 1991, Materia(s): Común, Tesis: Página: 192, que al rubro se lee "INTERPRETACION DE LA LEY, INSTRUMENTOS AL ALCANCE DEL ORGANO JURISDICCIONAL PARA LA".

[12] Si bien esto ya no es así hoy en día, ello no se debe al abandono o superación del criterio jurisprudencial en comento, sino a una modificación legislativa del año 2013, relativa al juicio de amparo, a través de la cual se prohibió la aplicación retroactiva de la jurisprudencia para los juicios iniciados a partir de que dicha reforma entró en vigor.

[13] Suprema Corte de Justicia de la Nación. *La jurisprudencia. Su integración, op. cit.*, pp. 19-21.

miento jurídico mexicano, llamar la atención sobre un rasgo distintivo de la jurisprudencia en México y que tiene que ver con su formulación.

De manera general, se puede decir que la actividad judicial se manifiesta a través de sentencias, las cuales son emitidas al resolver los casos que les son planteados a los distintos órganos jurisdiccionales. Asimismo, resulta común para la práctica jurídica referir que en dichas sentencias los jueces justifican sus fallos, expresando las razones que sustentan su decisión. Así, en dicha justificación se encontrará el criterio jurisprudencial, el cual se podrá distinguir al identificar la *ratio decidenci*, es decir, la "regla", el "estándar", "criterio", "principio" o "razón" principal utilizados para resolver el caso. El cual deberá ser utilizado en casos futuros en los que exista una cierta identidad.[14]

Con lo dicho hasta ahora, es posible advertir que "sentencia" y "criterio jurisprudencial" no son lo mismo. Más bien, el criterio jurisprudencial se encontrará en una sentencia o será parte de ésta, pero no es la sentencia. Tomando en consideración esto, la dogmática construida en torno al precedente y la jurisprudencia ha señalado que la identificación de la *ratio decidendi* no se da en el caso en que fue emitida ésta, sino en el posterior en que se pretende hacer valer como tal, así "parece ser que el juego de la identificación se da en el marco de las relaciones entre los órganos y las partes y de los órganos inferiores y superiores entre sí dentro del flujo institucional propio de cada orden jurídico".[15]

La anterior problemática, referente a la identificación de la jurisprudencia en las diversas sentencias, pareciera que ha sido eludida por el ordenamiento jurídico mexicano —consciente o inconscientemente—, pero ha originado una serie de problemas que me parece resultan de enormes proporciones, ya no sólo por lo que respecta a la integración de la misma, sino también por lo que hace a su aplicación, lo cual será abordado más adelante. Por ahora, me parece adecuado tratar de explicar esta peculiaridad que tiene la formulación de la jurisprudencia en México.

Un vez que un órgano con competencia para emitir jurisprudencia emite una sentencia, identifica el criterio sustentado para la resolución del caso, el cual podrá ser susceptible de integrar jurisprudencia. Estos criterios que aún no forman jurisprudencia, pero que estarían en vías de hacerlo, son denominados *tesis aisladas*. Ahora bien, tanto las tesis aisladas, como la jurisprudencia en su momento, son recogidas en una formulación especial.

[14] Los términos aquí empleados para tratar de definir el concepto de *ratio decidendi* aparecen en la obra del Ministro José Ramón Cossío. Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit.*, pp. 712-713.

[15] Ingman, T., *The English legal process*, pp. 313-314, citado por Cossío Díaz, *op. cit.*

Me parece que la mejor forma de ejemplificar lo anterior es con la transcripción de alguna de estas formulaciones:

Séptima Época
Registro:239554
Instancia: Tercera Sala
Tesis Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Volumen 217-228, Cuarta Parte
Materia(s): Civil
Página: 132
Genealogía: Informe 1987, Segunda Parte, Tercera Sala, tesis 324, página 233.
GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES. SU TIERNA EDAD ES SUFICIENTE PARA CONFIARLOS A LA MADRE (LEGISLACION DEL ESTADO DE VERACRUZ).
El artículo 157 del Código Civil para el Estado de Veracruz, que regula y define la situación de los hijos en los casos de divorcio, establece en su regla primera, que cuando la causa de divorcio estuviera comprendida en las fracciones I, II, III, IV, VII, XIII, y XIV del artículo 141, los hijos quedarán bajo la potestad del cónyuge no culpable; en su regla segunda, que cuando la causa del divorcio estuviera comprendida en las fracciones VIII, IX, XII y XV del artículo 141, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge inocente; y en su regla tercera, que en el caso de las fracciones V y VI del artículo 141, que los hijos quedarán en poder del cónyuge sano. Como puede verse, la causal de divorcio a que se refiere la fracción X del artículo 141 del código en comento, no se comprende en ninguno de los casos a que aluden las reglas primera, segunda y tercera del mencionado artículo 141. En cambio, la regla cuarta y última del artículo 157 del Código Civil, dispone que en todos los casos de divorcio en que la ley no fije en favor de uno determinado de los cónyuges el cuidado de los hijos, el Juez determinará lo conveniente dentro de los términos del artículo 133, precepto según el cual, los hijos serán confiados al cuidado del padre y la madre en justa proporción y siguiendo hasta donde el Juez lo estime oportuno, la elección de los propios hijos expresada por estos libremente, y que en caso de incapacidad de los mismos para optar o expresar su elección, que el Juez decidirá en los términos convenientes al interés social y familiar de los hijos y los padres. Por tanto, la responsable procede correctamente al resolver sobre la guarda y custodia de los hijos menores, al confiar a los hijos a la madre por su tierna edad, conforme a la regla cuarta del artículo 157 del Código Civil del Estado de Veracruz, pues en los casos de divorcio por la causal prevista en la fracción X del artículo 141 del propio código, la ley no fija en favor de uno determinado de los cónyuges el cuidado de los hijos, sino que faculta al Juez para que bajo su prudente arbitrio y teniendo en cuenta los intereses superiores de los hijos, resuelva en favor de uno de los cónyuges, independientemente de que éstos o alguno de ellos sea cónyuge inocente o culpable.
Amparo directo 4680/86. Rodolfo Reynoso Mayoral. 24 de junio de 1987. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ernesto Díaz Infante. Secretario: Guillermo A. Hernández Segura.

El formalismo[16] sobre la jurisprudencia es tal, en México, que la regulación para su formulación resulta en extremo extensa. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido el Acuerdo 20/2013,[17] en el cual se regula pormenorizadamente la forma en que se redactan, elaboran, emiten y publican las formulaciones que ahora nos ocupan. De este cuerpo normativo, cobra relevancia el concepto que ofrece sobre las formulaciones que se hacen de las tesis aisladas y jurisprudencias, las cuales define como la expresión por escrito, en forma abstracta, de un criterio jurídico establecido al resolver un caso concreto, identificando además, que la tesis no es un extracto, una síntesis o un resumen de la sentencia.[18]

Por último, me parece insoslayable, para efectos del presente trabajo, advertir lo que el mismo Acuerdo 20/2013 indica en relación con la elaboración del texto de estas formulaciones, ya que se regula que éste debe derivar en su integridad de la parte considerativa fundamental de la resolución correspondiente, es decir, de la parte en que se expresa la fundamentación de la decisión, y no contener aspectos que, aun cuando se hayan tenido en cuenta en la discusión del asunto, no formen parte de aquélla, entendiendo por parte considerativa fundamental, la concerniente al planteamiento del problema o problemas tratados y las razones de su solución. De la misma manera, el acuerdo en cuestión establece que dicho texto debe ser redactado con claridad, de modo que pueda ser entendido cabalmente sin recurrir a la resolución correspondiente.[19]

3. *Integración de la jurisprudencia*

En México es posible identificar la coexistencia, por lo menos formal, tanto del modelo relativo a los precedentes, como el diverso jurisprudencial. Este último, el de más auge e importancia en el ordenamiento jurídico mexicano.

[16] El término "formalismo" es empleado en un sentido amplio, con lo cual se pretende comprender, tanto como una característica del derecho, como una concepción del derecho, atendiendo a la innegable conexión existente en dicha distinción. ATIENZA, Manuel, *op. cit.*, pp. 24-27.

[17] Acuerdo General 20/2013, de 25 de noviembre de 2013, relativo a las reglas para la elaboración, envío y publicación en el *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, de las tesis que emiten la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Plenos de Circuito y los Tribunales Colegiados de Circuito, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 12 de diciembre de 2013.

[18] *Ibid.*, Artículo 2.

[19] *Ibid.*, Artículo 4.

a) Modelo de Jurisprudencia

El modelo de jurisprudencia se encuentra regulado en la Ley de Amparo, la cual establece básicamente dos distintos mecanismos para la integración de la jurisprudencia. El primero de ellos es denominado por reiteración y el segundo llamado por contradicción o unificación de criterios.

i. Jurisprudencia por reiteración

La jurisprudencia por reiteración se logra cuando un mismo órgano jurisdiccional sustenta un mismo criterio, con una cierta mayoría calificada, en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario,[20] ya sea del mismo órgano o de uno diverso con jerarquía superior.[21]

Sobre esto, vale la pena destacar que el requisito para la integración de este tipo de jurisprudencia está en que el criterio, no la sentencia, sea sustentado y votado de acuerdo con lo establecido en la ley, es decir, atendiendo a una distinción antes hecha, el criterio y la sentencia no pueden identificarse. Entonces, lo relevante aquí será identificar si el criterio fue adoptado o no, por la mayoría necesaria en cada uno de los distintos casos, con independencia del sentido final de la sentencia. Por último, se debe decir que los órganos facultados para integrar esta clase de jurisprudencia son el Pleno y las Salas de la Suprema Corte, así como los Tribunales Colegiados de Circuito.[22]

ii. Jurisprudencia por unificación o contradicción

Este tipo de jurisprudencia se integra cuando uno de los órganos jurisdiccionales con competencia para ello, dilucida los criterios discrepantes sostenidos por órganos jurisdiccionales jerárquicamente inferiores. Así, el Pleno de

[20] Ley de Amparo, *DOF*, el 02 de abril de 2013. Artículos 222 a 224.

[21] Con independencia de los argumentos que bajo una óptica jerárquica o de cualesquier otra se pudieran plantear en contra de lo dicho, lo aquí señalado me parece interesante, ya que podría revelar el criterio de la SCJN al respecto, el cual se puede ver en el Acuerdo General 20/2013 del Pleno de la SCJN, mismo que en su Artículo 31 letra B, refiere que la publicación de una tesis puede ser omitida: "Cuando la Coordinación detecte que una tesis aislada o de jurisprudencia emitida por un Tribunal Colegiado de Circuito, en las materias propias de su competencia, sostiene un criterio distinto al contenido en una tesis de jurisprudencia o aislada de la Suprema Corte o de un Pleno del mismo Circuito, deberá informarlo a aquél, a efecto de que determine sobre su publicación. En el supuesto de que el Tribunal Colegiado de Circuito determine publicar la tesis, la Coordinación elaborará una nota de remisión a la o a las tesis de la Suprema Corte o del Pleno del mismo Circuito que contienen el criterio distinto, la cual se publicará al pie de la tesis del primero;"

[22] Se considera que lo expuesto aquí, para efectos del presente trabajo, resulta aplicable *mutatis mutandi* a la jurisprudencia emitida por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

la SCJN conoce de las contradicciones de criterios sustentados por las Salas de la Corte, estas conocen de las contradicciones sustentadas por los Plenos de Circuito[23] y estos, a su vez, en relación con las contradicciones que puedan existir en los criterios de los Tribunales Colegiados de Circuito.

Respecto a la materia de este tipo de jurisprudencia, es decir, los criterios discordantes, estos pueden provenir de cualquier asunto que resulte competente a los distintos órganos jurisdiccionales.

Sobre la finalidad de este tipo de jurisprudencia, la Primera Sala de la Corte ha sostenido, en un criterio jurisprudencial:

> La esencia de la contradicción radica más en la necesidad de dotar al sistema jurisdiccional de seguridad jurídica que en la de comprobar que se reúna una serie de características determinadas en los casos resueltos por los tribunales colegiados de circuito… Por ello, en las contradicciones de tesis que la Suprema Corte de Justicia de la Nación está llamada a resolver debe avocarse a reducir al máximo, cuando no a eliminar, ese margen de discrecionalidad creado por la actuación legal y libre de los tribunales contendientes.[24]

De la resolución de una controversia de criterios puede derivarse el que alguno de ellos prevalezca con carácter de jurisprudencia o, incluso, que el órgano que resuelva la contradicción pueda esgrimir un criterio nuevo en relación con los contradichos. Sin embargo, la ley señala que la resolución que decida la contradicción no afectará las situaciones jurídicas creadas anteriormente con la aplicación de los criterios contrarios.

b) Modelo de Precedentes

Este modelo es el seguido para las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad. De acuerdo con la ley que regula estos procedimientos, las razones en que se sustenten las sentencias, aprobadas por cuando menos ocho votos de los Ministros integrantes del Pleno de la Corte, serán obligatorias para las Salas, Plenos de Circuito, tribunales unitarios y colegiados de circuito, juzgados de distrito, tribunales militares, agrarios y judiciales

[23] A su vez, las Salas de la SCJN pueden conocer de los criterios contrarios que emitan los Tribunales Colegiados de Circuito, lo cual se da cuando dichos Colegiados pertenecen a un mismo circuito, pero tienen diferente especialización. Artículo 107 XIII de la Constitución.

[24] Novena Época, Registro: 165076, Instancia: Primera Sala, Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXXI, Marzo de 2010, Materia(s): Común, Tesis: 1a./J. 23/2010, Página: 123, que al rubro se lee "CONTRADICCIÓN DE TESIS ENTRE TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO. FINALIDAD Y CONCEPTO".

del orden común de los estados y del Distrito Federal, y administrativos y del trabajo, sean estos federales o locales.[25]

No obstante la anterior regulación, la inercia de la tradición jurisprudencial mexicana ha sido tal, que ha terminado por arrastrar el modelo de precedentes a los causes del modelo jurisprudencial. Así, aún y cuando el modelo de precedentes nos obligue a indagar en cada sentencia el criterio sustentado, el cual bastaría para ser obligatorio, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha llegado al extremo de también emitir formulaciones jurisprudenciales en este sistema, lo que, de suyo, ha tergiversado la razón de ser y finalidad del sistema de precedentes.[26]

4. *Interrupción y sustitución de la jurisprudencia*

a) Interrupción de la jurisprudencia

La legislación aplicable a la jurisprudencia en México establece las figuras de la interrupción de la jurisprudencia y una diversa relativa a su sustitución.

Por lo que se refiere a la primera de ellas, la legislación indica que la jurisprudencia se interrumpe y deja de ser obligatoria cuando se pronuncie sentencia en contrario. Aquí se puede considerar que la sentencia en contrario deberá ser emitida por el mismo órgano que emitió la jurisprudencia a interrumpir. Asimismo, se indica que en la ejecutoria en la que se decida interrumpir alguna jurisprudencia se deberán expresar las razones que la apoyen, las que, se dice, deben estar referidas a las consideraciones que se tuvieron para, en su momento, emitir la jurisprudencia que se interrumpe.[27]

Sin embargo, la jurisprudencia sobre jurisprudencia al respecto emitida, ha indicado que la falta de esas razones —dadas en forma explícita— podrá implicar una deficiencia de técnica procesal, pero ello no obsta para que no se interrumpa la jurisprudencia y deje de tener carácter obligatorio.[28]

[25] Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de mayo de 1995. Artículo 43.

[26] Opiniones como la aquí expresada se pueden encontrar en Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit.*, pp. 737-744. A la fecha de publicación del presente trabajo es necesario tomar en cuenta las modificaciones hechas a través del Instrumento normativo aprobado por el Pleno de la SCJN, el 4 de abril de 2016, por el que se regula la difusión del Semanario Judicial de la Federación, el cual modifica la forma en que los precedentes derivados de las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad son dados a conocer.

[27] Ley de Amparo. Artículos 228 y 229.

[28] Época: Séptima Época, Registro: 256804, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Volumen 31, Sexta Parte, Materia(s):

b) Sustitución de la jurisprudencia

Por lo que hace a la sustitución de la jurisprudencia, ésta se da cuando alguno de los órganos con competencia para emitir jurisprudencia solicita al órgano inmediato jerárquicamente superior, que la jurisprudencia por reiteración o contradicción que sostuvo este último sea sustituida, aludiendo las razones para dicha solicitud. Así, con motivo de un caso concreto previamente resuelto, los Tribunales Colegiados pueden pedir la sustitución de la jurisprudencia establecida por el Pleno de Circuito al que pertenezcan; los Plenos de Circuito podrán hacer dicha solicitud a las Salas de la Suprema Corte y éstas, lo correspondiente con el Pleno.

Por último, la ley establece las mayorías que en la votación se requiere para la sustitución de la jurisprudencia e indica que la resolución que se emita en el sentido de sustituir la jurisprudencia no afectará las situaciones jurídicas derivadas de los juicios en los que se hubiere aplicado la jurisprudencia sustituida, ni la que resolvió el caso concreto que motivó la solicitud de sustitución.[29] De esta forma, la sustitución de jurisprudencia es considerada como una tercera manera de integrar jurisprudencia.

5. Obligatoriedad y aplicación de la jurisprudencia

a) Obligatoriedad de la jurisprudencia

La obligatoriedad de la jurisprudencia, normalmente es abordada en relación con los sujetos que deben acatarla, es decir, en relación a los órganos jurisdiccionales que deben aplicar la jurisprudencia al resolver los casos de que conocen.

En esta tesitura, se debe decir que la lógica con que la legislación identifica a los órganos jurisdicciones obligados a acatar la jurisprudencia atiende a un principio de jerarquía judicial, lo que implica que la jurisprudencia de los órganos superiores debe ser acatada y cumplida por los diversos inferiores. Adicionalmente, se establecen órganos obligados al cumplimiento y acatamiento de la jurisprudencia que se encuentran fuera del Poder Judicial, ya

Común, Página: 37, que al rubro se lee "JURISPRUDENCIA, INTERRUPCION DE LA". Dicha jurisprudencia podría considerarse vigente, aún con la entrada en vigor de la nueva Ley de Amparo, con base en el transitorio sexto del decreto mediante el cual se expidió dicha ley.

[29] Ley de Amparo. Artículo 230.

que, no obstante, emiten actos materialmente jurisdiccionales, como pueden ser los diversos tribunales administrativos pertenecientes al Poder Ejecutivo.[30]

Se debe dejar en claro que la jurisprudencia obliga hasta que la misma ha quedado integrada de acuerdo con las figuras de reiteración, contradicción y sustitución, que ya han sido expuestas. Por lo que hace a las tesis aisladas, se debe decir que los criterios en ellas expresados no resultan obligatorios; sin embargo, en la práctica se podría identificar una especie de *stare decisis* implícito, pues existe una tendencia lógica de los tribunales a acatar los criterios establecidos por tribunales superiores aun y cuando estos no puedan ser considerados como jurisprudencia obligatoria todavía, de acuerdo con el ordenamiento jurídico mexicano.

Por lo demás, la dogmática mexicana ha identificado la obligatoriedad de la jurisprudencia aludiendo a una cuestión formal de índole legal, es decir, señalando el fundamento en la legislación que así lo establece.

b) Aplicación de la jurisprudencia

Uno de los ámbitos que probablemente es —y ha sido— menos abordado, es el relativo a la aplicación de la jurisprudencia. Sobre el particular, la Suprema Corte ha sostenido que cuando sea aplicable una tesis jurisprudencial a un caso concreto, porque los elementos de la controversia se ajusten precisamente al criterio que informa la tesis, su aplicación es inobjetable, aun cuando las partes no se hayan referido al criterio que sustenta la jurisprudencia aplicada. Asimismo, ha referido que sería ilegal la aplicación de una jurisprudencia, si ésta no fuere acorde con los elementos del juicio donde se aplica o se razonara de forma ilógica o incongruente para forzar la aplicación de la jurisprudencia a un caso concreto.[31]

En este orden de ideas, parecería que lo relevante en la aplicación de la jurisprudencia, a través de las formulaciones que el ordenamiento mexicano contempla, radicaría en identificar que los elementos de la controversia se ajusten precisamente al criterio que informa la tesis. No obstante lo anterior, la práctica judicial mexicana ha revelado que la facultad de los órganos para identificar la aplicabilidad o no de un criterio jurisprudencial a un caso concreto es muy limitada.

[30] Los órganos obligados al cumplimiento de la jurisprudencia y los supuestos se reglamentan en los Artículos 215 a 221 de la Ley de Amparo.

[31] Época: Séptima Época, Registro: 242326, Instancia: Tercera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Volumen 16, Cuarta Parte, Materia(s): Común, Página: 19, que al rubro se lee "JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, APLICACION DE LA".

Algunos Tribunales Colegiados de Circuito establecieron un criterio sumamente interesante al respecto; el cual parecía el inicio de un nuevo método para la aplicación de la jurisprudencia en México, que hasta ese momento se caracterizaba por el hecho de que los órganos jurisdiccionales obligados a aplicar la jurisprudencia se limitaban —o se limitan— a la lectura de las formulaciones jurisprudenciales y dejaban de lado o soslayaban cualesquier argumento tendente a evidenciar que la formulación jurisprudencial no atiende a lo resuelto en la(s) ejecutoria(s) respectiva(s). El criterio sustentado por los Tribunales señalaba que:

> Si de la lectura que se realice a las ejecutorias que integran una jurisprudencia se evidencia que no confluye un estudio analítico de la norma o normas que interpreta, ni las razones jurídicas y la precisión del método interpretativo al que se acudió para llegar a una determinada conclusión, sino que únicamente se mencionan cuestiones, sin discurrir sobre las mismas, el criterio asentado en la jurisprudencia, en rigor jurídico, no tiene el carácter de tal, porque la síntesis y los razonamientos en ella plasmados, no se refieren a lo realmente resuelto, examinado y dictaminado en las sentencias que le sirven de precedente.[32]

Ante la emisión de la tesis aislada antes expuesta, la Suprema Corte de Justicia de la Nación superó dicho criterio al resolver una contradicción de tesis, estableciendo que los Tribunales Colegiados de Circuito:

> Se encuentran legalmente imposibilitados para cuestionar el carácter, contenido y proceso de integración de la jurisprudencia, *independientemente del motivo que pretendan aducir*, por lo que una vez que han tenido conocimiento de ella, al actualizarse su aplicación a un caso concreto deben acatar aquel criterio forzosa e ineludiblemente, ya que de lo contrario se le desnaturalizaría al privársele de un atributo, que además de derivar de la propia norma constitucional, la justifica como una fuente formal del derecho.[33]

[32] No. Registro: 191,207, Tesis aislada, Materia(s): Común, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XII, Septiembre de 2000, Tesis: III.1o.A.39 K, Página: 764, que al rubro se lee: "JURISPRUDENCIA. SI LAS RESOLUCIONES QUE LA ORIGINARON NO DESENTRAÑARON EL ALCANCE Y SENTIDO QUE DEBE ATRIBUIRSE A LAS DISPOSICIONES LEGALES QUE SUPUESTAMENTE INTERPRETA, EN RIGOR JURÍDICO NO CONSTITUYE CRITERIO JURISPRUDENCIAL Y SU APLICACIÓN NO ES OBLIGATORIA".

[33] No. Registro: 185,721, Jurisprudencia, Materia(s): Común, Novena Época, Instancia: Segunda Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XVI, Octubre de 2002, Tesis: 2a./J. 106/2002, Página: 293, que al rubro se lee: "JURISPRUDENCIA. LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO SÓLO PUEDEN ANALIZAR SI UN CRITERIO JURÍDICO TIENE O NO TAL CARÁCTER, SI NO ESTÁ REDACTADO COMO TESIS CON RUBRO, TEXTO Y DATOS DE IDENTIFICACIÓN".

III. La teoría de la argumentación jurídica y la jurisprudencia en la práctica mexicana

En el punto anterior expuse de forma muy breve la manera en que el ordenamiento jurídico regula la jurisprudencia y cómo la práctica mexicana la ha llevado a cabo. Ahora, en el presente apartado, intentaré contrastar la jurisprudencia mexicana con la teoría de la argumentación jurídica. El propósito fundamental será identificar los principales problemas que encuentra la jurisprudencia en México; pondré el acento en lo que se refiere a la integración y aplicación de la jurisprudencia, tomando como piedra angular de dicho análisis la formulación de las tesis de jurisprudencia.

1. *El precedente en la teoría de la argumentación jurídica. Su ubicación y fundamentación*

Para el desarrollo del tema, seguiré la obra denominada *Teoría de la argumentación jurídica,* cuya autoría corresponde al filósofo del derecho de origen alemán, Robert Alexy.[34] En esta obra, al desarrollar una *teoría de la argumentación jurídica,* Alexy identifica que en los discursos jurídicos el *quid* de la cuestión gira en torno a la justificación o fundamentación de las decisiones jurídicas.

Siguiendo a Wróblewski, el autor alemán distingue la justificación interna de la justificación externa, señalando que el objeto de esta última estriba en fundamentar las premisas utilizadas en la justificación interna, las cuales pueden ser de tres tipos: 1. Reglas de derecho positivo; 2. Enunciado empíricos; y 3. Premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de derecho positivo. Derivado de lo anterior, señala que cada premisa se corresponde con distintos métodos de fundamentación. Así, indica que la fundamentación de una regla de derecho positivo consiste en mostrar su conformidad con los criterios de validez del ordenamiento jurídico. Con relación a la fundamentación de premisas empíricas, señala que puede recurrirse a distintos procederes que van desde los métodos de las ciencias empíricas, hasta las máximas de presunción racional. Por lo que toca a las premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de derecho positivo, sirve lo que designa como "argumentación jurídica".

[34] Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica,* p. 374.

Derivado de lo anterior, Alexy establece seis reglas y formas para la justificación externa, relacionadas con el método de la argumentación jurídica; entre las cuales reconoce la figura del *precedente*. Refiere que el origen del precedente está identificado con el principio de universalidad, en la exigencia que subyace a toda concepción de justicia de tratar igual a lo igual.[35] De lo anterior se concluye que, para el precedente, el problema consiste en identificar "lo igual", ya que nunca hay dos cosas iguales. Al respecto propone poner un énfasis especial en identificar y determinar la relevancia de las diferencias, de forma que así se nos permita identificar "lo igual".

Con ello, la teoría de la argumentación jurídica nos presenta razones fuertes para considerar y sustentar al precedente como un elemento esencial de la práctica jurídica; el cual encuentra su fundamento en el principio de universalidad y de justicia, principios que innegablemente orientan a toda práctica del Derecho. Por ello, se considera que, con independencia de que el ordenamiento jurídico mexicano regule o no la obligatoriedad del precedente o jurisprudencia en una regla de derecho vigente, esta institución estaría obligada a existir, si la pretensión del Derecho mexicano radica en ser una práctica racional. De la misma forma, es relevante advertir cómo la teleología del precedente identificada por la dogmática de la argumentación jurídica gira en torno a la justicia, a diferencia de la concepción positiva mexicana que la refiere únicamente a la seguridad jurídica que, en todo caso, es sólo una de las formas en que se puede expresar la justicia.[36]

2. *La distinción entre precedente y jurisprudencia*

Antes nos hemos referido a los conceptos de precedente y jurisprudencia sin tratar una distinción entre ellas. Ahora nuestro propósito es abordar *grosso modo* estas figuras, desde una perspectiva dogmática.

[35] Al respecto, Josep Aguiló ha señalado que la universalidad presupone el compromiso de resolver del mismo modo todos los casos iguales al que se ha decidido. Este compromiso hacia el futuro puede ser explicado desde dos expedientes: el primero supone ver a la universalidad como condición de racionalidad de cualquier discurso racional; mientas que el segundo implica ver a la universalidad como condición de igualdad formal en el ámbito normativo. Aguiló Regla, Josep, *Teoría general de las fuentes del derecho*, p. 255.

[36] Sobre este punto, resulta oportuno considerar lo señalado por Gustav Radbruch, para quien el Derecho contiene tres nociones de valor: la justicia, la adecuación al fin y la seguridad jurídica; las cuales, indica, se complementan mutuamente, aunque también pueden entrar el conflicto. Señala que la adecuación al fin está subordinada a las otras dos concepciones; sin embargo, los conflictos entre justicia y seguridad jurídica no pueden resolverse de manera unívoca, pues la seguridad es una forma de justicia. Atienza, Manuel, *op. cit.*, p. 42.

a) El modelo del precedente

El modelo del precedente resulta propio generalmente de los ordenamientos jurídicos de *common law,* aunque no es exclusivo de estos. Dicho sistema se caracteriza porque las razones de los jueces, sustentadas para la resolución de los casos y necesarias para estos, resultan una autoridad, es decir, se vuelven obligatorias para el mismo juez y para los jueces de menor rango, en asuntos posteriores en los que exista la misma cuestión.[37] Este modelo se sustenta en la figura jurídica del *stare dicisis,* la cual puede ser caracterizada de la siguiente forma: 1. La observancia del precedente no constituye una obligación jurídica en sentido estricto, es decir, su inobservancia no resulta un ilícito; 2. Su fundamento no se encuentra expresado en ninguna regla de derecho positivo; 3. Es considerada una práctica realizada por los jueces; y 4. Su verdadero control y obligatoriedad deriva de la jerarquía existente entre los jueces, donde los superiores pueden invalidar las decisiones de los inferiores.[38]

Una vez creado o sustentado el precedente, este modelo deja al juez tres alternativas ante el caso futuro a resolver: 1. Declarar y aplicar el precedente; 2. Mostrar que el nuevo asunto a resolver difiere, en cuanto a sus propiedades relevantes, de aquel en que se sustentó el precedente y, por lo tanto, declararlo inaplicable —lo cual es denominado *distinguishing* por la dogmática—; o 3. Si el precedente no deriva de un tribunal superior, derogarlo o anularlo, lo cual es llamado *overrule*.[39] Asimismo, dentro de este modelo es posible identificar dos variantes o concepciones del mismo: aquella en la que el precedente es obligatorio y otra, en la que el mismo sólo es de tipo persuasivo.

[37] Así expuesto por Josep Aguiló, siguiendo a Chamberlain de Iturralde, en Aguiló Regla, Josep, *op. cit.*, p. 144.

[38] Expuesto así por el Ministro José Ramón Cossío, siguiendo a Bankowski, Z., D. N. MacCormick y G. Marshall, *Precedent in the United Kindom*, en Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit.*, pp. 706-712.

[39] Aguiló Regla, Josep, *op. cit.*, pp. 143-146. Al respecto, Alexy refiere que "Es posible que un caso sea igual a otro caso anteriormente decidido en todas las circunstancias relevantes, pero que sin embargo se desee decidir de otra manera porque, entre tanto, ha cambiado la valoración de estas circunstancias. Si se quisiera adherirse sólo al principio de universalidad sería imposible tal diferente decisión. Pero esta exclusión de cualquier cambio sería entonces incompatible con el hecho que toda decisión plantea una pretensión de corrección. Por otra parte, el cumplimiento de la pretensión de corrección forma parte precisamente del cumplimiento del principio de universalidad, aunque sea solo condición". Alexy, Robert, *op. cit.*, pp. 261-266.

b) El modelo de la jurisprudencia

En términos generales, este modelo resulta acorde con los sistemas jurídicos de tradición europea continental y encuentra su característica principal en el hecho de que un criterio, para poder ser considerado obligatorio, debe estar sustentado en un conjunto de sentencias judiciales, la cuales deben ser vistas no sólo como documentos, ni como fuente de normas jurídicas individuales, sino como el conjunto de documentos de los cuales se pueden extraer o inferir normas jurídicas generales.[40]

Como se aprecia, la doctrina de la jurisprudencia identifica que a través de dicha institución se crea derecho objetivo, expresando que la incorporación al derecho de las normas que son empleadas por los jueces para dictar sus resoluciones se produce no únicamente por el hecho de que el órgano jurisdiccional hubiere sustentado un criterio, sino por la reiteración de decisiones que recurren a ese mismo criterio.[41] En la jurisprudencia también juega un rol importante la jerarquía de los órganos jurisdiccionales, pues la dictada por los superiores será obligatoria para los inferiores, quienes tendrán encomendada la tarea de unificar la doctrina jurisprudencial.

Por lo que respecta al modelo mexicano, coexisten el modelo de precedentes y el de jurisprudencia, como ya lo hemos advertido; pero esto desde una perspectiva formal legal. De igual forma, como lo hemos mencionado, el modelo de jurisprudencia es el de mayor raigambre en nuestro sistema, al grado que ha terminado por encausar en su concepción (legislación, formulación, aplicación, etcétera) al precedente, lo que podría llevarnos a señalar que, en última instancia, el único modelo que la práctica mexicana emplea es el de la jurisprudencia.[42] Lo anterior no es lo único que hay que resaltar de lo hasta aquí mencionado; también, por lo que hace a la jurisprudencia, se puede apreciar cómo la concepción mexicana de ésta no es del todo consistente y congruente con el modelo presentado desde la perspectiva dogmática. Si bien es cierto, esta dicotomía entre el razonamiento teórico y el razonamiento práctico resulta usual en el Derecho, por lo que hace a la jurisprudencia mexicana, implica o acarrea, según lo veo, varios problemas, mismos que serán abordados a continuación y que giran en torno a la formulación de la jurisprudencia que se hace en México.

[40] Josep Aguiló siguiendo a Guibourg, Ricardo,. *op. cit.*

[41] Las normas de origen judicial como fuente del derecho es un tema controversial que frecuentemente ha confrontado a la doctrina. Por exceder el objeto del presente trabajo, ello no será abordado, sin embargo, no se desconoce la cuestión.

[42] Ver apartado II.3.b.

3. *Análisis de la problemática de la integración y aplicación de la jurisprudencia mexicana con base en las tres concepciones de la argumentación jurídica*

En el presente apartado me ocuparé de identificar los principales problemas que la jurisprudencia mexicana encuentra, tanto para su integración, como para su aplicación; todo ello en torno a la peculiar formulación jurisprudencial regulada y empleada en el ordenamiento jurídico mexicano. Para efectos de lo anterior, me serviré de las tres concepciones de la argumentación jurídica identificadas por Manuel Atienza. Esto lo consideró plausible, ya que la formulación jurisprudencial será vista como un argumento o serie de argumentos que emplea el Derecho.[43] Antes de abordar los aspectos de integración y aplicación de la jurisprudencia, para efectos de la exposición del presente, me parece oportuno referir, aunque sea de una manera muy somera, la forma en que son identificadas las concepciones formal, material y pragmática de la argumentación jurídica.

La *concepción formal* ve la argumentación como una serie de enunciados sin interpretar, hace abstracción del contenido de verdad o de corrección de las premisas y la conclusión. Atiende a cuestiones formales relativas a lógica que debe existir para el paso de las premisas a la conclusión, por lo que puede decirse que ve a la argumentación no como una actividad, sino como un resultado. Se encuentra vinculada íntimamente con la lógica, (estándar o clásica), en atención a los esquemas argumentativos que dicha disciplina proporciona, como puede ser el silogismo subsuntivo.[44]

Por lo que se refiere a la *concepción material,* se puede decir que la esencia de ésta no radica en la forma de los argumentos, sino en aquello que hace que estos sean verdaderos o correctos. El centro de gravedad en dicha concepción radica en las premisas y en la conclusión; no en la inferencia lógica entre ellas, sino en su justificación.[45]

En lo atinente a la *concepción pragmática,* se puede decir que el acento en ella está en la aceptación que los argumentos tengan por parte de un auditorio (argumentación retórica) o en un diálogo (argumentación dialéctica). Lo importante para esta concepción es, en todo caso, la persuasión, pero atendiendo para ello a un límite moral o político; es decir, no se reduce a convencer por convencer de cualquier cosa, sino de lo bueno o lo verdadero.[46]

[43] Considero que ello también es congruente con la forma en que Alexy aborda el estudio del precedente.

[44] Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica,* p. 870.

[45] *Ibid.*, pp.110-114.

[46] *Id.*

a) Integración de la jurisprudencia

i. Concepción Formal

Desde la perspectiva formal se puede advertir que la principal problemática que identifico en la jurisprudencia es que, en la gran mayoría de los casos, el texto de dicha formulación pareciera corresponder únicamente a la conclusión de un silogismo. Al presentarse así la jurisprudencia, aun y cuando la pudiéramos considerar como la conclusión parte de un silogismo entimemático, resulta muy difícil, por no decir imposible, la reconstrucción de las premisas de dicho silogismo, pues no estarían presentes los elementos necesarios para ello de la sola lectura de la formulación.

En el supuesto de que la formulación jurisprudencial hubiera sido de tal manera cuidada que quedarán nítidas la forma lógica y las partes del argumento, la duda que subsistiría sería saber a qué corresponde dicho silogismo, si a la totalidad del criterio sostenido para resolver el caso —lo cual resultaría una tarea ardua y complicada en la formulación (mas no imposible)—, o si dicho silogismo se refiere sólo a uno, de varios, criterios sustentados para la resolución del caso. Bajo esta última óptica, siempre subsistiría la duda de si realmente la formulación recoge todas las premisas necesarias o si alguna de ellas se quedó únicamente en la resolución judicial y resultaría necesario conocerla para advertir el paso de las premisas a la conclusión. Como se ve, el común denominador aquí será la incertidumbre de saber si la formulación es correcta y completa desde un punto de vista formal, en relación con la manera en que fue emitida la resolución judicial, por lo que se tendría que recurrir a la lectura directa de la sentencia, lo cual no ocurre en la práctica mexicana, en la gran mayoría de los casos.

Otra de la problemáticas en la formulación tiene que ver con el tipo de lógica empleada para sustentar el criterio. Si bien es cierto, la utilización del silogismo subjuntivo es habitual en nuestra tradición judicial, nada impediría al órgano jurisdiccional emplear otro tipo de lógica, lo que, por lo menos, debe plantear la duda o considerarse al momento de formular la jurisprudencia. Por otro lado, se debe advertir que en la formulación de la jurisprudencia se omiten, por regla general, los datos fácticos relativos a la premisa menor en un silogismo deductivo judicial tradicional o, si se hace, se realiza de manera excepcional y como un hipotético, lo cual podría representar otro de los inconvenientes de la formulación jurisprudencial.[47]

[47] Acuerdo 20/2013 del Pleno de la SCJN. Artículo 4 que regula lo que se debe observar para la elaboración de las tesis "No contener datos concretos (nombres de personas, cantidades, objetos, entre otros) de carácter eventual, particular o contingente, sino exclusivamente los de naturaleza general y abstracta. Si se considera necesario ejemplificar con aspectos particulares del caso concreto, deberá expresarse, en primer término, la fórmula genérica y, en segundo lugar, la ejemplificación".

En adición a lo anterior, por lo que se refiere a la jurisprudencia por reiteración, es necesario hacer un comentario específico. Como ya se ha indicado, previo a la integración de este tipo de jurisprudencia se formula una tesis aislada, misma que si es sostenida como criterio en cinco casos ininterrumpidos, con una cierta mayoría, integrará la referida jurisprudencia. Pues bien, el problema aquí radica en el hecho de que la práctica mexicana ha demostrado que el aludido requisito se cumple utilizando (citando) la formulación de la tesis aislada en cuatro casos posteriores, es decir, si la formulación de la tesis aislada no es completa por lo que respecta a su estructura formal, ello es soslayado en los siguientes cuatro casos para la integración de la jurisprudencia, lo que pudiera originar que aún y cuando se cite en cinco ocasiones un mismo criterio, se estén empleando premisas completamente distintas en cada uno de los casos.

ii. Concepción Material

En la concepción material podemos identificar diversos problemas por lo que hace a la integración de la jurisprudencia. Derivado del hecho antes referido, en ocasión de la concepción formal, en la formulación jurisprudencial podremos encontrar premisas faltantes, por lo que será difícil o imposible que dicha formulación, ahora desde la perspectiva que nos ocupa, pueda presentar todos los elementos que permitan formar una creencia adecuada sobre los alcances del criterio sustentado; es decir, en ocasiones, las restricciones en la formulación impedirán advertir a cabalidad el criterio de corrección utilizado para la integración de la jurisprudencia. En relación con lo anterior, es habitual que un caso sea resuelto empleando para ello diversos criterios, métodos, principios, técnicas, etcétera. Pues bien, todos estos datos elementales, en la gran mayoría de los casos, quedan fuera en la formulación de la jurisprudencia, lo que ocasiona los problemas que en seguida se referirán, al momento de aplicarla.

Ahora bien, al hacer alusión al precedente en la teoría de la argumentación jurídica, señalamos que dicha figura se basa en el principio de universalidad; en la exigencia que subyace a toda concepción de justicia de tratar igual a lo igual. Asimismo, señalamos que aquí el problema consistía en identificar "lo igual", lo cual se podría lograr identificando y determinando la relevancia de las diferencias. Pues bien, lo anterior resulta imposible en el sistema jurídico mexicano, pues la regulación sobre la jurisprudencia expresamente señala que en su formulación no debe "contener aspectos que, aun cuando se

hayan tenido en cuenta en la discusión del asunto, no formen parte de aquélla".[48] De cualquier forma, es evidente que para poder advertir las diferencias de los casos, en aras de saber si nos encontramos ante casos iguales o no, será necesario recurrir a la lectura íntegra de la resolución judicial.

iii. Concepción Pragmática

Respecto a la concepción pragmática, parecería obvio que el órgano jurisdiccional sustenta un criterio jurisprudencial con la intención inmediata de persuadir o convencer a las partes de un procedimiento de que su resolución resulta justa, en el mejor de los casos, o apegada al derecho positivo vigente, como mínimo. Sin embargo, la práctica mexicana puede dar cuenta de una situación inusitada. En no pocas ocasiones, la resolución de un asunto se lleva a cabo a través de un documento que puede estar integrado por varios cientos de páginas, en las cuales se hace alarde toda clase de conocimientos, desde muy distintas perspectivas, ya sea aludiendo a cuestiones históricas, geográficas, científicas o, simplemente, con la cita de diversas doctrinas jurídicas. Pues bien, son reiteradas las ocasiones en que se han formulado tesis jurisprudenciales en las que recogen alguna doctrina, transcriben lo dispuesto por un artículo de una ley, etcétera, sin ofrecer más. Lo anterior puede deberse a diversas circunstancias, como la estadística en la emisión de jurisprudencia[49] u otras que salen del objeto de estudio del presente artículo. Lo relevante aquí es que dichas formulaciones parecieran que se erigen sin estar destinadas a alguien en específico, por lo que se haría necesaria la lectura íntegra de la jurisprudencia para advertir las razones por las que lo expuesto en la formulación fue expresado en la sentencia.

b) Aplicación de la jurisprudencia

i. Concepción Formal

De manera general, podemos decir que los problemas identificados para la integración de la jurisprudencia se ven reflejados al momento de su aplicación, ya que la falta de señalamiento de la lógica empleada, la omisión de premisas y demás cuestiones ya identificadas al momento de la formulación,

[48] *Idem.*

[49] Con esto quiero expresar que en ocasiones las formulaciones jurisprudenciales son elaboradas con la única intención de abundar al número de jurisprudencias emitidas, lo cual se ve reflejado en el conteo que de esto lleva el Consejo de la Judicatura Federal.

hacen que en la aplicación de la jurisprudencia exista la imposibilidad de constatar si, desde el punto de vista lógico, las premisas esgrimidas en el caso que dio origen a la jurisprudencia se encuentran en el diverso en el que se pretende aplicar. Así, desde un punto de vista formal, la aplicabilidad de una formulación jurisprudencial no se podrá advertir más que de la lectura completa de cada una de las sentencias, de forma tal, que se pueda tener la seguridad de cuáles fueron exactamente las premisas empleadas en el criterio sustentado y, una vez hecho esto, estar en posibilidad de advertir si las mismas subsisten en el caso en el que se pretende aplicar la jurisprudencia.

ii. Concepción Material

En cuanto a esta concepción, se identifica una problemática mucho mayor para la aplicación del criterio a través de la formulación jurisprudencial. "El uso de un precedente significa la aplicación de la norma subyacente a la decisión del precedente",[50] por lo que es preciso advertir la *ratio decidendi*, misma que hemos señalado se identifica con la razón o criterio principal utilizados para resolver el caso y el cual deberá ser utilizado en casos futuros en los que exista una cierta identidad. Así, para aplicar una formulación jurisprudencial se tendría que advertir que la misma constituye realmente la *ratio decidendi* sustentada en los casos que dieron lugar a la jurisprudencia y no *obiter dictum*. Por lo tanto, sería lógico que, en caso de que la formulación jurisprudencial no refleje la *ratio decidendi* se considere que dicha formulación no debe ser aplicada, ya que lo que dota de racionalidad a esta práctica, estriba en acudir directamente al material jurídico judicial de referencia, para realizar la mejor interpretación a partir de éste o la interpretación mejor justificada de reconstrucción de la *ratio decidendi*.[51] Ello es así porque lo que hace que la jurisprudencia tenga valor normativo para justificar un caso posterior es su universalidad, que, como ya se dijo, implica el compromiso hacia el futuro de resolver del mismo modo todos los casos iguales al que se ha decidido cuando subsisten las propiedades relevantes. De este modo, la correcta y completa identificación de la *ratio decidendi* es un requisito *sine qua non* para atribuir a la jurisprudencia valor normativo para la resolución de los casos futuros, pues sólo ello atenderá a la universalidad que, como condición necesaria —aunque no suficiente—, requiere la aplicación

[50] ALEXY, Robert, *op. cit.*, pp. 261-266.

[51] Agradezco toda la orientación que mi tutora, Victoria Roca, me dio para la elaboración del presente trabajo; específicamente sus aportaciones para el desarrollo del apartado que ahora se aborda.

del Derecho.[52] En este orden de ideas, otro aspecto fundamental, desde la perspectiva material, es lo atinente a las consideraciones de justicia material empleadas en la resolución del asunto en que se sustentó el criterio jurisprudencial, pues es obligado identificar las mismas y su relevancia en el caso, para con ello advertir no sólo su aplicabilidad en los casos futuros, sino, también, la pretensión de corrección empleada en la decisión, desde la perspectiva de la justicia, de forma que la aplicación de la jurisprudencia sea no solo consistente, sino también coherente.[53]

Pues bien, la facultad lógica de los órganos jurisdiccionales de identificar la *ratio decidendi* y dejar de aplicar las formulaciones jurisprudenciales que no impliquen ésta ha sido por completo nulificada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Como ya quedó expuesto en el presente, la jurisprudencia sobre jurisprudencia ha sustentado que los Tribunales Colegiados de Circuito "se encuentran legalmente imposibilitados para cuestionar el carácter, contenido y proceso de integración de la jurisprudencia, *independientemente del motivo que pretendan aducir*, por lo que una vez que han tenido conocimiento de ella, al actualizarse su aplicación a un caso concreto deben acatar aquel criterio forzosa e ineludiblemente, ya que de lo contrario se le desnaturalizaría al privársele de un atributo, que además de derivar de la propia norma constitucional, la justifica como una fuente formal del Derecho".[54] Me parece, es ésta la principal problemática en la aplicación de las formulaciones jurisprudenciales, ya que, con criterios como el antes transcrito, lo que se origina es una aplicación autómata de dichas formulaciones, relegando la argumentación que fundamente su aplicabilidad al caso concreto, ya que los órganos jurisdiccionales se enfocan únicamente en la lectura de la formulación jurisprudencial y soslayan el análisis completo de la determinación judicial de la que deriva ésta.

De lo anterior, surge la siguiente duda: ¿qué sucedería si un criterio reúne los requisitos para ser jurisprudencia o precedente obligatorio y el mismo no es recogido en una formulación jurisprudencial? Al respecto resulta ilustrativo lo señalado por el Ministro de la SCJN, José Ramón Cossío: "Muy

[52] Aguiló Regla, Josep, *op. cit.*, pp. 139-143.

[53] Al respecto, *ibid.*, pp. 122-125.

[54] No. Registro: 185,721, Jurisprudencia, Materia(s): Común, Novena Época, Instancia: Segunda Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XVI, Octubre de 2002, Tesis: 2a./J. 106/2002, Página: 293, que al rubro se lee: "JURISPRUDENCIA. LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO SÓLO PUEDEN ANALIZAR SI UN CRITERIO JURÍDICO TIENE O NO TAL CARÁCTER, SI NO ESTÁ REDACTADO COMO TESIS CON RUBRO, TEXTO Y DATOS DE IDENTIFICACIÓN".

posiblemente, el resultado sería que ni la Corte ni cualquiera de los tribunales mencionados… estimara que se encuentran 'obligados' a seguirlos".[55]

Otra de las problemáticas que se presenta, gira en torno al órgano que identifica la *ratio decidendi* en una sentencia. De acuerdo con la exposición hecha en el presente trabajo, pareciera que no hay duda de que esto es llevado a cabo por el propio órgano que emitió la sentencia en la que se sustentó el criterio, sin embargo —me parece—, ello da lugar a diversos problemas. Sobre este punto, el jurista americano Jerome Frank sostiene que "la parte constitutiva del precedente únicamente puede ser establecida a partir de la actuación posterior de un juez, pues sólo así puede darse el ejercicio de identificación necesario para ello".[56] Lo anterior podría complementar de manera afortunada el modelo jurisprudencial mexicano, pues permitiría o privilegiaría una mayor objetividad en el establecimiento de los criterios jurisprudenciales.

La identificación de la *ratio decidendi* por el propio órgano que emitió la sentencia podría ser precipitada, faltando a la verdad, parcial o simplemente incorrecta involuntariamente y, no obstante ello, la tesis jurisprudencial quedaría formulada y resultaría obligatoria. Así, desde una perspectiva de la argumentación jurídica, me parece que resultaría mucho más enriquecedor o, por lo menos, digno de un análisis detenido, que sean distintos órganos, y no el emisor de la resolución judicial, los que tengan que sustentar cuál fue la *ratio decidendi* de un caso concreto, con la intervención para ello de las partes, en un procedimiento concreto posterior. Evidentemente, esto último ocasionaría otra serie de problemas, pero sería en un supuesto en el que aún se podría argumentar y no estaríamos, como sucede hoy en día, ante la existencia de una formulación jurisprudencial considerada obligatoria en su aplicación.

Alexy identifica como una de las reglas para el uso del precedente, el que "quien quiera apartarse de un precedente, asume la carga de la prueba".[57] En la práctica mexicana, la figura *overruling* pareciera que encuentra su símil en la contradicción de tesis —cuando de ésta se emite un nuevo criterio—, en la interrupción de jurisprudencia y en la sustitución de jurisprudencia; es

[55] Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit.*, p. 740. Con esto no desconocemos el contenido de las tesis que al rubro se lee "JURISPRUDENCIA. PARA VERIFICAR LA EXISTENCIA Y OBLIGATORIEDAD DE LA QUE SE INVOCA COMO SUSTENTADA POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO DEBERÁN ACUDIR ANTE ÉSTA, POR CONDUCTO DE LOS ÓRGANOS", pero consideramos que lo señalado resulta ejemplificativo de los extremos que ha tenido la práctica mexicana al respecto.

[56] Frank, J., *Precedents and stability*, en Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit.*, p. 713.

[57] Alexy, Robert, *op. cit.*, pp. 261-266.

decir, y atendiendo a las características de cada una de las anteriores figuras, el *overruling* se da cuando se deroga, anula o deja sin efectos un precedente. Pues bien, la práctica mexicana encuentra otro problema en la aplicación de esta figura ya que ha relegado a los órganos jurisdiccionales de la obligación de tener que argumentar los motivos para apartarse o interrumpir un criterio, aún y cuando así lo establece la ley,[58] lo que, lejos de generar seguridad jurídica a los gobernados, produce el efecto contrario, pues pareciera que frases tan usuales en la práctica judicial mexicana, como: "Derivado de una nueva reflexión esta Corte estima apartarse del criterio" o sinonímicas, son suficientes para justificar el cambio de criterio, sin reparar en esgrimir mayores razonamientos al respecto.

Por último, en lo relativo al *distinguishing*, la problemática aquí se centra en el hecho de que, derivado de las limitaciones ya apuntadas en la formulación de las tesis jurisprudenciales, en la mayoría de los casos no es posible advertir, de la simple lectura de éstas, los elementos o características específicas que dieron lugar a sustentar un criterio y, por ende, la argumentación que se presenta en un procedimiento judicial, en el sentido de hacer ver que la formulación jurisprudencial no resulta aplicable al caso posterior, debido a que no hay la similitud necesaria en las características relevantes, resulta, en la gran mayoría de las ocasiones, vana para el órgano jurisdiccional que está obligado a aplicarla, pues, como se ha dejado ver, en la práctica mexicana pareciera que jurisprudencia y formulación jurisprudencial se identifican y, por lo mismo, los jueces se limitan a la lectura de la formulación.

iii. Concepción Pragmática

La principal dificultad que identifico, si ésta se puede clasificar así, en relación con la aplicación de los criterios sustentados por los órganos jurisdiccionales, a través de las formulaciones referidas, se relaciona directamente con lo expuesto en atención a la integración de la jurisprudencia sobre esta concepción. Así, la integración de formulaciones jurisprudenciales irrelevantes lo único que ha propiciado es que sean empleadas por los abogados y órganos jurisdiccionales para abonar al número de hojas de sus escritos y resoluciones, bajo la errónea concepción de que citar dichas formulaciones los relega, de alguna forma, de la necesidad de tener que argumentar sus pretensiones o decisiones bajo la falsa idea de un supuesto poder persuasivo *per se* de dichas formulaciones.

[58] Ley de Amparo. Artículo 228-229.

Por último, me resulta oportuna una advertencia, en atención a lo señalado por Manuel Atienza; las concepciones anteriores no pueden ser consideradas en lo individual, pues ello sería insuficiente y reduccionista, por eso, es necesario atender a cada una de ellas de forma conjunta, de manera tal, que se permita comprender el alcance total del problema identificado en la práctica jurisprudencial mexicana, específicamente en la utilización de las formulaciones jurisprudenciales.

c) Un caso

Para efectos de ejemplificar la problemática que acarrea el modelo jurisprudencial seguido en México, me parece oportuno reseñar un caso. En junio de 2011 fue emitida una importante reforma constitucional al juicio de amparo. Misma que, según el propio decreto por el que se expidió, entraría en vigor en octubre de 2011; momento para el cual el Poder Legislativo Federal debía haber emitido la nueva ley reglamentaria del juicio de amparo, acorde con la reforma constitucional. Sin embargo, el legislador no emitió la nueva Ley de Amparo en el plazo señalado para ello, por lo que hubo una reforma constitucional vigente, sin una ley reglamentaria específica (la cual no fue emitida sino hasta abril de 2013). Lo anterior implicó un sin número de problemas para los órganos jurisdiccionales, pues se enfrentaron al hecho de tener una regulación constitucional del juicio de amparo vigente, pero sin una adecuada reglamentación. Así, figuras novedosas introducidas al juicio de amparo a través de la reforma constitucional señalada, resultaban difíciles o imposibles de aplicar por no existir ley reglamentaria en los mismos términos.[59] En este estadio, se emitieron diversos y contradictorios criterios en relación con la forma en que se debía afrontar el desfase en la emisión de la legislación del juicio de amparo.

Específicamente, en relación con el amparo directo,[60] la reforma constitucional implementó una nueva reglamentación para la impugnación de actos judiciales procesales en procedimientos contenciosos administrativos. Este tema ocasionó una contradicción de tesis, pues mientras diversos órganos

[59] Como ejemplo de esto se puede mencionar la procedencia del juicio de amparo. Mientras que, con base en el anterior texto constitucional, era necesario acreditar un "interés jurídico" para la procedencia del juicio de amparo, a raíz de la reforma de 2011 se buscó ampliar la procedencia en este aspecto y se introdujo la figura del "interés legítimo" como parámetro de procedencia del juicio constitucional, lo cual flexibiliza la rigidez con que era evaluada la procedencia de este juicio por los órganos jurisdiccionales en México.

[60] Identificado también como el amparo casación, por su similitud con un recurso de casación, ya que procede contra resoluciones que ponen fin a un procedimiento jurisdiccional.

jurisdiccionales sustentaron que, con base en la aludida reforma y aun ante la inexistencia de ley reglamentaria, se debían "preparar" las violaciones procesales, interponiendo en su momento el medio ordinario de defensa, a efecto de poder hacerlas valer en el amparo directo; otros Tribunales Colegiados sustentaron que "mientras tales cargas o exigencias no sean concretamente establecidas en la Ley de Amparo mediante las reformas que correspondan al nuevo orden constitucional…, se estima que debe atenderse también a lo que actualmente exige dicha ley reglamentaria y a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación". Ante lo anterior, la Segunda Sala se avocó al conocimiento de la contradicción de tesis y resolvió que no era necesario cumplir con la carga procesal, ya que:

> La exigencia de agotar los recursos ordinarios para preparar la violación procesal antes de la promoción del juicio de amparo directo, constituye una carga procesal para el agraviado y en tales términos debe hacerse una interpretación armónica del artículo 107 con lo previsto en el diverso artículo 1°, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, en cuanto establece *el imperativo de efectuar la interpretación más favorable para el gobernado*, de tal manera que una conclusión distinta a la que aquí se propone, se traduciría en una obligación procesal que no rige para los juicios iniciados con anterioridad a la emisión de la nueva ley reglamentaria.[61]

Como se observa, el criterio que prevaleció como jurisprudencia, una vez resuelta la contradicción de tesis, se sustentó en la interpretación que la Corte consideró más favorable para el gobernado. Asimismo, también se puede advertir cómo en dicha resolución subyace el principio de seguridad jurídica, pues se consideró que la omisión del legislador en emitir la ley reglamentaria al juicio de amparo no le puede deparar perjuicio al gobernado por tener que cumplir con las cargas procesales que introdujo la reforma constitucional de 2011.

Pues bien, no obstante las anteriores razones, la formulación de la jurisprudencia que al respecto emitió la Sala fue tan genérica que no sólo se ocupó exponer la *ratio decidendi* del caso, es decir, el criterio sobre si era necesario o no agotar la carga procesal aludida, sin la existencia de la ley reglamentaria, a efectos de analizar la procedencia de la impugnación de violaciones procesales a través de un amparo directo, sino que la formulación jurisprudencial se refiere en general a toda la reforma constitucional. Dicha formulación jurisprudencial fue emitida bajo el siguiente rubro (título):

[61] Contradicción de tesis 239/2013, resuelta por unanimidad de votos de los Ministros integrantes de la Segunda Sala de la SCJN, mediante sesión de fecha 11 de septiembre de 2013.

> "REFORMA AL ARTÍCULO 107 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 6 DE JUNIO DE 2011. SU EFICACIA E INSTRUMENTALIDAD QUEDARON SUJETAS A LOS TÉRMINOS ESTABLECIDOS EN LA LEY REGLAMENTARIA". Con base en la anterior formulación jurisprudencial obligatoria, los órganos inferiores han estado obligados a supeditar la entrada en vigor de la reforma constitucional referida, no sólo por lo que hace a la carga procesal analizada en la contradicción de tesis, sino por todo lo que dicha reforma conlleva, aun y cuando se trate de nuevos derechos o "beneficios" en favor del gobernado,[62] lo cual, me parece, desatiende a lo efectivamente resuelto por la Sala y resulta contrario al principio que subyace en la resolución de la contradicción de tesis, es decir, no generar un perjuicio al gobernado obligándolo a cumplir con ciertas cargas procesales que aún no se encontraban reguladas en la ley reglamentaria, pues el legislativo fue omiso en expedirla en los plazos señaladas por la Constitución.[63] Lo anterior, sin que exista la posibilidad de que el órgano jurisdiccional que va a aplicar dicha jurisprudencia pueda analizar la efectiva *ratio decidendi,* pues, como ya hemos visto, está impedido para hacerlo.

IV. Propuesta de solución

Como una solución al problema planteado, puedo distinguir dos escenarios: El primero de ellos implica apartarse por completo del sistema de formulaciones jurisprudenciales que prevalece en México para establecer una práctica mucho más apegada a los usos propios del modelo jurisprudencial que se puede observar en otros países u órganos jurisdiccionales internaciones, es decir, que el modelo jurisprudencial gire en torno a la práctica de identificar el criterio sustentado directamente en las sentencias emitidas al respecto, sin considerar las formulaciones jurisprudenciales.

Por otro lado, me parece que la solución puede pasar no por deshacerse —o pretender deshacerse—, sin más, de la práctica mexicana al respecto construida, sino aprovechar todo el trabajo que al día de hoy existe —con la inmensa cantidad de criterios que han sido expresados a través de las referidas formulaciones jurisprudenciales—; empero, lo anterior, bajo una óptica distinta, al considerar las formulaciones jurisprudenciales únicamente como

[62] Como ya fue mencionado, uno de los aspectos más buscados a través de esta reforma fue ampliar la procedencia del juicio de amparo, sustituyendo el interés jurídico para ello, por el diverso legítimo. Pues bien, con base en la formulación jurisprudencial obligatoria que ahora nos ocupa, dicha modificación resultó irrisoria en muchos casos, aún y cuando dicho interés no fue objeto del estudio que dio pie a la jurisprudencia en comento.

[63] Época: Décima Época, Registro: 2005148, Instancia: Segunda Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo I, Materia(s): Común, Tesis: 2a./J. 147/2013 (10a.), Página: 728.

referencias que permitan, de una forma rápida y relativamente simple, advertir qué fue lo que pudo haberse sostenido en un caso o casos específicos. No obstante, lo que resulte vinculante debe ser aquello que efectivamente se encuentra en cada una de las resoluciones jurisprudenciales.

En ambos escenarios, consideraría necesario atender lo expuesto en el presente trabajo, esto es, la implementación clara de figuras como *la ratio decidendi*, así como el *overruling* y el *distinguishing,* con base en un *principio de argumentación*. En consecuencia, para el empleo de ellas debe ser necesario sostener las razones suficientes y no relegar su empleo a una justificación genérica o formalista.

Por último, me gustaría aclarar una cuestión: Reconozco que se podrá decir que en algunos apartados del presente texto se entremezclaron la figura del precedente y la jurisprudencia, de tal forma que pudiera considerarse que cuestiones atientes a una de ellas se extrapolaron hacia la otra y viceversa. Sobre ello, apelaría a una *falsa oposición*, en términos de Vaz Ferreria, porque me parece que para los objetivos y alcances del presente escrito, las cuestiones expuestas sobre ambas figuras, lejos de confrontarse, se complementan. Esto debido a que son consideraciones que atienden, ya sea a las bases comunes que ambas figuras presentan o a cuestiones que, si bien han sido expuestas o desarrolladas para una de las figuras en específico, su empleo en la diversa, lejos de contraponerse, abunda a su perfeccionamiento. Lo anterior, en adición a que en el empleo de la terminología se optó por respetar la forma en que cada uno de los autores considerados expusieron sus ideas, de lo que no se podría seguir que las mismas fueran exclusivas a una de ellas o que por ese simple hecho resultaran intrasladables a otras evidentemente análogas; máxime cuando las diferencias específicas que distinguen a ambas figuras, quedaron plenamente expuestas y fueron respetadas.

V. Conclusiones

A lo largo del presente artículo he tratado de exponer destacadamente la forma en que el precedente y la jurisprudencia son regulados por el ordenamiento jurídico mexicano, así como la manera en que la práctica mexicana se ha manifestado al respecto y la relación de ello con la teoría de la argumentación jurídica.

En un primer momento, se expuso el concepto de jurisprudencia, construido con base en la jurisprudencia sobre jurisprudencia que se ha ocupado

del tema. Ello me llevó a identificar que el sustento de la jurisprudencia en México tradicionalmente ha sido abordado bajo una óptima formal, lo que ha quedado reducido a un criterio legal. Lo anterior fue contrastado con la teoría de la argumentación jurídica, la cual nos proporcionó fundamentos mucho más sólidos para justificar esta figura, pues nos permitió advertir que el sustento de la jurisprudencia se encontraba en el principio de universalidad. De la misma forma, el presente estudio nos presenta a la seguridad jurídica como eje rector de la concepción de la jurisprudencia en México, sin embargo, una vez más, la teoría de la argumentación jurídica nos permitió advertir que la seguridad jurídica no es más que una de las posibles manifestaciones de la justicia y que es esta última la que se debe pretender.

Se fijó como premisa elemental de este trabajo, la descripción de la forma en que se integra y aplica la jurisprudencia en México, cobrando una relevancia especial la particular formulación jurisprudencial que se lleva a cabo, pues la práctica mexicana nos ha dejado ver cómo el sistema jurisprudencial gira en torno a ellas y no al material judicial en que fue emitido o adoptado el criterio. Así, dicha formulación fue empleada como piedra angular del principal análisis expuesto en el texto, pues se contrastó esa formulación con la teoría de la argumentación jurídica, con un sólo propósito: identificar los problemas que la mencionada formulación acarrea.

Para efectos de exponer lo anterior, y considerando la formulación jurisprudencial como un argumento, se emplearon las concepciones de la argumentación jurídica (formal, materia y pragmática) para analizar la formulación jurisprudencial, atendiendo para ello a los dos momentos principales, su integración y su aplicación.

De dicho análisis pudimos advertir una problemática general: las limitantes inherentes a la formulación jurisprudencial en México no permiten una evaluación correcta en la integración de la jurisprudencia, bajo ninguna de las concepciones apuntadas, ya que no permiten identificar la totalidad de las premisas necesarias para evaluar el paso lógico de éstas a la conclusión, ni tampoco permiten advertir el criterio de corrección de la jurisprudencia o si dicha formulación atiende o no a la *ratio decidendi*. Lo anterior me llevó a concluir que, contrario a la pretensión del sistema mexicano, una práctica racional de la jurisprudencia conlleva la necesaria remisión a la resolución en que fue sustentado el criterio.

De la misma forma, lo anterior se vio reflejado en el análisis hecho sobre la aplicación de la jurisprudencia en México; en el cual, de manera destacada, se advierte que el principio argumentativo resulta soslayado en la práctica

mexicana, a diferencia de lo que ocurre en figuras necesarias como el *overruling* y el *distinguishing*, en las que dicho principio argumentativo resulta inherente.

Por último, como propuesta de solución, opté por reconocer la tradición de la práctica jurisprudencial en México y el gran trabajo generado a raíz de ella —lo cual se manifiesta en la enorme cantidad de formulaciones jurisprudenciales hechas y en una práctica judicial circunscrita a estas—, para proponer la conservación de dichas formulaciones, pero empleadas bajo una óptica distinta: como simples referencias de aquello que fue o pudo ser resuelto en un caso concreto, con el fin de pasar a considerar como jurisprudencia obligatoria aquella que, a través de una práctica argumentativa racional, identifique la *ratio decidendi* en cada caso.

Fuentes consultadas

Doctrina

Aguiló Regla, Josep, *Teoría general de las fuentes del derecho,* Barcelona, Planeta, 2012.

Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica,* 2ª. ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica,* Madrid, Trotta, 2013.

_____, *El derecho como argumentación,* Barcelona, Planeta, 2006.

Cossío Díaz, José Ramón, *La controversia constitucional,* México, Porrúa, 2008.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Argumentación Jurisprudencial. Memoria del III Congreso Internacional de Argumentación Jurídica. ¿Cómo argumentar los derechos humanos?,* México 2013.

_____, *La jurisprudencia en México,* 2ª. ed., México 2005.

_____, *La jurisprudencia en México, Estado del Arte,* Serie de cuadernos de jurisprudencia, 9, México, 2013.

_____, *La jurisprudencia. Su integración*, 2ª. ed., México, 2005.

Tesis Jurisprudenciales y Ejecutorias

Época: Sexta Época, Registro: 261095, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Volumen XLIV, Segunda Parte, Materia(s): Común, Penal, Página: 85.

Época: Sexta Época, Registro: 259866, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Volumen LXXV, Segunda Parte, Materia(s): Penal, Común, Página: 26.

Época: Séptima Época, Registro: 256804, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Volumen 31, Sexta Parte, Materia(s): Común, Página: 37.

Época: Séptima Época, Registro: 242326, Instancia: Tercera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Volumen 16, Cuarta Parte, Materia(s): Común, Página: 19.

Época: Octava Época, Registro: 223218, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo VII, Abril de 1991, Materia(s): Común, Tesis: Página: 192.

Época: Novena Época, Registro: 181320, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIX, Junio de 2004, Materia(s): Común, Tesis: 1a. LXXII/2004, Página: 234.

Época: Novena, Registro: 165076, Instancia: Primera Sala, Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXXI, Marzo de 2010, Materia(s): Común, Tesis: 1a./J. 23/2010, Página: 123.

Época: Novena, No. Registro: 191,207, Tesis aislada, Materia(s): Común, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XII, Septiembre de 2000, Tesis: III.1o.A.39 K, Página: 764.

Época: Novena, No. Registro: 185,721, Jurisprudencia, Materia(s): Común, Instancia: Segunda Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XVI, Octubre de 2002, Tesis: 2a./J. 106/2002, Página: 293.

Época: Novena, No. Registro: 185,721, Jurisprudencia, Materia(s): Común, Instancia: Segunda Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XVI, Octubre de 2002, Tesis: 2a./J. 106/2002, Página: 293.

Época: Décima Época, Registro: 2005148, Instancia: Segunda Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo I, Materia(s): Común, Tesis: 2a./J. 147/2013 (10a.), Página: 728.

EL ABORTO Y SU "DESPENALIZACIÓN"

RESQUEBRAJAMIENTO ASAMBLEÍSTICO DEFEÑO 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 DE EDUCACIÓN, SALUD Y SEGURIDAD

SEGUNDA PARTE
APARTAMIENTO GROTESCO DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA NORMATIVA FUNCIONAL

Carlos MÜGGENBURG

A la memoria de mi hermano Germán Müggenburg, destacado abogado laboralista recientemente fallecido

SUMARIO: Introducción. Apartamiento de la dogmática jurídica normativa. A. Ilicitudes civiles. 1. Discriminación Masculina. 2. Protección Jurídica. B. Justificativa de antijuridicidad, destipificación o despenalización del aborto. 1. Elementos del Delito. Hipótesis normativa generalísima. 2. Despenalización. Ausencia de punibilidad. 3. El aborto normativamente destipificado como derecho temporal de privación de la vida en gestación de la madre y sus coparticipantes. 4. Impunidad encubierta.

Introducción

La llamada despenalización del aborto fue iniciada y aprobada por el Partido de la Revolución Democrática y sus, ya para entonces, decadentes adherencias políticas partidarias,[1] quienes fueron incapaces, no sólo de argumentar políticamente su propuesta, sino de comprender las implicaciones jurídicas que conllevaba, como ya lo vimos en la Primera Parte de este estudio.[2]

Resulta evidente que ignoraban, para empezar, no sólo la estructura lógica de la norma, sino, además, el hecho de que una hipótesis normativa como la concepción de un ser humano nuevo, no se agota necesariamente en una sola norma, menos aún en una rama del Derecho, el Derecho penal. Puede haber —de hecho hay— toda una serie de hipótesis normativas que contemplan este hecho natural, con diversas y sucesivas consecuencias jurídicas. Es decir, la fecundación del óvulo por el espermatozoide, como acontecimiento modificativo de la realidad (hecho jurídico), genera automáticamente múltiples y complejos sucesivos derechos y obligaciones a cargo, no sólo de la mujer concibiente que, como hemos visto, fue seudoprotegida —si es que no abandonada a su suerte— por el sistema jurídico generado por los abortistas perredianos y sus adherencias partidarias, sino de otras partes, como es el

[1] Votaron unánimemente, a favor de la reforma abortante de 2000, los 33 diputados del PRD: Martínez Parra, Cárdenas Pérez, Francisco Chiguil, Miguel Bortolini, Ernesto Chávez, Miguel Angel Peláez, Ángeles Correa, Virginia Jaramillo Flores, Ricardo Molina, Antonio Padierna, René Arce, Martí Batres, Alfredo Hernández, Yolanda Tello Mondragón, Roberto Rico, David Sánchez, Javier Hidalgo, Rigoberto Nieto, Ignacio Ruíz, Hipólito Bravo, Esteban Daniel Martínez, Rodolfo Pichardo, Sara Murúa, Guillermo Hernández, Vicente Cuéllar, Verónica Moreno, Martínez Rojo, Soto Camacho, Francisco Javier Serna, Rafael López De la Cerda, Márquez Franco, Ricardo Martínez y Martha García Rocha; los cinco de su engendrante PRI: Levin Coppel, Ortíz Haro, Luna Parra, Jesús Toledano y West; los dos de su adherente PT: René Rodríguez Ruíz y José Narro Céspedes; y el único del entonces todavía existente PCD: Alejandro Rojas. De la misma forma lo fue la de 2007, por 33 diputados del PRD: Humberto Morgan, Edgar Torres, Juan Bustos, Ricardo Benito Antonio León, Sergio Cedillo, Enrique Vargas, Juan Carlos Beltrán Cordero, Mauricio Toledo, José Luis Morúa, Hernández Mirón, Elba Garfias, Agustín Guerrero, Víctor Hugo Círigo, Cárdenas Sánchez, Isaías Villa Gónzalez, Daniel Ordóñez, Cristóbal Ramírez, Laura Piña, Hipólito Bravo, Antonio Lima Barrios, Arturo Santana Alfaro, Norberto Nazario, Salvador Martínez Della Rocca, Esthela Damián Peralta, Balfre Vargas, Miguel Sosa, Samuel Hernández, Daniel Salazar, Avelino Méndez, Tomás Pliego, Leticia Quezada, Sergio Ávila y Edy Ortíz Piña; cuatro de su mencionado engendrante PRI: Martín Olavarrieta, Tonatiuh González, Marco Antonio García y Jorge Schiaffino; los cuatro del aparentemente disidente de entonces PANAL: Rebeca Parada, Fernando Espino, Xiuh Guillermo Tenorio y Gloria Cañizo; los tres activistas protagónicos de la reforma y aliancistas PT-PSD: Jorge Díaz Cuervo, Pérez Correa y Juan Ricardo García Hernández; dos de los entonces también aliancistas PVEM-CONVERGENCIA, que podemos suponer no eran del PVEM: Alejandro Ramírez y Leonardo Alvarez. Diario de los Debates, 17 de septiembre de 1977 y 18 de agosto de 2000, pp. 4-7 y 82-83, respectivamente; y del 17 de septiembre de 2006 y 24 de abril de 2007, pp. 3-7 y 94-95, respectivamente.

[2] Publicado en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 39, México, Escuela Libre de Derecho, 2015, p. 555 y ss.

varón engendrante, y terceros, como podrían ser las autoridades ministeriales, sanitarias y, eventualmente, inclusive judiciales. Y no se diga las responsabilidades que el incumplimiento de dichas obligaciones, a cargo de esas partes y terceros, también genera necesariamente.

Irresponsablemente, como lo han sido, fueron incapaces de comprender o, en todo caso, de percatarse de que la realización de la hipótesis normativa hace inevitable la causación de derechos y obligaciones, y que estos, a su vez, generan irremediablemente otras hipótesis, y que la falta de previsión de estas últimas y su regulación fomenta lagunas legales, es decir, inseguridad jurídica. Lo cual provoca que eventualmente los jueces tengan que, a veces de manera tardía —para los primeros casos al menos—, resolver acudiendo a normas más generales que les puedan dar una pauta de restablecimiento del orden jurídico, frecuentemente variado también, hasta que un tribunal superior resuelve tales inconsistencias, que la insensata ignorancia, negligencia o desinterés legislativo, genera con sus egoístas, temerarias y populistas decisiones.

Apartamiento de la dogmática jurídica normativa

Aunque con su "pureza de método" sea una visión parcial meramente formal del Derecho, la lógica kelseniana normativa,[3] hipótesis y consecuencia, si bien carente del más elemental contenido axiológico, resulta ser el elemento unificador de las diversas ideologías de la teoría del Derecho, al grado tal que Eduardo García Maynez, a diferencia de Miguel Villoro Toranzo, la supone implícita en su teoría tripartita de los círculos interseccionados, pues a diferencia del segundo con su planteamiento cuatripartita, no incluye a los racionalistas o logicistas como un cuarto círculo.[4]

La dogmática jurídica no pertenece exclusivamente a una o algunas de las disciplinas jurídicas del sistema —al Derecho penal, por ejemplo—, como pareciera aunque, sin saberlo o quererlo, resultó ser la suposición de los diputados abortistas perredianos. Es, sin embargo, un elemento esencial del

[3] "[i]ntenta dar respuesta a la pregunta de qué sea, y cómo sea; pero no en cambio, a la pregunta de cómo el derecho deba ser o deba ser hecho … quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños … la ciencia jurídica tradicional … se ha confundido con la psicología y la sociología, con la ética y la teoría política", Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Roberto J. Vernengo (trad.), Universidad Nacional Autónoma de México, 1981, p. 15.

[4] García Maynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, México, 1984, pp. 44 y ss. Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, México, 1966, p. 12.

orden lógico, que junto con el ético y el sociológico, informan al Derecho necesarísimamente.[5]

El aborto o extracción manipulada anticipada del seno materno del feto o embrión para impedir su sobrevivencia, como tal, es el elemento fáctico que, previsto en las hipótesis normativas, que no en el articulado legislativista positivizado aprobado por los diputados perredianos y sus adherencias políticas, para unos u otros efectos y disciplinas del Derecho, como se ha dicho, genera sucesivamente un sinnúmero de consecuencias jurídicas o derechos y obligaciones en la norma primaria u obligacional, y una serie de consecuencias igualmente sucesivas en la secundaria o sancionatoria, consistentes, en este último caso, en la responsabilidad aplicable a aquellos sujetos que decidieron voluntariamente no cumplir con las obligaciones, consecuencia prevista en la norma primaria.

La hipótesis normativa consistente en la previsión normativa hipotética del hecho que puede acontecer, pero que sucedido, actualiza automáticamente una serie de consecuencias jurídicas, algunas literalmente previstas de manera específica en la ley y de otras más generales también previstas o implícitas en la ley. Es sabido que el carácter complejo y dinámicamente sucesivo del Derecho precipita, con la realización de un hecho jurídico, la actualización simultánea y secuencial de diversas hipótesis normativas queridas o no, inclusive antes de la realización negativa de las consecuencias de la norma obligacional o primaria que se presentan por el incumplimiento voluntario de la obligación o deber jurídico, a cargo del sujeto pasivo e inclusive de terceros. En otras palabras, un buen legislador no puede pensar simplistamente que un hecho sólo actualiza la hipótesis de una sola norma jurídica obligacional a la vez, ni que haya que esperar a que se dé el incumplimiento del deber prescrito en esa norma, para que se actualice la hipótesis de la norma sancionatoria o secundaria, para que surja la responsabilidad incumpliente.

La incapacidad para razonar, congénita o derivada de la precipitación ideológica fundamentalista y, por lo mismo, insensata de los legislantes perredianos, les llevó a no percatarse de que su llamada "despenalización" del aborto, como efecto de la actualización del supuesto normativo, no se agotó en la exoneración de la responsabilidad penal, sino que tiene otra serie de ramificaciones jurídicas, quizá en la propia disciplina del Derecho penal o en la del Derecho civil, entre otras.

[5] Preciado Hernández, Rafael, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, México, Jus, 1970, pp. 181 y ss.

A. Ilicitudes civiles

De manera específica, se entiende por ilícito el hecho (también llamado erróneamente acto, en el rubro del Capítulo V, del Libro Cuarto, primera Parte del Título Primero del Código Civil para el Distrito Federal) contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.[6] De manera genérica no vemos inconveniente en calificar de ilícita la conducta de cualquier sujeto que afecta los derechos de otro, tengan o no, tales sujetos, una relación jurídica convencional previa.

Es decir, siempre que exista un deber jurídico que implique una conducta activa u omisiva, derivado ya sea de ley o de la voluntad, cuyo incumplimiento por el obligado afecta los derechos del sujeto activo colocado en el otro extremo de la relación jurídica, sea por acuerdo de ellas o por la ley, se quebranta en mayor o menor medida el orden jurídico. El incumplimiento al deber de actuación o de omisión del sujeto pasivo, según el caso, automáticamente actualiza, entre otras, las hipótesis de otras obligacionales y también las normas sancionatorias que prevén las consecuencias aplicables que habrán de derivar del incumplimiento y que permiten al sujeto activo buscar la restitución del derecho conculcado o el cumplimiento forzado del deber, y si ello fuere imposible o indeseable para el afectado, entonces el resarcimiento o indemnización. Además, cuando el incumplimiento es grave o se considera que trasciende de la mera afectación causada al sujeto activo, la ley prevé la pérdida de derechos para el incumpliente y, además o alternativamente, una sanción en sentido específico o castigo, que consistirá en la pérdida de un derecho previamente existente, como puede ser, inclusive, la libertad o el ejercicio de un derecho que habría derivado del acto jurídico o contrato, de no haber sido éste incumplido.[7]

Que el legislador perrediano haya exonerado de responsabilidad penal a la mujer abortante y a los partícipes en el hecho —es decir, que haya calificado a las conductas abortivas como jurídicamente irreprochables, exentas de persecución gubernamental e insancionables, únicamente en el ámbito de los ilícitos penales—, no impide que esas mismas conductas puedan actualizar concurrentemente hipótesis normativas de otros ámbitos, como el del derecho civil o, quizá, el administrativo.

[6] Artículo 1830 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común, y para Toda la República en Materia Federal, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de marzo de 1928.

[7] García Maynez, Eduardo, *op. cit.*, p. 298 y ss.

1. Discriminación masculina

A partir del día siguiente al de la publicación en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, el 19 de julio de 2006, de la Ley para Prevenir y Erradicar la Discriminación en el Distrito Federal, derivado de la despenalización del aborto, se configuró una de las varias otras perredianamente ignoradas actualizaciones de hipótesis normativas y, con ello, sus consecuencias jurídicas. Efectivamente, el artículo 5 de dicha ley definió la discriminación como "toda distinción, exclusión, o restricción que, basada en... el sexo... tenga por efecto anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, así como la igualdad real de oportunidades de las personas".

Es incuestionable que la procreación es un derecho o libertad fundamental. Lo consagra el Artículo 4° constitucional no sólo al establecer que el varón y la mujer son iguales ante la ley y que ésta protegerá la organización y desarrollo de la familia, sino inclusive al indicar que "toda persona tiene el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos".[8] Lo argumentaron, aunque con un planteamiento constitucional aberrantemente sustentante del abortismo, los propios perredianos y sus adherencias, tanto al aprobar la iniciativa Robles Berlanga, como la Pérez Correa y Tonatiuh.[9]

Si bien el Artículo 6° de la propia ley antidiscriminación defeña excluyó como conductas discriminatorias "las acciones legislativas... que establezcan tratos diferenciados con el objeto de promover la igualdad real de oportunidades", el propio Artículo estableció, sin embargo, que lo anterior era viable, pero "sin afectar derechos de terceros". Entonces, debe reconocerse que se desconsidera la voluntad del padre en la acción abortiva engendrante, ya que ni siquiera se le permite opinar, es más, quizá ni llegue a enterarse, pues la decisión la toman dos médicos ejecutores que ni siquiera conocen la circunstancia por la que atraviesa la madre que, agobiada, toma una decisión bajo condiciones de desesperación. Además, dichos médicos la inducen de tal manera que fácilmente pueden obnubilar su capacidad de raciocinio lógico, lo que le impide conocer la verdad de la situación que le acontece y, más aún, la que el futuro le puede deparar, con todo lo cual debilitan, al menos, su voluntad decisoria. El error o inexacta apreciación de la realidad, circunstancial o, probablemente, inducido, y el temor a lo desconocido —al menos en las primerizas abortivas—, dejan la decisión en ese par de médicos que más parecerían ocasionalmente, surgientes verdugos o carniceros desconocidos para la madre. El padre, si irresponsablemente ha abandonado la situación, resulta no sólo "justificado", sino inclusive premiado por la ley, pues otros ajenos deciden por él; mas, hecho a un lado por mandato de ley, también se le desconoce su derecho humano a la procreación. La reforma penal abortista resultó de origen, no sólo contraria a la Constitución, sino subsecuentemente incompatible con la Ley para Prevenir y Erradicar la Discriminación en el Distrito Federal. La desmemoria e incongruencia o el cinismo legislativo, parece ser una constante en los perredianos y sus adherencias.

Es de llamar la atención el reaparecimiento del diputado David Razú Aznar, promovente del matrimonio homosexual inengendrante, igualante del matrimonio heterosexual, proponiendo con su peculiar estilo protagonista, su nueva ley. Entonces con una lógica, según él, reformadora y contradicente otra vez de la aristotélica.[10] Ahora, a escasamente cuatro años de vigencia de la anterior, como iniciativante de una Nueva Ley para Prevenir y Erradicar la Discriminación en el Distrito Federal, y sin mayor explicación, sino seguramente con las aprendidas estratagemas que su nueva acomodaticia militancia partidaria perrediana le proveyó, solamente omite, sin mayor explicación, la necesidad de que las acciones legislativas que establezcan tratos diferenciados con el objeto de lograr la igualdad sustantiva, respeten los derechos de terceros. Así presentó la iniciativa, sin explicar nada al respecto, en su supuesta exposición de motivos; y tal cual fue aprobada por sus correligionarios perredianos, sin dar cuenta de ello, dolosa o ignorantemente.[11]

El apartamiento de la técnica jurídica de los perredianos primeramente explicado, probablemente más ignorante que doloso, deja en evidencia no sólo que desconocen lo que una ley establece cuando expiden otra. Peor aún, cuando con una visión más fundamentalista que jurídica, deciden que las situaciones jurídicas, que de manera "novedosa descubren", no responden a la dogmática jurídica; la bilateralidad característica esencial de la norma jurídica les resulta intelectualmente incomprensible. Creen que pueden desconocer derechos de alguna de las partes involucradas en el hecho que deciden contemplar en la hipótesis normativa, y que pueden privar de sus derechos a cualquiera, por el sólo mandamiento voluntarista unilateral del legislador.

[8] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación* del 31 de diciembre de 1974, p. 2.

[9] Ver MÜGGENBURG, Carlos, "El Aborto y su Despenalización. Primera Parte. Etapa Legislativa", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 39, México, Escuela Libre de Derecho, 2015.

[10] MÜGGENBURG, Carlos, "El Matrimono Homosexual", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 36, México, Escuela Libre de Derecho, 2014, p. 390 y ss.

[11] *Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal*, del 29 de Abril de 2010 y *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, del 24 de febrero de 2011.

Ignoran después que los derechos de terceros, que su situación jurídica, no puede ser afectada sin su consentimiento, es decir, por la voluntad de otros. Ni aún la embarazada abortante, como hemos visto en condiciones de desesperación, pero de ninguna urgencia, a la que al menos habría que llevar a una situación de mayor tranquilidad para la toma de una decisión tan trascendente, y menos aún que un par de médicos circunstanciales, tienen derecho a desconocer el del padre engendrante, de al menos tener conocimiento de lo que está en el ámbito jurídico de sus atribuciones naturales, y que otros ajenos sin interés jurídico, estarán decidiendo por él.

a) Desechamiento del Consentimiento Gestativo y Voluntad Disidente del Progenitor

Tanto nacional como internacionalmente, no sólo se ha desconocido el involucramiento jurídico del padre de la creatura resultante del embarazo, cuando se plantea el "derecho de la mujer" a abortar, sino que se ha ignorado intencional o estratégicamente la acción de éste, no obstante ser un elemento esencial de la procreación resultante, quien ha sido evidentemente gestante indispensable de la misma. En el caso de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, pareciera que el tema estuvo proscrito por los iniciativantes abortistas y fue dejado en segundo o tercer término por los propios abortistas, a sabiendas timoratamente de que habrían de ser calificados de "machistas decadentes". Sin embargo, "inexpertamente" conforme al objetivo de los líderes ideológicos partidistas perredianos, la diputada María de los Ángeles Correa de Lucio, a cuyas "exposiciones" nos referimos en la primera parte de este artículo, tuvo a bien expresar "[q]ue las mujeres conjuntamente con su pareja lo puedan decidir [e]n eso no tenemos ningún problema y coincidimos con ustedes... lo que es real es que las mayoría de las veces son las mujeres quienes tienen que tomar esta decisión de manera individual".[12] Salvo esa referencia, el tema de la participación del progenitor no volvió a ser relevante. Evidentemente, la participación de la pareja masculina jamás volvió a ser siquiera insinuada y la diputada Correa de Lucio quizá fue reprimida por haber insinuado el tema que su natural consciencia le impulsaba.

De la misma manera, la doctrina proabortista internacional excluye la discusión del derecho del progenitor. El profesor de Derecho constitucional

[12] *Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal*, del 18 de Agosto del 2000, p. 35.

de la Universidad de Harvard, Laurence H. Tribe, se refiere a las teorías y apoyos en algún precedente judicial constitucional sustentativo del derecho exclusivo de la mujer a abortar, tales como el derecho a la privacidad, a la equidad y a la indiscriminación. Se refiere primero (citando al juez Antonin Scalia, de la Suprema Corte de los EUA, fallecido apenas el 13 de febrero del presente año) a un caso extremo en el que señala que el que procrea un hijo con la esposa de otro hombre, no tiene constitucionalmente derechos paternales que protejan su vínculo filial con ese hijo. Parece desprender de ello una conclusión general consistente en que "mientras los hombres conservan su derecho a la autonomía sexual y reproductiva, las restricciones al aborto niegan esa autonomía a las mujeres". Pero no se detiene mucho más en el punto.[13] En ninguno de los textos estudiados se hace siquiera análisis del derecho que pudiera asistir al progenitor, cuya voluntad y acción fueron tan esenciales como el de la mujer que resulta embarazada en el mismo acto de procreación. Se relega el acto jurídico como manifestación de voluntad que genera consecuencias de derecho, al de mero hecho, en el que la voluntad e, inclusive, el consentimiento de los progenitores o la voluntad de al menos uno de ellos —el masculino— es subsecuentemente desconocida por la manifestación unilateral de la otra. No se trata de una rescisión o ruptura que permite que el cumpliente pueda decidir no continuar siendo parte del acto, por la desconfianza surgida del incumplimiento de su contraparte. Aquí solamente una de las partes, la mujer, decide unilateralmente que no desea continuar vinculada con su contraparte, igualmente progenitora para el efecto de procrear una nueva vida. Ella sola toma la determinación, sin oír la opinión de su contraparte y, menos aún, sin obtener su consentimiento; inclusive, sin siquiera comunicarle la decisión que, pudiendo estar inducida médicamente, ha tomado. En cualquier acto jurídico, la ruptura con desacuerdo, corresponde resolverla a un juez. Es irrelevante si hubo o no consentimiento inicial, manifestación de la voluntad con error, dolo, mala fe, violencia o, inclusive, lesión de parte de terceros. Se creyó que la técnica jurídica normativa era desechable sin más, desconociendo que el derecho es un orden normativo por esencia complejo, interdisciplinario y concatenado. Como el agua, no basta con taponarla y cerrarle la salida, pues ella misma habrá de encontrar sus cauces, que si no fueron técnica o ingenierilmente dirigidos con sabiduría, tendrá en su desfogue efectos devastadores.

[13] TRIBE, Laurence H., *El Aborto. Guerra de Absolutos*, Suznjevic Dubravka trad., J. R. Cossio y otros (est. prelim.), Fondo de Cultura Económica / Instituto Nacional de Ciencias Penales, pp. 248 y ss.

b) Propiedad. Mezcla. Fusión

Dice Justiniano, en el apartado 27 del Libro Segundo de sus *Institutas*:

> [s]i dos propietarios han confundido voluntariamente materias que respectivamente les pertenecían, todo el cuerpo formado por la confusión es en todas sus partes común entre ellos; como si hubiesen mezclado su vinos, o fundido juntas barras de oro y plata. Lo mismo sucede cuando las materias sean diversas, y con ellas se haya creado una nueva especie… porque en este caso, no se duda que el nuevo objeto es común. Si por acaso y no por voluntad de los dueños, se confundiesen diversas materias o de una misma especie, la misma decisión ha sido adoptada.[14]

El romanista Eugene Petit, citando a Gayo, a Ulpiano y a Paulo, enseñaba:

> [h]ay confusión cuando los líquidos o metales en fusión, perteneciendo a propietarios diferentes, son mezclados juntos… En los dos casos, habiendo sido mezcladas las cosas de común acuerdo, entre los propietarios, el todo es común, puesto que es un resultado de propia voluntad, y la base de esta traslación de propiedad, hace que cada dueño de una de las cosas, sea copropietario de todo, es una tradición recíproca. Pero ¿cuál es el efecto si la confusión o la mezcla han tenido lugar por azar o por voluntad de uno solo? …esta comunidad sólo existe obligada por la fuerza de las cosas …[s] i la separación es imposible, el todo es común… [e]l reparto se obtiene por la acción *communi dividendo*… entonces se dice que está en estado de indivisión o de comunidad, es decir, que son copropietarios. La propiedad de uno está limitada por el derecho del contrario, de suerte que un copropietario no puede en principio disponer de la cosa común contra la voluntad de los otros… [e]l juez puede también condenar a cada una de las partes a prestaciones personales para con los demás: por ejemplo a pagar una cantidad de dinero a título de compensación.[15]

El Código Civil vigente regula, en forma aún más específica, en el Capítulo IV (Del Derecho de Accesión) del Título Cuarto, relativo a la Propiedad, del Libro Segundo de los Bienes, la mezcla de igual o diferente especie por voluntad de sus dueños o por casualidad, que no son separables, sin detrimento, cada propietario tendrá derecho proporcional, y prevé que ello aplicará también si mezclaren o confundieren por voluntad de uno solo, pero actuando de buena fe, y que el dueño de la cosa mezclada así, sin su consentimiento, puede permanecer en la indivisión o solicitar indemnización. Más aún, ordena que el actuante de mala fe, pierda la cosa mezclada o confundida,

[14] Ortolán, M., *Instituciones de Justiniano*, Melquiades Pérez Rivas (trad.), Buenos Aires, Heliasta, 2005, p. 74.

[15] Petit, Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano,* José Fernández González (trad.), Madrid, Ed. Saturnino Calleja, 1926, pp. 217, 185, 444 y 445.

y es responsable de los daños y perjuicios causados al codueño. Para determinar si hay buena o mala fe, la regla es que esta última se da cuando se dejan transcurrir las cosas a sabiendas.[16]

La monstruosidad creada por nuestros ignorantes legisladores perredianos y sus adherentes seudolegisladores —entonces todavía defeños— es aberrante. Pero, hacer declarar ahora a un juez que las disposiciones en materia de fusión o confusión de líquidos o materiales inseparables, o que biológicamente se presenta con la fecundación del óvulo femenino por el espermatozoide masculino que han dado origen a un nuevo cuerpo, inicialmente llamado huevo o cigoto, muy pronto embrión, y subsecuentemente hasta feto, inclusive, si el cálculo de las 12 semanas resulta inexacto, como generalmente lo es, y su destrucción por uno de los propietarios, dizque asesorado por médicos ocasionales, de las partes que regula el Código Civil, no resulten en una responsabilidad que hace imposible el reclamo de una indemnización por el hombre a la mujer, inclusive por daño moral, porque el aborto ha quedado "despenalizado", deja manifiesta la ignorancia de tales legisladores, que desconocen que un hecho puede actualizar diversas hipótesis normativas de muy distintas materias y que las consecuencias jurídicas de éstas, a su vez, sucesivamente, actualizan otras.

Su ignorancia de la dogmática jurídica normativa, hace que la pobre mujer abortante ahora se exponga, además del efecto sicológico por el que inevitablemente habrá de pasar, al haber sido dejada sola en su decisión, a una demanda por daños materiales o, por lo menos, de orden moral. Los médi-

[16] Artículo 926.- Si se mezclan dos cosas de igual o diferente especie, por voluntad de sus dueños o por casualidad, y en este último caso las cosas no son separables sin detrimento, cada propietario adquirirá un derecho proporcional a la parte que le corresponda, atendido el valor de las cosas mezcladas o confundidas.

Artículo 927.- Si por voluntad de uno solo, pero con buena fe, se mezclan o confunden dos cosas de igual o diferente especie, los derechos de los propietarios se arreglarán por lo dispuesto en el artículo anterior; a no ser que el dueño de la cosa mezclada sin su consentimiento, prefiera la indemnización de daños y perjuicios.

Artículo 928.- El que de mala fe hace la mezcla o confusión, pierde la cosa mezclada o confundida que fuere de su propiedad, y queda, además, obligado a la indemnización de los perjuicios causados al dueño de la cosa o cosas con que se hizo la mezcla.

Artículo 932.- La mala fe en los casos de mezcla o confusión se calificará conforme a lo dispuesto en los artículos 904 y 905.

Artículo 904.- Se entiende que hay mala fe de parte del edificador, plantador o sembrador, cuando hace la edificación, plantación o siembra, o permite, sin reclamar, que con material suyo las haga otro en terreno que sabe es ajeno, no pidiendo previamente al dueño su consentimiento por escrito.

Artículo 905.- Se entiende haber mala fe por parte del dueño, siempre que a su vista, ciencia y paciencia se hiciere el edificio, la siembra o plantación." Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común, y para Toda la República en Materia Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación, Sección Tercera, del 14 de julio de 1928, pp. 25, 29, 30, 201, 205 y 206.

cos abortantes, que seguramente se excusarán argumentando que obraron en cumplimiento del deber que la ley les ordena, inclusive de manera inmediata.

¿Qué le impedirá, cualquiera que sea la intención del hombre engendrante, argumentar que sus sentimientos, afectos y creencias; honor y reputación; la consideración que de sí mismo tienen los demás e, inclusive, su integridad psíquica física han sido vulneradas o ilegítimamente menoscabadas por la mujer abortante, quien ni siquiera le informó? —ya no digamos que le pidió su consentimiento. Se trata del ilícito civil, que no penal, que el seudolegislador omitió excluir de responsabilidad cuando creyó que bastaba con despenalizar, sin excluir la responsabilidad civil. La mujer abortante será responsable de la indemnización monetaria, aún y cuando no haya habido daño material, como lo ordena el Artículo 1916 del Código Civil del Distrito Federal (ahora flamante Ciudad de México) y del Federal,[17] aún y cuando para ello, el juez tome en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad y la situación económica de la madre abortante y del padre demandante.

Otra vez, el legislador —todavía defeño— desconoció el carácter dinámico y concatenado de las normas jurídicas, de los hechos que no son exclusivos de una sola rama del Derecho; que la sistemática jurídica[18] ordena su contenido, no en una sola disciplina, sino que coherentemente los ubica en una y en otra, según que el interés jurídicamente protegido afecte o rompa el orden jurídico, más gravemente o menos (al concernir a toda la colectividad o sólo a un individuo), mediante la afectación de bienes jurídicos más o menos amplios o ambos, pero con diferentes consecuencias jurídicas. Así, habrá que distinguir que, mientras un homicidio trastorna un interés más colectivo, la falta de pago de una renta lo hace en menor medida. Por ello, las sanciones

[17] Artículo 1916.- Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas. Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente Código. Código Civil para el Distrito Federal, Reformado, Primer Párrafo, *Diario Oficial de la Federación,* 10 de enero de 1994, Segunda Sección, p. 39.
"La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso. Reformado, *Diario Oficial de la Federación*, 31 de diciembre de 1982, Primera Sección, p. 17.

[18] García Maynez, Eduardo, *op. cit.*, pp. 310 y ss.

de una y otra norma habrán de ser cualitativa y cuantitativamente diferentes. La primera requiere, además de la indemnización, que cuando es aplicada por el juez penal, se llama reparación del daño y es de carácter netamente civil, resarcitoria para beneficio del afectado solamente; la segunda implica y tiende a lograr un escarmiento mayor y ejemplar al incumpliente y, por ello, la privación de un derecho personal —como lo es la libertad— o patrimonial —como lo sería una multa—, pero en beneficio o reparo del orden jurídico en general, de la colectividad.

2. Protección jurídica

Lo anterior se ve configurado una vez más, cuando leemos el Artículo 22 del propio Código Civil, que indica que el individuo concebido, esto es, desde que es el óvulo fecundado: "entra bajo la protección de la ley". Si hay protección jurídica, hay derecho subjetivo, decía Rudolf Von Ihering.[19] Es decir, hay una facultad que deriva de una norma. La norma es la expresión de la ley, y esta última no expresa otra cosa que normas que el jurista habrá de saber encontrar en el texto del articulado de la ley. La ley no dice otra cosa que normas que podrán estar en uno o varios artículos; pero identificado el supuesto jurídico que aplica al hecho sucedido, habrá de poderse identificar también su efecto jurídico —el derecho subjetivo y su correlativo deber intrínsecos en la norma— y luego habrá que identificar a los destinatarios de la norma —los sujetos activo o titular del derecho subjetivo y el pasivo u obligado—, como elementos extrínsecos de la norma obligacional. Todos ellos conceptos jurídicos fundamentales y comunes a las diversas disciplinas jurídicas.

a) Derecho subjetivo

Cuando el Artículo 22 del Código Civil establece "que desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley", se está refiriendo, precisamente, a esa protección legal que implica que alguien tiene un derecho subjetivo. Si el individuo a que se refiere es, en un principio, un óvulo fecundado, luego un embrión y, finalmente, un feto aún no desprendido del seno materno, ello es irrelevante para la ley. Tiene protección jurí-

[19] Von Ihering, Rudolf, *El Espíritu del Derecho Romano,* Bogotá, Leyer, p. 690 y *La Dogmática Jurídica,* Enrique Príncipe y Satorres (trad.), Buenos Aires, Losada, 1946, p. 181.

dica, tiene derechos. Quién lo va a proteger, habrá que determinarlo; no es posible ignorarlo. Habrá que identificar a ese titular del derecho que surge de la actualización de la hipótesis normativa, que es la concepción. Quién tiene la obligación o deber jurídico de dar esa protección, que también surge en razón de la bilateralidad —esencial característica del Derecho— y, con ello, de la norma, que es su expresión, también parece difícil de determinar, pero tampoco ello se puede desconocer por el jurista, pues hacerlo refleja la ignorancia de las características de la norma, de su funcionalidad, de su dinamismo, de su concurrencia y de la concatenación automática de una con otra. Esto cuando las consecuencias automáticamente dadas, no sólo son múltiples, sino que a su vez constituyen las hipótesis de otra serie de normas.

Ante el hecho jurídico de la concepción, el derecho y obligación de su protección —que son su consecuencia automática—, aparecen inmediatamente como sujetos en sentido jurídico individualizables (a los que les son atribuibles esas consecuencias), el engendrante —si aún no se le quiere llamar padre— y la embarazada —si tampoco se le quiere denominar madre—. Aparecen también, como sujetos destinatarios de la norma, los asistentes sanitarios —quizá médicos privados o del sector público, que habrán de asistir a la embarazada a partir de que sepa que lo está—, la misma autoridad y cualquiera otra persona o sujeto al que la realización del hecho que actualiza la hipótesis, le pueda alcanzar. Mientras no haya una excepción o exoneración de ese deber de protección, cualquiera que de una u otra manera se vea involucrado en el proceso, a partir de la concepción, deberá abstenerse de llevar a cabo hechos que impliquen desprotección del individuo concebido, según ordena la norma. Inclusive, estarán obligados a llevar a cabo acciones o conductas que protejan a ese individuo tal y como lo prevé la norma, en particular, el Código Civil, materia de este análisis por el momento.

La complejidad de sujetos y su presencia como sujetos y pasivos a la vez, dependiendo de la relación bilateral analizada, que la actualización de la hipótesis genera, hace que la embarazada también pueda resultar sujeto activo ejercitante del derecho subjetivo, consistente en la protección, si su contraparte médico o el propio engendrante, obligados a proteger al individuo engendrado, usan la violencia física o moral para que aborte.[20]

[20] Artículo 1818.- Es nulo el contrato celebrado por violencia, ya provenga ésta de alguno de los contratantes, ya de un tercero, interesado o no en el contrato.

Artículo 1819.- Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado. Código Civil para el Distrito Federal (en Materia Común y para Toda la República en Materia Federal), *Diario Oficial* para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común, y para Toda la República en Materia Federal del 31 de agosto de 1928.

A la inversa, si la embarazada quiere abortar y el engendrante está en desacuerdo con ello, en términos de lo dispuesto por el citado Artículo 22 del Código Civil, puede exigir y demandar la protección del concebido.

Si la embarazada o el engendrante hacen valer respectivamente su derecho subjetivo contra el otro o los demás sujetos pasivos, aunque penalmente los pasivos quedarán exonerados de esa responsabilidad si lo hacen dentro de las 12 semanas siguientes a la concepción (si pudieren llegar a probar que lo hicieron dentro de dicho plazo), no sucederá lo mismo desde el punto de vista del Código Civil. La realización de acciones contrarias a la protección del individuo concebido, ordenada por el propio Código, actualizarán la hipótesis, ya no de la norma obligacional que ya habrían incumplido, sino de la secundaria sancionatoria o responsabilitoria, por no haber cumplido con su obligación de protección.

La responsabilidad de los violadores de la norma obligacional o la posibilidad de que ello llegue a suceder, actualizará otros derechos subjetivos de quienes se ubiquen en la hipótesis de la norma sancionadora para impedir la realización del ilícito civil y exigir el cumplimiento de la obligacional o si ello ya no fuera posible, la responsabilidad por el ilícito civil cometido.

Evidentemente, los legisladores defeños han sido incapaces de comprender y ni aún de conocer la naturaleza ontológica, específicamente cosmológica[21] del óvulo fecundado, del embrión y, quizá, del mismo feto. Lo cual ha sido dejado, como otros tantos temas, no pendiente, sino abandonado, para que sea el órgano judicial, con base en los demás textos legales, quien lo resuelva.

De esta manera, si el seudolegislador criminalístico no sólo no le dio una naturaleza jurídica específica, sino que permite quitarle la vida —porque vida al menos animal diría que sí había—, elimina toda posibilidad de calificarlo de homicidio, menos aún de aborto. Se trata quizá de un ser vivo,

[21] A fin de llegar a conocer la naturaleza íntima metafísica de los cuerpos, la Cosmología investiga sus propiedades para por ellas, índices de la naturaleza, venir en conocimiento de ésta. Primero estudia las propiedades que sirven para la mera presentación de los cuerpos sin que impliquen mayor actividad: Cosmología Estática. Luego fija su atención en aquellas otras que ya acusan ulterior actividad como en las combinaciones químicas, etc., y por ello se llaman dinámicas (*dynamis*:fuerza): Cosmología dinámica. Si ahora las consideramos no cada cual por separado sino enfocamos a la vez a entrambas y preguntamos ¿vienen de dos fuentes diversas estas propiedades que así se ven como diversas? al considerarlas precisamente una frente, junto a las otras, hacemos un estudio de conjunto, de síntesis. He aquí la tercera sección de nuestro tratado: Cosmología sintética. Su tarea es ya tratar de averiguar cuál es la naturaleza íntima del cuerpo. Esta es la nota de toda la cosmología, la resolución del problema cosmológico, filosófico, metafísico: averiguar la naturaleza del mundo corporal. RAHAIM MANRÍQUEZ, Salomón, *Compendio de Filosofía*, 4ª. ed., México, 1985, p. 282.

pero ni siquiera lo cataloga como humanoide. Jurídicamente es una cosa, ni siquiera un animal; un bien surgido de una mezcla, de una fusión, en el mejor de los casos, como vimos arriba; cuya copropiedad puede generar desavenencias, que obviamente no le interesó regular; su finalidad era meramente politiquera.

Quien sienta vulnerados sus derechos, el progenitor que se oponga, por ejemplo, al aborto, pretenderá evitar, en cuanto se entere, que éste se consume y solicitará al juez que dicte providencias precautorias contra la embarazada, ejercitando contra ella una acción real para evitar que el bien o la cosa resultante de la fusión pueda ser "ocultado o dilapidado" y ordene "su secuestro".[22]

Los seudolegisladores defeños y sus copartícipes asesores y aplicadores de la norma penal exonerante de responsabilidad penal en caso de aborto, resultaron ser más ignorantes de lo imaginable o, muy probablemente, irresponsables, pues otra vez, ante una supuesta preponderancia del derecho de la mujer a abortar sobre el del engendrante o padre para impedirlo, la dejaron sola y desprotegida frente al riesgo de que dicho engendrante haga valer su derecho subjetivo, solicitando a un juez que le impida precautoriamente abortar. En caso de que esto último fuera ya imposible por haberse consumado, pedirá una indemnización por daño, al menos de carácter moral, por la afectación sicológica o de imagen que con el aborto pudiera sufrir el padre engendrante, como se ha mencionado arriba. Imaginemos aunque sea limitadamente la situación jurídica de esa embarazada que fue aconsejada para abortar y que ante la medida precautoria ordenada por un juez no lo pudiera hacer o que, habiéndolo realizado —además del sentimiento de culpabilidad y de la problemática orgánica y sicológica que con alguna frecuencia se presenta—, tenga que afrontar una demanda civil por daños de uno u otro tipo. Los engañantes legisladores perredianos y sus engendrantes adherencias prianas, entre otras, son responsables de sus deficiencias jurídicas. La impunidad, que inclusive desde el extranjero atribuyen a los gobiernos aplicadores de las normas del sistema legal mexicano, como su función y deber principal, ahora también se confirma en el caso de los hacedores de las normas jurídicas generales, los legisladores. ¿Cómo se atreven a proponerse y ser legisladores, si ni siquiera entienden la técnica jurídica de formulación y aplicación de normas jurídicas? Ni son capaces de asesorarse de aquellos que sí las entienden.

[22] Artículo 235.- Las providencias precautorias podrán dictarse: ... II. Cuando se tema que se oculten, dilapiden los bienes en que deba ejercitarse una acción real; Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, *Diario Oficial de la Federación* del 8 de septiembre de 1932, p. 3.

b) Condición Suspensiva

Jurídicamente se llama condición suspensiva al acontecimiento del cual depende la existencia de la obligación.[23] Es decir, se trata de uno de los elementos de la hipótesis normativa compleja y no simple que no se ha realizado y, con ello, la automaticidad de las consecuencias se encuentra suspendida, pues aunque parte de la hipótesis misma (algunos elementos) ya se pudieron haber realizado, otra parte, otro elemento, aún no —se encuentra pendiente—, pero puede realizarse. Por ello, dicha hipótesis no se ha realizado en plenitud; falta de darse o realizarse ese elemento que consiste en el acontecimiento futuro e incierto, que impide que las consecuencias (derechos y obligaciones) de esa norma específica se den. La automaticidad de las consecuencias se presenta cuando la hipótesis se ha realizado íntegramente y, en el caso de la condición suspensiva, falta precisamente ese elemento incierto que no se sabe si llegará a existir o no. El efecto jurídico o consecuencias, aún no se han dado. Lo anterior no significa, sin embargo, ni que solamente la realización de las consecuencias esté suspendida, ni que estemos frente a la nada jurídica.

Lo que en realidad sucede es que la hipótesis normativa no ha acabado de realizarse, falta darse el acontecimiento futuro que, al presentarse, generará la aplicación automática de las consecuencias, el surgimiento de las consecuencias jurídicas, es decir, de los derechos y de las obligaciones que serán atribuibles o imputables a los sujetos correspondientes que habrán de resultar acreedores o deudores, una vez que la hipótesis quede plenamente realizada, una vez que el acontecimiento futuro incierto se realice e integre a los demás.[24] No obstante, ello no significa que el deudor no se encuentre obligado a algo, ni que pueda desentenderse de la obligación que posiblemente o, mejor aún, probablemente tenga que cumplir al acontecer el único elemento faltante de realización de la hipótesis compleja en la integración de sus elementos. Resultaría jurídicamente aberrante, obligarse a algo que el sujeto pasivo evadiera al realizarse el acontecimiento futuro, simplemente argumentando que como los elementos de la hipótesis aún no se integraban, él estaba libre de cumplimiento de cualquier obligación, sea ésta convencional o derivada de la ley. Resulta obvio que si se ha manifestado la voluntad o se ha actualizado la hipótesis normativa parcialmente, es que se ha generado

[23] Artículo 1938.- La obligación es condicional cuando su existencia o su resolución dependen de un acontecimiento futuro e incierto.

Artículo 1939.- La condición es suspensiva cuando de su cumplimiento depende de la existencia de la obligación. Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para Toda la República en Materia Federal, *Diario Oficial de la Federación* del 31 de agosto de 1928, pp. 7 y 8.

[24] García Maynez, Eduardo, *op. cit.*, p. 319.

en la contraparte un derecho inmediato y no sólo una expectativa, pero que deriva de una norma subyacente a la norma cuya hipótesis está en proceso de complementación. En otras palabras, no se puede decir que la exigibilidad del derecho esté suspendida, sino que aún no nace la obligación que bilateralmente coexiste con tal derecho, aunque tampoco se pueda decir que estemos frente a "la nada jurídica".

Lo primero, porque es contrario a la dogmática jurídica normativa que pregona la automaticidad de las consecuencias, la suspensión de los efectos cuando se ha realizado la hipótesis; y de la segunda, porque es atentatorio de la seguridad jurídica, ofrecer algo que genere en la contraparte una expectativa que permita al potencial obligado desdecirse de su dicho, valga la redundancia. Se le estaría permitiendo al sujeto que la ley o su propia voluntad, queden a merced de un cambio unilateral de su propia voluntad y, con ello, afectar también unilateralmente el entorno jurídico de su contraparte, de aquél a quien le ha generado un derecho que en el peor de los casos, es el esperar a saber si la condición elemento de la hipótesis normativa se dará o no.

i. Hipótesis Normativa suspendida

En el caso concreto, el Artículo 22 ordena textual e imperativamente que se proteja al producto de la concepción como si hubiera nacido. Dicho Artículo —transcrito en lo conducente páginas atrás— establece que, además de la protección que debe darse al individuo concebido, "se le tiene por nacido para los efectos declarados por el presente Código". El Artículo 337 del propio Código tiene por nacido al individuo "que desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo ante el Juez del Registro Civil". Luego, la hipótesis normativa de protección prevista en el mencionado Artículo 22, ordena esperar, pero protegiendo hasta saber si el individuo concebido llega a ser nacido en términos del propio Código Civil. Sin embargo, otra vez, ello no puede entenderse como "la nada jurídica", puesto que entre tanto, no permite que el obligado, quienquiera que éste sea, lleve a cabo "actos" (técnicamente debió decir hechos) que impidan que la obligación pueda cumplirse. No puede entenderse que no haya obligados a abstenerse de proteger al concebido, que como no se sabe si la condición de nacer ser vivo y viable ocurrirá, entre tanto puede extirpársele. ¿Puede ignorarse jurídicamente que hay derechohabientes de esa obligación de protección, cuyos derechos están sólo a la espera de que nazca vivo y viable para que automáticamente surja su derecho?

Inclusive, en el caso en que el progenitor y la engendradora hubieran estado de acuerdo en provocar el aborto, ¿qué no habrá otros sujetos distintos a los anteriores, cuyos derechos se verían conculcados con la desprotección causada con el aborto? Pensemos, por ejemplo, en el caso de daño económico de los hermanos del abortado que, no obstante padecer potenciales defectos en su salud, habría sido vivo y viable en términos de ley, aunque pocos días después falleciera y hubiera sido designado heredero por persona distinta a tales progenitores. Por muy materializados que sean los intereses de esos hermanos, al producirse el aborto, es decir, al haberse violado la obligación de protección del concebido, habrán perdido toda oportunidad de hacerse del acervo hereditario que como parientes colaterales del abortado les correspondían.[25]

ii. Hipótesis Normativa Subyacente Legal Actualizada

Como se ha insistido, la condición suspensiva no es ni la nada jurídica ni la suspensión antidogmática normativa de las consecuencias jurídicas. Lo que sucede es que en el caso de la condición, la hipótesis normativa es compleja, se ha realizado parte de ella, pero es tan compleja, que al menos uno de sus elementos no se ha realizado aún, falta la condición suspensiva, ese elemento futuro de realización incierta que las partes habrán de esperar que suceda o no, para saber si resultan obligados o facultados.

Pero, ¿deben esperar las partes a que suceda o no ese acontecimiento futuro para saber si resultan una facultada u obligada? ¿Cuánto tiempo deben esperar a que se dé la condición? ¿Están en plena libertad de disponer del bien jurídico que han comprometido porque la hipótesis no se ha realizado y las obligaciones no han nacido?

El legislador perrediano y sus adherencias engendrantes prianas, y las petianas, entre otras, no son capaces de comprender la dogmática normativa funcional y, por ello, otra vez dejan en enorme riesgo de responsabilidad a la mujer embarazada, a la que dicen proteger. No se percatan de que civilmente el óvulo fecundado, embrión o, quizá, feto, está protegido como si hubiera nacido, hasta el tiempo en que se sepa si es nacido vivo y viable. Tampoco

[25] Artículo 1602. Tienen derecho a heredar por sucesión legítima: I. Los "... parientes colaterales dentro del cuarto grado...". Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para Toda la República en Materia Federal, *Diario Oficial de la Federación* del 31 de agosto de 1928, pp. 7 y 8.

se percata de que el Artículo 22 mencionado ordena esperar antes de dejar de proteger al concebido. Ignoran, por ignorantes —valga de nueva cuenta la redundancia— o irresponsables, que civilmente, si bien no penalmente, está prohibido desproteger al concebido, más todavía, matarlo, hasta en tanto no se sepa si nacerá, si será vivo viable en el lapso de los nueve meses que resten a partir de la concepción, con lo indeterminable que es aún científicamente saber cuándo exactamente se presenta.

Menos aún saben, ni quisieron saber, qué sucede civilmente, una vez que se ha dado la concepción, y están ante un supuesto normativo complejo al que le falta de sucederse uno de sus elementos. Ignoran que la ley ordena imperativamente al potencial obligado a abstenerse (obligación de no hacer) de algo que pueda impedir la realización de la condición. Ignoran que el sistema jurídico es más complejo que sus intereses politiqueros. Ignoran o cínicamente desechan la técnica jurídica normativa que enseña que prácticamente cualquier manifestación de voluntad, cualquier acontecimiento que constituya un hecho jurídico, puede estar actualizando a la vez un sinnúmero de hipótesis normativas, esas sí en plenitud, que pueden por lo tanto estar generando la automaticidad de sus consecuencias, de los derechos y obligaciones, y que su incumplimiento o realización negativa de las consecuencias normativamente ordenadas, a su vez, generará también automáticamente la actualización de las consecuencias de una o más normas sancionatorias o responsabilitorias.

Ignoran, inclusive, el texto de la ley; no obstante ser legisladores y estar obligados a conocerla, de hecho, mejor que sus destinatarios. Ignoran que el Código Civil para el Distrito Federal expresamente ordena, sin excepción, en su artículo 1942, que el deudor se abstenga de todo "acto" que impida que la obligación pueda actualizarse, más aún, el deudor no puede llevar a cabo acciones que pudieran impedir que el acreedor pueda llegar a ejercer su derecho; por ello, mientras tanto, el acreedor está facultado para ejercer cualesquiera actos conservatorios de su derecho.[26]

Se trata, pues, del caso en el que cualquier hecho o acto, que estando sujeto a una condición suspensiva, actualiza simultáneamente una hipótesis de una norma distinta prevista en ley. Misma, esta última, que las partes de la primera no pueden ignorar, la que aunque subyacente, se realiza en plenitud

[26] Artículo 1942.- En tanto que la condición no se cumpla, el deudor debe abstenerse de todo lo que impida que la obligación pueda cumplirse en su oportunidad. El acreedor puede, antes de que la condición se cumpla, ejercitar todos los actos conservatorios de su derecho. Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para Toda la República en Materia Federal, *Diario Oficial de la Federación* del 31 de agosto de 1928, pp. 7 y 8.

pese que a la primera le falta aún un elemento de la hipótesis. Que ordena al deudor no sólo esperar a saber si la condición se realizará, sino mucho más, le ordena no realizar acciones que impidan el cumplimiento de la obligación y el ejercicio del derecho, y autoriza al titular del derecho a impedir tales acciones.

El seudolegislador, inepto protector de la mujer abortante, la ha expuesto, como se ha indicado arriba, a que quienquiera que resulte ser titular de un derecho civil, actual o sujeto a condición de protección del concebido, le impida abortar o, si ya lo hubiera hecho, la haga responsable, según el caso, de daño moral o, inclusive, de daño patrimonial.

B. Justificativa de antijuridicidad, destipificación o despenalización del aborto

El Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia del Fuero Común y para Toda a la República en Materia Federal, de 1931, con mejor técnica jurídica, que deberían envidiar, pero que ignoran grotescamente los actuales —aún los más "notables"— seudolegisladores de la anhelante por ellos, que no por los habitantes, ahora Ciudad de México, preveía que "no es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación… [o] la mujer embarazada o el producto corran peligro de muerte".[27] En forma inercial seguramente —aunque ya desde entonces imperfecta técnicamente—, la reforma Robles Berlanga, publicada en aquel tiempo en la novedosa *Gaceta Oficial de Distrito Federal*, del 24 de agosto de 2000, repite —aunque con otras palabras— que "[n]o se aplicará sanción… [tampoco] …cuando el embarazo sea resultado… de una inseminación artificial no consentida… la mujer corra peligro de afectación grave a su salud, el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales al límite de que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada".[28]

La mejor técnica del mencionado Código Penal de 1931, perduró sólo nominalmente, pues los mismos perredianos, un par de años más tarde, publicaron su llamado "Nuevo Código Penal para el Distrito Federal", en cuyo

[27] Secretaría de Gobernación, Talleres Gráficos de la Nación, Tolsá y Enrico Martínez, México, 1931, pp. 70 y 71, Artículos 333 y 334.

[28] Gaceta Oficial del Distrito Federal del 24 de agosto de 2000, pp. 1 y 2.

Artículo 148, se reitera que "[n]o se impondrá sanción"[29] en prácticamente los mismos casos a que ya se había referido la reforma Robles Berlanga al citado Código de 1931.

La menos mala técnica del pasado, se rompe con la publicación del Decreto que Reforma los Artículos 145 y 148 del todavía denominado Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, junto con la que adicionó sobre el mismo tema, también sin la técnica jurídica legislativa apropiada, para identificar los numerales de los Artículos 16 bis 6 y 16 bis 7 (*sic*) a la Ley de Salud para el Distrito Federal,[30] como consecuencia de un debate desarrollado durante unos cuantos meses entre asambleísticos defeños de su mencionado engendrante Partido Revolucionario Institucional y su, ese sí, abortado sobreviviente producto, el Partido de la Revolución Democrática, para el caso del aborto en los mismos casos que desde la reforma Robles Berlanga, ya se contemplaban, pero ahora bajo el genérico "excluyente de responsabilidad", que de manera igualmente genérica, sin especificar la causa de la insancionabilidad, que sí se contenía en el Artículo 29 de su propio Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.[31]

[29] *Ibídem* del 16 de julio de 2002, p. 29.

[30] *Ibid* del 27 de enero de 2004, pp. 6 y 7.

[31] Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sistema de Consulta de Ordenamiento, Código Penal para el Distrito Federal —antes Nuevo Código Penal para el Distrito Federal— Proceso Legislativo Exposición de Motivos, Discusión Origen, Dictamen Origen 30 de septiembre de 2003 y 26 de diciembre de 2003. *Gaceta del Distrito Federal* del 27 de enero de 2004.
Artículo 29.- (Causas de Exclusión). El delito se excluye cuando: I. (Ausencia de conducta). La actividad o la inactividad se realice sin intervención de la voluntad del agente; II. (Atipicidad). Falte alguno de los elementos que integran la descripción legal del delito de que se trate; III. (Consentimiento del titular). Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) Que se trate de un bien jurídico disponible; b) Que el titular del bien jurídico, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien; y c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento. Se presume que hay consentimiento, cuando el hecho se realiza en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento. IV. (Legítima defensa). Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor. Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al lugar en que habite de forma temporal o permanente el que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el agente tenga la obligación de defender, a sus dependencias o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión. V. (Estado de necesidad). Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo; VI. (Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho). La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo o ejercerlo; VII. (Inimputabilidad y acción libre en su causa). Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el sujeto hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación. Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 65 de este Código. VII. (Error de tipo y error de prohibición). Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de: a) Alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate; o b) La ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta. Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto en el artículo 83 de este Código. IX. (Inexigibilidad de otra conducta). En atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al sujeto una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido conducir conforme a derecho. Las causas de exclusión del delito se resolverán de oficio, en cualquier estado del proceso. Si en los casos de la fracciones IV, V y VI de este artículo el sujeto se excediere, se estará a lo previsto en el artículo 83 de este Código. *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, 16 de julio de 2002, pp. 6 y 7.

La ignorancia de la técnica jurídica se hace por demás evidente cuando tratamos de analizar la congruencia entre la calificación de las "excluyentes de responsabilidad penal en el delito de aborto", del Artículo 148 mencionado y las específicas conductas excluidas, algunas desde el Código Penal de 1931, que declaraba impunes el aborto por imprudencia y el del embarazo resultante de violación, y las que la reforma Robles Berlanga adicionó en el año 2000; es decir, el aborto resultante de embarazo por inseminación artificial o por alteraciones genéticas o congénitas con riesgo de daños físicos o mentales. Resultó de la "genial" reforma, como se ha analizado, que, además de enfatizar que sólo son exclusiones de la responsabilidad penal, pero no de la civil o de otra naturaleza, la "insancionabilidad" se convirtió en "Causas de exclusión del delito". En el Artículo 29 del llamado Nuevo Código Penal se definían tales excluyentes en varias especies, como era la "Ausencia de Conducta", la "Atipicidad", el "Consentimiento del Titular", la "Legítima Defensa", el "Estado de Necesidad", el "Cumplimiento de un Deber" o el "Ejercicio de un Derecho", la "Inimputabilidad", el "Error de tipo y error de prohibición" y la "Inexigibilidad de otra conducta", lo que resultó en que, además de la confusión técnica entre los elementos del delito y su prerrequisito, como es la imputabilidad, por ejemplo, se volvió necesario, a partir de entonces, que se tuviera que determinar cuál o cuáles de las excluyentes de responsabilidad del Artículo 29, considerando la complejidad de cada uno de los elementos de los mismos, era la que resultaría aplicable para que el

juez pudiera exonerar a la abortante y sus copartícipes; ya no bastó la conducta misma descrita en el Artículo 148. Otra vez, el ignorante legislador seudoprotector de la abortante, le hizo la vida más complicada. Antes era clarísimo que no habría sanción en los casos de aborto previstos en el propio Artículo 148; en adelante, hubo que determinar en cuál de las excluyentes del artículo mencionado, podría ubicarse para desrresponsabilizarla penalmente. ¡Pobre mujer abortante, su propio seudoprotector legislante, se convirtió en su verdugo!

Peor aún resultó para la, esa sí, abortante reforma al entonces ya denominado solamente Código Penal para el Distrito Federal, publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, del 18 de diciembre de 2014,[32] derivada de

[32] Artículo 29.- (Causas de Exclusión). El delito se excluye cuando concurra una causa de atipicidad, causas de justificación o causas de inculpabilidad: A. Habrá causas de atipicidad cuando: I. (Atipicidad por ausencia de conducta). La actividad o la inactividad se realicen sin intervención de la voluntad del agente; II. (Atipicidad por falta de elementos del tipo penal). Falte alguno de los elementos que integran la descripción legal del delito de que se trate; III. (Atipicidad por error de tipo). El agente obre con error de tipo: a) Vencible que recaiga sobre algún elemento del tipo penal y respecto a ese tipo penal no se admita la realización culposa. En caso de que el error de tipo sea vencible y se admita la realización culposa, no se excluirá el delito y se estará a lo previsto en el primer párrafo del artículo 83 de éste Código; o b) Invencible. IV. (Atipicidad por consentimiento disponibilidad de bien jurídico). Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se cumplan con los siguientes requisitos: a) Que se trate de un bien jurídico disponible; b) Que el titular del bien jurídico, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien; y c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento. B. Habrá causas de justificación, cuando: I. (Legítima defensa). Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor. Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al lugar en que habite de forma temporal o permanente el que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el agente tenga la obligación de defender, a sus dependencias o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión; II (Estado de necesidad Justificante). El agente obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, lesionando otro bien de menor valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo; III. (Cumplimiento de un deber). El agente realice una acción o una omisión atendiendo un deber jurídico, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo; IV. (Ejercicio de un derecho). Cuando el agente realice una acción o una omisión atendiendo a su derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para ejercerlo; o V. (Consentimiento presunto). Cuando el hecho se realice en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento. C. Habrá causas de inculpabilidad, cuando: I. (Estado de necesidad disculpante o exculpante). Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, lesionando otro bien de igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere deber jurídico de afrontarlo; II. (Inimputabilidad y acción libre en su causa). Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender

que pareciera que el seudolegislador se percató de que se le había olvidado incluir como "causas de exclusión del delito, la inculpabilidad" y especificó dentro de ésta al "estado de necesidad… no ocasionado dolosamente"; "la inimputabilidad… [cuando] el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito… del hecho típico"; "la acción libre en su causa" como improcedencia de la inculpabilidad, sin percatarse de que, conforme a la reforma de su antecesor, en 2002, el aborto había dejado de estar despenalizado o insancionado, ya que desde entonces habría que probar la excluyente de responsabilidad aplicable. Una vez más, la pobre mujer abortante quedó abandonada a su suerte. En el caso de que el juez o el abogado defensor decidieran irse por la excluyente de responsabilidad denominada inculpabilidad, a partir de entonces, no por la doctrina bajo la cual ese elemento negativo del delito habría existido desde siempre, sino por el irresponsable legislador, que ahora inventa la inculpabilidad, no como inexigibilidad de otra conducta, sino como la ambigüedad que implica un estado de necesidad y, peor aún, como un requisito de comprobabilidad de la capacidad, el sujeto, previo al análisis subsecuente de si se dan los elementos del delito, ya que confunde dicha capacidad con el delito mismo. El análisis jurídico más elemental distingue entre el sujeto o persona que puede actualizar la hipótesis normativa, y esta última. Si el sujeto es incapaz permanente o temporalmente, la actualización de la hipótesis ya resulta irrelevante. Pero este legislador perrediano ha sido inepto, no pudo hacer tal distinción, ha considerado aberrantemente que la falta de capacidad es una de las especies de la inculpabilidad.

Como ya vimos en la Primera Parte de este artículo,[33] el híbrido resultante de las iniciativas Cuervo-Pérez Correa y Tonatiuh, denominó al aborto

el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado. Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 65 de este Código. (Acción libre en su causa). No procederá la inculpabilidad, cuando el agente al momento de realizar el hecho típico, hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación; III. (Error de prohibición). El agente realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto: a) Desconozca la existencia de la ley; b) El alcance de la ley; o c) Porque crea el agente que está justificada su conducta. Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, no procederá la inculpabilidad y se estará a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 83 de este Código. IV. (Inexigibilidad de otra conducta). Cuando el agente, en atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no le sea racionalmente exigible una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido conducir conforme a derecho. Las causas de exclusión del delito se resolverán de oficio, en cualquier estado del proceso. Si el agente se excede en los casos de legítima defensa, estado de necesidad justificante, ejercicio de un deber y cumplimiento de un deber se estará a los previsto en último párrafo del artículo 83 de este Código. *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, 18 de diciembre de 2014, pp. 13, 14 y 15.

[33] MÜGGENBURG, Carlos, "El Aborto…", *op. cit.*, p. 580.

"interrupción del embarazo", y solamente lo calificó como delito, por regla general, cuando fuera realizado "después de la décima segunda semana de gestación".

Por lo anterior, podemos reafirmar la grotesca falta de técnica normativa de los perredianos y sus adherencias, también en materia penal. No son capaces de distinguir y confunden, no obstante llamarse a sí mismos legisladores, entre una despenalización o insancionabilidad, una excluyente de responsabilidad (y el desconocimiento inicial como parte de ésta, y el manejo inadecuado de la inculpabilidad cuando la incorporaron subsecuentemente), y luego con su innovador léxico técnico penal, le llaman al hecho una "interrupción" del embarazo, para denominar un concepto, que iniciara de manera inercial por los perredianos como despenalización, no obstante que lo usaron desnaturalizadamente, y acabaron por calificarlo, sin saberlo o maliciosamente queriéndolo reconocer, como un elemento negativo del delito que confiere un derecho a privar de la vida a un ser vivo llamado ser humano en gestación, que excluye la antijuridicidad como elemento del delito y que técnicamente, aunque no se atreven a llamarlo así, implica necesarísimamente desde entonces, el ejercicio de un derecho que otorgaron a la propia madre y a sus colaboradores, llamados médicos.

Todo lo anterior quedó evidenciado, no sólo en sus vergonzantes productos legislativos, sino también en las propias iniciativas y en las discusiones asambleísticas de ínfimo nivel, en las que, como se ha visto, usaron indistintamente y, quizá como sinónimos, términos técnicamente diferenciables.

El texto mismo de la iniciativa Robles Berlanga se refirió sinonímicamente a exclusión de punción, conducta no punible, interrupción del embarazo, evitamiento de la penalización e inaplicación de sanción. Durante el llamado debate legislativo —si es que lo fue— de dicha iniciativa, se siguieron usando los mismos términos de igual manera; aunque con menos mala técnica, prevaleció el de la despenalización.[34]

En el caso de la iniciativa Cuervo-Pérez Correa y Tonatiuh, sucedió algo similar, no obstante que las Comisiones Unidas de Administración y Procuración de Justicia, de Salud y Asistencia Social y de Equidad y Género, suponemos que deberían haber contado con la experiencia del estudio de la iniciativa Robles Berlanga, e hicieran algún trabajo de edición para fusionarlas, por provenir no sólo de diputados diversos, sino inclusive de distintos partidos, la Coalición Parlamentaria Social Demócrata y el Partido Revo-

[34] *Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal*, 18 de Agosto del 2000, pp. 12-14, 24, 43-44, 49-51, 54, 58-59, 63, 65, 78, 83, entre otras.

lucionario Institucional, respectivamente.[35] No obstante que en la iniciativa híbrida resultante y durante el supuesto debate, predominó el término despenalización sobre el de interrupción del embarazo, finalmente optaron por esta última creativa noción, modernizadora del derecho penal.[36]

1. Elementos del delito. Hipótesis normativa generalísima

Enseñaba, el maestro Javier Alva Muñoz, posiblemente el mejor penalista que ha dado este país, seguidor de las teorías del alemán Edmund Mezger[37] —a quien, en opinión del autor, superó en la coherencia plena de sus planteamientos—, que el delito y sus elementos deberían ser estudiados en sí mismos, separadamente de su presupuesto y de su consecuencia. En otras palabras, como se ha dejado entrever arriba, ni la imputabilidad ni la sanción son partes integrantes del delito mismo. La primera tiene que ver con el sujeto que puede resultar imputado, lo que se analiza antes de ver si se actualizan los elementos del delito, pues no tiene caso entrar al análisis de estos últimos, sino hasta que se ha determinado si el sujeto, posiblemente responsable, es una persona capaz de ser imputado. De no serlo, resulta ocioso evaluar si se dan los cuatro elementos del delito, es decir, si hubo conducta, si está tipificada, si además se actuó de forma antijurídica y si, por último, lo hizo culpablemente. De igual manera, la sanción en sí misma tampoco es elemento del delito, pues sólo cuando los cuatro elementos del delito quedan acreditados, es que se actualiza la hipótesis normativa de la norma sancionadora, y será entonces que resultará aplicable la sanción o pena.[38]

El proceso lógico descrito no es distinto del que se seguiría, conforme a la más elemental Teoría de Derecho, en cualquiera de sus disciplinas. En el Derecho Civil, por ejemplo, una cosa es el sujeto y su capacidad, y otra perfectamente distinta el hecho jurídico contemplado en la hipótesis normativa concreta. Es cierto que la capacidad del sujeto forma parte de casi cualquiera hipótesis normativa como un elemento que hace que deje de ser simple y se vuelva compleja, pues para atribuirle o no al sujeto las consecuencias, tanto en la norma primaria u obligacional (derechos y obligaciones), como en la secundaria o sancionatoria (la responsabilidad), dicho sujeto habrá de actua-

[35] *Ibídem*, 24 de abril de 2007, pp. 31 y 32.
[36] *Ibíd.*, pp. 32-33, 36, 39, 50, 52, 92, 97 y 107, entre otras.
[37] MEZGER, Edmundo, *Tratado de Derecho Penal*, T. I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1946, pp. 325 y ss.
[38] ALVA MUÑOZ, Javier, *Derecho Penal, Primer Curso, Teoría del Delito*, Escuela Libre de Derecho, Apuntes de clase, 1970-1971.

lizar primero, como elemento presupuesto de la hipótesis, la capacidad. Además, conforme a la Teoría del Derecho, el hecho que actualiza una hipótesis, lo mismo puede corresponder a una u otra disciplina jurídica. Es el legislador quien, conforme a la sistemática jurídica, positivamente las ordena en una u otra materia o disciplina, en uno u otro código o en varios de ellos a la vez, con consecuencias diversas en una y/u otra.

Lo que sucede en la materia penal es que generalmente la norma obligacional o primaria no se contempla en los códigos de manera expresa, sino que está implícita. La ley penal parte de la base de que el deber u obligación propio de la norma primaria ha sido incumplido o violado por el sujeto, y que, por ello, dicho incumplimiento del deber —es decir, realización negativa de las consecuencias de la norma primaria— ha actualizado la hipótesis de la secundaria, sancionadora o responsabilitoria. La norma primaria u obligacional ordena respetar la vida. No cumplir con tal deber, actualiza la hipótesis de la secundaria, que es la expresamente prevista en la ley penal, la que automáticamente hace aplicable al homicida las consecuencias de ésta, es decir, la sanción penal.

El maestro Alva Muñoz no sólo hizo la distinción entre el sujeto, el delito u objeto y la sanción, sino que además abstrajo con meridiana distintividad, los elementos de toda hipótesis normativa delictiva, es decir, los elementos esenciales comunes aplicables a todos y cada uno de los delitos, a la hipótesis normativa de la norma sancionadora, contenidos en los articulados de ley —por lo general, confusamente elaborados por el legislador, como hemos visto que sin duda fue el caso del legislador perrediano inconsistente, titubeante y primer detractor del interés jurídico de la abortante, a quien demagógicamente decía proteger, pero que, por su falta de disciplina y honestidad intelectual, y por su preferente interés político partidista, abandonó en el camino—.

a) Positivos

De igual forma, el maestro Alva Muñoz explicaba que los elementos positivos —o esenciales, diría yo— para que el delito exista, eran la conducta, el tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad.

La conducta puede ser activa u omisiva, y se da, en mi opinión, cuando hay o debió haber habido el conocimiento, la oportunidad de la deliberación mental y la ejecución o exteriorización, sea ésta activa o abstentiva. La ausencia de conducta se configurará entonces y no habrá delito, cuando falta cualquiera de estos, sus elementos. Por ello, con excepción de la acción libre en su causa, que necesariamente supone el conocimiento y deliberación previos a la realización de la conducta tipificada, el trastorno mental temporal constituye ausencia de conducta y, con ello, inexistencia del delito por falta de uno de los elementos esenciales de este último.

Explicar el tipo o tipicidad pareciera ser bastante más sencillo, independientemente de que el mejor o peor legislador lo sepa hacer. Es conforme a la teoría del delito, la descripción de la conducta que debe ser generalmente prohibida o en ocasiones ordenada, ya que de lo contrario no habrá de ser sancionada. Dado el carácter interpretativo restrictivo propio del Derecho penal, resulta esencial la utilización del lenguaje técnicamente correcto en los elementos del tipo, sean estos materiales u objetivos, culturales e inclusive subjetivos (como explicaba el maestro Alva Muñoz), pero que generen la mayor certeza jurídica para su fácil apreciación. No está de más anticipar que una destipificación torcida hará que la conducta que fue delictiva, deje de serlo, por lo que el hecho jurídico que fue típico y deja de serlo, genera el derecho a realizar dicha conducta —por antinatural o aberrante que pueda serlo— una y otra vez, desde el punto de vista penal, salvo que la reiteración sea lo que constituya el elemento objetivo del tipo modificado. Ello, desde luego, con independencia —como ha sucedido en materia del aborto— de sus efectos civiles o propios de otra disciplina jurídica.

Enseguida habrá de considerarse el tercer elemento del delito, que es la antijuridicidad. Lo que significa que la conducta típica sea, además, contraria a derecho, pues no obstante que haya conducta, es decir, que se sepa qué se hace o deja de hacerse, y se decida hacerlo o no, libremente y se ejecute activa u omisivamente, estando no sólo esa conducta descrita como delictiva, sino además apartarse del deber de comportamiento objetivo, a lo ordenado por el derecho, sin que haya otra norma que permita u ordene una conducta adversa a la objetivamente mandada activa u omisivamente. La norma objetiva expresa, prohíbe y sanciona, por ejemplo, el apoderamiento de una cosa mueble ajena, sin derecho —robo—. Difícilmente habrá la posibilidad de que haya otra norma que lo permita. No sucede lo mismo, en cambio, con la prohibición de lesionar o privar de la vida a un agresor, caso en el cual existe otra norma específica, que bajo circunstancias de auténtica defensa legítima, lo permite. En cuyo caso la conducta deja de ser antijurídica. Es decir, ante la norma sancionadora más general que prohíbe u ordena una conducta determinada, existe una particular o específica en la que, si a la antijurídica se le

agregan algunas particularidades (defensa legítima por ejemplo), la norma de excepción permite realizarla sin que resulte ya entonces contraria a derecho.

Por último, el cuarto elemento del delito es la culpabilidad, que supone que el sujeto quiere que se dé el resultado de dañoso o, al menos, sabiendo que se puede dar, le es irrelevante que éste se produzca o no se produzca, o no toma las mejores medidas para evitarlo. Tiene la voluntad para que se dé el ilícito penal o, a sabiendas, no tiene la disciplina para evitarlo. Hay inobservancia de la diligencia debida. Podrá ser en grado de dolo si, conociendo el sujeto que el resultado dañoso se dará o se puede dar, lo quiere o no desea evitarlo. Lo será en grado de culpa si no quiere o no habría querido el resultado dañoso, pero no hace todo lo posible para evitar que este se dé. En el primer caso, el automovilista, por ejemplo, se percata que hay alguien parado en el arroyo vehicular y no hace algo por evitarlo y lo atropella. En el segundo, el automovilista no lo ve por causas ajenas a él mismo y lo atropella sin quererlo hacer. Es así que se distingue, para efectos de gradación de la pena, el carácter doloso o meramente culposo de la conducta e, inclusive, bajo circunstancias especiales para la exoneración o despenalización del delito como se verá más adelante.

Hemos visto que el maestro Alva Muñoz explicó que la conducta, el tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad eran los elementos esenciales del delito, es decir, los elementos esenciales generales de toda hipótesis normativa de la norma sancionadora (agregado mío). La falta de cualquiera de ellos, por su propia naturaleza de elemento esencial, hace que el delito no exista y que, por lo tanto, las consecuencias, es decir, la pena, no pueda aplicarse.

Por ello, más adelante habremos de analizar si el legislador —todavía defeño— fue capaz de comprender cuál o cuáles de los elementos del delito no se daban en el caso del aborto para que éste fuera insancionable o cómo fue que, conforme a la auténtica teoría del delito, técnicamente determinó que no lo había.

b) Negativos

Igualmente, el propio maestro Alva Muñoz enseñaba que la manera integral de entender la teoría del delito era a través de la comprensión de los elementos negativos del mismo, de sus contrapartidas: los casos de ausencia de conducta, de tipicidad, de antijuridicidad o de culpabilidad. Los llamaba ausencia de conducta, atipicidad, justificantes (justificativas, diría yo) e inculpabilidad.

Como se explicó, los casos de ausencia de conducta serían, entre otros, la inacción del sujeto que es empujado para derribar a otro sobre una vía de tren electrificada o la ausencia involuntaria de conocimiento de la realidad o de la verdad a través de la razón, como el caso del sujeto que sufre emoción grave que le causa un trastorno mental transitorio; esto es, los que afectan la primera fase de la conducta, los que están directamente relacionados con la razón o apreciación de la realidad, tratándose, desde luego, de un sujeto capaz, de un sujeto imputable. También habría ausencia de conducta cuando, no obstante que hay conocimiento, el segundo elemento de ésta, la voluntad, no se configura, ya que, al igual que en materia civil, impide la actuación libre, sea por una *viz absoluta* que físicamente fuerza a hacer algo o impide evitarlo, o una *viz compulsiva* o amenaza, que emocionalmente impide la expresión de la voluntad libre, por lo que, ante esa amenaza, se lleva a cabo el ilícito penal. La ejecución o inejecución de la conducta se dará en caso de ausencia de conducta viciada, sea por la falta conocimiento o de la libre voluntad.

Con respecto al segundo elemento del delito, la atipicidad, ésta se da cuando la conducta no está prevista expresamente en la ley como un ilícito penal. Podrá tener o no otras implicaciones o consecuencias en la ley, incluso como ilícito civil o administrativo (como hemos visto), pero no penal. En otras palabras, no existe un mandamiento implícito activo u omisivo cuyo incumplimiento actualice la hipótesis de la norma sancionadora. Habremos de analizar más adelante si la predominantemente llamada interrupción del embarazo, califica como una destipificación o si en realidad se ajusta de alguna manera a otro de los elementos negativos del delito.

El elemento negativo de la antijuridicidad es llamado en la doctrina las justificantes o, mejor dicho, justificativas de una conducta formalmente contraviniente de un mandato legal (como ya se explicó), pues habría una norma más específica que agrega elementos a la conducta antijurídica que exoneran o eliminan a la antijuridicidad. Se trata del cumplimiento de un deber y del ejercicio de un derecho, ante los cuales la ley no puede exigir una conducta diversa del sujeto, a pesar de su aparente o formal carácter antijurídico. Tal es el caso del custodio que no deja en libertad al reo o del que mata o lesiona en defensa legítima. En este último caso habremos de ver, con respecto al aborto, la teoría de la valuación de bienes.[39]

Finalmente, la inculpabilidad como elemento negativo de la culpabilidad. Si, como hemos dicho, la culpabilidad implica la inobservancia de la diligencia debida, habrá inculpabilidad como excluyente total de responsabilidad,

[39] MEZGER, Edmundo, *op. cit.*, pp. 444 y ss.

siempre que el sujeto imputable observe toda la diligencia debida, ya sea porque no pudo haber previsto el resultado dañoso o porque tomó todas las medidas a su alcance para evitarlo. Tal es el caso, retomando un ejemplo anterior, del automovilista que en la obscuridad no tiene por qué suponer que en la siguiente curva aparecerá un sujeto corriendo en la carretera de un sólo carril, en sentido contrario al del propio automovilista, en donde este último lo lesiona o priva de la vida.

En este contexto habremos también de evaluar más adelante si la madre y sus coadyuvantes médicos asesores, que la abandonan a su suerte en la toma de la decisión abortiva, pueden considerarse exculpados por no haber podido evitar el resultado dañoso o por haber tomado todas las medidas tendientes a evitarlo.

2. Despenalización. Ausencia de punibilidad

Resulta difícil encontrar en la doctrina un análisis de lo que constituye la despenalización, pero habremos de intentarlo, siguiendo la temática de la dogmática jurídica normativa. Como su nombre lo dice, la despenalización implica la no aplicación de la pena, de la sanción; no obstante que la hipótesis, es decir, el delito y con ello sus cuatro elementos, se ha realizado, pues es sólo la consecuencia de la norma secundaria o sancionadora que, por mandato expreso de la ley, no se aplica en ciertos casos. Lenguaje tal como "no se sancionará", "no se aplicará pena", es generalmente revelador de que no obstante que los elementos del delito o hipótesis normativa secundaria han sido actualizados, se determina por otra norma que en ciertos casos, queda despenalizada la acción típica antijurídica y culpable. Resulta entonces necesario saber, cuál es el común denominador —más allá del mero texto legislativo—; cuál es el elemento subyacente de esa nueva hipótesis normativa que hace inaplicable la sanción, que exonera de la responsabilidad penal.

Como hemos visto, el Código Penal para el Distrito Federal, llamado de 1931,[40] establecía expresamente en su Artículo 333, que no era punible "el aborto causado por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación". De forma similar, el Artículo 334 establecía que "[n]o se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada o el producto corra peligro de muerte, a juicio del médico que asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible, y no se corra peligro de demora."

[40] *Diario Oficial,* México, Talleres Gráficos de la Nación, 14 de agosto de 1931, pp. 70 y 71.

En ambos casos, el legislador expresamente utiliza terminología (no es punible, no se aplicará sanción) que técnicamente hace incuestionable la despenalización. Es decir, no se pone en tela de juicio que el delito se ha cometido, que sus elementos se integran:[41] que hay conducta que actualiza un tipo penal, que es antijurídica y culpable. Esa conducta es legislativamente incuestionable. No dice que haya ausencia de cualquiera de estos elementos; dice simplemente que en esos casos, hay inaplicación de la pena, hay despenalización. Pero, ¿cuál es el elemento hipotético en la norma que hace que la consecuencia jurídica aplicable al hecho, genere una consecuencia negativa, que la pena no se aplique? No se encuentra expresamente mencionado en un artículo de ley, pero sin duda está en una hipótesis normativa, lo que, al parecer, el legislador perrediano es incapaz de siquiera identificar, aunque el jurista sí es capaz de razonarlo, de identificar el interés jurídico que alternativamente se decidió proteger.

Tanto en el aborto por imprudencia, como en el de la violación; asimismo, en el de peligro de muerte de la embarazada o del producto, a que se refería el Código Penal de 1931, encontramos que ese legislador sí identificó que hay un elemento ajeno a la voluntad de la embarazada, para quedar desembarazada. No es el caso de un simple: "yo misma que tomé la decisión o, al menos, el riesgo de quedar embarazada, ya cambié de opinión, ya no quiero estar embarazada", pese a que libremente se ubicara en la hipótesis que naturalmente generó el embarazo. En la despenalización, se trata de una imprudencia o ausencia de voluntad del resultado delictivo, en caso de un embarazo consentido, o de la imposición (contra la voluntad) del ayuntamiento sexual (como diría el propio maestro Alva Muñoz); o una causa natural, también ajena o, mejor dicho, inclusive contraria a la voluntad de la embarazada, lo que el legislador consideró para que, no obstante que se dé la muerte del producto, la sanción sea inaplicable. No es la sola y libre voluntad de la embarazada y de sus aconsejantes lo que en esos casos determina la inaplicabilidad de la sanción.

Con bastante más claridad, aunque tomándolo de quizá mejores legisladores que les precedieron,[42] el llamado entonces "nuevo" Código Penal para

[41] Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez. Artículo 329, *Ibidem,* p. 70.

[42] Artículo 321 bis.- No se procederá contra quien culposamente ocasione lesiones u homicidio en agravio de una ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubino, adoptante o adoptado, salvo que el autor se encuentre bajo el efecto de bebidas embriagantes, de estupefacientes o psicotrópicos, sin que medie prescripción médica, o bien que no auxiliare a la víctima. *Diario Oficial de la Federación* del 10 de enero de 1994, que adicionó el Artículo 321 bis al Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal.

el Distrito Federal, publicado en la *Gaceta Oficial* del entonces todavía denominado Distrito Federal, del 16 de julio de 2002, estableció de manera técnicamente correcta que:

> [n]o se impondrá pena alguna a quien por culpa, ocasione lesiones u homicidio en agravio de una ascendiente descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, adoptante, o adoptado, cónyuge, concubina, concubinario, o cuando entre el agente y el pasivo, exista relación de pareja permanente, amistad o de familia, salvo que el agente se encuentre bajo el efecto de bebidas embriagantes, de estupefacientes o psicotrópicos, sin que medie prescripción médica, bien se diere a la fuga, o no auxiliare a la víctima.

Como se puede apreciar, tampoco en este caso hay la voluntad de generar el ilícito. En el mejor de los casos, se está actuando con imprudencia o inobservancia de la diligencia debida, como dice el artículo: con culpa, es decir, sin dolo.

Con independencia de coincidencia o incoincidencia con los elementos que el legislador incorporó en la hipótesis normativa exonerante de los casos mencionados, el elemento común de la despenalización no lo es, ni la ausencia de conducta, ni la ausencia del tipo penal, menos aún el ejercicio de un derecho, lo es la presencia de una conducta quizá culposa o imprudente, pero jamás la de querer el resultado, la de actuación con dolo.

Pero como se anticipó, hay un elemento más subyacente identificable por el jurista en esos casos de despenalización. De no ser así, habiendo conducta culposa en cualquier otro caso, el juez tendría que aplicar la sanción, seguramente en forma muy disminuida, más cercana a la pena mínima que a la máxima. Pero en los casos despenalizados, no obstante que existe conducta culposa, el propio legislador ordena que la sanción no se aplique. Pareciera ser que el legislador siente compasión o misericordia por aquél que sufre ya lo suficiente por haber sido, aunque involuntariamente, causa directa o indirecta de la pérdida o fallecimiento de un ser querido o por haberlo lesionado sin dolo. Por ello opta por obrar con clemencia, es decir, aplica la "virtud que modera el rigor de la justicia".[43]

Esto no es otra cosa que la aplicación de la equidad o epiqueya, por el propio legislador. Ya lo decía Aristóteles:

> ...hay daños causados por ignorancia, los cuales son errores, que se verifican siempre que se obra sin saber contra quien, como ni con qué fin se hace aquello que se hace; y así no se quería golpear ni con esta cosa, ni a este hombre, ni por esta causa, pero el hecho se ha verificado de distinta manera de cómo se pensaba ... [c]uando el daño ha sido causado contra toda previsión racional, es una desgracia. Cuando no es este precisamente el caso, pero sin embargo no hay maldad, es una falta, porque el autor del accidente ha cometido una falta, si el principio del daño causado está en él, mientras que no es más que una desagracia cuando el principio viene de fuera... [c]ausando tales daños y cometiendo tales faltas, se hacen, indudablemente, actos injustos, que sin duda son injusticias, pero no por esto, es el hombre que las comete esencialmente injusto y malo; porque el daño no procede precisamente de la perversidad de los que le causan... Las consideraciones precedentes conducen naturalmente a tratar de la equidad y de lo equitativo, y a estudiar las relaciones de la equidad con la justicia, y de lo equitativo con lo justo... La dificultad está en que lo equitativo, siendo lo justo, no es lo justo legal, lo justo según la ley, sino que es una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal. La causa de esta diferencia, es que la ley necesariamente es siempre general, y que hay ciertos objetos sobre los cuales no se puede estatuir convenientemente por medio de disposiciones generales ... lo equitativo es también justo, y vale más que lo justo, en ciertas circunstancias, no más que lo justo absoluto, pero es mejor.[44]

[43] *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Madrid, 1970, p. 310.

He transcrito extensamente a Aristóteles, porque estoy cierto de que el legislador perrediano y sus adherencias desconocen consustancialmente la dogmática jurídica normativa, como ha quedado demostrado. Menos aún entienden la ética de la exoneración responsabilitoria. Una cosa es no desear causar un daño de algo que es incontrolable, que ha excedido a la voluntad del sujeto y, otra muy distinta, unilateralmente y sin consideración a los bienes e intereses objeto de protección, querer el medio generador —la relación sexual—, a sabiendas de su no sólo posible, sino muy probable consecuencia natural, que es el engendramiento de un nuevo ser. Es la voluntad laxa y egoísta, incapaz de arrostrar los efectos de sus propios actos, inclusive temporalmente ante la existencia de opciones que evitan la comisión de un segundo error, aún más grave, que es la terminación intencional de la vida en gestación, consecuencia necesaria de sus propias acciones.

3. El aborto normativamente destipificado como derecho temporal de privación de la vida en gestación de la madre y sus coparticipantes

Haber definido el aborto como la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación, independientemente de los errores terminológicos ya analizados y debiendo descartar su tratamiento como despe-

[44] ARISTÓTELES, *Moral a Nicómaco*, 7ª ed., Patricio de Azcárate (trad.), México, Espasa Calpe Mexicana, Colección Austral, 1980, pp. 146 a 152.

nalización (no sólo porque dicha definición no corresponde a los aspectos técnicos normativos propios de la lógica jurídica, sino porque, además, se aparta de los éticos, ya no sólo particulares, sino también de los generales planteados, entre otros muchos, por Aristóteles), nos obliga a analizarlo como la generación de un derecho —humano, dirían ahora los neoconstitucionalistas dogmáticos— a cesar y hacer cesar la vida —esa sí, humana— en gestación, dentro de ese período de doce semanas.

Podría llegar a pensarse que el legislador perrediano habría creado una justificante o, mejor dicho, justificativa o elemento negativo de la antijuridicidad, uno de los cuatro elementos del delito. Ello no fue así, pues la justificativa o justificante, según la correcta dogmática normativa penal, implicaría que hubiera contemplado tal justificativa para uno o algunos casos muy específicos, y no una exclusión general de responsabilidad como sí lo hizo.

Tal sería, por ejemplo, la defensa legítima en el caso del homicidio. Pero sus elementos no se integran. Ni el feto, menos el embrión y el óvulo fecundado, han llevado a cabo una agresión o ataque actual y antijurídico, que amenacen lesionar intereses jurídicamente protegidos; lo que pueda ser defendido legítimamente y justifique que la agresión sea repelida,[45] el engendro es incapaz de llevar acabo agresión alguna.

Conforme al análisis del estado de necesidad que hace Alfonso Reyes Echandía, tampoco podría pensarse que se estuviera frente a una justificativa por estado de necesidad,[46] pues si bien temerariamente se pudiera afirmar que hubiera necesidad de proteger un derecho propio (el de elegir no mantenerse embarazada) o ausencia de un deber de afrontamiento de la situación (respeto a la vida en gestación), los demás elementos del estado de necesidad no se presentarían; es decir, el efecto (embarazo) era evitable —generalmente de una u otra forma—, fue causado por el propio agente (salvo el caso de la violación) de manera intencional o imprudentemente y la adecuación entre la magnitud del peligro y la entidad o naturaleza del daño causado. Por lo que pareciera que ni la mejor ni la única solución sería la elección del aborto.

Se trata, entonces, de una atipicidad, pues el legislador inventó su propia definición de aborto y con ello autorizó "la interrupción" —dice él— del embarazo, sin limitación alguna en ese período de doce semanas (aunque científicamente sea indeterminable su conteo inicial, como se explicó en la primera parte ya publicada de este artículo).[47]

[45] Mezger, Edmundo, *op. cit.*, pp. 434 y ss.
[46] Echandía Reyes, Alfonso, *Antijuridicidad*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1999, pp. 95 y 96.
[47] Müggenburg, Carlos, "El Aborto…", *op. cit.*, pp. 591 y 592.

Como es sabido, desde el punto de vista del derecho penal, las conductas no tipificadas, al no estar prohibidas, quedan en el campo de la libertad de actuación de sus destinatarios, los seres humanos. Esto es, penalmente se genera el derecho de llevarlas a cabo. Luego, la madre engendrante y sus asesores médicos y demás copartícipes, tienen el derecho de que el producto de la gestación sea extraído o eliminado por cualquier medio, por brutal que sea, dentro de ese plazo e, inclusive, pueden disponer del mismo como les plazca, pues, ignorante o intencionalmente, tampoco se prohibió expresamente su comercialización. La protección de la vida en esas condiciones y, más aún, el derecho a ésta, dejaron de ser bienes jurídicamente tutelados, intereses jurídicamente protegidos.

La libertad desracionalizada, mejor dicho, el libertinaje, que ignora intencionalmente que la libre voluntad es fuente de obligación, que unilateralmente no puede desconocer ni afectar derechos de otras esferas jurídicas con las que interfiere y que, por eso, la ley, como la otra fuente de obligación, prohíbe su renuncia sin consentimiento del beneficiario individual o colectivo del derecho correlativo, inclusive cuando no hay un titular contractual que capaz de contener al obligado, se ha erigido por los perredianos en un nuevo "principio jurídico" propio de su sistema de justicia.

4. Impunidad encubierta

Son sabidas las prácticas de la *Planned Parenthood Federation of America* que, en evidente conflicto de interés, litigó y obtuvo una sentencia de la Suprema Corte de los EUA en el caso *Parenthood vs. Dandorth,* en 1976 (428 US, p. 52, 1976), por la que se resolvió que el hombre que comparte la responsabilidad del embarazo, no tiene derecho de veto sobre el asunto. De la misma forma lo hizo la *Planned Parenthood of Southeastern* en el caso *Pennsylvania vs. Casey* (112 S. CT.112, 1992), en que se cuestionaba la constitucionalidad de la *Abortion Control Act de Pennsylvania,* que exigía que la mujer abortante diera su consentimiento, informando con 24 horas de anticipación el caso.[48] Dicha organización, a manera de franquicias, adquiere y vende órganos y tejidos de fetos obtenidos en abortos, que se realizan a razón de entre 340 y 550 dólares por "espécimen".[49]

[48] Tribe, Laurence H., *op. cit.*, pp. 121, 395, 490 y 550.
[49] *Desde la Fe*, Organización Editorial Mexicana, núm. 973, del 18 al 24 de octubre de 2015, p. 3 Disponible en: http//www.centerformedica progress.org/cmp//investigative-footage/

En la ahora flamantemente perrediana Ciudad de México, a pesar de que no la ley, pero sí el Reglamento de la Ley de Salud del Distrito Federal, en su Artículo 283, expresamente prohíbe "[e]l uso, para cualquier finalidad, de tejidos embrionarios o fetales producto de abortos inducidos", no existe sanción específica por la contravención a dicha prohibición, como podría ser la comercializan de los mismos. La "Agencia de Protección Sanitaria del Gobierno de Distrito Federal" tiene a su cargo, según el primer párrafo del Artículo 200 de la mencionada Ley, el sancionamiento administrativo de "[l]as violaciones de los preceptos... a sus reglamentos". Sin embargo, en términos generales, las sanciones que la propia Ley —en el Artículo 201— faculta a dicha Agencia imponer, son genéricas y su aplicación —en términos del Artículo 200, de la misma Ley— debe hacerse conforme "a lo establecido en la Ley del procedimiento Administrativo del Distrito Federal, el Reglamento de Verificaciones"; ello sin perjuicio de "las demás aplicables, así como de las penas que correspondan cuando sean constitutivas de delitos.[50]

El laberinto legislativo y reglamentario descrito, no es producto de la imaginación. Independientemente de que haya sido creado subrepticiamente o no, tiene un efecto práctico comprobado. La Secretaría de Salud del Distrito Federal, en el nivel local, y la Comisión Federal para la Protección de Ries-

[50] Artículo 283.- Para los efectos de este Reglamento procede el transplante de órganos, tejidos y células en seres humanos vivos cuando hayan sido satisfactorios los resultados de las investigaciones realizadas al efecto, representen un riesgo aceptable para la salud y la vida del donante y del receptor, y siempre que existan justificantes de orden terapéutico. Está prohibido: I. El transplante de gónadas o tejidos gonadales, y II. El uso, para cualquier finalidad, de tejidos embrionarios o fetales producto de abortos inducidos. Reglamento de la Ley de Salud del Distrito Federal. Artículo 200.- Las violaciones a los preceptos de este Título, sus reglamentos y demás disposiciones legales que de ella emanen, serán sancionados administrativamente por la Agencia, en ejercicio de sus facultades legales, sin perjuicio de las demás aplicables, así como de las penas que correspondan cuando sean constitutivas de delitos. La aplicación, ejecución y notificación de las sanciones administrativas objeto de este capítulo, serán conforme a lo establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal, el Reglamento de Verificaciones y asimismo, se deberá cumplir con lo establecido en la Ley de Establecimientos Mercantiles del Distrito Federal, en lo que sea aplicable. Ley de Salud del Distrito Federal. Gaceta Oficial del Distrito Federal del 7 de julio de 2011. Artículo 201.- Las sanciones administrativas que el Gobierno, a través de Agencia, podrá aplicar a las personas físicas, morales o jurídicas de los sectores social o privado por el incumplimiento de las disposiciones de esta Ley y las disposiciones legales vigentes en materia de salubridad local, serán las siguientes: I. Multa; II. Clausura, la cual podrá ser definitiva, parcial o total; III. Suspensión de actividades; IV. Prohibición de venta; V. Prohibición de uso; VI. Prohibición de ejercicio de las actividades a que se refiere la autorización revocada; VII. Prohibición de ejercicio de las actividades objeto del procedimiento de sanción; VIII. Requisa; IX. Medidas de seguridad; X. Aseguramiento; XI. Destrucción; XII. Arresto hasta por treinta y seis horas; XIII. Amonestación por apercibimiento, y XIV. Las demás que señalen los instrumentos jurídicos aplicables. A las personas morales o jurídicas involucradas en la comisión de cualquiera de los delitos previstos en este Capítulo, se les aplicará lo dispuesto en el Artículo 32 del Código Penal para el Distrito Federal. Ley de Salud del Distrito Federal. *Gaceta Oficial del Distrito Federal* del 17 de septiembre de 2009 y 18 de diciembre de 2014.

gos Sanitarios, en el nivel federal, niegan estar facultadas para supervisar los procedimientos abortivos, al menos en las clínicas privadas.[51] Así, por ignorancia, incertidumbre sobre la eficacia del sistema jurídico que han creado o desfachatez, no informan a quién corresponde esa función gubernativa.

Lo anterior es una muestra más de la incapacidad legislativa y de gobierno perrediana, que busca sus propios objetivos políticos y descuida los múltiples efectos que con sus reformas legales generan. Desconocen la prudencia elemental que cualquier jurista está obligado a poner en práctica. Ignoran la protección jurídica de bienes e intereses, que aún en su escenario reformismo protagónico, deberían prever o tratar de imaginar, para hacer reformas integrales, al menos congruentes con los intereses subjetivos particulares que persiguen. Por si fuera poco, sus autoridades ejecutivas, de por sí poco acostumbradas a la persecución de los ilícitos, no son sistemáticamente dotadas con los elementos apropiados para sancionarlos.

[51] *Desde la Fe*, Organización Editorial Mexicana, del 24 al 30 de julio de 2016, Eco, pp. 6 y 7. Disponible en: http://bit.ly/29klSw.

DISTINCIÓN Y EQUIPARACIÓN ENTRE LAS INSTITUCIONES DE ASILO Y REFUGIO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO*

PRIMERA PARTE

Elí Rodríguez Martínez**

A mi tía Marta, con todo el amor y la gratitud de un hijo

Sumario: I. Introducción. II. El asilo. a) Concepto. b) Antecedentes históricos. c) Regulación. III. El refugio. a) Antecedentes históricos. b) Definición. c) Distinción entre asilo y refugio. IV. Diferencia entre asilo y refugio en América Latina.

I. Introducción

El asilo y el refugio, en su carácter de instituciones humanitarias, nacieron con el objetivo de proteger al individuo, a fin de salvaguardar su vida, libertad e integridad personal, puestas en riesgo a causa de la persecución. Dichas instituciones tuvieron un origen común desde tiempos antiquísimos. Por ello, inicialmente se desarrollaron de manera paralela; sin embargo, con el transcurso del tiempo fueron adquiriendo características propias hasta llegar a tener un desarrollo normativo diferenciado. No obstante lo anterior, en tiempos

* Trabajo basado en la ponencia intitulada "La equiparación de la tradición latinoamericana de asilo y refugio en el sistema interamericano de Derechos Humanos" presentada durante el 2° Curso de capacitación y de intercambio profesional en Derecho Internacional de los Refugiados, realizado en Brasilia, del 5 al 9 de diciembre de 2014.

** Profesor de Derecho Internacional Público en la Escuela Libre de Derecho. Investigador del Centro de Investigación e Informática Jurídica de la ELD, Ciudad de México.
Correo: e.rodriguez@eld.edu.mx

recientes ambas figuras han venido acercándose, así que podemos afirmar que prácticamente se han fusionado, por lo que hoy día podemos emplearlas como sinónimos.

El objetivo del presente estudio, el cual consta de dos partes, es exponer brevemente dicho desarrollo normativo desde una perspectiva histórica. En la primera parte del trabajo —que constituye el presente texto— se expone cómo ambas figuras, el asilo y el refugio, tuvieron un desarrollo histórico-normativo determinado que las llevó a adquirir características propias que las diferenciaban claramente una de otra. En la segunda parte se analizará cómo dichas instituciones, a través de un desarrollo jurisprudencial, dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, han tenido un acercamiento tal que han llegado a fusionarse o equiparase en una sola figura. Por tanto, en la primera parte hablaremos de su diferenciación, mientras que en la segunda trataremos sobre su equiparación en el sistema interamericano.

II. El asilo

a) Concepto

Por su origen, la palabra "asilo" proviene del latín *asylum* que, a su vez, proviene del griego "ασυλον" (ásylon). Se compone por los vocablos: "ά" —que es la preposición negativa "sin"— y "sylon" —derecho de captura, capturar, violentar, devastar—, lo que equivale a decir "sin derecho a la captura", dando la idea de "lugar inviolable".[1]

El asilo es entendido como "la protección que un Estado otorga en su territorio o en otro lugar bajo el control de algunos de sus órganos a una persona que llega a solicitarlo".[2]

Debemos distinguir dos tipos de asilo:[3]

a) *Asilo territorial*. Es aquél que es concedido por el Estado asilante en el interior de su territorio, en el entendido de que el solicitante de asilo se encuentra dentro de dicho territorio.

[1] *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Tomo I, Buenos Aires, Driskill, 1996, p. 826.

[2] *Asilo en el Derecho Internacional Público*, Instituto de Derecho Internacional (Comisión 5ª), Resoluciones aprobadas en su sesión en Bath, septiembre de 1950, Artículo 1.

[3] Rodríguez Martínez, Elí, "El 'derecho de buscar asilo y a disfrutar de él': ¿Asilo o Refugio?, divergencias y convergencias", en *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Reflexiones en torno a su 60° Aniversario,* México, Porrúa, 2009, p. 316.

b) *Asilo diplomático*. Es aquél que es concedido por el Estado asilante en el territorio de otro Estado, pero en el interior de locales sujetos a su jurisdicción, tales como sus legaciones (embajadas), navíos de guerra, campamentos o aeronaves militares.

Señalaremos *prima facie* que, en América Latina, la figura del asilo es entendida —debido a su evolución histórica— como asilo diplomático, en tanto que, el refugio es equiparado al asilo territorial. De esta manera, cuando se habla de "refugio político", se entiende como "asilo territorial".

b) Antecedentes históricos

El asilo tuvo sus orígenes en la antigüedad y se desarrolló con el devenir del tiempo. Desde que apareció y hasta el siglo XVI, la figura del asilo funcionó como práctica destinada a la protección de delincuentes comunes con el objeto de proteger al individuo de penas en extremo severas.

1. El asilo en la antigüedad

Desde tiempos antiguos, la comisión de crímenes o delitos era considerada como una afrenta a la comunidad y se permitía la huida de quien había trasgredido el orden dentro del grupo. Por tanto, la figura del destierro o de la autoexclusión no era concebida como forzada o como una sanción, sino más bien era de carácter voluntario, con la finalidad de evitar la aplicación de la venganza privada.

Así, Heródoto menciona el caso de Adrasto, un frigio que huyó de Sardis, en Lidia (hoy Turquía), después de haber matado accidentalmente a su hermano. Al presentarse el palacio de Creso, éste le da la bienvenida y le dice que puede quedarse el tiempo que quiera.[4]

El concepto de asilo también aparece en obras dramáticas de la Grecia antigua, como en la tragedia *Edipo*, de Sófocles, en la cual Teseo —rey ateniense en Colona— recibe con compasión al exiliado Edipo,[5] o en el caso de "Las

[4] ACNUR, *La situación de los refugiados en el mundo. El desafío de la protección,* Madrid, Alianza Editorial, 1993, p. 1.

[5] González, David, *Un poco de historia: Los orígenes del asilo*. Disponible en: http://www.cooperantesblog.com/2007/10/05/un-poco-de-historia-los-origenes-del-asilo/ Consultado el 18 de mayo de 2016.

BIBLIOTECA
ESCUELA LIBRE DE DERECHO

no tenía por finalidad sustraer al delincuente de la acción de la ley, sino que, más bien, colaboraba en la superación de la legislación penal,[15] evitando una pena desproporcionada.

La primera mención que se nos ha trasmitido sobre esta labor mediadora de la Iglesia, en relación con el asilo, proviene del Concilio de Sárdica, del año 344, en el que su principal defensor fue el obispo Osius, de Córdoba.

Bajo el Imperio de Constantino, tras el reconocimiento del cristianismo como religión oficial del imperio, la Iglesia Católica adquirió ciertos privilegios, entre ellos, la concesión del asilo. Constantino decretó que todo aquél que se refugiase en una iglesia gozaría del derecho de asilo y no podía ser detenido ni apresado mientras permaneciera ahí. Los emperadores Teodosio II,[16] León[17] y Justiniano[18] reconocieron el asilo eclesiástico y promulgaron disposiciones relativas a dicha institución.

El derecho de asilo tampoco era extraño a los pueblos bárbaros antes del periodo de las invasiones. Así, por ejemplo, San Agustín en su magna obra *La Ciudad de Dios* cuenta cómo los bárbaros del norte, al invadir Roma, en el año 476 —invasión que condujo a la caída del Imperio Romano de Occidente—, respetaron la vida de quienes habían buscado refugio en las iglesias:

> Por ventura, ¿no persiguen el nombre de Cristo los mismos romanos a quienes por respeto y reverencia a este gran Dios, perdonaron la vida los bárbaros? Testigos son de esta verdad las capillas de los mártires y las basílicas de los Apóstoles, que en la devastación de Roma acogieron dentro de sí a los que precipitadamente, y temerosos de perder sus vidas, en la fuga ponían sus esperanzas, en cuyo número se comprendieron no sólo los gentiles, sino también los cristianos. Hasta estos lugares sagrados venía ejecutando su furor el enemigo, pero allí mismo se amortiguaba o apagaba el furor del encarnizado asesino y, al fin, a estos sagrados lugares conducían los piadosos enemigos a los que, hallados fuera de los santos asilos, habían perdonado las vidas, para que no cayesen en las manos de los que usaban ejercitar semejante piedad.[19]

[15] URQUIDI CARRILLO, Juan Enrique, "Consideraciones históricas en torno al asilo", en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana,* t. II, núm 13, México, 1981. p. 878.

[16] El *Codex Theodosianus*, promulgado en Oriente, pero adoptado en Occidente en el año 438 d.C., reconoce el derecho de asilo en las iglesias y lo extiende a todos sus anexos (casas, jardines, plazas o pórticos comprendidos dentro del recinto exterior del templo) y prohíbe ingresar con armas al santuario al momento de acogerse al asilo. GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina, *Derecho de asilo y "no rechazo" del refugiado,* Dykinson-Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1997, p. 46.

[17] La Constitución del Emperador León concedió el asilo a los deudores públicos y privados que se refugiaran en las iglesias, imponiendo la pena de muerte al que violara el santuario para extraerlos. DE TAPIA, Eugenio, *Febrero Novísimo, ó Libreria de jueces, abogados y escribanos*, t. VIII, Valencia, Imprenta de Ildefonso Mompié, 1830, p. 38. Si el asilado hubiera sido citado por una acción civil, en virtud de una contrato público o privado, debía responder y si no lo hubiera hecho y tuviera bienes muebles o inmuebles, éstos debían venderse hasta cubrir la cuantía de la deuda; pero si el asilado fuera un esclavo, colono o cualquier persona doméstica o sujeta a condición por querer huir por haber robado, debía ser devuelto asegurándole el castigo proporcionado o el perdón. GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina, *Ibidem*.

[18] El Código de Justiniano (529 d.C.) recopila las disposiciones sobre asilo dictadas por emperadores anteriores: Arcadio, Honorio, Teodosio, Valentiniano, Marciano y León; pero excluyó del asilo a todos aquellos acusados por delitos graves, tales como parricidio, adulterio, violación e incendio, entre otros. URQUIDI CARRILLO, Juan Enrique, *op. cit.*, p. 882.

Después de la caída del Imperio Romano, las leyes de los nuevos reinos feudales reconocieron el derecho de asilo eclesiástico. Así, Carlomagno realizó aportaciones sobresalientes; entre otras, excluyó de tal beneficio a los homicidas y, en general, a todos aquellos delincuentes sentenciados a pena de muerte. Constancia de ello se encuentra en una disposición del Concilio de Maguncia, reunido un año antes de su muerte, en 813.[20] Las leyes bárbaras, en lugar de prohibir —como lo hacían las leyes romanas— el arresto del asilado, regulaban de manera detallada las condiciones que debían darse para la entrega del mismo.[21]

En España, el Código del Rey Recesvinto, el *Liber Iudiciorum* o *Lex Visigothorum* (654) —cuya traducción del latín al castellano, con algunas modificaciones, se conoce como *Fuero Juzgo*— dispone, en su Liber IX, Título III (*De fugitivis et refugientibus*), que:

> Nengun omne non ose sacar por fuerza al que fuye á la Eglesia, fueras ende si se defendier con armas… Si algun ome saca su siervo, ó su debdor de la Eglesia, ó del altar por fuerza que ge lo non dé el sacerdote, ó el que guarda el iglesia, el que lo saca, si es omne de grand guisa, pues que lo sopiere el iuez fagal pechar C. sueldos á la eglesia por la deshonra. E si fuere omne de menor guisa, peche trienta sueldos; é si non oviere onde los pague, reciba C. azotes y el sennor aya su siervo quitamientre, y el otro aya su debdor.[22]

[19] SAN AGUSTÍN, *La ciudad de Dios*, 16ª ed., México, Porrúa, 2002, p. 3.

[20] URQUIDI CARRILLO, Juan Enrique, *op. cit.*, p. 884.

[21] *Dictionnaire D'Histoire et de Geographie Ecclésiastiques*, citado por GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina, *op. cit.*, p. 47.

[22] *Fuero Juzgo en latín y castellano, cotejado con los más antiguos y preciosos códices por la Real Academia Española,* Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 2002. Disponible en: http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor-din/fuero-juzgo-en-latin-y-castellano--0/html/ff8b0a00-82b1-11df-acc7-002185ce6064_416.htm Consultado el: 10 de junio de 2016.

2. El asilo en el Derecho canónico

El primer concilio que promulgó una disposición sobre este asunto fue el Concilio de Orange, de 441, pues anteriormente otras decisiones conciliares, como las del Concilio de Sárdica, no pasaban de ser meras recomendaciones a los clérigos para que intercedieran por los condenados a muerte.

Conforme al Concilio de Orange: "no hay que entregar a los que se refugian en la Iglesia, sino defenderlos por la reverencia del lugar, e interceder por ellos [*sic*]" (canon 5). De manera que "si alguno coge a los siervos ó esclavos de los Clérigos en lugar de los suyos que se han retraido á la Iglesia, sea excomulgado en todas las Iglesias [*sic*]" (canon 6).[23]

Esta forma de caridad cristiana evolucionó de la recomendación a la obligación de interceder, por parte de los clérigos; no para lograr la impunidad de los delincuentes, sino para conseguir que los asilados fueran juzgados con imparcialidad y no fueran víctimas de la venganza.

Disposiciones relativas al derecho de asilo, las podemos encontrar en los siguientes concilios universales: Concilio de Orange (441), Concilio de Orleans (511), Concilio de Toledo (681), Concilio de Maguncia (813), Concilio de Tribur (895), Concilio de Colonia (1280), etcétera. Por lo que respecta a concilios regionales, celebrados en la Península Ibérica, en los que se hayan establecido disposiciones relativas al asilo, podemos mencionar los siguientes: Concilio de Lérida (546),[24] VI Concilio de Toledo (638)[25] y XII Concilio de Toledo (681).[26] No obstante, el apogeo de la regulación del derecho de asilo eclesiástico debe situarse entre los siglos XII y XV. Después comenzarán los conflictos entre la justicia eclesiástica y la laica.

Piedra basilar del Derecho canónico de esta época es la *Concordia Discordantium Canonum* (Concordia de los Cánones Discordantes), mejor conocido

[23] Richard, Charles-Louis, *Los sacrosantos concilios generales y particulares. Desde el primero celebrado por los Apóstoles en Jerusalén hasta el Tridentino,* t. II, Madrid, Don Antonio Espinosa, 1793. p. 174.

[24] En el cual se establece que los clérigos no han de sacar o azotar al siervo suyo que se refugie en un templo cristiano.

[25] "Pero si él mismo [el que cometió determinado delito] arrepintiéndose de su maldad, se acogiere a la Iglesia, por intercesión de los obispos y reverencia al lugar, obtendrá la piedad real pero sin faltar a la justicia".

[26] "Acerca de aquellos que por miedo o terror se refugian en la Iglesia, decretó este santo concilio... que ninguno se atreva a sacar de allí a los que se refugiaron en la Iglesia, ni a causar ningún daño, mal o despojo a los que se encuentran en lugar sagrado, sino que se permitirá a aquellos que se refugien en la Iglesia moverse libremente dentro de una distancia de treinta pasos... para que puedan satisfacer dentro de los lugares señalados las exigencias de su naturaleza... Si alguno intentare violar este decreto, quedará excomulgado y será además severamente castigado por el rey".

como el "Decreto de Graciano" (*Decretum Gratiani*).[27] En dicha obra se recoge un texto del Concilio de Orange en el que se establece la prohibición de entregar a quienes se hayan refugiado en una Iglesia (*qui ad ecclesiam confugerint*) y la obligación de defenderlos "por reverencia al lugar santo y por la intercesión"; así como penas a quienes violaren estos refugios. De igual forma, entre otras disposiciones:[28]

- El canon 6 (el cual reproduce una "Decretal" del Papa Nicolás II) establece que los lugares de asilo tendrán inmunidad sesenta pasos a la redonda para las iglesias mayores y treinta para las capillas o iglesias menores.
- El canon 9 dispone la prohibición de "sacar del templo al que se refugió en él, ni se puede entregar a la muerte o al castigo, para que se conserve el honor de las iglesias, sino que los rectores de las mismas tienen que esforzarse por lograr su vida y su paz y reparar, según la ley, lo que inicuamente se hizo".
- El canon 20 conmina a la excomunión a quien se atreva a sacar por la fuerza, "del atrio o pórtico" de las iglesias, a un "esclavo fugitivo" o a un perseguido. Se determina multa y penitencia a los infractores.

Las colecciones sucesivas al "Decreto de Graciano" recogieron solamente el *ius novum*, es decir, las leyes y disposiciones posteriores. Las más importantes y autorizadas —que terminaron por formar, juntamente con él, el *Corpus Iuris Canonici*— son:

a) Las "Decretales de Gregorio IX" (*Decretalium Gregorii IX Compilatio*), de 1234.[29] En dicha obra se incluyen una Decretal de Inocencio III

[27] Obra monumental elaborada, en 1140, por Juan Graciano, monje camuldulense y profesor de teología práctica en Bolonia, Italia, quien trató trató de recoger, de forma ordenada y coherente, una enorme mole de textos canónicos (3,958 textos de la tradición canónica del primer milenio), tratando de armonizar en lo posible las diferencias legislativas antinómicas existentes entre ellos. Aunque fue una obra privada, fue tal la autoridad doctrinal y practicidad de esta "enciclopedia eclesiástica", que sirvió de libro de texto manual en las Facultades de Cánones de las Universidades de Bolonia, Sorbona, Salamanca y Oxford, además de servir de consulta en curias y tribunales. Rodríguez Díez Osa, José, "Invitación a una traducción española del *corpus iuris canonici*", en *Anuario Jurídico y Económico Escurialdense,* núm. XL, 2007, pp. 326 y 327.

[28] Gortázar Rotaeche, Cristina, *op. cit.*, p. 48.

[29] Obra también conocida como *Liber Extra*, fue una compilación de cánones conciliares y decretales, principalmente del Papa Gregorio IX, realizada por el canonista dominico español, Raimundo de Peñafort. Dicha obra cuenta con autoridad pública y valor legal al ser promulgada por el propio Gregorio IX, siendo entonces ley pontificia. Rodríguez Díez Osa, José, *op. cit.*, p. 329.

(1198-1216) y otra de Gregorio IX (1227-1241), en las que se establecen los casos de excepción al otorgamiento del asilo. Inocencio III, basándose en el principio, según el cual, quien se ha refugiado en la Iglesia no puede ser arrancado de ella de forma violenta, ni ser condenado a una pena temporal o a pena de muerte, establece como excepción a dicho principio a los ladrones públicos y los salteadores de caminos. Por su parte, Gregorio IX añade a esa enumeración a quienes cometen homicidios o mutilaciones en las mismas iglesias o panteones.

b) Las "Decretales de Bonifacio VIII" (1298),[30] las cuales no contienen disposiciones importantes respecto al derecho de asilo, y

c) Las "Decretales Clementinas" o "Constituciones Clementinas" (1317),[31] que excluyeron el otorgamiento del asilo eclesiástico en las puertas de las iglesias, ya que el asilo debía ser otorgado en el interior de las mismas y no en el exterior. Asimismo, excluyó del asilo a los herejes.

Sin embargo, en la versión oficial del *Corpus Iuris Canonici,* de 1582, se añadieron las (Decretales) Extravagantes de Juan XXII, compuestas por 20 Decretales de dicho pontífice (1316-1336) y las (Decretales) Extravagantes Comunes, constituidas por Decretales de varios Papas, desde Bonifacio VIII hasta Sixto IV.[32]

En la legislación posterior al *Corpus Iuris Canonici* encontramos algunas otras constituciones pontificias, entre las que podemos mencionar las siguientes:

* Gregorio XIV, *Cum alias nonnulli* (1591), que excluyó del otorgamiento del asilo a los ladrones públicos, los salteadores de caminos, los que talaren los campos, los que se atrevieren a cometer homicidios y mutilaciones de miembros en las iglesias públicas y sus cementerios, los que hicieren muerte a traición y los asesinos y reos de herejía o lesa majestad.[33]
* Benedicto XIII, *Ex quo divina* (1725), la cual excluye de la inmunidad eclesiástica derivada del asilo, no solamente a aquellos que cometieren homicidio a traición, sino también a los que mataren a su próximo de caso pensado y deliberado.[34]
* Clemente XII, *In supremo justitia solio* (1734), la cual también determinó que careciesen del beneficio del asilo aquellos que matasen a otro en riña, con tal que ese homicidio no fuese casual o por defender la propia vida.
* Asimismo, declaró que los reos de homicidio menores de 25 años, pero mayores de 20, y todos los que hubiesen auxiliado al matador con mandato de que hubiese resultado la muerte, quedaban también fuera del beneficio del asilo.[35]
* Benedicto XIV, *Offici nostri ratio* (1750), por la cual se quitaba la cualidad de alevosía a los reos de homicidio para eximirlos del asilo. Dicha bula se dirigió al gobernador de Cádiz, mandándole que en las causas sobre tales delitos se arreglasen a dicha Bula, no permitiendo que la curia eclesiástica conociese de las excepciones de embriaguez, locura, ni otros pretextos simulados a favor de los reos.[36]

Sin embargo, el asilo no sólo fue regulado por bulas o decretales papales, sino también por concilios, pues, además del Concilio de Orange, anteriormente citado, el Concilio de Trento (1545-1563) lo regula y lo defiende.

La regulación del asilo en el derecho canónico es vasta, ya que regulaba desde quiénes podían o no, allegarse al beneficio del asilo; las personas que debían ser excluidas de su otorgamiento; los lugares donde se debía otorgar; el procedimiento para la extracción de reos; etcétera, aspectos que rebasan el objeto del presente estudio.

[30] 64 años más tarde de la elaboración de las "Decretales de Gregorio IX", a sugerencia de la Universidad de Bolonia, el Papa Bonifacio VIII promulga una nueva recopilación de Decretales dispersas de Papas predecesores (Inocencio IV, Gregorio X, Nicolás III y IV y las suyas propias), así como los cánones disciplinares de los Concilios I (1245) y II (1274) de Lyon. Dicha obra también es conocida como *Liber Sextus* o *Liber Sextus Decretalium* ("Libro Sexto de las Decretales"), por ser una continuación de los cinco primeros libros de las "Decretales de Gregorio IX". *Ibidem*, p. 330.

[31] 15 años después de las "Decretales de Bonifacio VIII", el Papa Clemente V mandó publicar, en 1314, las nuevas normativas que incluyen los cánones del Concilio General de Viena (1311). Sin embargo, su muerte le impidió terminar la obra, por lo que fue revisada y promulgada oficialmente en 1317 por el Papa Juan XXII, bajo el título de *Liber Septimus Decretalium* ("Libro Séptimo de las Decretales"), aunque son mejor conocidas como *Constituciones Clementis V* o *Clementinae*. *Ibidem*, p. 331.

[32] *Ibidem*, p. 332.

[33] Cornejo Cornejo, Alejandra Rosalba, *op. cit.*

[34] *Colección en latín y castellano de las bulas, constituciones encíclicas, breves y decretos del santísimo padre Benedicto XIV*, t. III, Madrid, 1791, p. 3.

[35] López, Gregorio (comentarista), *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alfonso el IX* [*sic*], t. I, Imprenta de Antonio Bergnes, Barcelona, 1843, p. 550.

[36] Arrozala, Corenzo, *Enciclopedia española de Derecho y Administración o Nuevo Teatro Universal de la Legislación de España e Indias*, t. IV, Imprenta de Andrés y Díaz, Madrid, 1851, p. 210.

3. El asilo en el Derecho medieval español

Paralelamente a la regulación eclesiástica del asilo, la hubo también secular. La regulación secular, basada en el reconocimiento del asilo eclesiástico, llegó a coincidir en la mayoría de las veces con la regulación canónica.

Cabe señalar que fue en España, donde el asilo tuvo un notable desarrollo normativo, paralelo a la regulación canónica de esta figura. Como ya se comentó, el *Fuero Juzgo* —la traducción castellana del *Liber Iudiciorum*— contenía algunas disposiciones relativas al asilo, tales como el reconocimiento del asilo eclesiástico y el establecimiento de sanciones para quienes violaran la inmunidad eclesiástica y sacaren por fuerza a los refugiados.[37]

El Rey Jaime I fue quien, por vez primera, concedió la inmunidad a las iglesias en Valencia, en 1265; aunque en 1272 la limitó a la catedral y al templo de San Vicente de dicha ciudad, así como a la iglesia mayor de cada pueblo del reino.[38] También encontramos disposiciones relativas al derecho de asilo en *Las Siete Partidas*, magna obra del rey de Castilla, Alfonso X, "el Sabio".[39] La Primera Partida versa sobre el Derecho canónico. En su Título XI, "De los privilegios e de las franquezas que han las iglesias e sus cementerios":[40]

- Explica en qué consiste el derecho de asilo de las iglesias (Ley I);
- Establece que el asilo será concedido en las iglesias, en sus portales y en sus cementerios (Ley II);
- Diferencia entre el asilo de los hombres libres y el asilo de los siervos. Los hombres libres no podrán ser sacados de las iglesias por la fuerza (Ley II); los siervos serán entregados a su señor si éste jura y proporciona fiadores de no hacerles daño, hasta el punto de que si el clérigo no acepta las seguridades del señor, éste podrá entrar y aprehender al siervo por sí mismo (Ley III); y

[37] Cornejo Cornejo, Alejandra Rosalba, *op. cit.*

[38] Gutiérrez M., José, *Práctica criminal de España*, t. I, 5ª. ed., Madrid, Imprenta de Don Fermín Villalpando, 1828, p. 196.

[39] Alfonso X (1221-1284), rey de Castilla y León desde 1252 hasta 1284, tuvo una excelsa labor legisladora indisolublemente ligada a la recepción del Derecho romano en la península hispánica. Sus principales obras legislativas fueron: El Fuero Real, el Espéculo y las Siete Partidas, que constituyen un tratado de Derecho civil, penal y eclesiástico regulador de todos los aspectos de la vida nacional, y se inspira fuertemente en el derecho romano —principalmente en el *Corpus Iuris Civilis*— y en el derecho canónico —principalmente en las Decretales de Gregorio IX—, así como en antiguas leyes, costumbres y Fueros municipales de Castilla y León. *Idem*. Las Siete Partidas constituyen el mayor y más difundido ordenamiento jurídico que ha regido en España desde la Edad Media hasta la Moderna e influyó en el Derecho de algunas de sus antiguas colonias.

[40] López, Gregorio, *op. cit.*, pp. 240-244.

- Excluye del otorgamiento del asilo a los que roban, salteadores de caminos, a quienes queman las viñas y los campos, a los traidores, a los violadores y a aquellos que deben tributos a los reyes o emperadores (Ley IV y V).

Así, por ejemplo, la Ley I, del Título XI, de la Primera Partida señala que:

> Porque la Eglesia es casa de Dios, es mas honrada que otra… porende ha priuilegios mas que las otras casas de los omes, e mayormente en estas cosas: ca non deue ser apremiada de ningún pecho, nin otro embargo: nin deuen en ella, ni en sus Cementerios judgar los pleytos seglares: e mayormente los que fueran de justicia, porque seria contra razon e cruel cosa, de judgar los omes a muerte, o a lision, en el logar que es establecido para seruir a Dios, o para fazer obras de piedad, e misericordia.[41]

4. Decadencia del asilo en Europa

La decadencia del Derecho de Asilo en Europa inicia en los siglos XIII y XIV, al comenzar el renacimiento de los estudios del Derecho Romano; en virtud de que el Derecho Romano no admitió una institución sin fundamento jurídico, y hasta entonces el asilo sólo tenía una base más bien humanitaria, sustentada en la prohibición de la violación de los recintos sagrados.

El nacimiento del Estado moderno —que implicó la secularización y la centralización del poder en la figura del Rey o el Emperador— originó un conflicto entre la jurisdicción civil (del monarca) y la jurisdicción eclesiástica (del Papa). Aunado a lo anterior, los continuos abusos de que fue objeto el asilo, por parte de delincuentes comunes, llevó a los reyes y emperadores, en los siglos XV y XVI, a solicitar y/o exigir al Papa la limitación y reglamentación del mismo.

La secularización del poder, la reivindicación de los reyes y emperadores de su *autoritas* y *potestas* frente al Papa y "la Reforma" protestante provocaron el debilitamiento y declive de la figura del asilo eclesiástico. Esto motivó que el Concilio de Trento, en su Capítulo XX, se animara a defenderlo mediante la utilización de sus armas más efectivas: la excomunión[42] y el

[41] *Ibidem*, p. 240.

[42] La excomunión, además de su significado desde el punto de vista religioso, privaba a los gobernantes de su derecho a gobernar liberando a sus súbditos del vasallaje y también los inhabilitaba para el desempeño de cargos públicos (fue uno de los grandes poderes temporales de la Iglesia).

entredicho;[43] toda vez que la Iglesia no estaba dispuesta a permitir que nadie violara el derecho a la inmunidad del interior de sus templos (al fin y al cabo era territorio bajo su jurisdicción) y mucho menos que se utilizara la violencia para sacar a los refugiados, ni que se obligara su salida contra su voluntad mediante el engaño, el miedo o el asedio alimenticio.[44]

Debido al proceso de secularización, la institución del asilo se vinculó estrechamente al establecimiento de las misiones diplomáticas permanentes. Los embajadores siempre fueron considerados personas inviolables y gozaron de ciertos privilegios e inmunidades. Cuando la misión diplomática adquirió el carácter de permanente, aquellas garantías se extendieron a la residencia del embajador. Se consideraba que éste no podía gozar de la independencia necesaria para sus funciones si su residencia estaba sujeta al control de las autoridades locales. Al comprobar, los representantes diplomáticos, que tenían autoridad exclusiva en sus residencias y que podían tomar las medidas más apropiadas para el cumplimiento de sus funciones, estimaron que también podían dar asilo en ellas a las personas perseguidas. Así nace la práctica del "asilo diplomático".

De esta manera, el emperador Carlos I de España (y V de Alemania) dispuso "que las casas de los embajadores sirvan de asilo inviolable, como antes los templos de los dioses; y que nadie se permita violar este asilo, bajo cualquier pretexto que sea".[45]

En varios reinos europeos, los monarcas limitaron o abolieron el asilo eclesiástico:

* En Inglaterra, el *Privilege of Sanctuary* se mantuvo hasta 1603. El rey Jacobo I abolió el asilo eclesiástico en 1623; pero en virtud de que su práctica se mantuvo, el rey Jorge I renovó la supresión en 1722 y 1724.[46]

[43] Del latín *interdictum*, es la censura eclesiástica por la cual se prohíbe, a ciertas personas o en determinados lugares, el uso de los divinos oficios, la administración y recepción de algunos sacramentos y la sepultura eclesiástica. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*. Disponible en: http://dle.rae.es/?id=Flj4qYu Consultado el 15 de junio de 2016.

[44] Alabau Montoya, José, *Adulterio y Derecho de Asilo en Castilla. El suceso de Mira*. Disponible en: http://www.ventadelmoro.org/historia/comarca/Adulterio_y_derecho_de_asilo_en_Castilla_el_suceso_de_Mira.htm Consultado el 15 de junio de 2016.

[45] Esponda Fernández, Jaime, "La tradición latinoamericana de asilo y la protección internacional de los refugiados", en *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina*, Universidad Nacional de Lanús (UNLA)-Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)-Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), San José, 2004, p. 81.

[46] Gortázar Rotaeche, Cristina, *op. cit.*, p. 52.

* En Francia, el rey Luis XII suprimió, en 1515, todos los asilos de las iglesias, los conventos, los palacios y demás lugares privilegiados. Después, Francisco I autorizó a los jueces para que no mantuviesen el derecho de asilo a las iglesias ni a los monasterios que aún gozaban de él, declarando que en ninguna parte habrían de encontrar refugio los reos mandados a prender. Así, prácticamente desde 1529, el asilo eclesiástico desapareció en Francia. Los delincuentes podían ser detenidos en cualquier lugar donde se encontraran, con la sola limitación de que no se perturbaran las respetables ceremonias de la religión.[47] Por ello, en los últimos tiempos de la monarquía francesa, ya no se conocía la inmunidad de los templos.[48]
  En las villas flamencas que se anexaron a Francia como consecuencia de la Guerra de Sucesión (1740-1748), el rey Luis XV fue quien suprimió el asilo.
* En España, Carlos I (y V de Alemania), mediante un Edicto en 1540, prohibió de manera absoluta que los clérigos excomulgaran, ni siquiera amonestaran, a los oficiales seculares cuando ingresaran en los templos a detener al delincuente que buscase refugio.[49] Pero fue Felipe II, en 1570, quien desconoce el asilo.[50]
  Más tarde, por Real Decreto de 8 de febrero de 1746, el rey Felipe V dispuso que no valiera el asilo a los refugiados para excusarse del Real Servicio en el ejército o marina, por tanto, éstos podían ser extraídos de los templos.
* En los Países Bajos, los monarcas españoles Carlos I y Felipe II excluyeron el beneficio del asilo a los quebrados, en 1531; vagabundos, en 1541; incendiarios y ladrones, en 1542; y a los criminales de lesa majestad, a los falsificadores de moneda y a los autores de sedición, en 1570. Lo mismo hicieron en España y Venecia.[51]
* La institución del asilo también fue suprimida legalmente en otros reinos y condados: en Silesia, en 1743; en Toscana, en 1769; en Prusia, en 1794, en Franconia, en 1799; en Baden, en 1803; en Würtemberg, en 1804; en Weimar, en 1823 y en Sajonia, en 1827.[52]

[47] Luelmo, Julio, *op. cit.*, p. 177.

[48] Gutiérrez M., José, *op. cit.*, p. 190.

[49] *Loc. cit.*

[50] Coello, Alba, "El asilo frente a convenciones", en *Revista de la Asociación de Funcionarios y Empleados del Servicio Exterior Ecuatoriano*, Ministerio de Relaciones Exteriores, Numero 21, 1992, p. 75.

[51] Luelmo, Julio, *op. cit.*, p. 178.

[52] *Loc. cit.*

A manera de resistencia, como reacción ante la pérdida de su poder frente al monarca, la Iglesia no tuvo más que celebrar concordatos con reyes y emperadores a fin de salvaguardar el derecho de asilo. Así, por ejemplo, en Nápoles el asilo eclesiástico pervive hasta el Concordato de 1741, celebrado entre el rey Carlos y el Papa Benedicto XIV. En él se fijó definitivamente la forma y modo de extraer a los reos refugiados y se examinó judicialmente si podía o no aprovecharles el refugio; asimismo, se aumentó el número de crímenes excluidos del asilo y se disminuyó el número de lugares que para el efecto deberían considerarse como inmunes.[53]

Otros tantos concordatos pueden ser citados: el Concordato entre Carlos de Anjou y Honorio III, en 1285; Concordia entre Dioni de Portugal y los Obispos, confirmada por Nicolás IV, en 1289; Concordato entre Gregorio XVI y el Duque de Módena, en 1841; Concordato entre Pío IX y José I de Austria, en 1855 y el Concordato entre Pío IX y Ecuador, en 1862; entre otros.

La dificultad de encontrar refugio en el interior de los templos provoca que los delincuentes huyan de sus países, convencidos de la ineficacia de ampararse en los lugares sagrados. Como consecuencia de lo anterior, empieza a configurarse en Europa la figura del "asilo territorial", el cual es equiparado a la figura del refugio.

5. El asilo en las colonias españolas en América

Por otro lado, el mismo rey Felipe II, quien había prohibido el asilo (eclesiástico) en España y en todos sus territorios en 1570, paradójicamente lo promovió en sus colonias de América. Por Real Cédula de 1569 mandó al Virrey y oidores de la Real Audiencia de Lima guardar las inmunidades eclesiásticas y tener respeto a la autoridad de los prelados y ministros de la Iglesia.

En la Recopilación de los Reynos de Indias, de 1680, en el Libro I, Título V, "de la inmunidad de las Iglesias y monasterios, y que en esta razon le guarde el derecho de los Reynos de Castilla [*sic*]", en la Ley Primera se dispone que:

> Se guarde toda reverencia y respeto à los Lugares Sagrados y Ministros Eclesiasticos y la inmunidad à las Iglesias… Porque conviene que los naturales de nuestras indias tengan toda reverencia y respeto à los lugares sagrados, y a los Arçobispos, Obispos y Ministros de la Iglesia, Santos Sacramentos y Doctrinas… Y mandamos a nuestros Virreyes, Presidentes y Oidores, Governadores, Corregidores y otros Iuezes… hagan guardar y guarden con el rigor que convenga la inmunidad Eclesiastica en los casos que conforme á derecho de estos nuestros Reynos de Castilla se deve guardar [*sic*].[54]

[53] Arrozala, Corenzo, *op. cit.*, p. 158.

La Ley II establece que:

> No se admita en las Iglesias ni Monasterios à los que no deven gozar de su inmunidad… Rogamos y encargamos á los Prelados de las Iglesias y Monasterios de nuestras Indias, que no admitan à delinquentes que á ellos se acogieren, en los casos que conforme al derecho de estos nuestros Reynos de Castilla no deven gozar de inmunidad Eclesiastica… [*sic*].[55]

Fue el primer concilio mexicano (1555), el que por vez primera trató el tema del derecho de asilo eclesiástico en esas tierras. Lo hizo en los capítulos XXX ("Que ningún ocupe, ni encastille las iglesias, ni saquen los retraídos de ellas, ni les veden los mantenimientos, ni echen prisiones dentro, ni las cerquen, ni hagan leyes o constituciones contra la libertad eclesiástica") y XXXI ("Que los que se acogieren a las iglesias estén honestamente en ellas, y que tanto tiempo han de consentir estar así a estos, como a los desterrados que se acogen a ellas").[56]

De igual manera, en las *Pandectas Hispano-Megicanas*,[57] se dispone que:

> Por quanto nuestro Santísimo Padre Clemente XIV, felizmente reynante, á instancia de Nuestro Piadoso y Católico Monarca el Señor D. Carlos III (Dios le guarde), se ha servido por su Breve dado en Roma… y en uso de la plenitud de su Potestad, reducir los Asilos para los delinquentes en todos los Dominios de S.M. de las Españas y de las Indias… solamente… se habrá de guardar, y observar únicamente la Inmunidad Eclesiástica, y el Sagrado Asilo, según la forma de los Sagrados Cánones, y de las Apóstolicas Constituciones (*sic*).

[54] *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias* (1680). Disponible en http://www.gabrielbernat.es/espana/leyes/rldi/indice/indice.html Consultado el 21 de junio de 2016.

[55] *Loc. cit.*

[56] Citado por Luque Talaván, Miguel, "La inmunidad del sagrado o el derecho de asilo eclesiástico a la luz de la legislación canónica y civil indiana", en *Históricas Digital*, p. 265. Disponible en http://www.historicas.unam.mx/publicaciones/publicadigital/libros/conciliosNE/cpne011.pdf Consultado el 21 de junio de 2016.

[57] Rodríguez de San Miguel, *Pandectas Hispano-Megicanas ó sea Código General*, t. I, México, 1839. p. 132.

Sin pretender que se ha realizado un estudio exhaustivo sobre la institución del asilo eclesiástico en la América española, de lo antes expuesto puede concluirse que:

a) La figura del asilo, pese a su casi extinción en Europa, subsistió en América;
b) El asilo es concedido en lugares que gozan de inmunidad: en las iglesias, en el caso del asilo eclesiástico, y en las embajadas, en el caso del asilo diplomático;
c) El asilo es concedido a delincuentes, salvo aquellos que cometieren delitos considerados como graves, en tal caso, deberán ser entregados a la justicia civil; y
d) El desarrollo normativo del asilo en América Latina se enfocó al asilo diplomático.

Antes de seguir adelante, es preciso señalar que el asilo es una figura que, aunque no ha desaparecido por completo en Europa, prácticamente ha caído en desuso.

c) Regulación

Aunque el asilo tuvo su origen en Europa, su desarrollo normativo se dio en América Latina.

Aunado a la decadencia del asilo eclesiástico en Europa —tras la firma de los Tratados de Westfalia, en 1648—, se fue generalizando la aparición de legaciones permanentes con la designación, por parte de los Estados, de representantes ante los gobiernos extranjeros. Dichos representantes a menudo llegaban acompañados de una numerosa comitiva y, en algunas ocasiones, de fuerzas militares de su Estado; llegando a ocupar algunos barrios en la capital, surgiendo así el concepto de extraterritorialidad —es decir, el barrio que era ocupado se consideraba parte del territorio de su propio Estado—.[58] La instauración de las misiones diplomáticas da origen a la concepción moderna del asilo: el asilo diplomático.[59]

[58] Disponible en http://unilibreinternacional.blogspot.es/1332204124/ Consultado el 5 de julio de 2016.

[59] Urquidi Carrillo, Juan Enrique, *op. cit.*, p. 885.

Latinoamérica fue terreno fértil para el desarrollo del asilo, debido —en gran medida— a la inestabilidad política de los gobiernos, los continuos golpes de estado y las guerras civiles. En palabras de Galindo Vélez:[60]

> ...El asilo diplomático ha demostrado ser sumamente importante, aunque en algunos casos altamente controvertidos, para proporcionar protección a personas que la necesitan en situaciones sumamente difíciles. A veces, no hay tiempo de llegar a la frontera e ingresar a otro país para solicitar protección.

Así, la práctica del asilo encontró un fuerte arraigo y devino en costumbre; misma que tiempo después fue codificada en diversas convenciones internacionales.

En América Latina, la práctica del asilo se inicia sin la existencia de tratados que la reconozcan expresamente. Dicha tradición se consagró con el tiempo como costumbre regional y ha sido plasmada en diversas convenciones internacionales de carácter regional. La primera de éstas, en materia de asilo, se celebró en Lima, a raíz de un incidente diplomático entre los Gobiernos de Perú y de los Estados Unidos[61] y de otro entre los Gobiernos de Perú y Francia, ambos ocurridos en 1865.[62]

La reunión fue convocada por el Ministro de Relaciones Exteriores de Perú, a instancia del Ministro de Negocios Extranjeros de Francia, Drauyn-de-Lhuys, ante la negativa de Francia de entregar a los refugiados que había en su legación. Asistieron agentes diplomáticos de Inglaterra, Bolivia, Brasil, Chile, Francia e Italia. En la sesión del 15 de enero de 1867 se acentuó la opinión del Cuerpo Diplomático de no aceptar la propuesta del Gobierno peruano de abolir el asilo en las legaciones diplomáticas, por lo cual fue bruscamente levantada. Sin embargo, la posición de la mayoría de los diplomáticos fue confirmada en la sesión del 29 de enero. En dicha ocasión, nuevos representantes de América Latina se manifestaron por regular el asilo, a fin de evitar abusos, pero no abolirlo.[63]

[60] Citado por Esponda Fernández, Jaime, *op.cit.*, p. 88.

[61] En mayo de 1865, el General Conseco, de Perú, se vio obligado a refugiarse en la residencia del embajador de Estados Unidos en Lima. Habiendo dificultades al respecto, el Cuerpo Diplomático acreditado en Perú se reunió y acordó: "El Cuerpo Diplomático acuerda, adopta y considera que... el asilo debe ser concedido con la mayor reserva, y que debe circunscribirse al tiempo exclusivamente indispensable para que los refugiados puedan ponerse a salvo de otra manera, debiendo por lo demás, el agente diplomático, hacer todo lo posible para lograr ese resultado". Luelmo, Julio, *op. cit.*, p. 189.

[62] A consecuencia de la revolución del 6 de noviembre de 1865, el Gral. Manuel Ignacio Vivanco y los señores Pedro Calderón, Jorge Loaiza y Pedro José Carrillo, que habían sido ministros del gobierno del Gral. Pezet, buscaron asilo en la embajada de Francia en Lima, *loc. cit.*

[63] *Loc. cit.*

El primer tratado que reconoce expresamente la figura del asilo en América Latina es el Tratado de Derecho Penal Internacional,[64] al disponer:

> **Artículo 15.** Ningún delincuente asilado en el territorio de un Estado podrá ser entregado a las autoridades de otro, sino de conformidad a las reglas que rigen la extradición.
> **Artículo 16.** El asilo es inviolable para los perseguidos por delitos políticos, pero la Nación de refugio tiene el deber de impedir que los asilados realicen en su territorio actos que pongan en peligro la paz pública de la Nación contra la cual han delinquido.
> **Artículo 17.** El reo de delitos comunes que se asilase en una Legación, deberá ser entregado, por el jefe de ella, a las autoridades locales, previa gestión del Ministerio de Relaciones Exteriores, cuando no lo efectuase espontáneamente.
> Dicho asilo será respetado con relación a los perseguidos por delitos políticos; pero el jefe de la Legación está obligado a poner inmediatamente, el hecho, en conocimiento del Gobierno del Estado ante el cual está acreditado, quien podrá exigir que el perseguido sea puesto fuera del territorio nacional, dentro del más breve plazo posible.
> El jefe de la Legación podrá exigir, a su vez, las garantías necesarias para que el refugiado salga del territorio nacional, respetándose la inviolabilidad de su persona.
> El mismo principio se observará con respecto a los asilados en los buques de guerra surtos en aguas territoriales.

Las convenciones americanas en materia de asilo son las siguientes:

1. La Convención sobre Asilo.[65]
2. La Convención sobre Asilo Político.[66]
3. El Tratado sobre Asilo y Refugio Político.[67]
4. La Convención sobre Asilo Diplomático.[68]
5. La Convención sobre Asilo Territorial.[69]

[64] Adoptado en Montevideo, el 23 de enero de 1889, durante el Primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado. México no es parte. Firmado por Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay.

[65] Adoptada en La Habana, el 20 de febrero de 1928. Ratificada por el Gobierno de México el 6 de febrero de 1929. Publicada en el Diario Oficial de la Federación (*DOF*) el 19 de marzo de 1929.

[66] Adoptada en Montevideo, el 26 de diciembre de 1933. Ratificada por el Gobierno de México el 27 de enero de 1936. Publicada en el Diario Oficial de la Federación (*DOF*) el 10 de abril de 1936.

[67] Adoptado en Montevideo, el 4 de agosto de 1939. México no es Parte.

[68] Adoptada en Caracas, el 28 de marzo de 1954. Ratificada por el Gobierno de México el 6 de febrero de 1957. Publicada en el Diario Oficial de la Federación (*DOF*) el 5 de abril de 1957.

[69] Adoptada en Caracas, el 28 de marzo de 1954. Ratificada por el Gobierno de México el 3 de abril de 1982. Publicada en el Diario Oficial de la Federación (*DOF*) el 4 de mayo de 1981.

Sin pretender hacer un análisis de las convenciones mencionadas, toda vez que queda fuera del objeto del presente estudio, a continuación señalaremos las características del asilo:[70]

1. Es una institución de carácter humanitario, pues su finalidad es proporcionar protección a quien, bajo situación especial, huye de la persecución de su gobierno. Debido a esto, no está sujeto a reciprocidad.
2. Procede exclusivamente por persecución política: por motivos políticos, por la comisión de delitos políticos o por la comisión de delitos comunes con finalidad política.
3. El otorgamiento del asilo es un derecho que corresponde al Estado en el ejercicio de su soberanía. Por tanto, el Estado asilante no está obligado a otorgarlo ni a declarar los motivos por los cuales lo niega.
4. Corresponde al Estado asilante:
   a) Calificar la naturaleza del delito o de los motivos de la persecución y
   b) Calificar la urgencia.
5. Puede ser concedido dentro del territorio del Estado asilante, en el caso del asilo territorial, o fuera de él pero en locales sujetos a su jurisdicción, en el caso del asilo diplomático.

Como ya se ha mencionado, la práctica del asilo devino en costumbre regional, misma que fue reconocida por la Corte Internacional de Justicia en el caso relativo al derecho de asilo —caso Haya de la Torre (Colombia/Perú)—, en su sentencia de 13 de junio de 1951, al indicar que:

> Como la Corte señaló en su sentencia del 20 de noviembre, la Convención de La Habana, en su primer artículo requiere que la persona acusada o condenada por delitos comunes, deberá ser entregada a las autoridades territoriales, pero no contiene ninguna disposición similar respecto a los delincuentes políticos. Este silencio no puede ser interpretado en el sentido de que impone una obligación de entregar al refugiado en caso de que el asilo le haya sido concedido contrario a las disposiciones del artículo 2 de la Convención [de La Habana]. Tal interpretación sería contraria al espíritu que inspira a la Convención de conformidad con la tradición latinoamericana respecto al asilo [*mío*], una tradición de acuerdo a la cual los refugiados políticos no deberían ser entregados... Inferir de este silencio que hay una obligación de entregar una persona a quien el asilo ha sido irregularmente concedido sería ignorar tanto el papel de los factores extralegales en el desarrollo del asilo en América Latina como el espíritu de la Convención de La Habana.[71]

[70] Rodríguez Martínez, Elí, *op. cit.*, nota 3, p. 317.

[71] Haya de la Torre Case (Colombia/Perú). Judgment of June 13th, 1951. *Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders*, 1951. p. 81.

Más adelante, la Corte señala que:

> ...en principio el asilo no puede ser opuesto a la operación de la justicia. La seguridad que brinda el asilo no puede ser entendida como una protección contra la aplicación regular de las leyes y contra la jurisdicción de los tribunales legalmente constituidos. La protección así entendida autorizaría al agente diplomático a obstruir la aplicación de las leyes del país contrario a su deber de respetarlas. La Corte más adelante dijo que no podría admitir que los Estados signatarios de la Convención de La Habana intentaran sustituir la práctica de las repúblicas latinoamericanas [*mío*] por un sistema legal el cual garantizara a sus propios nacionales acusados de crímenes políticos de evadir la jurisdicción nacional...[72]

La concesión del asilo tiene las siguientes consecuencias:[73]

1. El derecho del Estado de admitir a una persona en su territorio;
2. El derecho del Estado de permitirle permanecer en su territorio;
3. El derecho del Estado de negarse a expulsarlo;
4. El derecho del Estado de negarse a extraditarlo; y
5. El derecho del Estado de no perseguir a la persona, castigarla o de alguna forma restringir su libertad.

III. El refugio

La evolución histórica del refugio estuvo, en un inicio, estrechamente vinculada a la del asilo, sin embargo, con el devenir de los siglos, cada una de estas figuras adquirió características propias y tuvo una evolución posterior diferente y, por demás, separada.

El asilo, como ya se expuso, se enfocó en el asilo diplomático; en tanto que el refugio se centró en la protección de criminales y perseguidos, principalmente conformando masas, identificándose con el asilo territorial.

[72] *Ibídem.*

[73] Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, *Temas selectos de derecho internacional*, 4ª ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 618.

a) *Antecedentes históricos*

En el Tratado de Kadesh —el primer tratado internacional en la materia—, firmado en 1278 a.C., entre el imperio egipcio y el hitita,[74] el rey hitita declaró: "en lo referente a un refugiado, yo afirmo bajo juramento lo siguiente: cuando un refugiado viene de tu tierra a la mía él no será enviado de regreso. El expulsar a un refugiado de la tierra de los hititas no es correcto".[75]

Respecto al pueblo de Israel, en las Sagradas Escrituras se hace referencia al refugio —entendido como asilo territorial—, desde sus primeros capítulos. Así, en el libro del Génesis se menciona que Caín, tras haber dado muerte a su hermano Abel, huye prófugo a la tierra de Nod, al oriente de Edén, a fin de estar a salvo por si alguien lo encontrara y deseara matarlo.[76]

No obstante lo anterior, el refugio no era conocido durante el período patriarcal, sino que fue hasta que el pueblo de Israel se estableció en Palestina (siglo VI a.C.) cuando aparecieron algunas ciudades de refugio[77] para quienes cometían homicidio culposo o imprudencial.[78]

En el Nuevo Testamento, en el Evangelio de Mateo se hace mención de que Jesús, junto con José, su padre, y María, su madre, huyeron a Egipto ante el peligro de ser asesinados por orden de Herodes.[79]

En la antigua Grecia, el poder de cada dios se encontraba limitado geográficamente a la ciudad cuyo destino protegía. No obstante, dicho poder no era suficiente para defender al refugiado de un perseguidor extranjero. Esto trajo

[74] Cornejo Cornejo, Alejandra Rosalba, *op. cit.*

[75] Gil Mauricio, Carlos Luis, *El asilo y la extradición. Instituciones básicas del Derecho Internacional.* Disponible en: http://www.monografias.com/trabajos72/asilo-extradicion-instituciones-derecho-internacional/asilo-extradicion-instituciones-derecho-internacional.shtml#ixzz4D8EELZD5 Fecha de consulta: 30 de junio de 2016.

[76] "Y dijo Caín a Jehová: Grande es mi castigo para ser soportado. He aquí me echas hoy de la tierra, y de tu presencia me esconderé, y seré errante y extranjero en la tierra; y sucederá que cualquiera que me hallare, me matará. Y le respondió Jehová: Ciertamente cualquiera que matare a Caín, siete veces será castigado. Entonces Jehová puso señal en Caín, para que no lo matase cualquiera que le hallara. Salió, pues, Caín de delante de Jehová, y habitó en tierra de Nod, al oriente de Edén" (Génesis 4:13-16. Edición Reina Valera, 1960).

[77] Eran 6 ciudades de refugio, 3 dentro de Palestina y 3 fuera (Números 35:15); éstas fueron: Cedes, Siquem, Quiriat-arba (Hebrón), Beser, Ramot y Golán (Josué 20:7-8).

[78] "El que hiriere a alguno, haciéndole así morir, él morirá. Mas el que no pretendía herirlo, sino que Dios lo puso en sus manos, entonces yo te señalaré lugar al cual ha de huir" (Éxodo 21:12-13. Edición Reina Valera, 1960).

[79] "He aquí un ángel del Señor apareció en sueños a José y dijo: Levántate y toma al niño y a su madre, y huye a Egipto, y permanece allá hasta que yo te diga; porque acontecerá que Herodes buscará al niño para matarlo. Y él, despertando, tomó de noche al niño y a su madre, y se fue a Egipto, y estuvo allá hasta la muerte de Herodes... Herodes entonces, cuando se vio burlado... se enojó mucho, y mandó matar a todos los niños menores de dos años que había en Belén y en todos sus alrededores". (Mateo 2:13-16. Versión Reina-Valera, 1960).

como consecuencia que no sólo el templo ofrecía protección al perseguido, sino la ciudad entera; de manera que el pueblo mismo o el rey de la *polis* se convirtieron en mediadores de la causa ante los dioses.[80]

Por lo anterior, en Grecia no sólo se reconocía la existencia del asilo —entendido como el asilo religioso, otorgado en los templos—, sino también el refugio —considerado como asilo territorial, concedido en las ciudades—. Por ello, en la tragedia de Esquilo, *Las Suplicantes*, Dánao y sus 50 hijas clamaban, al ser acogidos en Tebas: "Nosotros tendremos la residencia en este país, libres, sin rescate y con derecho de asilo contra todo mortal; nadie, ni habitante ni bárbaro, podrá llevársenos; y si alguien acude a la fuerza, el terrateniente que no nos ayude será privado de sus derechos de ciudadano y desterrado por sentencia del pueblo".[81]

Con la caída del Imperio Romano de Occidente y el ulterior surgimiento del feudalismo, la institución del vasallaje desarrolló dos conceptos que serían fundamentales en la posterior configuración del asilo: el privilegio de inmunidad territorial, no eclesiástica, y el refugio como concesión potestativa del soberano dentro de los límites de sus territorios. La persecución del fugitivo, por la comisión de un ilícito, no podía llevarse a cabo en los territorios de otro que no fuera su territorio de origen.[82]

Como ya se mencionó anteriormente, el asilo eclesiástico tuvo un gran auge durante la Edad Media, pero prácticamente desapareció durante los siglos XVIII y XIX —aunque cabe señalar que la Iglesia nunca renunció formalmente a dicho privilegio—. Debido a esta decadencia del asilo eclesiástico, se empieza a utilizar el asilo territorial —al que identificamos con la institución del refugio— como medida de protección.

Con motivo de las guerras de religión en Europa —originadas por el surgimiento de la Reforma protestante—, en Francia, el rey Enrique IV firmó en 1598 el Edicto de Nantes, mediante el cual autorizaba la libertad de conciencia y la libertad de culto a los protestantes calvinistas. Sin embargo, en 1660, Luis XIV emprendió una política de conversión —por demás forzosa— de los protestantes al catolicismo. Por ello, en 1685 revocó el Edicto de Nantes, mediante el Edicto de Fontainebleau, prohibiendo la práctica del calvinismo en territorio francés. Esto implicó, para miles de hugonotes (300,000), su conversión progresiva al catolicismo o su exilio a otros países en busca de

[80] Urquidi Carrillo, Juan Enrique, *op. cit.*, p. 881.
[81] Esquilo, "Las suplicantes", *Tragedias*, México, Grupo Editorial Tomo, 2007, p. 73.
[82] Cornejo Cornejo, Alejandra Rosalba, *op. cit.*

protección. Este evento causó que el Marqués de Brandenburgo, Federico Guillermo I (también rey de Prusia), proclamara en 1685 el Edicto de Potsdam, permitiendo la entrada y estadía de los hugonotes en su territorio.[83]

Así, poco a poco, el asilo territorial se convirtió en una práctica generalizada; de manera que en la Constitución francesa de 1793 —posterior a la Revolución— se consagró la institución del asilo (territorial), al disponer, en su artículo 120, que el pueblo francés "da asilo a los extranjeros exiliados de su patria por causa de la libertad. Lo rehúsa a los tiranos";[84] convirtiéndose en el primer texto constitucional en reconocer este derecho.

Hasta muy entrado el s. XVIII, el asilo fue practicado en Europa en sus dos modalidades: el asilo diplomático y el asilo territorial, aunque el primero, por sus características, fue poco utilizado.

De todo lo comentado hasta aquí, basta señalar que el asilo territorial —o la institución del "refugio"— tiene como característica principal el tener que cruzar una frontera internacional, a diferencia del asilo diplomático, el cual es concedido en el territorio del mismo Estado persecutor, pero en un local bajo la jurisdicción de otro Estado.

b) *Definición*

La definición universalmente aceptada de refugio se encuentra proclamada en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951.[85] Dicho instrumento da al refugio dos definiciones. La primera de ellas es de índole histórica, pues reconoce como refugiados a todos aquellos que fueron proclamados con tal calidad, en virtud de acuerdos internacionales anteriores a la adopción de la Convención de 1951 (Artículo 1, inciso A, párrafo 1). La otra definición es la que sirve como eje fundamental del Derecho Internacional de los Refugiados, misma que se señala en el párrafo segundo del Artículo 1, inciso A:

> 2°. Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1°. de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera

[83] Rodríguez Martínez, Elí, *op. cit.*, p. 322.
[84] Cornejo Cornejo, Alejandra Rosalba, *op. cit.*
[85] Adoptada en Ginebra, el 28 de julio de 1951. El Gobierno de México depositó su instrumento de Adhesión el 7 de junio de 2000. Publicada en el Diario Oficial de la Federación (*DOF*) el 25 de agosto de 2000.

acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

Cabe señalar que dicha definición tiene una "limitación temporal" y otra "limitación geográfica". La primera consiste en que sólo serán considerados como refugiados aquellos que surgieron como tales a consecuencia "de acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951"; en tanto que la segunda consiste en que dichos acontecimientos hayan ocurrido en Europa.[86] Las dos limitaciones fueron abrogadas con la adopción del Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados[87] (Artículo I.2).

c) *Distinción entre asilo y refugio*

Ambas instituciones, el asilo y el refugio, tienen por finalidad la protección del individuo, pues las dos tienen por objeto brindar la protección nacional a quien huye de su país de origen por motivos de persecución. Sin embargo, aunque similares por su carácter humanitario, ambas son diferentes; de ahí la necesidad de señalar las diferencias entre ellas:

1. El asilo es un derecho del Estado, por tanto, no existe un deber del mismo para concederlo. En cambio, el refugio es un derecho del individuo y, por consiguiente, existe el deber, para el Estado, de reconocerlo cuando se cumplen con los requisitos señalados por la Convención de 1951 (cláusulas de inclusión).
2. Debido a lo anterior, el asilo —al ser un acto discrecional del Estado— puede ser "concedido" por éste; mientras que el "reconocimiento de la condición de refugiado" constituye una obligación para el Estado y, por eso, constituye, *per se,* un acto de naturaleza declarativa.
   El asilo tiene dos modalidades: diplomático y territorial; por lo mismo, puede ser concedido dentro o fuera del territorio del Estado asilante. En cambio, el refugio solo puede ser reconocido dentro del Estado asilante; es decir, se requiere como requisito ineludible que el refugiado cruce una frontera internacional.

[86] Ortiz Ahlf, Loretta, *Derecho Internacional Público*, 3ª ed., México, Oxford University Press, 2004, p. 530.

[87] Adoptado en la ciudad de Nueva York, el 31 de enero de 1967. El Gobierno de México depositó su instrumento de adhesión el 7 de junio de 2000, *Diario Oficial de la Federación*, 25 de agosto de 2000.

3. El asilo procede exclusivamente por persecución política; a diferencia del refugio, que procede por persecución por raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o por opinión política.
4. En el asilo, un individuo debe ser considerado como perseguido en el momento; en tanto que, en el refugio, basta un "temor fundado de persecución", el cual puede ser presente o futuro.
5. El asilo fue concebido para proveer protección para casos aislados o poco numerosos; mientras que el refugio otorga protección tanto a personas individuales como a grupos de personas.
6. En la institución del refugio, el Estado está obligado a no devolver (principio de "no devolución" —*non refoulemont*) al solicitante del reconocimiento de la condición de refugiado, hasta en tanto no se reconozca dicha calidad; en cambio, en el asilo el Estado puede devolver al solicitante de asilo hasta en tanto no se le conceda dicha protección.
7. La concesión del asilo encuentra su fundamento en las convenciones regionales latinoamericanas en la materia; mas el refugio es otorgado sobre la base un instrumento universal: La Convención de 1951.
8. Los instrumentos internacionales sobre asilo, a diferencia de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, no prevé cláusulas de exclusión y cesación, ni la figura de la repatriación voluntaria.[88]

Por tanto, comparativamente, el refugio otorga una protección más amplia que el asilo, pues éste es de alcances mucho más limitados.

IV. Diferencia entre asilo y refugio en América Latina

Como se ha venido apuntando, los términos "asilo" y "refugio" se utilizan con distintas acepciones en América Latina; de manera que se asume que el "asilo" corresponde a la institución del asilo diplomático, en tanto que el "refugio" se refiere al asilo territorial.

A diferencia de lo que sostienen algunos autores, quienes afirman que existe una confusión terminológica (entre asilo y refugio) en América Latina,[89] lo

[88] Fischel de Andrade, José H., "Derecho de los refugiados en América Latina: Reflexiones sobre su futuro", en *Derecho Internacional de los Refugiados*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001, p. 209.

[89] Léase Franco, Leonardo, "Acerca de la confusión terminológica 'asilo-refugio'. Informe de Progreso", *El asilo y la protección de refugiados en América Latina*. Disponible en: http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/5/2032/12.pdf Fecha de consulta: 10 de julio de 2016.

cierto es que existe una clara distinción conceptual entre ambas instituciones, de manera que los términos empleados reflejan esta distinción.

De tal forma que el Artículo XXVII de la "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre" dispone que:[90]

> Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales.

La redacción del Artículo 22.7 de la "Convención Americana sobre Derechos Humanos" es más precisa,[91] al señalar que:

> Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.

Ambos instrumentos hacen clara mención al asilo diplomático, al señalar que éste procede por "persecución que no sea motivada por delitos de derecho común" —según los términos de la Declaración— o por persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos —en los términos de la Convención.

Observemos que, tanto la redacción de la Declaración Americana, como la de la Convención Americana, remiten el otorgamiento a lo dispuesto en las leyes nacionales y en "los tratados internacionales". Para 1948, fecha en la que fue redactada la Declaración Americana —de donde viene la redacción original—, ya se había adoptado tratados en la materia; a saber, la Convención de La Habana de 1928, la Convención de Montevideo de 1933 y el Tratado de Montevideo de 1939. Mientras tanto, para 1969 —fecha en la que se adoptó la Convención Americana—, ya se había adoptado las Convenciones de Caracas sobre Asilo Diplomático y la Convención de Caracas sobre Asilo Territorial, ambas de 1954, en las que se señala claramente que el asilo es un derecho del Estado y no del individuo.[92]

[90] Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, el 2 de mayo de 1948.

[91] Adoptada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. El Gobierno de México depositó su instrumento de adhesión el 24 de marzo de 1981, *Diario Oficial de la Federación*, 7 de mayo de 1981.

[92] Así, por ejemplo, en el artículo II de la Convención de Caracas sobre Asilo Diplomático se dispone que "Todo Estado tiene derecho de conceder asilo; pero no está obligado a otorgarlo ni a declarar por qué lo niega"; de igual manera, el artículo I de la Convención de Caracas sobre Asilo Territorial señala que "Todo Estado tiene derecho, en ejercicio de su soberanía, a admitir dentro de su territorio a las personas que juzgue conveniente...".

Cabe señalar que, por lo que respecta al Tratado de Montevideo sobre Asilo y Refugio Político, éste identifica al asilo con el asilo diplomático[93] y asimila el asilo territorial con el "refugio político".[94]

Por otra parte, como ya se ha mencionado, la práctica del asilo devino en costumbre regional, misma que fue reconocida por la Corte Internacional de Justicia en el caso Haya de la Torre (Colombia/Perú).

Dado el arraigo de la figura del asilo (entiéndase como asilo diplomático) en América Latina, al día de hoy las constituciones de varios países de la región reconocen la figura del asilo como asilo diplomático o hacen clara distinción entre el asilo y el refugio o identifican al refugio como el asilo territorial, tal es el caso de:

1. Bolivia,[95]
2. Brasil,[96]
3. Costa Rica,[97]
4. Cuba,[98]
5. Ecuador,[99]

[93] Artículo 2. El asilo solo puede concederse en las embajadas, legaciones, buques de guerra, campamentos o aeronaves militares, exclusivamente a los perseguidos por motivos o delitos políticos y por delitos políticos concurrentes en que no procede la extradición. Los jefes de misión podrán también recibir asilados en su residencia, en el caso de que no viviesen en el local de las embajadas o legaciones.

[94] Artículo 11. El refugio concedido en el territorio de las Altas Partes Contratantes, ejercido de conformidad con el presente Tratado, es inviolable para los perseguidos a quienes se refiere el Artículo 2°, pero el Estado tiene el deber de impedir que los refugiados realicen en su territorio actos que pongan en peligro la paz pública del Estado del que proceden.

[95] Artículo 29, Fr. I de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia: "Se reconoce a las extranjeras y los extranjeros el derecho a pedir y recibir a*silo o refugio* por persecución política o ideológica, de conformidad con las leyes y los tratados internacionales".

[96] Artículo 4 de la Constitución Política de la república federativa de Brasil: "La República Federativa de Brasil se rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios: 10. Concesión de *asilo político*.

[97] Artículo 31 de la Constitución Política: "El territorio de Costa Rica será asilo para todo perseguido por razones políticas. Si por imperativo legal se decretare su expulsión, nunca podrá enviársele al país donde fuere perseguido".

[98] Artículo 13 de la Constitución de la República de Cuba: "La República de Cuba concede asilo a los perseguidos por sus ideales y luchas por los derechos democráticos, contra el imperialismo, el fascismo, el colonialismo y el neocolonialismo; contra la discriminación y el racismo; por la liberación nacional; por los derechos y reivindicaciones de los trabajadores, campesinos y estudiantes; por sus actividades políticas, científicas, artísticas y literarias progresistas, por el socialismo y la paz". Como podrá observarse, todas estas causales caen dentro de los "motivos políticos".

[99] Artículo 41 de la Constitución de la República de Ecuador: "Se reconocen los derechos de asilo y refugio [*mío*], de acuerdo con la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Las personas que se encuentren en condición de asilo o refugio gozarán de protección especial que garantice el pleno ejercicio de sus derechos. El Estado respetará y garantizará el principio de no devolución, además de la asistencia humanitaria y jurídica de emergencia".

6. Guatemala,[100]
7. Honduras,[101]
8. México,[102]
9. Nicaragua,[103]
10. Paraguay,[104]
11. Perú,[105]
12. República Dominicana,[106] y
13. Venezuela.[107]

Bajo la misma tesitura, en la "Declaración de Río de Janeiro sobre la Institución del Refugio",[108] se diferencia ambas figuras al señalar, en su Preámbulo, que los Ministros del Interior del MERCOSUR, Bolivia y Chile se

[100] Artículo 27 de la Constitución Política de la República de Guatemala: "Guatemala reconoce el derecho de asilo y lo otorga de acuerdo con las prácticas internacionales".

[101] Artículo 101 de la Constitución Política de Honduras: "Honduras reconoce el derecho de asilo en la forma y condiciones que establece la Ley. Cuando procediere de conformidad con la Ley revocar o no otorgar el asilo, en ningún caso se expulsará al perseguido político o al asilado, al territorio del Estado que pueda reclamarlo. El Estado no autorizará la extradición de reos por delitos políticos y comunes conexos".

[102] Artículo 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: "En caso de persecución, por motivos de orden político, toda persona tiene derecho de solicitar *asilo*; por causas de carácter humanitario se recibirá *refugio*. La ley regulará sus procedencias y excepciones".

[103] Artículo 5, 8° párrafo, de la Constitución Política de la República de Nicaragua: "Nicaragua fundamenta sus relaciones internacionales en la amistad y solidaridad entre los pueblos y la reciprocidad entre los Estados. Por tanto… asegura el *asilo para los perseguidos políticos*".
Artículo 42: "En Nicaragua se reconoce y garantiza *el derecho de refugio y de asilo*. El refugio y el asilo amparan únicamente a los perseguidos por luchar en pro de la democracia, la paz, la justicia y los derechos humanos. La ley determinará la condición de asilado o refugiado político, de acuerdo con los convenios internacionales ratificados por Nicaragua. En caso de que se resolviera la expulsión de un asilado, nunca podrá enviársele al país donde fuese perseguido".

[104] Artículo 43 de la Constitución de la República de Paraguay: "El Paraguay reconoce el derecho de *asilo territorial y diplomático* a toda persona perseguida por motivos o delitos políticos o por delitos comunes conexos, así como por sus opiniones o por sus creencias. Las autoridades deberán otorgar de inmediato la documentación personal y el correspondiente salvo conducto.
Ningún asilado político será trasladado compulsivamente al país cuyas autoridades lo persigan".

[105] Artículo 36 de la Constitución Política del Perú: "El Estado reconoce el *asilo político*. Acepta la calificación del asilado que otorga el gobierno asilante. En caso de expulsión, no se entrega al asilado al país cuyo gobierno lo persigue".

[106] Artículo 46, inciso 2) de la Constitución de la República Dominicana: "Toda persona tiene derecho a solicitar *asilo* en el territorio nacional, *en caso de persecución por razones políticas*. Quienes se encuentren en condiciones de asilo gozarán de la protección que garantice el pleno ejercicio de sus derechos, de conformidad con los acuerdos, normas e instrumentos internacionales suscritos y ratificados por la República Dominicana. No se consideran delitos políticos, el terrorismo, los crímenes contra la humanidad, la corrupción administrativa y los delitos transnacionales".

[107] Artículo 69 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: "La República Bolivariana de Venezuela reconoce y garantiza el derecho de *asilo y refugio*".

[108] Celebrada en Río de Janeiro, Brasil, el 10 de noviembre del 2000.

reunieron en el marco de la VIII Reunión de Ministros del Interior del MERCOSUR, "considerando el derecho universal de *solicitar refugio*, consagrado en el Artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del Hombre".

Cabe señalar que, conforme al Artículo 14.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,[109] "en caso de persecución, toda persona tiene derecho a *buscar asilo*, y a disfrutar de él, en cualquier país".

Puede observarse que en la Declaración de Río se sustituyó, a propósito, el término "asilo", de la Declaración Universal, por el de "refugio", a fin de diferenciar la naturaleza de ambas figuras.

Como conclusión al presente estudio, se puede afirmar que las figuras del asilo y refugio en América Latina se encuentran claramente diferenciadas, pues constituyen figuras jurídicas distintas, por lo que los términos "asilo" y "refugio" no son empleados como sinónimos, ni existe una confusión terminológica, como se ha pretendido sostener.

No obstante lo anterior, como se expondrá en la segunda parte de este estudio, las instituciones del asilo y refugio han tenido, en tiempos recientes, un acercamiento; a tal grado, que es posible sostener que, con base en un desarrollo jurisprudencial, han llegado a ser sinónimos.

[109] Adoptada mediante Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

PANORAMA LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DEL DAÑO MORAL

Luis Ariel Salanueva Brito

Sumario: I. Introducción. II. Generalidades. 1. Tipos de daño: materiales y morales 2. Concurrencia de daños materiales y morales. 3. La indemnización del daño moral 4. Derecho a la indemnización por daño moral. 5. Personas que tienen derecho a la indemnización por daño moral. III. Responsabilidad civil. 1. Tipos de responsabilidad civil generadora de daño moral. 2. Régimen especial del abuso del derecho. 3. Algunos casos de responsabilidad civil que involucran daño moral. 4. Elementos de la acción de responsabilidad civil que da lugar a la indemnización del daño moral. 5. Algunos aspectos procesales de la acción. IV. Delitos. V. Actividad administrativa irregular. VI. A manera de resumen.

I. Introducción

El Derecho positivo mexicano regula el derecho a la reparación del daño moral en diversos ordenamientos civiles, administrativos y penales.[1] Sin embargo, su protección en sede judicial y administrativa es todavía insuficiente.

[1] Si bien el daño moral es una figura preponderantemente civil, su regulación no sólo se encuentra en los códigos civiles sino que también existe en otras leyes administrativas y penales. Estas leyes no sólo remiten a los códigos civiles sino que también contienen aspectos distintivos como formas especiales de indemnización o limites a su monto. En efecto, en el ámbito civil el daño moral está regulado en el Código Civil para el Distrito Federal (en adelante el CCDF), en la Ley de responsabilidad civil para la protección del derecho a la vida privada, el honor y la propia imagen en el Distrito Federal (en adelante la Ley de Responsabilidad Civil) y en los diversos códigos de los estados, así como en el Código Civil Federal y en la Ley Federal del Derecho de Autor (Artículo 216 bis y otros). En el ámbito administrativo, el daño moral se encuentra regulado en la Ley de responsabilidad patrimonial del Distrito Federal (Artículo 16 y otros) y la Ley federal de responsabilidad patrimonial del Estado (Artículo 14 y otros). En el ámbito penal, el daño moral se encuentra regulado en el Código Penal para el Distrito Federal (Artículo 42 y otros) y en el Código Penal Federal (Artículo 30 y otros).

Una de las causas de lo anterior es la relativa novedad del *daño moral* en el ordenamiento jurídico mexicano y la brevedad de su enseñanza, en algunas facultades de derecho, que sólo dedicaban alguna clase a esta figura, dada su escasa regulación e importancia práctica. Poco a poco esta situación ha cambiado, así lo demuestran las leyes que la han incorporado, las numerosas tesis que ha emitido el Poder Judicial en las dos últimas épocas[2] y la trascendencia que han tenido algunos casos en los medios de comunicación. Algunos de los casos mediáticos han constituido verdaderos hitos en la historia del derecho mexicano. Ejemplo de lo anterior es el caso del hotel Mayan Palace en Acapulco, donde un joven murió luego de caer al lago artificial que estaba electrificado por una bomba sumergible que tenía un cortocircuito. El médico del hotel no contaba con el equipo de salvamento. Al conocer del asunto, la Corte resolvió que la indemnización, para ser justa, debe ser suficiente no sólo para resarcir el daño sufrido por las víctimas sino también para reflejar la desaprobación de las conductas ilícitas y disuadirlas. En este sentido, dicha indemnización debe tomar en cuenta, entre otros factores, la grave negligencia del hotel. Es importante destacar que, como parte de la fundamentación y motivación de esta sentencia, la Corte analizó la figura de los *daños punitivos*, una especie de multa civil propia del derecho americano. En consecuencia, el Hotel fue condenado a pago de treinta millones de pesos. Otros casos han tenido repercusión mediática al involucrar políticos, periodistas e incluso medios de comunicación. Es famoso el caso de la periodista Isabel Arvide quién llamó a la señora Sasha Montenegro "encueratriz venida a menos" y calificó de "bastardos"· a los hijos que tuvo con el ex presidente López Portillo. Luego de una larga batalla legal, la señora Montenegro obtuvo una cuantiosa indemnización de la periodista.

Ahora bien, la actual regulación legal y jurisprudencial del daño moral, al contenerse en diversos ordenamientos y abarcar numerosos aspectos, ha causado que la figura en estudio alcance cierto grado de complejidad, lo que también, a nuestro modo de ver, ha provocado que su protección resulte insuficiente. En efecto, la aplicación de una figura compleja requiere tiempo para su estudio legal, jurisprudencial y fáctico lo que incrementa los costos humanos y económicos necesarios para implementar soluciones basadas en ella.

[2] La Suprema Corte y los Tribunales Colegiados han emitido numerosas tesis aisladas y jurisprudenciales sobre diversos aspectos del daño moral. Tan sólo en la novena y décima época, hasta junio de 2016, existen 133 tesis que mención al daño moral en su rubro y 16 de estos criterios son jurisprudencia. Muchas de estas tesis reflejan la trascendencia de derechos fundamentales como el honor, la justa indemnización, la libertad de expresión, el derecho a la información, el derecho de réplica y la libertad de imprenta en el daño moral. Lo anterior ha inyectado flexibilidad en un derecho tradicionalmente rígido y conservador como el Derecho civil.

Así las cosas, el presente estudio tiene como objetivo sistematizar los principales criterios que integran el caudal jurisprudencial emitidos en la novena y décima época[3] así como las disposiciones contenidas en diversas leyes y ordenamientos de la Ciudad de México; en especial el Código Civil para el Distrito Federal (en adelante CCDF), la Ley de responsabilidad civil para la protección del derecho a la vida privada, el honor y la propia imagen en el Distrito Federal (en adelante la Ley de Responsabilidad Civil), la Ley de Responsabilidad Patrimonial del Distrito Federal (en adelante Ley de Responsabilidad Patrimonial), el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (en adelante CPCDF), la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, el Código Penal para el Distrito Federal (en adelante CPDF) y el Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante CNPP).

Nuestra intención es proporcionar al lector un panorama claro que le permita identificar los casos que involucran daño moral así como los principales problemas que pueden presentarse en el juicio o procedimiento en el que se reclame esta figura. Para ello, hemos echado mano también de la experiencia acumulada durante varios años al representar a numerosas víctimas de daño moral y defender a medios de comunicación por conductas tachadas de ilícitas y generadoras de este tipo de daño.

En este sentido, en primer término estudiaremos las generalidades del daño moral. Aquí abordaremos los diversos tipos de daño trascedentes para el derecho, identificando en qué consiste el daño propiamente moral y la posibilidad de concurrencia de daños materiales y morales; después veremos en qué consiste la indemnización por daño moral; en qué situaciones existe el derecho a la indemnización y qué personas tienen derecho a la misma.

En segundo término, estudiaremos las situaciones en que existe derecho a la indemnización por daño moral, a saber: responsabilidad civil, delitos y actividad administrativa irregular.

Al abordar la *responsabilidad civil*, distinguiremos los tipos de responsabilidad que dan lugar a la indemnización por daño moral (dentro de los que se encuentra el abuso de los derechos fundamentales de libertad de expresión e información, respecto del cual no entraremos en detalles, ya que su estudio no es propio de una visión panorámica), ejemplificaremos casos de cada tipo de responsabilidad, abordaremos los elementos de la acción de responsabilidad civil y algunos aspectos procesales de dicha acción.

[3] En adelante, las tesis y jurisprudencias, dada la comodidad que brindan los medios electrónicos, se citan por su rubro y número de Registro Ius que permite ubicarlos en la página de semanario judicial de la Federación http://200.38.163.178/sjfsist/Paginas/tesis.aspx y en los medios de almacenamiento electrónico que la corte publica periódicamente.

Después, de manera somera abordaremos el régimen de los delitos y de la actividad administrativa irregular como hechos generadores de daño moral.

Finalmente, resumiremos los aspectos más importantes de nuestro estudio.

II. Generalidades

1. *Tipos de daño: materiales y morales*

Según el bien sobre el que recaen, los daños trascedentes para el Derecho pueden clasificarse en materiales y morales.

Los daños materiales recaen sobre el patrimonio (daños patrimoniales) y sobre el cuerpo de un ser humano ocasionando su incapacidad o muerte[4] (daños personales). Los daños patrimoniales son aquellos que recaen sobre los bienes directamente valorables en dinero; cuando consiste en la pérdida o menoscabo se llaman daños y cuando consisten en la privación de una ganancia lícita se llaman perjuicios.

En cambio, los daños morales son los que lesionan *a un derecho o a un simple bien o interés de carácter no pecuniario* como *las angustias, las aflicciones, las humillaciones, el padecimiento o el dolor*.[5] Los ordenamientos legales identifican el daño moral con la afectación a los derechos de la personalidad entre los que se encuentran: los sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico, la consideración que de una persona tienen los demás y la propia imagen.[6]

Los daños morales pueden ser presentes y futuros. El daño moral presente "se encuentra ya producido al momento de dictarse sentencia. Este daño comprende todas las pérdidas efectivamente sufridas, tanto materiales como extra-patrimoniales; en estas últimas entrarían los desembolsos realizados para la atención del daño". Por su parte, el daño moral futuro "es aquel que todavía no se ha producido al dictarse la sentencia, pero se presenta como una previsible prolongación o agravación de un daño actual, o como un nuevo menoscabo futuro, derivado de una situación del hecho actual. Para que el daño futuro pueda dar lugar a una reparación, la probabilidad de que el beneficio ocurriera debe ser real y seria, y no una mera ilusión o conjetura de la mente del damnificado".[7]

Como el lector puede observar, el ámbito del daño moral es bastante extenso. Bajo su protección entran casos tan distintos como el sufrimiento de los hijos por la muerte de su padre en un accidente automovilístico, causado por la impericia de un conductor; la violación a la vida privada, causado por la apertura ilícita de una caja de seguridad bancaria; el desprestigio de un político, a consecuencia de una nota de internet que le imputa falsamente delitos contra la salud; la depresión de una mujer, a causa de las lesiones en su rostro causadas en un intento de homicidio; la angustia de los padres cuando su hijo de tres años cae por las escaleras de un hotel y se lesiona de gravedad; la impotencia y coraje de un paciente que sufrió una cirugía practicada sin observar las reglas del arte médico, reduciendo su expectativa de vida, etcétera.

2. *Concurrencia de daños materiales y morales*

Los daños materiales y morales pueden concurrir en un mismo caso. En efecto, *la realidad demuestra que, por lo general, un menoscabo de aquella naturaleza puede generar, además del daño moral, también uno de carácter patrimonial. Inversamente, es posible que la lesión a derechos patrimoniales sea susceptible de causar, al mismo tiempo, no sólo un daño patrimonial sino también uno de carácter moral*.[8]

Por ejemplo, una pareja de novios contratan a una empresa de banquetes para su boda; si dicha empresa no entrega el banquete, los novios no sólo pierden el dinero gastando en el banquete (daño patrimonial) sino que se les causa angustia, enojo y desprestigio (daño moral). En el mismo sentido, una persona que sufre una lesión no sólo sufre un daño personal, sino que también se ve afectada en sus sentimientos, configuración y aspecto físicos (daño moral) y tendrá que desembolsar el pago de los doctores y hospitales que intervengan en el tratamiento de sus lesiones (daño patrimonial).

[4] Véanse los Artículos 1915, 1916, segundo párrafo, 2108 y 2109 del CCDF.

[5] Véase el Registro Ius número 2006733 del rubro "DAÑO MORAL. DE ACUERDO CON SU CONCEPCIÓN EN NUESTRA TRADICIÓN JURÍDICA, AQUÉL SE DETERMINA POR EL CARÁCTER EXTRA-PATRIMONIAL DE LA AFECTACIÓN. DAÑO MORAL. DE ACUERDO CON SU CONCEPCIÓN EN NUESTRA TRADICIÓN JURÍDICA, AQUÉL SE DETERMINA POR EL CARÁCTER EXTRA-PATRIMONIAL DE LA AFECTACIÓN."

[6] Veánse los artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal (en adelante el Código Civil) y 7, fracción VI, de la Ley de Responsabilidad Civil para Ley de responsabilidad civil para la protección del derecho a la vida privada, el honor y la propia imagen en el Distrito Federal (en adelante Ley de Responsabilidad Civil).

[7] Véase el Registro Ius número 2006736 del rubro "DAÑO MORAL. SU CLASIFICACIÓN ATENDIENDO AL MOMENTO EN QUE SE MATERIALIZA".

[8] Véase el Registro Ius número 2006735 del rubro "DAÑO MORAL. PUEDE PROVOCAR CONSECUENCIAS PATRIMONIALES Y EXTRA-PATRIMONIALES".

Es importante destacar que por disposición legal expresa, el daño moral es independiente del daño material.[9] Es decir, el daño moral debe repararse aún y cuando no exista daño material.[10] Esto cobra especial relevancia ya que algunas leyes especiales, al igual que el CCDF hacía a principios de la década de los ochentas del siglo pasado, hacen depender la reparación del daño moral de la existencia del daño moral.

3. *La indemnización del daño moral*

En muchos casos, la indemnización del daño moral consiste en el pago de una cantidad de dinero. Sin embargo, el papel que este desempeña no es el mismo que juega en la reparación de los daños materiales, donde puede lograrse alguna equivalencia entre el daño y su reparación, en cambio, en el daño moral, el dinero sólo juega un papel de compensación o satisfacción, ya que no se puede *poner precio al dolor o a los sentimientos humanos*.[11]

Por otra parte, la indemnización del daño moral no necesariamente comprende dinero, puede consistir también en la publicación de un extracto de la sentencia cuando la afectación puede ser resarcida por este medio (por ejemplo, cuando recae sobre el honor, y fue difundida en un medio informativo).[12]

4. *Derecho a la indemnización por daño moral*

Ahora bien, no todo daño moral genera un derecho a su indemnización. Por ejemplo, el secuestrador condenado legalmente por una sentencia judicial, que pasa varios años en prisión, puede sufrir un importante quebranto moral

[9] Artículo 1916, segundo párrafo, del CCDF.

[10] Véase el Registro Ius número 2006734 del rubro "DAÑO MORAL. LA ACCIÓN PARA RECLAMAR SU REPARACIÓN ES AUTÓNOMA A LA DEMANDA DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS PATRIMONIALES (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL)".

[11] Véase el Registro Ius número 173279 del rubro "INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL Y RESARCIMIENTO POR DAÑOS MATERIALES. DISTINCIÓN ENTRE SU FINALIDAD Y CUANTIFICACIÓN".

[12] Véase los Registros Ius números 202917 del rubro "DAÑO MORAL. LA PUBLICACION DE LA SENTENCIA QUE CONDENA A RESARCIR EL, SOLO PROCEDE EN AQUELLOS CASOS EN QUE SE HA MENOSCABADO O MANCILLADO EL HONOR DE LA PERSONA AFECTADA", Ius número 173789 del rubro "DAÑO MORAL CAUSADO POR UN TEXTO IMPRESO EN UN MEDIO DE COMUNICACIÓN SOCIAL. SU REPARACIÓN DEBE HACERSE MEDIANTE LA PUBLICACIÓN DE UN EXTRACTO DE LA SENTENCIA DICTADA EN EL JUICIO RESPECTIVO, EN LAS MISMAS CONDICIONES EN QUE SE HIZO LA PUBLICACIÓN QUE LO CAUSÓ (ARTÍCULO 1916 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL)", artículos 39 y 41 de la Ley de Responsabilidad Civil.

al verse privado de su libertad, honor y reputación; sin embargo, este daño no da derecho a la reparación, ya que el daño sufrido fue consecuencia de una condena impuesta de conformidad con la ley.

En el mismo sentido, existen diversas situaciones que pueden generar un daño moral, pero que no dan lugar a la indemnización, a saber: la sola presentación de una demanda, si no se basa en hechos falsos, calumniosos o injuriosos, no da lugar a la indemnización del daño moral, ya que se fundamenta en el licito ejercicio del derecho de acceso a la justicia;[13] algo similar acontece con las denuncias que, si no se basan en hechos dolosamente falsos sólo se traducen en la "facultad que aquél tiene de acudir a las autoridades indagadoras";[14] en el mismo sentido, una nota periodística que se limita a ejercer lícitamente los derechos de opinión, crítica y expresión de las ideas no genera derecho a la indemnización del daño moral.[15]

Para que exista derecho a la indemnización del daño moral deben actualizarse los supuestos de la responsabilidad civil, o bien, el daño debe ser causado por un delito o por una actividad administrativa irregular del Estado. Estudiaremos en líneas adelante estas figuras.

5. *Personas que tienen derecho a la reparación del daño*

No sólo las personas físicas tienen derecho a la reparación del daño moral, sino también las personas morales, en caso de que se afecte la consideración que de ellas tienen los demás, así como los bienes del patrimonio moral compatibles con su naturaleza.[16]

[13] Véase el Registro Ius número 185208 del rubro "DAÑO MORAL. SU RECLAMACIÓN NO PUEDE SUSTENTARSE EN LA SIMPLE PRESENTACIÓN DE UNA DEMANDA, A NO SER QUE ÉSTA SE BASE EN HECHOS FALSOS, CALUMNIOSOS, INJURIOSOS O DE NATURALEZA SEMEJANTE".

[14] Véanse los Registro Ius número 186301 del rubro "DAÑO MORAL CON MOTIVO DE DENUNCIA DE HECHOS". y número 199294 del rubro "DAÑO MORAL. LA DENUNCIA DE HECHOS QUE PUDIERAN CONSTITUIR UN DELITO, FORMULADA ANTE EL MINISTERIO PUBLICO, NO IMPLICA UN DAÑO NI UN HECHO ILICITO PARA CONFIGURARLO".

[15] Véase el Registro Ius número 199883 del rubro "DAÑO MORAL, NO SE ESTA OBLIGADO A LA REPARACION DEL, CUANDO SE EJERCEN LOS DERECHOS DE OPINION, CRITICA Y EXPRESION DE LAS IDEAS A QUE ALUDE EL ARTICULO 6o. CONSTITUCIONAL".

[16] Véase el Registro Ius número 178767 del rubro "DAÑO MORAL. LAS PERSONAS MORALES ESTÁN LEGITIMADAS PARA DEMANDAR SU REPARACIÓN EN CASO QUE SE AFECTE LA CONSIDERACIÓN QUE TIENEN LOS DEMÁS RESPECTO DE ELLAS (ARTÍCULO 1916 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL)"; y Artículo 6º de la Ley de Responsabilidad Civil.

III. Responsabilidad civil

1. *Tipos de responsabilidad civil generadora de daño moral*

Existe responsabilidad civil cuando se causa un daño otro, por el incumplimiento de una obligación nacida de un contrato, o bien, por la violación al deber genérico de no dañar a otro;[17] al primer tipo de responsabilidad se le llama contractual y al segundo extracontractual.

A su vez, la responsabilidad civil extracontractual se divide en objetiva o subjetiva.[18] La responsabilidad subjetiva se funda en elementos psicológicos: intención de dañar (dolo) o el descuido o negligencia (culpa). En cambio, la responsabilidad objetiva no se funda en un elemento psicológico; basta que el daño se cause por el uso de mecanismos, instrumentos, aparatos, vehículos automotores o substancias peligrosas.[19]

Tanto la responsabilidad contractual (ya sea que el contrato tenga naturaleza civil o mercantil),[20] como extracontractual, en sus vertientes subjetiva y objetiva, dan lugar a la indemnización civil por daño moral.[21]

2. *Régimen especial del abuso del derecho*

Existe un régimen especial de la responsabilidad civil extracontractual, que da lugar a la reparación del daño moral: el abuso del derecho.

Para que proceda la reparación del daño moral, causado por el abuso del derecho, es necesario acreditar un elemento psicológico, que va más allá

[17] Veánse los Artículos 1830 y 1910 del CCDF. Si bien es lugar común que la responsabilidad civil extracontractual cuando existe un hecho ilícito, preferimos el término hecho generador, ya que el hecho ilícito sólo es propio e indiscutido respecto de la responsabilidad civil extracontractual subjetiva, pero no así respecto de la objetiva.

[18] Registro Ius número 2006178 del rubro "RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL. SUS DIFERENCIAS".

[19] Artículo 1913 CCDF.

[20] Véase el Registro Ius número 162895 del rubro "DAÑO MORAL. LA ACCIÓN COMPENSATORIA CORRESPONDIENTE ES DE CARÁCTER CIVIL, AUNQUE SU EJERCICIO SE RELACIONE CON EL CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO MERCANTIL".

[21] Artículo 1916, segundo párrafo, del CCDF y Registros Ius número 2006804 del rubro "DAÑO MORAL. SE GENERA CON INDEPENDENCIA DE QUE LA RESPONSABILIDAD SEA CONTRACTUAL O EXTRACONTRACTUAL". y número 205257 del rubro "RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA Y REPARACION POR DAÑO MORAL, NO SON ACCIONES CONTRADICTORIAS Y PUEDEN COEXISTIR VALIDAMENTE EN EL MISMO PROCEDIMIENTO".

del dolo o la culpa, a saber: que el derecho sólo se ejerció con el fin de causar un daño, sin utilidad para el titular.[22]

De forma similar, cuando se abusa de los derechos fundamentales de libertad de expresión e información, es necesario acreditar diversos elementos psicológicos que también más allá del dolo o la culpa:[23] como regla general, que el daño se causó con negligencia inexcusable, es decir una culpa grave o gravísima, no entender lo que todo el mundo entiende;[24] si se trata de servidores públicos hay que acreditar la malicia efectiva (es decir, que la información fue difundida a sabiendas de su falsedad, con total despreocupación sobre si era falsa y con el único propósito de dañar);[25] si se trata de figuras públicas, basta con que la información haya sido difundida a sabiendas de su falsedad. Este tipo de responsabilidad civil tiene un régimen especial: el previsto en la Ley de Responsabilidad Civil antes mencionada.

3. *Algunos casos de responsabilidad civil que involucran daño moral*

A continuación exponemos ejemplos de los distintos tipos de responsabilidad civil que dan lugar a la indemnización por daño moral:

a) Un caso de responsabilidad contractual que da lugar a la reparación del daño moral es la pareja de novios que contrata un servicio de banquetes para el día de su boda y no recibe el servicio sufriendo angustia, enojo y desprestigio.

b) Entre los casos de responsabilidad extracontractual subjetiva que da lugar a la reparación del daño moral, se encuentra el del niño que cae tres metros por el vacío que existe en el descanso de las escaleras de

[22] Artículo 1912 CCDF.

[23] Artículos 28, 29, 30, 31 y 32 de la Ley de Responsabilidad Civil.

[24] El Registro Ius número 2003634 del rubro "LIBERTAD DE EXPRESIÓN. INTERPRETACIÓN DE LA NEGLIGENCIA INEXCUSABLE DE LOS PERIODISTAS EN LA LEY DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA, EL HONOR Y LA PROPIA IMAGEN EN EL DISTRITO FEDERAL". se refiere a la negligencia inexcusable en los siguientes términos: "La falta de cuidado tiene que ser de tal magnitud que se considere inexcusable".

[25] La Corte ha entendido en forma diferente la malicia efectiva en el Registro Ius número 2003303 del rubro "LIBERTAD DE EXPRESIÓN. SUS LÍMITES A LA LUZ DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DUAL Y DEL ESTÁNDAR DE MALICIA EFECTIVA". "El estándar de 'real malicia' requiere, para la existencia de una condena por daño moral por la emisión de opiniones, ideas o juicios, que hayan sido expresados con la intención de dañar, para lo cual, la nota publicada y su contexto constituyen las pruebas idóneas para acreditar dicha intención".

un hotel, sin que éste haya puesto avisos del peligro. Al caer, sufre fracturas en su brazo, en la órbita de su ojo, queda inconsciente y sus vacaciones se convierten en una larga y dolorosa visita al hospital.

Por su importancia, hay que destacar como ejemplos de la responsabilidad extracontractual subjetiva los casos del *bullying* y el *mobbing*.

El *bullying* consiste en:

> diversas agresiones que incluso siendo en sí y por separado leves, terminen produciendo menoscabo a la integridad moral al ejecutarse de forma reiterada, sistemática y habitual, de tal suerte que impliquen alteraciones psicoemocionales que repercutan en los ámbitos social, afectivo y académico de un menor de edad.[26]

El *mobbing* o acoso laboral consiste en conductas con los siguientes rasgos:

> *i.* El objetivo de intimidar, opacar, aplanar, amedrentar o consumir emocional o intelectualmente al demandante, con miras a excluirlo de la organización o satisfacer la necesidad, por parte del hostigador, de agredir, controlar y destruir; *ii.* Que esa agresividad o el hostigamiento laboral ocurra, bien entre compañeros del ambiente del trabajo, o por parte de sus superiores jerárquicos; *iii.* Que esas conductas se hayan presentado sistemáticamente, es decir, a partir de una serie de actos o comportamientos hostiles, pues un acto aislado no puede constituir acoso; y *iv.* Que la dinámica en la conducta hostil se desarrolle según los hechos relevantes descritos en la demanda.[27]

c) Un caso de responsabilidad extracontractual objetiva es la persona que es atropellada por un camión estacionado sin conductor a consecuencia de una falla mecánica en el freno de mano. En este caso, el daño moral consiste en el dolor que acompaña a las lesiones.

d) Un caso de responsabilidad civil extracontractual que involucra el abuso de los derechos fundamentales de libertad de expresión e información es el de la periodista que insulta, con expresiones totalmente innecesarias para el ejercicio de la libertad de expresión, a una artista que es una figura pública.[28]

[26] Registro Ius número 2010341 del rubro "BULLYING ESCOLAR. ESTÁNDAR PARA ACREDITAR LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL DAÑO MORAL GENERADO EN UN MENOR".

[27] Registro Ius número 2006868 del rubro "ACOSO LABORAL (MOBBING). CARGA PROBATORIA CUANDO SE DEMANDA LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL EN LA VÍA CIVIL".

[28] Véanse los Artículos 14 y 7, fracción VII, de la Ley de Responsabilidad Civil, antes citada.

4. *Elementos de la acción de responsabilidad civil que da lugar a la indemnización del daño moral*

Para que la acción de responsabilidad civil de lugar a la indemnización de daño moral es necesario alegar (esto es, narrar en forma clara y precisa)[29] y probar[30] tres elementos, a saber: el hecho generador, el daño moral y la relación causal entre el hecho y el daño.[31]

a) Hecho generador: El actor debe alegar y probar la existencia de un hecho generador de responsabilidad civil en sus vertientes contractual o extracontractual.

Esto es, el actor debe alegar y probar alguno de los siguientes hechos: *i.* El incumplimiento de una obligación nacida de un contrato; *ii.* Un acto u omisión culposo o doloso; *iii.* El un uso de mecanismos, instrumentos, aparatos, vehículos automotores o substancias peligrosas; *iv.* El abuso de un derecho ejercido con el fin de causar un daño, sin utilidad para el titular; o *v.* El abuso de los derechos fundamentales de expresión o información realizados con algunos de los siguientes elementos subjetivos: negligencia inexcusable (por regla general), malicia efectiva (en el caso de que la víctima sea un servidor público), o a sabiendas de que la información difundida es falsa (en caso de que la víctima sea una figura pública).

b) Daño moral: El actor debe alegar y probar la afectación a alguno de los derechos de la personalidad. La Corte ha dividido el daño moral, como género en tres especies tomando como criterio el interés afectado: "*i.* Daño al honor, el cual afecta a una persona en su vida privada, honor o propia imagen; *ii.* Daños estéticos, que son los que afectan la configuración y los aspectos físicos de las personas; y *iii.* Daños a los sentimientos o a la parte afectiva del patrimonio moral, como se les ha denominado en la doctrina, y que hieren a un individuo en sus afectos".[32]

[29] Véase el Artículo 255, fracción V, del CPCDF.

[30] Véase el Artículo 281 del CPCDF.

[31] Véase los registros Ius número 167736 del rubro "DAÑO MORAL. PRESUPUESTOS NECESARIOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN RELATIVA (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL)"; Ius número 160425 del rubro "DAÑO MORAL. ES LA ALTERACIÓN PROFUNDA QUE SUFRE UNA PERSONA EN SUS SENTIMIENTOS, AFECTOS, CREENCIAS, DECORO, HONOR, REPUTACIÓN, VIDA PRIVADA, CONFIGURACIÓN Y ASPECTOS FÍSICOS, O BIEN, EN LA CONSIDERACIÓN QUE DE SÍ MISMA TIENEN LOS DEMÁS, PRODUCIDA POR HECHO ILÍCITO". y el artículo 36 de la Ley de Responsabilidad Civil.

[32] Véase el Registro Ius número 2006737 del rubro "DAÑO MORAL. SU CLASIFICACIÓN EN CUANTO AL CARÁCTER DEL INTERÉS AFECTADO".

El daño debe probarse de forma directa o indirecta:

> El daño moral puede acreditarse directamente a través de periciales en psicología u otros dictámenes periciales que puedan dar cuenta de su existencia. Asimismo, el daño puede acreditarse indirectamente, es decir, el juez puede inferir, a través de los hechos probados, el daño causado a las víctimas.[33]

c) Relación causal: Una relación de causalidad adecuada entre el acto generador de responsabilidad civil y el daño.[34] Al respecto, debe recordarse que el daño moral no sólo abarca daños presentes, sino también futuros; la relación causal puede establecerse respecto de ambos tipos de daños, pero en todo caso debe ser adecuada.

5. *Aspectos procesales de la acción*

La complejidad sustantiva de la figura estudiada se traduce en la dificultad de su planteamiento procesal, donde destacan los siguientes aspectos: importancia de la prueba presuncional, cuantificación del monto del daño moral, prescripción, costas, competencia y vía.

a) Importancia de la prueba presuncional. La prueba presuncional tiene gran importancia en la prueba de los elementos de la acción del daño moral, al menos en dos aspectos: para acreditar los elementos subjetivos del hecho generador del daño y para acreditar la existencia del daño moral; en estos caso debe probarse un hecho conocido para llegar a un hecho desconocido.[35]

En efecto, la prueba idónea para acreditar los elementos subjetivos del hecho generador del daño (como el dolo, culpa, malicia efectiva, negligencia inexcusable, etcétera) es la presuncional. Por ejemplo, puede acreditarse la intención de atropellar a una persona (hecho desconocido) de ciertos hechos conocidos, como que el impacto ocurrió en pleno día, en un camino recto, sin obstáculos visibles, existiendo una franca enemistad entre el conductor y la víctima, etcétera.

Por otra parte existen presunciones legales y humanas para probar la existencia del daño moral.

[33] Registro Ius número 2006803 del rubro "DAÑO MORAL. POR REGLA GENERAL DEBE PROBARSE YA SEA DE MANERA DIRECTA O INDIRECTA".

[34] Veáse el Artículo 2110 del CCDF.

[35] Véase el Artículo 379 del Código de Procedimientos Civil

Tres importantes presunciones legales de la existencia del daño moral se encuentran en la parte final el primer párrafo del Artículo 1916: *Se presumirá* que hubo *daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas*. En este sentido, la existencia de un lesión orgánica producida por una responsabilidad objetiva presume la existencia de dolor físico, es decir de daño moral.[36]

Por otra parte, una presunción humana de la existencia del daño moral, reconocida por la jurisprudencia, es la que se limita a los *bienes de éste que son de carácter intangible e inasible, y que ordinariamente mantienen su esencia en el fuero interno de las personas, como los sentimientos, la dignidad y la autoestima, en atención a que la prueba directa de su afectación es difícil o imposible de allegar, y sin embargo, resulta evidente o indiscutible que ciertos actos ilícitos menoscaban esos valores, como consecuencia natural u ordinaria, según lo enseñan las máximas de la experiencia y la aplicación de las reglas de la lógica, pues nadie duda de la perturbación que produce, normalmente, la muerte de un ser querido como los padres, los hijos o el cónyuge, ni la socavación de la autoestima por actos de mofa o ridiculización, como tampoco del menoscabo de la dignidad, con actos degradantes de cualquiera especie.*

En cambio por lo que hace a *los valores del patrimonio moral que no comparten en la misma medida las mencionadas cualidades de intangibilidad, inasibilidad o interioridad, sino que surgen y dependen de la interacción del sujeto con factores externos y de su relación con otras personas, como la fama o la reputación, respecto de los cuales la afectación no es resultado necesario, natural y ordinario del acto ilícito, pues para empezar no todas las personas los poseen, sino que pueden tenerse o no, y por otra parte, como se mueven dentro del mundo material, son susceptibles de prueba en mayor medida; por tanto, respecto de estos valores prevalece la carga de comprobar la existencia y magnitud del valor aducido, su afectación, y que el ilícito fue la causa eficiente de la merma del valor*[37]

[36] Registro Ius número 175977 del rubro "DAÑO MORAL. LO CONSTITUYE EL DOLOR FÍSICO PRODUCIDO POR UNA LESIÓN ORGÁNICA DERIVADA DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA, BASTANDO ACREDITAR LA EXISTENCIA DE AMBAS PARA QUE PROCEDA LA ACCIÓN DE REPARACIÓN".

[37] Véanse los Registro Ius número 163713 del rubro "TEORÍA DE LA PRUEBA OBJETIVA DEL DAÑO MORAL. SÓLO ES APLICABLE CUANDO EL DAÑO SE PRESUME"; Ius número 2006802 del rubro "DAÑO MORAL EN EL CASO DEL FALLECIMIENTO DE UN HIJO. SE PRESUME RESPECTO DE LOS PARIENTES MÁS CERCANOS"; y el Artículo 1916, parte final, del CCDF. del hecho generador del daño dic. CASOS QUE EJEMPLIFIQUEN ESTE ABUSO?

b) Cuantificación del monto de la indemnización del daño moral. La cuantificación del monto de la indemnización del daño moral se hace en sentencia con base en los siguientes elementos: *i. El tipo de derecho o interés lesionado; ii. El nivel de gravedad del daño; iii. Los gastos devengados o por devengar derivados del daño moral; iv. El grado de responsabilidad del responsable; y v. La capacidad económica de este último.*[38] La situación económica de la víctima puede tomarse en cuenta para la indemnización correspondiente a las consecuencias económicas del daño moral, pero no por lo que hace a las consecuencias extra patrimoniales.[39]

La reparación del daño moral, no sólo tiene un carácter indemnizatorio, sino también punitivo, lo cual puede llegar a impactar en el monto de la indemnización. En palabras de la Corte: *el carácter punitivo de la reparación del daño se deriva de una interpretación literal y teleológica del Artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal. Dicho Artículo dispone que en la determinación de la 'indemnización', se valoren, entre otras circunstancias, los derechos lesionados, el grado de responsabilidad y la situación económica de la responsable. De esta forma, el juez no debe solamente considerar en su condena aquellos aspectos necesarios para borrar, en la medida de lo posible, el daño sufrido por la víctima, sino que existen agravantes que deberán ponderarse en el quántum de la indemnización. Como se puede observar, este concepto no busca únicamente reparar el daño en los afectos de la víctima, sino que permite valorar el grado de responsabilidad de quien causó el daño.*

En algunos casos, los límites al monto de la indemnización han sido declarados inconvencionales por violación al derecho a la justa indemnización.[40]

c) Prescripción. La prescripción del daño moral es de dos años en términos del Artículo 1934 del Código Civil y 38 de la Ley de Responsabilidad Civil.

[38] Véase Registro, Ius número 2011534 del rubro "REPARACIÓN DEL DAÑO EN MATERIA PENAL. PARÁMETROS PARA LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERA)".

[39] Véase Registro Ius número 2010425 del rubro "INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL. LA CONDICIÓN ECONÓMICA DE LAS VÍCTIMAS NO DEBE TOMARSE EN CUENTA PARA DETERMINAR LA INDEMNIZACIÓN POR CONSECUENCIAS EXTRAPATRIMONIALES DEL DAÑO MORAL (INTERPRETACIÓN CONFORME DEL ARTÍCULO 7.159 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE MÉXICO)".

[40] Registro Ius número 2006959 del rubro "DAÑOS PUNITIVOS. ENCUENTRAN SU FUNDAMENTACIÓN LEGAL EN EL ARTÍCULO 1916 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL"; e Ius número 2011513 del rubro "RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO DE JALISCO Y SUS MUNICIPIOS. EL ARTÍCULO 11, FRACCIÓN II, DE LA LEY RELATIVA, QUE ESTABLECE UN MONTO MÁXIMO COMO LÍMITE AL QUE DEBERÁ SUJETARSE LA INDEMNIZACIÓN POR EL DAÑO MORAL QUE OCASIONE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA IRREGULAR, ES INCONSTITUCIONAL E INCONVENCIONAL, AL RESTRINGIR ARBITRARIAMENTE EL DERECHO DEL PARTICULAR A RECIBIR UNA INDEMNIZACIÓN JUSTA".

Al respecto, es importante destacar que la jurisprudencia ha precisado cuando empieza a correr el plazo en algunos casos discutidos: respecto de las publicaciones realizadas en internet, el plazo corre a partir de su publicación;[41] en el caso de publicaciones periódicas, el plazo se inicia a partir de su término de vigencia, es decir: el último día del mes o de la semana en que aparecieron.[42] En el caso del contagio del VIH, el plazo se cuenta a partir de que la víctima se entera de que se le causó esa afectación.[43]

d) Competencia y vía. La acción de responsabilidad civil que involucra daño moral es de carácter personal.[44] En consecuencia, el juez competente es el del domicilio del demandado.[45] Hasta en tanto se dicte sentencia condenatoria el asunto es de cuantía indeterminada; en consecuencia, los juzgados de lo civil, y no los jueces orales civiles, son competentes para conocer este tipo de asuntos.[46] La vía procedente es el juicio ordinario civil.[47]

d) Costas del daño moral. En el daño moral, el asunto es de cuantía indeterminada hasta en tanto el juez fije mediante sentencia el monto de la indemnización;[48] en este momento, el asunto pasa a ser de cuantía determinada.[49] De otra forma, es decir si la sentencia es absolutoria el juicio siendo de cuantía indeterminada.[50] Lo anterior tiene trascendencia en el tema de

[41] Registro Ius número 2001285 del rubro "DAÑO MORAL. PLAZO PARA LA PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES EJERCIDAS PARA EXIGIR RESPONSABILIDAD POR PUBLICACIONES REALIZADAS EN LA INTERNET (LEY DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA, EL HONOR Y LA PROPIA IMAGEN EN EL DISTRITO FEDERAL)".

[42] Registro Ius número 161106 del rubro "DAÑO MORAL DERIVADO DE PUBLICACIONES PERIÓDICAS, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DEL. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1934 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL".

[43] Registro Ius número 205202 del rubro "DAÑO MORAL. PRESCRIPCION PARA EJERCITAR LA ACCION DE INDEMNIZACION POR CONTAGIO DEL VIRUS DE INMUNODEFICIENCIA HUMANA (VIH O HIV O SIDA)".

[44] Véase el *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*, Artículo 25.

[45] *Ibidem*, Artículo 156, fracción IV.

[46] *Ibidem*, Artículo 50, fracción VIII.

[47] *Ibidem*, Artículo 255.

[48] Véanse los Registro Ius número 2000760 del rubro "DAÑO MORAL. EL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN PROVENIENTE DEL ACTO O HECHO ILÍCITO QUE DA ORIGEN A AQUÉL, SÓLO SE DECLARA EN LA SENTENCIA DEFINITIVA"; e Ius número 167941 del rubro "DAÑO MORAL. LA CUANTÍA DE LA INDEMNIZACIÓN DEBE DETERMINARSE POR EL JUEZ, INDEPENDIENTEMENTE DE LA CANTIDAD PEDIDA EN LA DEMANDA".

[49] Véase el Registro Ius número 2011513 del rubro "RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO DE JALISCO Y SUS MUNICIPIOS. EL ARTÍCULO 11, FRACCIÓN II, DE LA LEY RELATIVA, QUE ESTABLECE UN MONTO MÁXIMO COMO LÍMITE AL QUE DEBERÁ SUJETARSE LA INDEMNIZACIÓN POR EL DAÑO MORAL QUE OCASIONE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA IRREGULAR, ES INCONSTITUCIONAL E INCONVENCIONAL, AL RESTRINGIR ARBITRARIAMENTE EL DERECHO DEL PARTICULAR A RECIBIR UNA INDEMNIZACIÓN JUSTA"; e Ius número 163838 del rubro "CUANTÍA DEL JUICIO. ES INDETERMINADA EN LA RECLAMACIÓN POR DAÑO MORAL MIENTRAS EL JUEZ NO FIJE SU INDEMNIZACIÓN".

[50] Véase el Registro Ius número 171493 del rubro "CUANTÍA DEL JUICIO. ES INDETERMINADA EN LA RECLAMACIÓN POR DAÑO MORAL, SI LA SENTENCIA ES ABSOLUTORIA".

pago de gastos y costas, ya que sólo cuando existe condena a una cantidad líquida pueden cuantificarse las costas conforme al Artículo 128 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, es decir conforme a un porcentaje del monto del negocio; en caso contrario, las costas se cuantifican de acuerdo con el Artículo 129 de dicho ordenamiento, es decir, de acuerdo con un arancel.

IV. Delitos

Es importante destacar que en 2006, con la entrada en vigor de la Ley de Responsabilidad Civil antes mencionada (véase el tránsitorio tercero del Decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 19 de mayo de 2006), se derogaron los delitos contra el honor y las conductas típicas que constituían la difamación y calumnia pasaron a ser ilícitos civiles que dan lugar a la indemnización del daño.

Aclarado lo anterior, podemos decir que si la acción u omisión encuadra exactamente en un delito tipificado por la ley se generan diversos tipos de pena, entre las que se encuentra la sanción pecuniaria.[51] Ésta comprende la reparación del daño y alcanza el "daño moral sufrido por la víctima o las personas con derecho a la reparación, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud psíquica y física de la víctima".

Por ejemplo, las víctimas y ofendidos de los delitos de lesiones, homicidios, daño en propiedad ajena, etc. que resientan daños morales además de daños materiales tienen derecho a la reparación del daño moral conforme a los tiempos y formas que establece el CNPP.

En efecto, la víctima y el ofendido por el delito tienen derecho a esta reparación y puede solicitarla al órgano jurisdiccional, con independencia de que el ministerio público la solicite.[52] En todo caso, la víctima u ofendido tienen derecho a recurrir la resoluciones que versen sobre la reparación del daño.[53]

Durante la investigación, el Ministerio público tiene el deber de recabar las pruebas para determinar el daño y tiene la obligación de solicitar al juez su reparación.[54]

[51] Véase el Artículo 1°, 30, fracción V, 37 y 42, fracción III del CPDF

[52] Véase *Código Nacional de Procedimientos Penales*, Artículos 109, fracción XXIV y XV, 338, fracción IV.

[53] *Ibídem*, Artículo 459, fracción I.

[54] *Ibídem*, Artículo 131, fracciones V y XXII, 213 y 335, fracción VIII.

El juez puede decretar medidas provisionales para garantizar dicha reparación y en la sentencia debe fijar su monto.[55] En caso de que la prueba no permita con certeza determinar el monto, la liquidación se realiza vía incidental en la ejecución de sentencia.[56]

En los casos en que proceda la acción penal por particulares, es posible solicitar y obtener la reparación del daño.[57]

La prescripción del delito extingue también las penas.[58] En consecuencia, la prescripción del delito extingue la el derecho a la indemnización del daño moral.

V. Actividad Administrativa Irregular

Los daños morales causados por entes públicos de la Ciudad de México se rigen por Ley de Responsabilidad Patrimonial del Distrito Federal, en adelante Ley de Responsabilidad Patrimonial.

En este caso, la parte interesada tiene derecho a la reparación del daño moral cuando existe actividad administrativa irregular de los entes públicos de la Ciudad de México que es causa del daño.[59]

Se entiende por actividad administrativa irregular *aquella que cause daño a los bienes y derechos de los particulares, siempre que se sea consecuencia del funcionamiento irregular de la actividad o servicios públicos, que no se haya cumplido con los estándares promedio de funcionamiento de la actividad o servicio público de que se trate y que exista la relación causa efecto entre el daño ocasionado y la acción administrativa irregular imputable a los entes públicos*.[60]

La indemnización debe pagarse en moneda nacional, pero el pago puede convenirse en especie e incluso en parcialidades cuando no afecte el interés público. El monto de la indemnización se calcula de acuerdo con lo dispuesto por el CCDF, tomando en consideración la magnitud de los daños, pero no debe exceder del equivalente a 10,000 veces la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México vigente, por cada reclamante afectado.[61]

[55] *Ibídem*, Artículos 138 y 206, 401, 403 y 406.

[56] *Ibídem*, Artículo 406, párrafo V.

[57] *Ibídem*, Artículo 430, fracción II.

[58] Artículos 105, CPDF.

[59] *Ley de Responsabilidad Patrimonial,* Artículos 1, 3, y 5.

[60] *Ibídem*, Artículo 3, fracción I.

[61] *Ibídem*, Artículos 13 y 16.

La reclamación puede presentarse ante el órgano público presuntamente responsable o ante la Contraria General.[62] En caso de que se dicte resolución que niegue la indemnización o que el monto no satisfaga al interesado, éste podrá impugnarla mediante el recurso de inconformidad en vía administrativa o mediante el juicio de nulidad ante el Tribunal Contencioso Administrativo.[63] El procedimiento se rige por Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal, Código Fiscal en la vía administrativa y Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la vía jurisdiccional. El ordenamiento supletorio respecto al ofrecimiento, desahogo y valoración de pruebas en el CPCDF.[64]

El derecho a reclamar la indemnización prescribe en un año computado "*a partir del día siguiente a aquel en que se hubiera producido la lesión patrimonial o a partir del momento que hubiesen cesado sus efectos lesivos, si fuesen de carácter continuo. Cuando existan daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo de prescripción empezará a correr desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas*".[65]

VI. A manera de resumen

El desarrollo legislativo y jurisprudencial del daño moral abarca los ámbitos civil, penal y administrativo y engloba diversos aspectos. A nuestro juicio, entre los principales aspectos de dicho desarrollo destacan los siguientes:

- No todo daño moral genera un derecho a su indemnización.
- Para que surja este derecho es necesario que el daño moral sea consecuencia de un hecho generador de responsabilidad civil, de un delito o de una actividad administrativa irregular.
- Los diversos aspectos sustantivos y procesales que abarca la ley y la jurisprudencia requieren que el planteamiento de una acción de daño moral exitosa preste atención a diversos aspectos entre los que destacan, por su complejidad y dificultad, los siguientes: *i.* Encuadrar correctamente el tipo de figura civil, penal o administrativo aplicable; *ii.* La importancia de la presuncional en la prueba de los elementos de la acción; *iii.* Los aspectos para que deben tomarse en cuenta en la cuantificación del daño moral; *iv.* El términos para la prescripción de la acción civil; y *v.* Las particularidades de cada procedimiento para reclamar el daño moral.

[62] *Ibídem*, Artículo 23.
[63] *Ibídem*, Artículo 30.
[64] *Ibídem*, Artículo 25.
[65] *Ibídem*, Artículo 32.

LAS CONSTITUCIONES DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE PUEBLA, DE CARA AL DESARROLLO CONSTITUCIONAL DEL ESTADO MEXICANO (1825-1917)

Juan Pablo Salazar Andreu*

Sumario: Introducción. La Constitución Política de Puebla de 1825 y sus reformas. Las reformas de 1831. La Constitución Política de Puebla de 1861 y sus reformas en 1870, 1880, 1883, 1892 y 1894. Constitución Política de Puebla, 1917. Abreviaturas. Fuentes.

Introducción

Tras el movimiento insurgente que se presentó de 1810 a 1821, el enfrentamiento entre los bandos liberal (que apoyaba el federalismo y fue avalado por Estados Unidos) y conservador (que buscaba establecer también la república, pero centralista); así como la fuerte influencia de las logias masónicas yorkinas y escocesas, se dieron como resultado batallas militares y legislativas, a nivel Federal y local, en las que la instrumentación de Constituciones reflejó los ideales y ambiciones políticas.

Puebla, en la primera década del siglo XIX y mediante diversas reformas y congresos constituyentes, permitió que el ideario político en turno fuera impuesto; esto pese a los intentos de invasión de Estados Unidos y Francia, principalmente.

* 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 y Miembro del Comité editorial de la Revista *Archivum* de la Junta de Historia Eclesiástica Argentina.

Es necesario señalar que el presente artículo atiende de manera preponderante los textos constitucionales de inspiración federalista que tuvieron vigencia en el territorio de Puebla, desde el inicio del México independiente: la Constitución de 1825, con sus reformas en 1831; la Constitución de 1861, reformada en 1862 y 1870, modificada en 1880, en 1883 y 1894. Finalmente se elabora la constitución de 1917 con sus enmiendas.

Otro punto que es digno de resaltarse, es que diversos autores han abordado el tema de las Constituciones de Puebla, pero presentando divergencias en sus conclusiones; ejemplos de ello son:

- En *Relación histórica del Congreso del Estado de Puebla*, Ramón Sánchez Flores enumera la Constitución de 1825, la Constitución de 1861, la Constitución de 1892 y la Constitución de 1917.[1]
- Rodolfo Archundia de la Rosa señala la Constitución de 1825, la Constitución de 1861 y la Constitución de 1917.[2]
- Ricardo Morales y Diego Flic identifican las Constituciones de 1825, 1861, 1880, 1892, 1917 y 1982.[3]
- Margarita de la Villa de Helguera considera como Constituciones los textos de 1825, 1861, 1880, 1894 y 1917.[4]
- Fernando García Rosas destacó las Constituciones de 1825, 1861 y la Constitución de 1917.[5]
- Raymundo García cita los textos constitucionales de 1825 y 1861, con sus reformas de 1880, 1883 y 1892.[6]

Por lo anterior, resulta imperativo brindar un poco de luz sobre las contradicciones y discordancias entre las aportaciones de estos autores; objetivo principal del presente artículo.

[1] Sánchez Flores, Ramón, *Relación Histórica del Congreso del Estado de Puebla 1810-2003*, pp. 88 a 210.

[2] Archundia, Rodolfo, "La autonomía del poder judicial del Estado de Puebla", en *Derecho Constitucional Estatal*, pp. 298-299.

[3] Morales Carrasco, Ricardo y Flic, Diego, "Puebla", en *Historia constitucional de las entidades federativas*, pp. 688 a 692.

[4] De la Villa, Margarita, *Constituciones vigentes en la República Mexicana*, p. 1129.

[5] García Rosas, Fernando, *Historia del Congreso del Estado de Puebla*, p. 9332.

[6] García García, Raymundo, *La Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Puebla*, p. 910.

La Constitución Política de Puebla de 1825 y sus reformas

Al término del efímero imperio de Iturbide, en 1823, en la capital del país surgiría la disyuntiva respecto del tipo de gobierno y de Estado que reemplazaría al ideario monarquista. El Obispo Antonio Joaquín Pérez Martínez, indiscutible líder, ex diputado y ex presidente de las Cortes de Cádiz y España y miembro distinguido del iturbidismo; y el presbítero Miguel Ramos Arizpe, también ex diputado de las cortes de Cádiz e indiscutible forjador del liberalismo y federalismo mexicano, canónigo de la Catedral angelopolitana, tuvieron una participación preponderante en la transmutación del sistema.

La noticia del triunfo de las ideas federalistas, no fue bien recibida en Puebla por el jefe superior político, el intendente, el Ayuntamiento y, desde luego, por la diputación provincial. Autoridades criollas que en el pasado avalaron el Plan de Casamata y tuvieron una actuación decisiva en la caída del Imperio fueron reprimidas mediante la violencia, ya que desde la Ciudad de México se envió un ejército encabezado por Manuel Gómez Pedraza, quien no sólo calmó a los inconformes, sino que se convirtió en el primer gobernador de Puebla.[7]

La consolidación del régimen federal en 1824, trajo consigo la primera Constitución Mexicana. El Estado de Puebla se sumó al nuevo proyecto político y jurídico, expidiendo posteriormente, en 1825, su propia Constitución. En ella participaron algunos ex integrantes de la otrora diputación provincial, pero los adversarios del federalismo buscaron debilitarla.[8]

El 1 de enero de 1825, el primer congreso de los Estados Unidos Mexicanos comenzó sus trabajos. Los estados de Puebla y México tuvieron el mayor número de diputados en relación con otras entidades federativas. El 3 de enero de 1825, José María Calderón fue nombrado gobernador interino del estado, reemplazando a Manuel Gómez Pedraza.[9]

En diciembre de 1825, la primera Constitución política poblana fue jurada y publicada, contemplando que cualquier modificación a su texto debería realizarse hasta el año de 1831. Dicha Constitución, al igual que la Federal de 1824, encontraron inspiración en la Constitución de Cádiz, convirtiendo "sencillamente en estados" las diputaciones provinciales establecidas en el texto gaditano.[10]

[7] *Vid* mi trabajo sobre la "Génesis y Evolución del Gobernador en Puebla", que será publicado en las *Memorias del XVI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*.

[8] González Oropeza, Manuel, *La constitución Federal de 1857 y sus reformas*, p. 3.

[9] Lomelí Vanegas, Leonardo, *Breve historia de Puebla*, p. 164.

[10] Rodríguez, Jaime E., *La independencia de la América Española*, p. 366.

Las reformas de 1831

En 1824, un nuevo Congreso estableció el Acta Constitutiva de la Federación, instituyendo el sistema federal e iniciando el debate para la Constitución que regiría al país. En Puebla, la Junta quedó integrada por los generales José Antonio Echávarri y José María Calderón, el intendente José M. Morón y otros personajes que se autonombraron Congreso del Estado Libre y Soberano de Puebla de los Ángeles, quienes formaron un gobierno autónomo y un "cuerpo legislativo". Además, provocaron al nuevo gobierno nacional, que respondió enviando al general Manuel Gómez Pedraza y a Vicente Guerrero; el primero como jefe político y militar y Gobernador del Estado. Posteriormente, de acuerdo con la convocatoria nacional, se emitió el bando solemne para la conformación de una nueva legislatura "legítima" que sería la encargada de redactar la primera Constitución poblana en 1825.[11]

El primer Congreso Constitucional fue operado por el general Gómez Pedraza y se instaló solemnemente el 19 de marzo de 1824. Muchos de sus miembros fueron elegidos para las representaciones en las Cámaras del Congreso de la Unión y otros ocho habían sido nombrados diplomáticos o jefes del Estado. El Congreso Constituyente del Estado de Puebla estaba integrado por:[12] *Antonio María de la Rosa, Diputado Presidente; Antonio Díaz, Diputado Vice-Presidente; Antonio Manuel Montoya, Rafael Francisco Santander, Apolinario Zacarías, Carlos García, Félix Necoechea, Antonio José Montoya, Mariano Garnelo, Rafael Adorno, Patricio Furlong, Joaquín José Rosales, Joaquín de Haro y Tamariz, José María Oller, Diputado Secretario; Manuel de los Ríos y Castropol, Diputado Secretario.*

Puebla se convertía entonces en uno de los primeros estados de la Federación en darse una Constitución propia, lo que animaba a los demás a seguir su ejemplo. Sin embargo, la entidad se caracterizó por su inestabilidad política, debido a la intranquilidad presente en el país como consecuencia de la tensión entre centralistas y federalistas, así como por el desequilibrio económico debido a la fuga de capitales, tras la expulsión de los peninsulares.

[11] Sánchez Flores, Ramón, *Relación histórica del Congreso del Estado de Puebla 1810-2003*, p. 90.

[12] Constitución Política del Estado Libre de Puebla, sancionada por su Congreso Constituyente en 7 de diciembre de 1825.

Debido a que la Constitución Federal de 1824 estableció que su texto no podía revisarse antes del año 1830,[13] los legisladores poblanos también plasmaron, en el Artículo 180 de la Constitución estatal de 1825, que "hasta el año 1831, no podrá variarse ningún artículo de esta Constitución; aunque antes de aquella época serán admisibles a discusión, las proposiciones que se hicieren al efecto",[14] de lo cual se advierte que las propuestas de reformas se realizarían hasta 1831.

El 4 de diciembre de 1829, el ejército bajo las órdenes de Anastasio Bustamante se pronunció por el restablecimiento de la Constitución, teniendo como verdadero objetivo el derrocamiento del recién nombrado presidente Vicente Guerrero, quien, por cierto, decretó la expulsión de los españoles, además de satisfacer las ambiciones de Bustamante (que buscaba la silla presidencial para él mismo). El pronunciamiento en análisis fue apoyado por numerosos poblanos sumamente disgustados por los actos de gobierno de Guerrero. Los primeros en adherirse fueron el Congreso y la comandancia militar. El 13 de diciembre de 1829, entró a Puebla el General Bustamante junto con sus tropas. Entonces el Congreso disolvió la milicia cívica y destituyó al gobernador Patricio Furlong. En su lugar nombró al coronel Juan José Andrade.

Ya en enero de 1830, Bustamante, que no simpatizaba con el sistema federal, tuvo en su mira la Constitución Federal de 1824.[15]

El segundo Congreso Constitucional de Puebla se instaló el 2 de mayo de 1830, pero la resistencia del Gobernador depuesto, Cosme Furlong, y de otros constitucionalistas obligó a que dicho Congreso decayera.

La legislatura poblana instaló el Tercer Congreso Constitucional, en enero de 1831. Éste se encargó de las reformas a la Constitución de 1825. El diputado presidente, don José Cayetano Gallo y José María Marín, diputado vicepresidente, convocaron a la Comisión reformadora y a la diputación, constituida por legisladores diferentes a quienes habían conformado el Primer Congreso Constituyente.

[13] Cruz Barney, Oscar, *Historia del Derecho en México*, p. 649.

[14] Constitución Política del Estado Libre de Puebla, sancionada por su Congreso Constituyente en 7 de diciembre de 1825, pp. 51-52.

[15] Sánchez Flores, Ramón, *Relación Histórica del Congreso del Estado de Puebla*, pp. 93-94.

Primer Congreso Constitucional Puebla (11 de diciembre de 1825)	**Tercer Congreso Constitucional Puebla** (25 de mayo de 1831)
Propietarios: 1. Dr. José María Oller, cura de Tlacotepec. 2. Pbro. Antonio María de la Rosa. 3. Antonio Montoya y Yurami. 4. Lic. José María Quintero. 5. Antonio Díaz Guzmán. 6. Corl. Joaquín Haro Tamariz. 7. Lic. José M. Zambrano y Vicinay, cura de Chapulco. 8. Lic. Felix Quio Tecuanhuey. 9. Lic. Antonio González Cruz, cura de Tianguismanalco. 10. Lic. José M. Crespo. 11. Cap. Aniceto Benavides. 12. Rafael Santander. 13. Pbro. Marcelino Ezeta. 14. Corl. Patricio Furlong. *Suplentes*: 1. Pbro. Mariano Serrano. 2. José Antonio Palacios. 3. Manuel M.Vargas. 4. Mariano Salgado. 5. Cap. Francisco Meza. 6. Lic. Juan N. Mora. 7. José Juan Llufriú.	*Presidente*: Don José Cayetano Gallo. *Vicepresidente*: José María Marín. *Comisión reformadora*: 1. José Vidal de Villamil. 2. José Joaquín Ramírez. 3. Marcelino de Ezeta. 4. Juan González Cabofranco. 5. José Manuel Ruíz y Sotomayor. 6. José Antonio Sánchez y Angón. 7. Manuel Espejo y Castropol. 8. Antonio Montoya. 9. Elberto Herrero. 10. José María Borbolla. 11. Juan José Paz. *Diputados Secretarios*: 1. Manuel Ignacio Loaiza. 2. Mariano Cal.

Los Artículos que se reformaron de la Constitución de 1825, fueron un total de 26, a saber: 5, 23, 44, 51, 52, 53, 58, 61, 62, 63, 77, 90, 91, 113, 124, 148, 150, 156, 162 y 163. También se incluyó, entre el Artículo 160 y 161, tres Artículos más; las facultades primera y quinta del 162, y se intercaló una entre la cuarta y quinta; y se derogaron los Artículos 45, 151, 154 y 155, así como la facultad tercera del 159; que en su mayor parte hacen referencia a cuestiones administrativas.

La reforma del Artículo 1, que modifica el 25, es sumamente llamativa:

> No serán ciudadanos del Estado, ni podrán residir en él, los naturales o vecinos de la República (exceptuándose los hijos de familia), que desde el año de 1821 emigraron a puntos dominados por el Gobierno español, mientras la España no reconozca la independencia.

Dicha reforma se presentó como consecuencia del movimiento de Independencia, que provocó la expulsión de los españoles, decretada por el Presidente Vicente Guerrero.

Cabe destacar la actuación del Obispo Antonio Joaquín Pérez Martínez, cuya inteligencia, influencia y sagacidad es observable en muchas de las decisiones políticas que se tomaron en el Estado de Puebla. Su amplia trayectoria como canónigo, las tablas políticas que le dieron el haber presidido las Cortes de Cádiz[16] y el papel preponderante que tuvo en el, ya de por sí selecto, grupo de los "persas" se vieron reflejadas en el devenir histórico de Puebla.

La Constitución Política de Puebla de 1861 y sus reformas en 1870, 1880, 1883, 1892 y 1894

La Constitución Federal de 1857 estuvo impregnada, de acuerdo con González Oropeza, del espíritu de la norma fundamental norteamericana.[17] Derivada de la primera, la poblana de 1861 reemplazaría al texto constitucional de 1825, que se reformó seis años después, consolidando el triunfo de los yorkinos en territorio poblano.

En 1857, el gobernador Miguel Cástulo Alatriste buscó afianzar la legitimidad de la nueva Constitución Federal en Puebla, frente al rechazo que presentaban diversos grupos sociales. Como parte de sus acciones, expulsó al gobernador de la mitra angelopolitana, José Antonio Reyero y enajenó bienes pertenecientes a la orden de los dominicos. Con todo ello provocó el disgusto y la indignación de la sociedad poblana de la época.[18]

En la capital del país, Ignacio Comonfort desconoció la Constitución de 1857, provocando un conflicto que desembocaría en el encarcelamiento de Benito Juárez. Mientras tanto, en la ciudad de Puebla, el gobernador Alatriste enfrentó a la oposición conservadora. Desde enero de 1861 buscó reorganizar el gobierno, aplicar las Leyes de Reforma y convocar a un Congreso que expidiera la nueva constitución poblana, con una fuerte influencia de la ideología yorkina.[19] Alatriste ejerció una política antieclesiástica, procediendo a la exclaustración de religiosos de los conventos angelopolitanos, en febrero de 1861; así como a la demolición de inmuebles de su propiedad.

[16] Lomelí Vanegas, Leonardo, *op. cit.*, p. 139.
[17] González Oropeza, Manuel, *op. cit.*, p. 8.
[18] Lomelí Vanegas, Leonardo, *op. cit.*, p. 211.
[19] *Ibid.*, p. 215.

Dichas exclaustraciones fueron acompañadas con la desamortización de bienes del clero secular y regular. Aun así, los insurrectos continuaban dando batalla en el interior del estado.[20]

El 19 de septiembre de 1861, los constituyentes poblanos obligaron a renunciar al gobernador Alatriste, logrando que el mismo mes, el recién nombrado gobernador, Francisco Ibarra Ramos, promulgase la nueva constitución.

Las legislaturas comprendidas entre 1861 y 1870, no constituían en rigor un Congreso, ya que sus integrantes formaron una asamblea que representaba a una parte de los distritos, aparte de que los diputados no eran designados por voto directo, sino por el capricho del grupo de poder en turno.[21]

Puebla se convirtió en un campo de batalla ideológico y violento entre liberales y conservadores; así como entre los propios liberales, debido a su búsqueda por encumbrar a sus incondicionales en los más importantes cargos públicos, especialmente en la gubernatura.

Concordamos con González Oropeza cuando afirma:

> Como puede apreciarse, los dos promotores más grandes de reformas en el texto constitucional de 1857 fueron Juárez y Porfirio Díaz. Los procedimientos y los objetivos de las reformas fueron distintos. A Juárez le preocuparon las alcabalas y la división territorial del Estado mexicano. A Díaz, en cambio, la concentración del poder en el ejecutivo federal fue su tónica, así como la reelección y sustitución presidenciales.[22]

Debe añadirse la presión que Juárez ejerció en Puebla, sin importar los medios empleados, con la finalidad de que sus incondicionales conservasen los cargos públicos. Por su parte, con similar método y vía las reformas constitucionales, Díaz procuró apoyarse en un ejecutivo estatal fuerte. No se debe olvidar tampoco el periodo de influencia de Lerdo, quien también realizó maniobras políticas por medio de su gran amigo Romero Vargas, para consolidar su influencia en territorio poblano.[23]

[20] *Ibid.*, pp. 216 a 220.
[21] Sánchez Flores, Ramón, *op. cit.*, p. 139.
[22] González Oropeza, Manuel, *op. cit.*, p. 7.
[23] *Vid* mi trabajo sobre el Senado poblano.

Las reformas y adiciones del año 1870

El decreto número 125 del Tercer Congreso Constitucional del Estado de Puebla, que reformó la Constitución Política del Estado, en 1861, parecería lejano e intrascendente en la actualidad; sin embargo, el referido decreto incorporó, en su momento, una serie de innovaciones relevantes a la norma fundamental de la entidad federativa.

Los antecedentes del decreto fueron la invasión de Francia y la caída del Segundo Imperio Mexicano de Maximiliano de Habsburgo; así como que "el día 25 de junio de 1867 entró Juárez a México, y el 14 de agosto expidió la ansiada convocatoria para... elegir diputados, miembros de la Suprema Corte y presidente".[24] En Puebla, el gobernador interino y comandante militar, Juan N. Méndez, suprimió algunos Artículos de dicha convocatoria, por lo que "el gobierno provisional de la nación... el 19 de septiembre de 1867, revocó el nombramiento del general Méndez como gobernador interino y comandante militar de Puebla, designando para sustituirlo a Rafael J. García",[25] quien tomó posesión de su cargo el día 26 del mes y año en cita y publicó la convocatoria con antelación.

Juan N. Méndez fue quien obtuvo la mayoría de votos como candidato a gobernador del Estado de Puebla en dichas elecciones, pero su triunfo electoral no fue ratificado por los diputados que constituían el Congreso del Estado. Ese cuerpo colegiado declaró como gobernador al también candidato Rafael J. García, argumentando que las elecciones habían sido irregulares y carentes de legitimidad. Como consecuencia de lo anterior, se suscitó una serie de revueltas en el norte y sur del Estado, por lo que Rafael J. García tuvo que renunciar a su cargo, tras convocar a elecciones extraordinarias, que se verificaron el día 30 de mayo. En éstas:

> Cuatro fueron los candidatos que participaron Fernando Ortega, ex gobernador; Ignacio Romero Vargas, amigo de Sebastián Lerdo de Tejada; Ibarra y Santiago Vicario... el segundo de ellos resultó ganador de la contienda electoral con cerca de 60,000 votos, por lo que el Congreso declaró gobernador constitucional del Estado de Puebla a Ignacio Romero Vargas en la sesión pública ordinaria del día 22 de junio del año 1869.[26]

[24] Contreras Cruz, Carlos, *et al.*, (comps.), *Puebla, textos de su historia*, p. 13 y 20.
[25] *Ibid.*, p. 14.
[26] *Ibid.*, p. 30.

Bajo la administración del gobernador Romero Vargas, concretamente "el 16 de septiembre de 1869, fue inaugurado uno de los símbolos de progreso en Puebla: el ferrocarril Mexicano de la ciudad de México a Puebla".[27]

> Siendo ya, Romero Vargas, gobernador del Estado de Puebla, el 18 de noviembre de 1870, los diputados al Congreso del Estado de Puebla, Ignacio Gómez Gil, Esteban Lamadrid y Joaquín García Villalba, presentaron una iniciativa al propio Congreso, para reformar y adicionar la constitución Política del Estado de Puebla expedida el 14 de septiembre de 1861, misma que los legisladores en cita consideraban necesaria para contribuir a una mejor administración de los negocios públicos…[28]

En la exposición de motivos de la iniciativa de reformas que se aborda, se advierte que los legisladores manejaron cuatro ejes torales que sustentarían las reformas a la Constitución Política del Estado de Puebla, expedida el 14 de septiembre de 1861, a saber:

1. División del Poder Legislativo en dos cámaras, la del Senado y la de representantes o diputados.
2. Aumento del número de diputados, a razón de uno por cada treinta mil habitantes.
3. Requerimiento de dos tercios de votos de los diputados y senadores para insistir en una publicación, cuando el gobierno haga observaciones a alguna ley antes de que se publique.
4. Reducción del número de secretarías y se proceda a nueva división territorial.[29]

Ramón Sánchez Flores[30] y Manuel González Oropeza,[31] con relación a los ejes de la iniciativa de reformas constitucionales, afirman y coinciden en que los autores de la iniciativa aseveraban que las reformas en comento eran la única defensa posible contra los arranques de una asamblea política apasionada o poco reflexiva, así como también respecto de las influencias perniciosas de los gobiernos.

La iniciativa de reformas fue objeto de algunas deliberaciones en la Comisión de Puntos Constitucionales del Tercer Congreso Constitucional del Estado de Puebla. El 10 de diciembre de 1870, el órgano legislativo aprobó,

[27] Sánchez Flores, Ramón, *op. cit.*, p. 145.
[28] González Oropeza, Manuel, *op. cit.*, p. XLV.
[29] Sánchez Flores, Ramón, *op. cit.*, p. 151.
[30] *Id.*
[31] González Oropeza, Manuel, *op. cit.*, pp. XLV y XLVI.

con algunas modificaciones, el decreto número 125, por el cual se reformaron y adicionaron diversas disposiciones de la Constitución Política del Estado de Puebla, expedida el 14 de septiembre de 1861. Una vez sancionado el decreto de referencia por el entonces gobernador, Ignacio Romero Vargas, el día 12 de diciembre de 1870; con fecha 15 del mismo mes y año, se publicó en el tomo I, número 161, de la Publicación Oficial del Gobierno del Estado Libre y soberano de Puebla.[32]

Son dignos de mención tres hechos desarrollados en el contexto del decreto mencionado:

- La Constitución de Puebla expedida el 14 de septiembre de 1861 pasó de tener 132 artículos a 157.
- Las reformas y adiciones que se realizaron a la Ley Suprema del Estado, fueron declaradas nulas por el Cuarto Congreso Constitucional de la entidad, mediante el Decreto número 25, de fecha 1 de agosto de 1877,[33] mismo que fue sancionado por el entonces gobernador, Juan Crisóstomo Bonilla, el día 2 de agosto del año ya citado.
- El 6 de agosto de 1877, los entonces diputados M. R. Méndez, Pascual L. Lara, Miguel Jimarez y Ángel Cabrera, integrantes del cuarto Congreso Constitucional del Estado de Puebla, presentaron a ese cuerpo legislativo una iniciativa para reformar y adicionar diversos artículos de la Constitución Política del Estado de Puebla de 1861. De la exposición de motivos que aparece al inicio de aquella iniciativa se desprende que en la misma se retomaron algunos aspectos de las diversas reformas y adiciones a la Constitución de Puebla que fueron nulificadas por el Decreto indicado al inicio de este párrafo. Entre los aspectos que retomó la iniciativa de los diputados, destacan: "aumento en el número de diputados al Congreso del Estado de Puebla,… y la publicación de las leyes, decretos o acuerdos devueltos por el Ejecutivo con observaciones, cuando las dos terceras partes de los diputados presentes insistieren en ello".[34]

[32] Tercer Congreso Constitucional del Estado de Puebla, Decreto número 125, en 161, 15 de diciembre de 1870, Imprenta del Hospicio, Puebla, pp. 1 a 3.
[33] Cuarto Congreso Constitucional del Estado de Puebla, Decreto número 25, Imprenta del Hospicio, sin lugar de edición, 1877.
[34] *Id.*

Esquema relativo a las reformas constitucionales de 1870

Las reformas se expidieron el 11 de mayo de 1870 y se mandaron a publicar el día 12 de julio del mismo año, siendo gobernador del Estado Ignacio Romero Vargas y secretario de justicia.

Un nuevo proyecto de reformas a la Constitución se publicó en tres secciones en la publicación oficial, de la siguiente manera:

- Con fecha jueves 24 de noviembre de 1870, en la publicación oficial, se hace del conocimiento general el proyecto de reformas a la constitución de 1861, que en una sección inicial hace referencia a los Artículos 5, 6 y 19.
- En la publicación del día sábado 26 de noviembre de 1870 se plasma la continuación de las reformas, correspondiéndole a los Artículos 23, 24, 25 y 29.
- En el periódico oficial del día lunes 29 de noviembre de 1870 se publica la parte final del proyecto de reformas, correspondiendo a los Artículos 78 a 141.

Las reformas comprendidas en el trienio 1880-1883

En 1880, estando cerca en el recuerdo la Revuelta de Tuxtepec, Porfirio Díaz finalizó su primer periodo presidencial y transmitió el poder a su compadre Manuel González; obedeciendo primordialmente al lema de no reelección del movimiento que encabezó.[35]

En Puebla, la influencia del general Díaz se hizo patente en 1880, al apoyar a Méndez, quien obtuvo la gubernatura y tomó posesión de su cargo el 1 de octubre del mismo año. Meses después, Manuel González inició su periodo de gobierno; pero entre ambos mandatarios empezaron a producirse eventos desafortunados, toda vez que el gobernador poblano no podía controlar a la gran cantidad de forajidos que inquietaban a la sociedad. Peor aún, la crisis económica del año 1883, que golpeó la economía nacional, tuvo graves efectos para el estado de Puebla, ya que Méndez no pudo realizar las obras públicas que tenía previstas, afectando severamente el panorama social y pese a la experiencia del gobernador como militar.[36]

[35] Lomelí Vanegas, Leonardo, *op. cit.*, pp. 256-257.
[36] *Ibid.*, p. 258.

También es importante señalar que bajo el gobierno de Juan Crisóstomo Bonilla fue cuando se efectuaron las reformas de 1880, que estructuraron una constitución de 17 títulos, con 175 artículos y 6 transitorios. Al respecto debe destacarse la influencia de Díaz y su camarilla.[37] Así también, en el trienio 1880-1883 llegaron a México 1500 italianos para establecer colonias agrícolas e industriales en el estado de Puebla.[38]

Constitución de 1861, reformada en 1892 y 1894

Porfirio Díaz asumió la presidencia, manteniendo el poder en sus manos hasta la primera década del siglo XX, gracias a la reforma constitucional de 1878, mediante la cual se permitió la reelección presidencial.[39]

En Puebla, la oferta política de Mucio P. Martínez,[40] incluía reformar la administración de justicia y erradicar la corrupción administrativa; sin embargo, su gobierno se caracterizó por concentrar el poder político en una camarilla cerrada e incondicional, entre los que se encontraban hijos de personas ilustres de sus distritos y otros políticos que representaban a distritos que nunca antes se había oído mencionar. De la misma manera, la administración pública estatal alcanzó niveles de corrupción realmente preocupantes, aunque ciertamente mantuvo el orden social dentro del territorio de la entidad, practicando una verdadera intolerancia a la menor señal de disidencia en las fábricas o el campo, y menos aún en la política estatal. Así también, logró reducir a su mínima expresión la inseguridad en los caminos.

Mucio P. Martínez encabezó un gobierno estatal que sería prototipo del que durante muchos años tuvo México: servil con el poder central (como en otras épocas) y con los principales intereses económicos; represivo y autoritario ante los movimientos sociales para mantener el control del Estado y creó y consolidó una gran red de intereses entorno a la estructura formal de gobierno.

Durante el porfiriato, a la luz del modelo del liberalismo gestado en Europa occidental, la industrialización se concentró en la producción de textiles.[41]

[37] Sánchez Flores, Ramón, *op. cit.*, p. 167.
[38] Sandoval Pardo, Fernando, *Historia Crítica del Estado Mexicano*, p. 690.
[39] Carrión, Antonio, *Historia de la ciudad de Puebla,* Peral, Miguel Ángel, *Gobernantes de Puebla,* Pac, México, 1975; Pérez de los Reyes, Marco Antonio, *Historia del Derecho Mexicano*, II parte: Porfirio Díaz (1830-1915), www.sanmiglelguide.com/porfirio-diaz-2.htm,29/08/08.
[40] Peral, Miguel Ángel, *op. cit.*
[41] Falcón, Romana, Thomas, Raymundus y Buve, Joshep, *Don Porfirio, Presidente, nunca omnipotente: Hallazgos, reflexiones y debates*.

Los empresarios de la industria textil recurrieron a medios semejantes a los que en las haciendas aseguraban el aprovechamiento económico y la sujeción política e ideológica de la mano de obra, tales como el caserío obrero, los reglamentos, las multas y la vigilancia administrativa, establecidos para disciplinar a los trabajadores; así como la tienda de raya, la capilla y la colaboración gubernamental, lo que fue el patrón para administrar las fábricas durante el inicio del siglo XX. La autoridad de los empresarios se extendió mucho más allá del proceso de trabajo, pues existe evidencia de que establecían una relación estrecha con el jefe político e intervenían de modo directo en el nombramiento de los jueces de paz en las fábricas, en acuerdo con el gobernador del Estado, el ayuntamiento o el jefe político, en su caso, asegurándose de esta forma uno de los medios más importantes para controlar el espacio fabril.

La reforma constitucional de 1894 reforzó la figura del gobernador en el Estado, tal como se desprende de la comparación con las modificaciones constitucionales de 1892.

1. Se cambia la denominación tradicional de los poderes del Estado (Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial), para quedar como departamentos. Cuestión que pone de manifiesto una clara tendencia centralista.
2. Se crea el Consejo de Gobierno, órgano compuesto por personas designadas directamente por el Gobernador del Estado, que tiene la finalidad de erigirse en jurado para conocer de las acusaciones en contra de los jefes políticos, jueces de primera instancia en lo Civil y Penal y los agentes del Ministerio Público adscritos a los tribunales servidos por dichos jueces.
3. Eliminación del requisito de vecindad para poder ser candidato a una diputación estatal, situación que trajo como consecuencia que los diputados estatales continuaran en el ejercicio de su diputación en las subsecuentes legislaturas, con la única salvedad del cambio de distrito electoral.
4. Cabe destacar que la Constitución de 1892 establecía, en su Artículo 54, que "el gobernador durará en su cargo cuatro años, tomará posesión el primero de febrero, y no podrá ser reelecto sino pasado un periodo"; no obstante lo anterior, en la Constitución de 1861, reformada en 1894, en su Artículo 58, se suprimió la prohibición de reelección.

Con motivo de la expedición de las reformas constitucionales de 1894, se emitieron las siguientes normatividades:

a) Ley Orgánica de los Artículos 26, 56, 80 y 108 de la Constitución del Estado, publicada el 12 de octubre de 1894.
b) Ley Orgánica de los Títulos III y VI, del libro Segundo de la Constitución del Estado, publicada el 16 de septiembre de 1894.
c) Ley Orgánica del Título IV, libro III, de la Constitución del Estado de 17 de septiembre de 1894.

Las reformas constitucionales de 1894 fueron planeadas para consolidar la estructura de control absoluto del Poder Ejecutivo, situación que fue una constante de 1892 a 1911, siguiendo el ideal porfirista de "orden y progreso", tan atractivo para las élites poblanas.

Constitución Política de Puebla, 1917

En la primera década del siglo XX, Puebla fue el escenario donde iniciaría el estallido social a través de los hermanos Serdán, familia de tendencia maderista. El gobernador-caudillo, Mucio P. Martínez, no pudo sostener los cimientos carcomidos del régimen y sucumbió ante los insurrectos.

En Puebla, la revolución, conocida vulgarmente como "la bola", se caracterizó por la violencia y la inseguridad; así como por la epidemia de gripe española, los fusilamientos arbitrarios en el atrio de la Catedral angelopolitana y la emisión indiscriminada de billetes.[42]

Cesáreo Castro sería designado, por Venustiano Carranza, como Gobernador y Comandante militar del estado de Puebla. Enfocó su administración a combatir el bandolerismo (en el que se incluía a los miembros de los zapatistas) y a terminar la campaña anticlerical, al reabrir al culto público los templos y permitir el regreso del venerable Ramos Ibarra y González, primer Arzobispo de Puebla.[43]

Castro también promulgó la Ley Orgánica Municipal y lanzó la convocatoria para elegir a los representantes del Estado Libre y Soberano de Puebla con el fin de que acudiesen al llamado de Carranza y conformaran el Congreso Constituyente, en la ciudad de Querétaro.[44] Ahí, la actuación del poblano

[42] Magaña, Orestes, *Puebla en la Bola,* p. 7.
[43] Lomelí Vanegas, Leonardo, *op. cit.,* p. 320.
[44] *Ibid.*, pp. 320 y 321.

Pastor Roauix fue determinante para la elaboración del nuevo texto constitucional, especialmente en los debates y redacción de los Artículos 27 y 123.[45]

Tras el Constituyente de Querétaro, las entidades de la República Mexicana se dieron a la tarea de redactar su propio texto constitucional. En Puebla, después de varios años de guerra y presencia política de militares, reaparecieron los civiles.[46] El gobernador Castro fue reemplazado por el doctor Alfonso Cabrera, candidato carrancista que triunfó en una polémica elección y que era hermano del Secretario de Hacienda, Luis Cabrera. Con un Congreso favorable, Cabrera tomó posesión de su cargo el 27 de julio de 1917.[47]

Los diputados del Congreso estatal elaboraron la Constitución poblana de 1917. El texto fue aprobado el 8 de septiembre y entró en vigor el 1 de octubre del referido año.[48] Los integrantes del Consejo Poblano eran campesinos, artesanos, militares y profesionistas, destacando entre estos el abogado Gilberto Bosques.[49]

Finalmente, en el otoño de 1917, la Constitución poblana inició su periplo histórico, enfrentándose a diversos desafíos y múltiples reformas; destacando la de 1982, bajo el gobierno de Guillermo Jiménez Morales. Hoy en día, en el texto constitucional del estado han quedado plasmadas las aspiraciones de los diversos grupos en el poder.

[45] *Id.*, p. 321.
[46] *Id.*
[47] *Id.*
[48] García García, Raymundo, *op. cit.*, p. 8.
[49] Sánchez Flores, Ramón, *op. cit.*, p. 181.

Abreviaturas

BHCE: Biblioteca del Honorable Congreso del Estado de Puebla.

BJML: Biblioteca José María Lafragua, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla.

Fuentes

Impresas

* Anexo I: Tercer Congreso Constitucional del Estado de Puebla, Decreto número 125.
* Anexo II: Tercer Congreso Constitucional del Estado de Puebla, Constitución Política del Estado L. y S. de Puebla.
* Anexo III: Cuarto Congreso Constitucional del Estado de Puebla. Decreto número 125.
* Anexo IV. Cuarto Congreso Constitucional del Estado de Puebla. Iniciativa de reforma a la Constitución del Estado de 1861.
* Tercer Congreso Constitucional del Estado de Puebla, Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Puebla, expedida y sancionada por el Congreso Constituyente el día 14 de septiembre (*sic*) de 1861, protestada y publicada el 18 del mismo, reformada conforme al decreto número 125 del Tercer Congreso Constitucional del Estado, Imprenta del Hospicio, Puebla, 1871.
* Tercer Congreso Constitucional del Estado de Puebla, Decreto número 125, en "Publicación Oficial del Gobierno del Estado Libre y Soberano de Puebla", tomo I número 161, 15 de diciembre de 1870, Imprenta del Hospicio, Puebla.
* Cuarto Congreso Constitucional del Estado de Puebla. Decreto número 125, Imprenta del Hospicio, sin lugar de edición, 1877.
* Cuarto Congreso Constitucional del Estado de Puebla. Iniciativa de reforma a la Constitución del Estado de 1861, sin lugar de edición, 1877.

Bibliográficas

ARCHUNDIA DE LA ROSA, Rodolfo, "La Autonomía del Poder Judicial del Estado de Puebla", en *Derecho Constitucional Estatal. Estudios Históricos, legislativos y teórico-prácticos de los estados de la República Mexicana*, Francisco José de Andrea Sánchez (coord,), México, 2001.

CARRIÓN, Antonio, *Historia de la Ciudad de Puebla*, Tomos I y II, México, 1970.

CASTRO MORALES, Efraín, *Lecturas de Puebla*, Tomo I, México, 1994.

CONTRERAS CRUZ, Carlos (*et al.*), *Puebla, Textos de su historia*, Tomos I, IV y V, México, Gobierno del Estado de Puebla, Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora, Instituto de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Autónoma de Puebla, 1993.

CRUZ BARNEY, Oscar, *Historia del Derecho en México*, 2ª edición, México, Oxford University Press, 2004.

DE LA VILLA DE HELGUERA, Margarita, *Constituciones vigentes en la República Mexicana. Con las Leyes Orgánicas de los territorios Federales y del Departamento del Distrito Federal*, Tomo II, México, 1962.

GÁMIZ PARRAL, Máximo N., *Derecho Constitucional y Administrativo de las Entidades Federativas*, México, 2003.

GARCÍA CANTÚ, Gastón, *Lecturas de Puebla. Historia*, Tomo I, México, 1994.

_____, *Lecturas Nacionales Independencia y Federalismo*, Tomo III, México, 1995.

GARCÍA GARCÍA, Raymundo, *La Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Puebla. Sus Reformas 1917-2007*, México, 2008.

GARCÍA ROSAS, Fernando, *Historia del Congreso del Estado de Puebla*, Inédito, 1999.

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.

_____, *Los Congresos Constituyentes durante los últimos 150 años de México*, México, 2008.

LEE BENSON, Nettie, *La diputación provincial y el federalismo mexicano*, México, 1994.

LOMELÍ VANEGAS, Leonardo, *Breve Historia de Puebla*, México, 2001.

MAGAÑA, Orestes, *Puebla en la Bola*, México, 2008.

MORALES, Ricardo y FLIC DAVOS, Diego, "Puebla", en *Historia constitucional de las entidades federativas mexicanas*, México, 2007.

PERAL, Miguel Ángel, *Gobernantes de Puebla*, David Cienfuegos Salgado (coord.), México, 1975.

PÉREZ DE LOS REYES, Marco Antonio, *Historia del Derecho Mexicano*, Tomo III, México, 2002.

RODRÍGUEZ, Jaime E., *La Independencia de la América Española*, México, 2008.

SALAZAR ANDREU, Juan Pablo, "El Senado Poblano una curiosa Institución surgida en el ocaso del Juarismo", en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, V. XX, México, 2008.

SÁNCHEZ FLORES, Ramón, *Relación Histórica del Congreso del Estado de Puebla 1810-2003. Corporación, legislatura, constituciones, recintos, agenda*, Congreso del Estado de Puebla México, 2003.

SANDOVAL PARDO, Fernando, *Historia crítica del Estado Mexicano. Análisis estructural y superestructural de los Estados azteca, novohispano e independiente (1325-1911)*, México, 2001.

TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México* (1808-1998), México, 1998.

Legisgráficas

Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Puebla, POE 27-02-1892.

Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Puebla, POE 16-09-1894.

Colecciones Especiales, Class RR-MSKGF8237.2/1894, Sala de Archivos y Colecciones Especiales Universidad de las Américas Puebla, Impresa en la Escuela de Artes y Oficios de 1894.

Ley Orgánica de los Artículos 26, 25, 80 y 108 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Puebla de 1861 reformado en 1894.

Ley Orgánica del Título 4°, Libro III, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Puebla de 1861 reformado en 1894.

LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA FEDERAL ENTRE 1869 Y 1910: CASOS DE FALSIFICACIÓN DE MONEDA EN EL PRIMER JUZGADO PENAL DE DISTRITO EN TOLUCA

Mario A. Téllez G.*
Mariana Moranchel P.**

Sumario. 1. Introducción. 2. La codificación en México *vs* el arbitrio judicial. 3. Los expedientes penales por falsificación de moneda. 4. Comentarios finales.

1. Introducción

La forma de juzgar en materia penal en el México del siglo XIX constituye, desde nuestra perspectiva, uno de los problemas más atractivos de la historia del Derecho mexicano. Desafortunadamente, todavía no se ha estudiado con la profundidad debida, no obstante que a través de ello es posible ponderar, entre otras muchas cosas, los cambios y continuidades sufridas por el derecho, así como las influencias doctrinales y las distintas presiones ejercidas por los distintos actores en los procesos. Aunado a esto, en el caso particular del siglo decimonónico mexicano, hay por analizar otro problema de gran relevancia, que está íntimamente relacionado con el importantísimo cambio de

*Profesor titular en laUniversidad Autónoma Metropolitana, Cuajimalpa.
**Profesor titular en la UAM, Cuajimalpa.

paradigma jurídico: el proceso de codificación racionalista;[1] esto es, cuando se exigió finalmente a los juzgadores mexicanos, después de varias décadas de discusión jurídica sobre la necesidad de crear los códigos nacionales, que "de creadores pasaran a ser sólo aplicadores del derecho".[2]

En apariencia, la entrada en vigor de los códigos debió cambiar la forma de juzgar, pero hasta el momento no se han estudiado suficientemente las formas concretas en las que operó dicho cambio. Y la importancia de esta cuestión es de enorme relevancia. No hay que olvidar que hasta la actualidad se juzga, por lo menos esa es todavía la intención, precisamente bajo el paradigma de la codificación racionalista.

Por supuesto que los alcances de este trabajo son limitados. En todo caso, se trata de acercarse al estudio de expedientes penales que abarcan un periodo que va de los años setenta del siglo XIX a la primera década del XX, en el ámbito del primer juzgado de distrito en materia penal con sede en Toluca, para valorar los cambios sufridos en la administración de justicia penal con la entrada en vigor del código penal y, también, apreciar rápidamente las influencias legislativas y doctrinales que tuvieron los juristas, es decir, abogados y juzgadores, en ese arco temporal. Para quienes se pregunten sobre la delimitación temporal, 1869-1910, hay que decirles que se definió en función de dos cuestiones elementales, la primera de orden documental y, la segunda, de orden político-jurídico.

En primer lugar, por razones que se desconocen, en la Casa de la Cultura Jurídica "José María Lozano", de Toluca —repositorio en el que se han consultado los expedientes criminales para esta investigación—, sólo se conservan documentos penales fechados a partir, precisamente, de 1869. Tal vez el triunfo de los liberales sobre los conservadores, dos años antes, tiene alguna relación pero esto es únicamente una suposición. Probablemente más adelante haya posibilidad de confirmarlo. Algunos expedientes más se encuentran en el Archivo Histórico del Poder Judicial del Estado de México y otra cantidad, bastante mayor, está en el Archivo General de la Nación. Por fortuna, la fecha no constituye necesariamente una mala noticia, en función de que 1869

[1] Sobre el apasionante problema de la codificación existe una amplia bibliografía; ver, a manera de ejemplo: González, Ma. del Refugio, *El derecho civil en México,* México, UNAM, 1988, Téllez, Mario, "Un proyecto de reforma de la administración de justicia en el Estado de México: las discusiones previas a la codificación (1825-1830)", en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, UNAM, XIII, 2002, pp. 219-264; Cruz Barney, Óscar, *La codificación en México: 1821-1917. Una aproximación*, México, UNAM, 2004, Ramos N., Carlos, *El Código napoleónico y su recepción en América Latina*, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.

[2] Soberanes, José Luis, *Historia del Derecho Mexicano*, México, Porrúa, 1998.

coincide casi cronológicamente con la entrada en vigor del Código Penal del Distrito Federal de 1871, aplicable para el orden federal, como el propio ordenamiento lo señala al inicio.[3] Incluso ésta podría ser otra posible razón que explique la aparición de estos documentos en la Casa de la Cultura Jurídica. En segundo lugar, y para explicar el otro extremo temporal del trabajo; 1910 ha sido elegido precisamente por el término de una importante época en la historia de México, El Porfiriato, y por el inicio de la Revolución Mexicana. Mucho podrá discutirse —y se ha hecho— sobre la profundidad y cantidad de los cambios sucedidos después de 1910 pero, en todo caso, constituye una frontera temporal que nosotros no hemos querido soslayar.

Finalmente, por cuanto a la limitación material, la falsificación de moneda, hay que señalar que, para el periodo 1869-1910, existen en la Casa de Cultura un total 81 cajas que contienen varias decenas de expedientes. Se revisaron todas y, en términos generales, se aprecia que aunque los expedientes están numerados no hay continuidad cronológica entre ellos, es decir, se trata de documentación muy fraccionada. Hasta el punto de que para 1891 no existe ningún expediente penal: o fueron destruidos o están en otros repositorios. Del total de documentos se seleccionaron 29, todos sentenciados. En varios casos incluyen hasta la segunda instancia (ver al final la "Tabla de Expedientes"). Después de mirar con calma este universo documental, nos dimos cuenta que los que versaban sobre falsificación de moneda eran de los más recurrentes y constantes a lo largo del período, de allí la limitación material. Esta circunstancia nos permite suponer varias cosas que sólo enunciaremos porque no son objeto de estudio en este trabajo. Primera, que el delito de acuñación y circulación de moneda falsa fue uno de los de mayor incidencia; segunda, evidencia la debilidad del Estado Mexicano para hacer cumplir el derecho —debilidad que se ha revelado nuevamente con particular crudeza en nuestros días—; y tercera, su incapacidad para fabricar la moneda fraccionaria que demandaba la economía nacional, problema que, por cierto, venía arrastrándose desde hacía largo tiempo.[4]

[3] Téllez G., Mario A. y López Fontes, José, *La legislación Mexicana de Manuel Dublán y José María Lozano*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Escuela Libre de Derecho, 2004, Tomo XI, p. 597.

[4] Ruggiero Romano había señalado, para la última parte del periodo colonial novohispano y para las primeras décadas independientes: "toda la economía es pobre porque no hay suficientes monedas en circulación, ni monedas fuertes para las operaciones importantes —ni todavía menos— fraccionarias para la vida corriente de la mayoría de la población", en *Moneda, seudomonedas y circulación monetaria en las economías de México*, México, FCE, 1998, p. 247.

2. La codificación en México *vs* el arbitrio judicial

Es indudable que el proceso de codificación constituyó uno de los momentos más relevantes en el pensamiento jurídico de Occidente. Sobre él se ha publicado gran cantidad de bibliografía. Lo mismo ha sucedido en el caso mexicano. Es por ello que aquí sólo trataremos de recoger algunas pinceladas sobre el fenómeno.[5]

El primer código que se promulgó en el Estado de México fue el Código civil de 1870. El Código penal apareció cinco años después, en 1875. Sin embargo, el surgimiento de estos ordenamientos no fue de ninguna forma casual, más bien, constituyeron la concreción de un largo y azaroso proceso de las ideas jurídicas de la época; ideas que en los círculos jurídicos y políticos del estado y del país se venían discutiendo casi desde los inicios del siglo XIX.[6] Sin olvidar, por supuesto, que la propia *Constitución de Cádiz* de 1812, en su Artículo 258, había establecido en forma expresa la necesidad de promulgar los códigos civil, criminal y de comercio para toda la monarquía.

No obstante, lo anteriormente descrito supone la transición a una nueva forma de entender el Derecho, pero ¿cuál era la anterior —que es contra la que se opuso la codificación—? Esta supone un período de conformación de más largo plazo que se remonta hasta el mundo medieval y al periodo de incorporación del Nuevo Mundo por los conquistadores. Sería "temerario" intentar resumir en unos cuantos párrafos el Derecho previo a la codificación, pero sí podemos citar a uno de los juristas argentinos vivos más destacados, que publicó una obra clave sobre aquel derecho, y a unos de los juristas prácticos hispanos más influyentes del siglo XVI, para ilustrarnos con un par de pinceladas sobre el tema. Víctor Tau señala:

> Era el arbitrio una nueva exteriorización de la vigorosa concepción casuista, en cuanto delegaba en el juez o en el ministro la facultad de decidir determinada situación según la apreciación que él realizara de las circunstancias de las cosas y las personas. Era, pues, una atribución creadora de Derecho en determinadas ocasiones, ya otorgada por ley, doctrina o costumbre, ya dada de modo implícito.
>
> Fue también frecuente en los negocios de justicia, sobre todo en las causas penales. El arbitrio judicial concedía al juez amplias facultades para adecuar las penas a los casos concretos que debía resolver. Esto se observa, según Ávila Martel, en dos formas: una era la apreciación de las circunstancias que modificaban la responsabilidad penal para aplicar el castigo; y otra era cuando el legislador delegaba en el juez el establecimiento de la pena. En este sentido, el arbitrio fue un instrumento de templanza del rigor de la ley, rebajando las penas, y adaptándolas a la realidad y a las ideas de la época.[7]

Por su parte, Jerónimo Castillo de Bovadilla en lenguaje propio de la época y refiriéndose al mismo tema, enseñaba:

> Y como quiera que todos los hechos de los hombres no se pueden medir por regla de hierro, la cual no puede torcer, según dicen el Filósofo y Egidio Romano, y esto por razón de las circunstancias, y de las mudanzas que hay en los hechos, que son sin cuenta, y sin medida, y por eso no los puede reglar ley recta, e igual, que es como regla de hierro, que siempre está derecha: y bien, así como no vendrá una horma igual a todos los pies, si no son todos de un mismo grosor, grandor y largor, conviene, que se reglen los negocios por la regla Lesviana de plomo, que se puede encorvar y aplicar a las circunstancias de las obras: y así es necesario, que la ley se encorve y acomode, tal vez al rigor, y tal vez a la misericordia: y por esto el Derecho Positivo se llama Derecho de cera, porque siendo la circunstancia digna de piedad, el Juez modifique, y ablande su sentencia más de lo que la ley manda: y por el contrario, si la malicia de la culpa lo merece, la endurezca con más estrecha y rigurosa justicia de lo que la ley positiva dispone... porque esta compañía y trabazón de la justicia y misericordia consiste en examinar las circunstancias de los negocios, discurramos brevemente por las reglas, que para la noticia de esto podrá guardar el corregidor, y digo, que por las circunstancias se regula y mide la pequeñez o grandeza de las obras y de las honras, y de los delitos según Aristóteles y fray Alonso de Castro: y por las cosas que proceden, y se siguen, se declara la verdad de ellos y se alumbra el entendimiento para proveer.

Para discernir con prudencia los delitos e imponer las penas, decía Castillo que era preciso tener en cuenta la causa, la persona, el lugar, el tiempo, la calidad, la cantidad y el suceso, circunstancias éstas que podían llevar a los jueces a aumentar o disminuir las penas. Concluía:

> Y como quiera que todas las dichas consideraciones y circunstancias se fundan en razón, y según los Filósofos, no caen debajo de arte, por su grande variedad, y se dejan al arbitrio de prudente Juez, pueden muy bien para el juicio de ellas la misericordia y el rigor, y fortaleza estar juntas con la justicia.[8]

[5] Parte de lo que se expone en este apartado ha sido retomado del artículo de Mario A. Téllez G., *op. cit.*, del que se respetó la bibliografía citada.

[6] Ver el interesante capítulo "El derecho de transición", de Ma. del Refugio González, *op. cit.*, pp. 119-137. En él, la autora explica los cambios sufridos en el derecho mexicano del siglo XIX.

[7] Tau, Víctor, *Casuismo y sistema*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992, pp. 534-535.

[8] *Ídem*, pp. 502-503.

Los comentarios de Víctor Tau, desde el presente, y de Jerónimo Castillo de Bovadilla, del siglo XVI, son estupendos botones de muestra que evidencian con claridad elementos fundamentales de cómo debía aplicarse el derecho de Antiguo Régimen y de la importante institución del "arbitrio judicial"; a ellos nos referiremos de forma reiterada.

De regreso a la codificación decimonónica, hay que señalar que la investigación histórico jurídica ha avanzado más sobre la vertiente de la materia civil,[9] pero en otro momento habría que reflexionar sobre el proceso de codificación entendido en un amplio sentido, sin restringirlo a una rama en particular, como se ha hecho hasta el momento.

La palabra código proviene del latín *codex*[10] o *codicus*, y como Víctor Tau lo explica, el concepto del vocablo 'código' sufrió una importante transformación en el siglo XIX. Para ejemplificarla señala que en la edición de 1804 del *Diccionario de la Lengua Española* se definía "Código": "como colección de leyes o constituciones de algún soberano, que toma su nombre del príncipe que la mandó hacer, o del autor que la hizo: como el código Teodosiano, código Justiniano, etc." Sin embargo, en la 13ª edición del mismo *Diccionario* —de 1899— la misma voz se definía, primero, como "cuerpo de leyes dispuestas sobre un plan metódico y sistemático";[11] en segundo término, como "recopilación de las leyes o estatutos de un país" y, en tercero, como lo hacía la edición de 1804.[12] El cambio sufrido entre uno y otro momento no era sino el tránsito, a través de la incorporación de las ideas racionalistas, de la concepción antigua a la moderna de la palabra código.[13]

[9] De hecho, toda la bibliografía aquí citada sobre codificación se refiere a la codificación civil.

[10] "Codex-icis: tablilla para escribir, libro, registro, escrito", Pimentel, Julio, *Diccionario Latín-Español. Español-Latín*, México, Porrúa, 1999. Ver también la misma voz y las afines en *Diccionario Jurídico Mexicano*, tomo "A-CH", México, Porrúa, 1996.

[11] O como lo define actualmente y de forma más precisa Mariano Peset, un "código es una ley que regula toda una rama del derecho, de manera homogénea, sistemática y articulada, con un lenguaje breve y preciso", citado en Soberanes, José Luis, "Las codificaciones del derecho privado mexicano en el siglo XIX", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 10, núm. 10, 1986, p. 376.

[12] Tau, Víctor, *La codificación en la Argentina 1810-1870. Mentalidad social e ideas jurídicas*, Buenos Aires, Imprenta de la Universidad, 1977, nota a pie de página núm. 2; De Icaza, Francisco da una explicación similar, "La codificación civil en México 1821-1884", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 9, núm. 9, 1985, p. 265.

[13] En el *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense.... Por Don Joaquín de Escriche. Con citas del derecho, notas, y adiciones por el licenciado Juan N. Rodríguez de San Miguel*, 1837 (edición y estudio introductorio por Ma. del Refugio González), México, UNAM, 1996, la palabra "código" se define de la forma antigua, como la "colección de las constituciones de los emperadores romanos", donde el *Fuero Juzgo*, las *Partidas* y las recopilaciones, por extensión, también estaban comprendidas en la categoría de códigos.

Es, precisamente, dentro de la tradición jurídica romano canónica, que a la idea de ordenar y sistematizar al Derecho se le llamó codificar; acción que ubicada en el devenir histórico se llama proceso de codificación. No obstante, como bien aclara Refugio González, "el término codificación ha sido definido de varias maneras en distintas épocas, por diversos autores, dentro de los diferentes sistemas jurídicos que existen".[14]

En la Europa continental, el proceso de codificación se consolidó en la última parte del siglo XVIII, hasta alcanzar su máxima expresión en Francia con la promulgación, en 1804, de su primer Código Civil. La revolución que esto le significó al Derecho, inserta en la Ilustración, impactó en América en la parte que pertenecía a la tradición del Derecho Romano Canónico, es decir, a las amplias posesiones españolas desde México hasta Argentina, a Brasil como parte del reino portugués y a los pequeños enclaves franceses del Caribe y de la Louisiana. Y "tuvo por objeto, de acuerdo con René David, acabar con la fragmentación del derecho y la multiplicidad de las costumbres";[15] se trataba de "obtener una ordenación y simplificación de las normas existentes". Sin embargo, para algunos la reforma "debía transformar radicalmente el método y los principios del antiguo derecho". Pensaban que el orden jurídico ya no respondía a las necesidades propias del momento.[16]

Este movimiento renovador se inscribió dentro del Derecho Natural racionalista. En él se recogió parte del derecho natural cristiano de origen medieval, pero incorporó rasgos propios como la secularización y la autonomía de la razón humana, según lo cual, el hombre podía ser el constructor de su propio destino. Esta corriente, al insertarse en la segunda mitad del siglo XVIII en la Ilustración, permitió el cambio definitivo del viejo orden legal y una nueva concepción de la legislación, en donde la novedosa técnica jurídica permitía la construcción dogmática de conceptos expresados a través de leyes, constituciones y códigos.[17]

Por lo que se refiere a España y a sus extensos dominios americanos, fue en la Constitución gaditana de 1812, en la última fase del período colonial, donde quedó escrito por primera ocasión que se impulsaría la creación de los códigos. Así, el influjo de los ordenamientos franceses promulgados a principios del siglo XIX quedaría materializado por los liberales españoles y americanos de la época. No obstante, como lo señala José Ma. Castán, la codificación en la América española también se nutrió de un corpus jurídico

[14] González, *op. cit*, pp. 63 y ss.

[15] Citado en *Ibidem*, p. 65.

[16] Tau, *La codificación en..., op. cit.*, p. 77.

[17] *Ibidem*, pp. 22-25.

fraguado a lo largo de los siglos, de la aplicación —en un primer momento— del Derecho castellano trasplantado, del Derecho romano, de una misma literatura hispánica y europea heredera del *ius cummune*, de la labor integradora de las audiencias americanas y de una práctica jurídica semejante en todos los virreinatos.[18]

En el caso particular de México, tras lograr su independencia, una más de las preocupaciones de sus políticos fue, como en el resto de América Latina, crear los códigos civil, penal y mercantil que, por fin, dieran a los ciudadanos certidumbre y seguridad en la administración de justicia.[19] El derecho aplicado hasta entonces había sido promulgado por el rey, pertenecía a una forma de gobierno que ya no se correspondía con la realidad; además, la naturaleza misma de ese derecho tampoco guardaba relación con los nuevos tiempos que se vivían.[20] Con los códigos se esperaba que terminara la anarquía jurídica y que los jueces transitaran, de creadores del Derecho —con el uso y abuso del arbitrio judicial—, a ser sólo sus estrictos aplicadores.[21]

Los enormes problemas económicos derivados de la guerra civil de independencia, aunados a los profundos procesos de cambio generados en todos los órdenes por la Ilustración hicieron cada vez más acusada esta necesidad. Los diversos grupos políticos, a pesar de su diversidad ideológica, estaban de acuerdo en emprender esta tarea; no obstante, su concreción no pudo darse con la celeridad deseada porque no coincidían en la forma específica en que debía crearse esos cuerpos legales.

En el ámbito general del pensamiento jurídico novohispano mexicano, con el paso de colonia a país independiente, lo que se pretendía era pasar de un Derecho profundamente casuístico, que en la práctica cotidiana de los tribunales se manifestaba en el abuso del arbitrio judicial por parte de los juzgadores,[22] a otro Derecho legislado que fuera homogéneo, sistemático y articulado con un lenguaje breve y preciso, donde los jueces "simplemente" aplicaran la ley al caso concreto. Este cambio jurídico expresado en breves palabras representaba tales transformaciones en la mentalidad social de la época, que en la realidad llevaría varias décadas realizarse.[23] Por supuesto, una de las premisas fundamentales para iniciar el trayecto de transformación, de acuerdo con los juristas de entonces, era contar con los códigos respectivos. Pero como esos cuerpos no se podrían concretar en el corto plazo, la administración de justicia tuvo que ingeniárselas para continuar en funciones bajo esas contradicciones mientras tanto.

En este contexto —que implica considerar las limitaciones que el tiempo imponía para renovar todo el marco legal— se entiende que, para evitar, en la medida de lo posible, los vacíos jurisdiccionales, los primeros gobiernos hayan aceptado la aplicación de las disposiciones coloniales, mientras no se opusieran a la nueva legislación que se iba creando poco a poco. Pero como la sucesión de los propios gobiernos tampoco se daba de forma ordenada, ni los grupos de poder se ponían de acuerdo en los principios políticos básicos que darían sustento al Estado nacional, en la práctica cotidiana, los tribunales tuvieron que actuar en la ambivalencia permanente. Trataron, por un lado, de asimilar e impulsar —a veces más en apariencia— los nuevos conceptos jurídicos y las nuevas formas de organización que imponía el liberalismo y la división de poderes; mientras que, por otro, echaron mano constante de las prácticas judiciales tantas veces reeditadas de la doctrina jurídica de antaño, y de todo el viejo y complejo *corpus* legal; material que, por la demanda que tenía de quienes actuaban en los tribunales, con el tiempo fue reimpreso y adicionado constantemente en ediciones mexicanizadas.

Como lo apunta María del Refugio González, la idea de codificar estuvo presente en todos los grupos políticos mexicanos. Tanto liberales como conservadores coincidían en que debían crearse esos cuerpos jurídicos.[24] Sin embargo, dos puntos podrían señalarse como esenciales y que marcaron la diferencia entre uno y otro bando. El primero se refiere a la posición que debía ocupar la Iglesia y su doctrina dentro de la sociedad y, con ello, en materia jurídica, la regulación de cuestiones fundamentales como el estado civil de las personas (matrimonios, nacimientos y defunciones) y sobre cam-

[18] Castán Vázquez, José Ma., *La influencia de la literatura jurídica española en las codificaciones americanas*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1984, pp. 28-29.

[19] Para algunos autores, el proceso de codificación mexicano puede dividirse en tres períodos que coinciden con cambios políticos importantes a nivel nacional. El primero va de los inicios del siglo XIX al término del Imperio de Iturbide; el segundo, de la Primera República Federal a la Restauración de la República y el tercero iniciaría poco antes de 1870 —fecha en la que apareció el primer Código Civil para el Distrito Federal, que a la postre sería incorporado con distintos matices por la mayoría de los estados (Icaza, *op. cit.*, pp. 271-272.)— y continuaría hasta la fecha. Por supuesto que estos períodos son más bien formas de explicación histórica y no verdaderas divisiones entre un período y otro. Existen hilos de continuidad que permiten el paso un período al otro. Sin embargo, y para los mismos fines explicativos, es preciso señalar que los proyectos de reforma de la administración de justicia mexiquense que se presentan en este trabajo se ubican en el segundo período señalado.

[20] González, *op. cit.*, p. 117.

[21] Soberanes, "Las codificaciones del derecho…", *op. cit.*, p. 377.

[22] Téllez, Mario, "La aplicación de la justicia criminal ordinaria en el Valle de Toluca: la transición del antiguo régimen a los primeros años de la época independiente (1800-1829)", tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2000, pp. 200-211.

[23] González, *op. cit.*, pp. 57-114.

[24] *Ibidem*, p. 70.

bios en ciertos aspectos del derecho de propiedad, de las sucesiones y los contratos. El segundo punto está relacionado con la cuestión política y con la postura ideológica de cada grupo. Mientras los liberales, identificados con el federalismo, pugnaban por el respeto de la soberanía de los estados y porque, en consecuencia, la creación de los códigos fuera competencia interna de cada entidad; los conservadores, partidarios del centralismo, planteaban que los códigos fueran expedidos por el legislativo nacional y, por tanto, que tuvieran aplicación general en todo el territorio.[25]

Estas circunstancias nos permiten entender que la Constitución federal de 1824, de filiación liberal, no hiciera mención alguna en su articulado sobre la necesidad de codificar. En cambio, en su artículo 160 estableció que las causas civiles y criminales serían resueltas al interior de los estados. Bajo esta perspectiva puede inferirse que los propios estados se asumieron facultados para codificar al interior de sus fronteras.[26] En consecuencia, entre 1827 y 1829, Oaxaca promulgó su *Código Civil* por libros; Zacatecas publicó, en 1829, un *Proyecto de Código Civil* para su discusión; Jalisco hizo lo propio en 1833 con el proyecto de la primera parte de su código civil; Guanajuato, en el mismo año, convocó a un concurso para premiar el mejor proyecto en esa materia;[27] y el Estado de México, en el interregno, también discutió algunas iniciativas sobre la administración de justicia local, que contenían la simiente de los que pudieron ser sus códigos futuros. Los Códigos de Zacatecas y Oaxaca no siguieron un mismo modelo en cuanto a la manera de tratar las distintas materias del ámbito civil, a pesar de la influencia que pudo tener en ambos ordenamientos el código civil francés. Ambos plantearon "codificar" en el sentido ilustrado de la palabra, como ordenar y sistematizar el derecho.[28]

Así, hubo que esperar a que transcurrieran las décadas de lucha entre liberales y conservadores, hasta después de 1867, con el triunfo liberal, para que se lograra consolidar la codificación en los términos que se habían propuesto. Fue en dichas condiciones que se promulgó el primer *Código Penal para el Distrito Federal y la Federación* en 1871. Por su parte, la mayoría de los estados decidió trasladar el contenido de éste a su legislación y lo promulgó como propio; lo mismo había sucedido poco antes con el Código Civil.

[25] Para una exposición más amplia y detallada de lo arriba expuesto ver *Ibidem*, pp. 81-114.

[26] El artículo 160 de la Constitución de 1824 estableció: "El Poder Judicial de cada Estado, se ejercerá por los tribunales que establezca ó designe la constitución; y todas las causas civiles ó criminales que pertenezcan al conocimiento de estos tribunales, serán fenecidos en ellas hasta su última instancia y ejecución de la última sentencia".

[27] González, *op. cit.*, p. 86.

[28] *Ibidem*, pp. 87-90.

3. Los expedientes penales por falsificación de moneda

Basta echar un vistazo rápido a las colecciones de legislación del siglo XIX mexicano para darse cuenta de la cantidad de leyes nacionales —federalistas y centralistas— y locales que intentaron frenar y castigar la acuñación y circulación de moneda falsa. En el ámbito de las transacciones mercantiles pequeñas, en el que se movía la mayor parte de la población, el problema era mayor. De allí la notable proliferación de este delito, que fue muy recurrente en el primer juzgado de distrito en materia penal con sede en Toluca.

Es probable que, de no existir las inconsistencias del fondo documental que se han mencionado arriba, el panorama delincuencial sería diferente. No obstante, mientras esto puede comprobarse, aquí se presentan los expedientes sobre amonedación y circulación de moneda para el período que nos interesa.

El 3 de abril de 1869, en el juzgado de distrito del Estado de México, se inició un proceso penal "Contra Jose y Jose Maria Correa por falsa amonedacion". Después del desahogo del proceso, al momento de sentenciar, el Lic. Bernardo de la Rosa hizo diversas consideraciones que estaban en contra de la inocencia de estos personajes y concluyó:

> Considerando que los reos no han probado en manera alguna lo contrario de lo que en estos autos aparece contra ellos, sino que antes bien han confesado lisa y llanamente su delito, cuya confesion esta adminiculada con una prueba testimonial perfectamente rendida constituyendo ambas cosas una prueba plenisima, que no puede desecharse y por lo mismo debe considerarse probado el delito... con fundamento del articulo 8 del Decreto de 12 de Julio de 1836 y haciendo uso del arbitrio judicial que concede la ley 8 del 31 Partida 7ª... condeno á Jose y Jose Maria Correa á la pena de cinco años de presidio contados desde la fecha de sus aprehension [10 de febrero de 1870].[29]

Con la argumentación del juez, es evidente que su forma de juzgar descansa sobre la figura del arbitrio judicial, como la explicó Víctor Tau. Por supuesto que en esos años así era la forma de juzgar éste y cualquier otro delito. Pero vamos a explicarlo un poco.

¿Qué decía el Artículo 8 del Decreto de 12 de julio de 1836 y la Partida 7, título 31, ley 8 (en adelante P 7, 31, 8)? Este Decreto se refería a la "Pena de los monederos falsos, conocimiento de sus causas, y prohibicion de las casillas de cambio" y el Artículo 8, señalaba: "La pena del fabricante, introductor

[29] Casa de Cultura Jurídica "Ministro José María Lozano", en adelante CCJ "MJML", 1, F-EM/S-1er JDT/ Se P/ AÑO 1869/155-386/ 159, 103 fs. En todas las citas se ha mantenido la ortografía original de los documentos.

o receptador, será la del último suplicio, tan luego como se haya sustanciado la causa; y la de los demas cómplices será de cinco á diez años de presidio". Por su parte, la P 7, 31, 8 era el fundamento puntual del arbitrio judicial "Que cosas deuen catar los Juezes, ante que manden dar las Penas: e *por que razones las pueden crecer, o menguar, o toller*" (cursivas nuestras).[30] Es decir, si los reos eran culpables, de acuerdo con lo que se aprecia en el expediente y conforme a la letra del Artículo 8 del Decreto de 12 de julio, debieron ser condenados a la pena de muerte, pero en virtud del arbitrio, según P 7, 31, 8, el juez les impuso una pena extraordinaria de cinco años; pena que coincidía, según el Decreto mencionado, con la mínima aplicable solo a los cómplices.

Más tarde, en febrero de 1871, poco antes de la entrada en vigor del Código Penal de 1871, Juan Antonio Rubio fue acusado de "circular moneda falsa". Al final del largo, aunque rápido proceso, el juez, después de cinco considerandos en los que fundamentalmente duda de la culpabilidad de Rubio, sentenció: "Con fundamento de la ley 26 tit. 1º Parta. 7ª absuelvo del cargo a Don Juan Antonio Rubio" y lo puso en libertad bajo fianza, mientras el Tribunal Superior de Justicia revisaba el fallo. Este fallo fue confirmado exactamente en los mismos términos que la sentencia de primera instancia, en agosto de 1872, por la "Primera Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito fungiendo como de Circuito".

La P 7, 1, 26 tiene como título: "Como el juez deue librar la Acusacion por derecho, despues que la ouiesse oyda" y se refiere a algunas de las consideraciones que el juzgador debía tomar en cuenta para valorar las pruebas que se le presentaran. En alguna parte de esa ley 26, se puede leer: "E si las prueuas que fuessen dadas contra el acusado, non dixessen, e testiguassen claramente el yerro sobre que fue fecha la acusacion, e el acusado fuesse ome de buena fama, *duelo el Judgador quitar por sentencia*".[31] Esto constituyó el fundamento sobre el que se apoyó el juzgador para absolver del cargo a Juan Antonio Rubio. Ni siquiera hizo referencia al delito en lo específico, simplemente consideró la debilidad de las pruebas y el tribunal de alzada coincidió con su argumentación.

Dos años después, en 1873, se abrió juicio "Contra Luis Serrano y Demetrio García por monederos falsos".[32] Para estos momentos ya estaba vigente el Código Penal de 1871 y el juez resolvió de esta forma:

[30] Rodríguez de San Miguel, Juan N., *Pandectas Hispano-megicanas*, Estudio introductorio de Ma. del Refugio González, tomo III, México, UNAM, 1991, pp. 456-457 y 649-650 respectivamente.
[31] *Ibídem*, p. 366.
[32] CCJ "MJML", 2, F-EM/S-1er JDT/ Se P/ AÑO 1873/236-344/ 240, fs. 43.

> ...de conformidad con el art. 674 y sus correlativos del Codigo Penal y al espiritu del decreto de 22 de Julio de 1833 citado en la ley de 5 de enero de 1857 y teniendo en consideracion que respecto del primero de los enjuiciados está justificada la portacion de la moneda y de ninguna manera la ecepcion expuesta por él ni tampoco la circulacion á la ves que, el Código citado no impone la portacion; que con relacion al segundo no está probada ni una ni otra cosa, no habiendo en su contra mas que la presuncion de socio en el delito por cuanto que son compañeros en el giro de comercio y andan juntos por los caminos y las poblaciones: que si bien es cierto que no es un hecho justificado la circulacion es de presumir que con el objeto de hacerla se portaba la moneda; pero que esto no es bastante para condenar: que no estando probado tampoco que Serrano ni menos Garcia obren de acuerdo y como agentes de los fabricantes de dicha moneda, y que se trata de solo la cantidad de cuatro pesos quince centavos; con todo lo demas que ver y considerar convino... *con fundamento del Código Penal tit. 4º Lib. 3º y de la ley 26 tit 1º Part. 7ª absuelve del cargo á Luis Serrano y Demetrio Garcia... que se les ponga en absoluta libertad sino interpusieren recurso alguno en cuyo caso se archivará este juicio... poniendo á los reos en libertad en fiado..." no firmaron por no saber* (cursivas nuestras).[33]

El Código Penal de 1871, en su Libro Tercero se refería a "los delitos en particular" y el Título Cuarto era el de "Falsedad". No obstante, este título tenía diez capítulos. El primero, en efecto, trataba de la "Falsificación de moneda y alteración de ella", pero los otros nueve hacían referencia a otras tantas formas de falsificaciones que nada tenían que ver con la fabricación y circulación de moneda falsa.[34] Como se aprecia en el texto transcrito, el juzgador, en una atropellada pero dubitativa exposición sobre la culpabilidad y peligrosidad de los reos, se refiere vagamente al Código Penal —posiblemente para "legitimar" su sentencia—, pero donde verdaderamente parece que descansa su decisión es en la P 7, 1 26 que, como ya se expuso, imponía que las pruebas presentadas en juicio deberían ser contundentes para sentenciar en contra y que, en caso contrario, había que absolver, como lo hizo finalmente en este caso el juez. Es decir, este juez, formado todavía bajo la tradición del derecho de Antiguo Régimen, intentó incorporar a su sentencia el Código Penal, pero termina por utilizar la "vieja legislación" y su espíritu para atemperar el castigo, como ya lo señalaba desde el siglo XVI Jerónimo Castillo de Bovadilla.

Por otro lado, es muy importante mencionar que el Código Penal de 1871 no contiene ningún apartado que se refiera a la valoración de las pruebas ofrecidas en el proceso y ésta es una cuestión que tenía gran relevancia en

[33] CCJ "MJML", 2, F-EM/S-1er JDT/ Se P/ AÑO 1873/236-344/ 240, fs. 41vta - 42vta.
[34] Hernández, Aaron, *Código Penal de 1871 (Código Martínez de Castro), comentarios a la ley penal de 1871*, México, Porrúa, 2000, pp. 191-211.

la mentalidad de los juristas de la época, no sólo por el hecho de que a partir de esa valoración muy frecuentemente podía atenuarse la pena en cualquier proceso criminal, sino porque hacía siglos, ¡al menos desde la aparición de las Partidas en el siglo XIII!, que esa valoración era fundamental al momento de juzgar un delito.

Al año siguiente, en 1874, se inició juicio "Contra Florencio Martínez, Anastacio Guerrero, Margarito Saucedo, María Angela Robledo y Eufrocina Barreto por falsificacion de moneda".[35] En un rápido proceso, el juez concluyó de esta manera:

> ...y teniendo en consideracion las constancias de lo actuado, la calidad de la justificacion del cuerpo del delito, de falsa amonedacion, la cantidad de moneda falsa recogida á algunos de los reos, el tiempo que llevan de estar privados de su libertad, y la clase de prueva que contra ellos se ha podido obtener hasta ahora, de lo que resulta que Margarito Saucedo, halla portado el medio real falso, que se dice le fue encontrado, cuyo hecho aun no podia perjudicarlo, ni que este asi como el citado Martinez y la mencionada Barreto se hayan complicado en el delito que se atribuye á Guerrero y la Robledo, ni por último, que estos hayan cometido el delito de falsa amonedacion, de tres decimos y dos medios reales que forman cuarenta y dos centavos, que hayan utilizado los objetos recogidos y utiles para la falsificacion de moneda, y que á ese fin los cargasen con pleno conocimiento y voluntad... con fundamento de la ley 26 tit. 1°, part 7ª absuelvase del cargo á los reos mencionados... 2° que se pongan en absoluta libertad.[36]

Una vez más, frente a la debilidad de las pruebas y la escasa cuantía del delito, el juez invocó únicamente a la vieja ley de Partidas ya conocida. Esta vez ni siquiera tuvo la necesidad de mencionar por lo menos vagamente al flamante Código Penal, ni ninguna otra disposición.

No obstante, para 1876 la situación parece que comenzaba a dar un giro, como se advierte en el juicio "Contra Anastacia Cortez por circulacion de moneda falsa".[37] En la sentencia, el juez señaló que Anastacia Cortez confesó el cargo:

> ...porque se los dieron de limosna y no sabian que eran falsos; y habiéndole instado con apoyo de la ocultacion de cuatro reales en un zapato y de falta de justificacion de la coartada, insistió en la misma respuesta, agregando que no sabe como los introdujo en el zapato...
> ...y teniendo en consideracion la justificacion del cuerpo del delito, la aprehension real de la moneda, la ocultación de cuatro reales, la declaracion de la denunciada, la falta de justificacion de la coartada, la cual no habria sido probada aunque hubiesen declarado de conformidad las personas que la socorren y que ella cita en su preparatoria; por lo que no ha sido preciso examinarlas, pues no probaria su inocencia con el dicho de aquellas toda vez [que] del hecho de pedir y recibir limosna no se deduce necesariamente que haya recibido seis reales falsos... con fundamento de los artículos 674, 422 y 120 del Código Penal de 7 de Diciembre de 1871, y no olvidando que la Cortez no puede pagar multa alguna por su insolvencia la condena á tres dias de reclusion: y como los ha sufrido á contar desde el dia cuatro á la hora de la aprehension, la da por compurgada y manda que se le amoneste que en lo sucesivo no incurra en el mismo delito: que se le ponga en libertad absoluta.[38]

[35] CCJ "MJML", 1, F-EM/S-1er JDT/ Se P/ AÑO 1874/4-?/ 246, fs. 43
[36] CCJ "MJML", 1, F-EM/S-1er JDT/ Se P/ AÑO 1874/4-?/ 246, fs. 36vta-38vta.
[37] CCJ "MJML", 2, F-EM/S-1er JDT/ Se P/ AÑO 1876/14-19/ 14bis, fs. 8.

En este proceso, la actitud del juzgador cambia de forma importante. A diferencia de los cuatro expedientes revisados con anterioridad, deja de lado cualquier otra disposición y centra su fundamentación jurídica sólo en el Código Penal. El Artículo 674, en la parte que seguramente invocó el juez, refería que quien pusiera en circulación moneda falsa, pero sin acuerdo con el fabricante, sufriría la pena impuesta en el Artículo 422; supuesto que corresponde, de acuerdo con el expediente, al caso de Anastacia Cortez. Este Artículo 422 señalaba, en su fracción primera, que quien defraudara con moneda falsa o alterada, sufriría la pena del delito de "*robo sin violencia y una multa* igual á la cantidad que se proponga defraudar" (cursivas nuestras). Pero el juez, en vez de mencionar el Artículo 376 que trataba precisamente del "robo sin violencia", invocó el 120, que establecía que cuando las multas fueran menores a 16 pesos, "el arresto equivalente se computará á día por peso". Este cambio podría explicarse advirtiendo que el Artículo 376, fracción primera, marcaba que si el valor de la cosa robada no excedía el valor de cinco pesos sólo se impondría "una multa igual al valor triple de lo robado ó el arresto correspondiente á la multa". Es decir, el juez cambió su fundamentación porque 18 reales (el triple de seis reales de moneda falsa) eran menos que 16 pesos[39] y eso beneficiaba al acusado. Con esto se advierte —y acaso es lo más relevante, desde nuestro punto de vista— que aun utilizando exclusivamente el nuevo Código, y sin referirse a la "vieja legislación", atemperó igualmente el rigor del castigo.

Para 1877, en el juicio "Contra Antonio Castillo y Francisca Rodríguez o Trinidad Álvarez por circulacion de moneda falsa", las consideraciones del juez fueron las siguientes:

> ...no puede considerarse á Castillo y á sus esposa como simples portadores de moneda falsa, y como á tales imponerles la quinta parte de la pena que señala el arto 376, en

[38] CCJ "MJML", 2, F-EM/S-1er JDT/ Se P/ AÑO 1876/14-19/ 14bis, fs. 6vta-8.
[39] *Código Penal de 1871, op. cit.*, pp. 64, 125, 137 y 192.

su fraccion 4ª, conforme al artº 202 del Código Penal del Distrito Federal, como lo ha pretendido el defesor Lic. Cano y Rodriguez... son verdaderos circuladores de moneda falsa, y por lo mismo comprendidos en los arts. 674, 675 y 422 en su fraccion 1ª del relacionado Código, en la parte de que hablan del que á sabiendas pone en circulacion moneda falsa; puesto que no aparece probado que Castillo y su muger hayan obrado de acuerdo con el que fabricó la moneda... que las monedas falsificadas, segun el certificado de fs. 106, son de cobre, cubiertas con una capa de plata muy delgada; estando en proporcion los metales de 97 por 3, y la cantidad de ellas de mas de doscientos pesos... [Por lo que en virtud de las] las leyes 5ª tit. 8º Lib. 12 N. R.; 8ª tit. 31 Pa. 7ª y arts. 376 en su frac 4ª y 377 del ya citado Código Penal del Distrito Federal... condena á Antonio Castillo á un año de prision contado desde el 27 de Marzo próximo pasado en que se le declaró formalmente preso. 2º A Francisca Rodriguez ó Trinidad Alvarez, por el mismo delito á igual pena que el anterior y contada desde la misma fecha 27 de Marzo. 3º A que entre los dos paguen una multa de doscientos diez y seis pesos cincuenta centavos, ó en su defecto á que conforme al artº. 119 del Código expresado sufra cada uno dos meses de arresto, que se contarán desde el dia que se extingan su primera prision... Juez: Manuel González Urbina y Vicente Landa, secretario.[40]

En *Partidas* 7, 31, 8, como ya se ha visto, se fundamenta el arbitrio judicial y el encabezado del título 31 es por sí mismo elocuente: "Que cosas deben catar los jueces, ante que manden dar las penas, e porque razones las pueden crecer, o menguar o toller".[41] Por su parte, la ley 5ª, tít. 8º, Lib. 12 de la Novísima Recopilación hacía referencia a que las penas contenidas en todas las disposiciones relacionadas con la fabricación, introducción, uso y circulación de moneda falsa fueran aplicadas.[42] El Artículo 674 refiere, en su última parte (a ella apunta el Artículo 675), que al expendedor de moneda falsa, sin estar de acuerdo con el fabricante, sufriría la pena impuesta al fraude, establecida en la fracción 1ª del Artículo 422, que señalaba que era la que sufriría quien cometiera robo sin violencia, más una multa igual a la cantidad defraudada. El Artículo 376, fracción 4ª, hacía mención precisamente al robo sin violencia y a la pena de un año de prisión a quien robara por un monto de 100 a 500 pesos y el 377 a la forma de estimar la cuantía. El Artículo 119 imponía arresto de 16 hasta 100 días a quien no pudiera pagar sus multas. Este es el segundo caso, de los revisados hasta ahora, en que el juez, a pesar de citar legislación del Antiguo Régimen, se apegó puntualmente a lo establecido en el código penal.

[40] CCJ "MJML", 2, F-EM/S-1er JDT/ Se P/ AÑO 1877/48/ 48, fs. 199.

[41] Rodríguez de San Miguel, Juan N., *op. cit.*, p. 649.

[42] *Novísima Recopilación de las leyes de España dividida en XII Libros.... Mandada formar por Don Carlos IV*, Tomo V, Impresa en Madrid, Año 1805, edición digital propia.

Tres décadas más tarde, cuando podría suponerse que con tal distancia cronológica y con los códigos en pleno vigor, las circunstancias podrían ser diferentes, encontramos en 1907 el expediente penal "Contra Juan Portillos y comps por circulacion de moneda falsa". El razonamiento del juez, en su sentencia, fue el siguiente:

Contra Bernabé Conejo, originario de Salamanca, del Estado de Guanajuato, y vecino del pueblo de Santa Cruz del mismo Estado, de veinte años de edad, soltero, tejendero, José Vidal Romero originario de la ciudad de Juan de los Aldamas, perteneciente al mismo Estado, de treinta y ocho años de edad, soltero, zapatero; Juan Portillo, del mismo origen, de diez y nueve años de edad, soltero, pintor, y Porfirio Portillo, de la misma vecindad, de catorce años, soltero, albañil; acusados de los delitos de fabricacion y circulacion de moneda falsa... Considerando 1º Que el delito de circulacion de moneda falsa esta plenamente probado, no así el de su fabricacion. Considerando 2º Que la responsabilidad de este delito, el de circulacion, no resulta contra Bernabe Conejo; pues por lo actuado consta ser quien pretendio pagar con una moneda falsa el pulque, que tanto él como los demas acusados tomaron en el pueblo de San Martin, con la circunstancia de haber sido reconocido en rueda de pares, por Sabas Osorio, hermano de la vendedora. Consierando 3º. Que las monedas recojidas, segun la opinion de los peritos, son de plomo y estaño. Considerando 4º. Que acusados Somera, Juan y Porfirio Portillo, desde un principio han estado negativos, no resultando en su contra mas, que los dichos de Conejo y Pomposa Vazquez, dichos que no merecen ninguna fé y credito, por tenerle condicion de ser Conejo y Vazquez complices ó coreos en la misma causa, segun lo prevenido en la ley 21 tit 15 Part. 3ª. ´El complice del delito no es suficiente testigo contra el compañero de él.´ Considerando 5º que la declaracion hecha por Somera en su declaracion de fs. 15, no debe darsele valor alguno, una ves que en el mismo acto la retracte, lo que la hace ineficaz... artículos 39 frac IV-49-66-67-156-218. Código Penal, 674 del mismo Codigo reformado leyes 26 tit. 1º Part. 7ª 2 tit. 16 lib. 11 N. R. articulo 18º constitucional y 8º del ya citado Codigo Penal... se da por compurgado á Bernabe por el delito de circulacion de moneda falsa, con la prision sufrida... se le amonesta para que no reincida... se sobresee respecto de Vidal Somera, Juan y Porfirio Portillo, bajo fianza de veinticinco pesos á cada uno.[43]

No parece relevante seguir refiriéndonos de forma puntual a los artículos y ordenamientos señalados por el juzgador —varios han sido referidos en los expedientes previos—, pero sí cabe destacar que, igual que en décadas previas, aparecen entre mezclados el derecho de Antiguo Régimen y el Código Penal; de la misma manera, toda la argumentación jurídica es para atemperar el rigor del castigo, en este caso particular, es para liberar a los acusados, "después de la prisión sufrida". Todo prácticamente de la misma forma como sucedía a principios de siglo en el Valle de Toluca, en lo que se conocía entonces como la baja justicia, y que hemos podido documentar con amplitud.

[43] CCJ "MJML", 2, F-EM/S-1er JDT/ Se P/ AÑO 1907/65-119/ 65, fs. 107.

4. Comentarios finales

Los siete expedientes revisados, de forma particular las respectivas sentencias por la acuñación y circulación de moneda falsa, evidencian la difícil transición entre el derecho del Antiguo Régimen y el derecho racionalista y positivista representado por el Código penal de 1871. Seguramente la mayoría de los abogados y juzgadores que participaron en esos casos fueron educados todavía en la tradición de lo que Víctor Tau denominó el "casuismo", pero también es cierto que la mayoría de ellos conocía el Código Penal, sobre todo en el caso de los juzgadores que después de 1871 tenían que "aplicarlo".

Un primer comentario general es que seis de los siete expedientes temporalmente están dentro de la vigencia del Código Penal y en cuatro de ellos los juzgadores sentenciaron usando el "arbitrio judicial", que fue citado con mayor o menor exactitud. Es decir, queda claro que la experiencia previa de varios siglos del uso del arbitrio judicial trascendió claramente después de la entrada en vigor del Código de 1871, que tenía como uno de sus principales objetivos suprimirlo. Sin saber si fue por decisión o distracción, a los juzgadores no les fue fácil alejarse de la aplicación del derecho del Antiguo Régimen, ni prescindir del uso del arbitrio judicial y adaptarse a la aplicación exclusiva del Código. Ambas formas de vivir el Derecho convivieron en un proceso de transición que no sabemos exactamente cuándo terminó, pero que seguramente llevó varios años más después de 1910.

Otro elemento que vale la pena comentar es que en los siete expedientes expuestos las penas fueron leves, probablemente porque los delitos cometidos no fueron de gran envergadura; no obstante —hay que señalarlo—, siempre es revelador observar esa tendencia y, más todavía, saber que coincide con lo acontecido en el Valle de Toluca en las primeras décadas del siglo XIX. Sugerente que sea en los extremos temporales del siglo, aun cuando sean jurisdicciones distintas. Pensamos que el rigor y crudeza del derecho del Antiguo Régimen, narrados de forma prolija y seductora por destacados juristas, como Francisco Tomás y Valiente en su libro *El derecho penal de la monarquía absoluta*,[44] es más bien una leyenda negra; como ya lo han señalado otros investigadores para el caso español. No dudamos que en ciertos casos fuera utilizado con todo rigor, pero la experiencia documental que hemos tenido en períodos distintos es diferente, por ello, suponemos que es más bien la excepción. Hemos constatado que la institución jurídica del arbitrio judicial fue usada precisamente como la llave para atemperar ese rigor.

[44] *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Madrid, Tecnos, 1992.

Sabemos también que el discurso de personajes de la talla del Marqués de Becaria, en su famosa obra *De los delitos y las penas*, que iba en dirección de la construcción de la leyenda, caló hondo y dio paso a lo que se conoce como la "dulcificación del Derecho Penal".

Para terminar, podemos decir que lo que tenemos documentado en este trabajo y otros relacionados son indicios que nos muestran que antes y después de la promulgación del Código Penal, los jueces —a veces de forma menos técnica o en ocasiones de forma más elaborada e independientemente del delito de que se trate— se inclinaron a disminuir el rigor de las penas. Esto último nos parece lo más revelador, pues, antes o después del Código y de cualquier manera que se haya aplicado, destaca que los juzgadores en repetidas ocasiones encontraron la forma de atenuar el castigo. Y la aplicación del Código, hay que reiterarlo, fue poco a poco. A veces, con retrocesos, sobreponiéndose a la "vieja legislación". Al menos hasta finales del Porfiriato, siguió haciéndose referencia a él una y otra vez. Habrá que seguirlo documentando.

Tabla de Expedientes

No.	AÑO	EXPEDIENTE
1	1869 - 1870	Falsa amonedación
2	1869 - 1870	Infidencia y otros excesos
3	1869 - 1869	Infidencia
4	1869 - 1870	Sublevación
5	1871 - 1872	Circulación de moneda falsa
6	1872 - 1872	Peculado
7	1873 - 1873	Monederos falsos
8	1873 - 1873	Faltas a la autoridad
9	1873 - 1880	Abusos electorales
10	1874 - 1874	Falsificación de moneda
11	1874 - 1876	Abuso de facultades
12	1876 - 1878	Abuso de autoridad
13	1876 - 1877	Robo
14	1876 - 1876	Circulación de moneda falsa
15	1877 - 1879	Peculado
16	1877 - 1878	Circulación de moneda falsa
17	1877 - 1878	Celebración pública y solemne de varios actos religiosos fuera de los templos
18	1879 - 1880	Extracción de correspondencia
19	1885 - 1911	Delito previsto por la ley de 14 de diciembre de 1874, art. 15, frac. 4ª
20	1885 - 1891	Peculado
21	1894 - 1900	Rebelión
22	1895 - 1897	Abuso de autoridad y omisión en el cumplimiento de sus deberes
23	1896 - 1899	Injurias á los empleados del Ministro de Fomento y ofensas á la Nación
24	1899 - 1899	Fraude
25	1901 - 1905	Peculado y falsedad
26	1903 - 1903	Robo
27	1907 - 1908	Circulación de moneda falsa
28	1908 - 1909	Robo de estampillas
29	1910 - 1910	Circulación de moneda falsa

TERCERIZACIÓN LABORAL 2004 Y SUBCONTRATACIÓN LABORAL 2012

Mariana Tenreiro de Kaye
Dionisio J. Kaye

Desde la entrada en vigor, de la Ley Federal del Trabajo, el 1° de mayo de 1970, en la que se desplegaron algunas nuevas prestaciones, en favor de la clase trabajadora, tales como el *Aguinaldo Obligatorio*, la *Prima de Vacaciones*, concluyendo que por cada peso que un trabajador se lleva al bolsillo, el empleador gasta, casi un 40% más en una serie de prestaciones que las leyes, conceden a los trabajadores, por ejemplo:

* Vacaciones: seis días por año.
* Prima vacacional: 25% del salario de los días de vacaciones.
* Aguinaldo: 15 días de salario, como mínimo, por año completo de servicios.
* Días de descanso semanal y obligatorio: 52 domingos y 8 días festivos
* Seguro Social: 28.675% del salario mínimo.
* Prima Dominical 25% del salario de ese día.
* Habitación: 5% del salario.
* Ahorro para el retiro: 2% del salario diario.
* Impuesto Local sobre Nóminas: 2% de la erogación total.

Total del costo de prestaciones legales y cargas sociales: 38.955%.

Concluyendo que su valor era muy alto, los especialistas en Relaciones Industriales y en Administración de Empresas, empezaron a estudiar y diseñar estrategias, para reducir el impacto económico de la Nueva Ley, y sólo, encontraron varios métodos para desvirtuar la existencia de una relación laboral.

Algunos de estos métodos, se tradujeron en verdaderos "fraudes a la Ley Laboral" que fueron detectados y destruidos por el Instituto Mexicano del Seguro Social, practicando visitas domiciliares, con las que lograba la afiliación de muchos trabajadores, no reconocidos como tales por sus patrones. En efecto, las empresas con un importante volumen de ventas a domicilio, celebraban con sus vendedores contratos de Comisión Mercantil; quienes contrataban profesionistas, para diferentes labores internas, de tipo administrativo, docente, control de calidad y producción, celebraban contratos de Prestación de Servicios rofesionales; los que contrataban personal para escribir artículos periodísticos, manuales internos, apuntes de clase, celebraban contratos de "Obra por encargo, en términos de la Ley Federal de Derechos de Autor.

La batalla de ciertas empresas para desvirtuar la existencia de una relación laboral, ha sido continua y sin tregua y la vivimos muy enfáticamente al inicio de este siglo, en que algunas organizaciones quisieron universalizar en México una figura, que ellos mismos denominaron "*Out Sourcing*" o "Tercerización Laboral", que consistió en transformar a los trabajadores, según su trabajo, en Socios de Sociedades Cooperativas de Producción (normalmente a obreros) o en Socios de Sociedades en Nombre Colectivo o de Sociedades Civiles Universales, contempladas en el Código Civil del Estado de Yucatán. (normalmente a empleados de oficina).

Independientemente de que esta estrategia sí desvirtuaba la existencia de una Relación Laboral, se llevaba a cabo con fines de Evasión Fiscal, ya que a los cooperativistas y socios de Sociedades en Nombre Colectivo se les pagaban sus sueldos, vía fondo de Previsión Social o via "Alimentos" que estaban exentos del Impuesto Sobre la Renta; aún cuando para el Impuesto Empresarial a Tasa Única, el importe de la nómina no era deducible, se hacía deducible via pago de prestación de Servicios y aprovechándose de una Resolución Judicial, en el sentido de que Socios o Accionistas no eran sujetos de aseguramiento, ante el IMSS, dejaron de afiliar a todos esos miembros de Sociedades Cooperativas de Producción, de Sociedades en Nombre Colectivo o Civiles Universales eludiendo el pago de cuotas al IMSS, al INFONAVIT y al SAR, así como los Impuestos Sobre Nóminas.

En vista de lo que hemos señalado en párrafos anteriores, el servicio de administración Tributaria, el año de 2008, emitió el siguiente Criterio:

> 05/ISR. Sociedades cooperativas. Salarios y previsión social. Se considera que realiza una práctica fiscal indebida:
>
> I. Quien para omitir total o parcialmente el pago de alguna contribución o para obtener un beneficio en perjuicio del fisco federal, *constituya o contrate de manera directa o indirecta a una sociedad cooperativa*, para que ésta le preste servicios idénticos, similares o análogos a los que sus trabajadores o prestadores de servicios le prestan o hayan prestado.
>
> II. *La sociedad cooperativa que deduzca las cantidades entregadas a sus socios cooperativistas, provenientes del Fondo de Previsión Social, así como el socio cooperativista que no considere dichas cantidades como ingresos por los que está obligado al pago del ISR.*
>
> III. Quien asesore, aconseje, preste servicios o participe en la realización o la implementación de cualquiera de las prácticas anteriores.
>
> Este criterio también es aplicable a las sociedades en nombre colectivo o en comandita simple.

Para combatir estas prácticas, se unieron el IMSS, el INFONAVIT y el SAT, practicando visitas domiciliares a estos sujetos y a los despachos de abogados y contadores, que vendían este tipo de servicios, accionando la actividad de la Procuraduría Fiscal de la Federación: denunciar el Delito de Defraudación Fiscal a dichos sujetos.

En las **Reformas a la Ley Federal del Trabajo año del 2012**, surge la figura del ***Contrato de Sub Contratación Laboral.***

Independientemente de que esta figura (tercerización Laboral con Sociedades Cooperativas o en Nombre Colectivo), fue satanizada por el SAT e IMSS desde el 2009, por haberse utilizado, básicamente para dejar de pagar Impuesto sobre la Renta y Aportaciones al IMSS y al INFONAVIT, la Reforma recoge la Subcontratación laboral, para que pueda ser utilizada legítimamente, por las Empresas, a partir de diciembre del 2012.

En el texto de la Reforma, esta figura Tercerización con Sociedades Cooperativas o Sociedades del año 2012, introduce la Subcontratación laboral, que define en el Artículo 15 A de dicha Ley, como: "El trabajo en régimen de subcontratación es aquel por medio del cual, un Patrón, llamado Contratista ejecuta obras o presta servicios con sus trabajadores bajo su dependencia, a favor de un Contratante, persona física o moral la cual fija las tareas del Contratista y lo supervisa en el desarrollo de los servicios o la ejecución de las obras contratadas".

Bajo esta definición en estos casos debe existir un contrato escrito, entre Contratante y Contratista y además, la Empresa Contratante debe cerciorarse, al momento de celebrar el contrato, que la Contratista, cuenta con la documentación que reflejen que tiene *elementos propios suficientespara cumplir con sus Obligaciones Patronales* con los trabajadores (Artículo 15 B).

Durante el desarrollo de la sub-contratación, la empresa Contratante de los servicios de la Contratista debe cerciorarse permanentemente que la Contratista, cumpla con las disposiciones en materia de salud, seguridad y medio ambiente, respecto de sus trabajadores.

Conforme al Artículo 127 Reformado: Los trabajadores del establecimiento, forman parte de la empresa para efectos del Reparto de Utilidades a los Trabajadores.

En el año 2012, el Poder Judicial Federal, emitió el criterio Jurisprudencial, que a continuación se transcribe y que hoy se aplica contundentemente al Régimen de Sub Contratación Laboral:

> CONTRATO CIVIL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES. SI A TRAVÉS DE ÉL UN TERCERO SE OBLIGA A SUMINISTRAR PERSONAL A UN PATRÓN REAL CON EL COMPROMISO DE RELEVARLO DE CUALQUIER OBLIGACIÓN LABORAL, AMBAS EMPRESAS CONSTITUYEN LA UNIDAD ECONÓMICA A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 16 DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO Y, POR ENDE, LAS DOS SON RESPONSABLES DE LA RELACIÓN LABORAL PARA CON EL TRABAJADOR, y se localiza en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro V, p.1991, Materia Laboral, Tesis: I.3o.T. J/28 (9a.), Jurisprudencia, Registro 160324, febrero de 2012.

Como puede verse, este criterio del Poder Judicial Federal, está muy acorde, con lo dispuesto en el Artículo 16 de la Ley Federal del Trabajo, y aquí se considera que "Contratante" y "Contratista" constituyen la "UNIDAD ECONÓMICA", referida en este numeral, máxime que desde el Artículo 123 constitucional se hace mención de que los trabajadores, tienen el derecho de participar en las utilidades de la *empresa* y aquí, debe considerarse que, la nueva Fracción IV Bis del Artículo 127 de la Ley Federal del Trabajo, considera que los trabajadores del establecimiento de una empresa, forman parte de ella para los efectos de la Participación de Utilidades.

Subsisten las Reformas al Artículo 15 de la Ley del Seguro Social de 2010, para considerar "RESPONSABLES SOLIDARIOS" a Contratista y Contratante.

En el Artículo 1004 C de la Ley reformada, se contempla una sanción de 250 a 5000, veces el Salario Mínimo, a quien utilice, el Régimen de Sub-Contratación en forma dolosa, misma que define el Artículo 15 D, que es simular salarios y prestaciones menores, a los contratistas o beneficiarios de los servicios, que tengan simultáneas relaciones de trabajo de carácter mercantil o civil, respecto a los mismos trabajadores.

La Reforma legitimiza la subcontratación, siempre y cuando, se cumplan las siguientes condiciones:

i. No puede abarcar la totalidad de las actividades que se desarrollen en el centro de trabajo.
ii. Debe justificarse, por su carácter especializado que no son parte de las labores ordinarias del centro de trabajo.
iii. No puede comprender tareas iguales o similares a las que realizan el resto de los trabajadores al servicio del contratante.
iv. De no cumplirse estos requisitos, el Contratante, se considerará patrón (de los trabajadores del Contratista, para todos los efectos de ley, incluyendo los de seguridad social (último párrafo del Artículo 15 B).

El contrato que se celebre entre Contratista y Contratante, debe constar por escrito; debiendo el Contratante de cerciorarse de que el Contratista, cuenta con elementos propios suficientes, para cumplir sus obligaciones, con sus trabajadores.

Además, la empresa Contratante, debe cerciorarse de que la empresa Contratista, cumple con sus obligaciones, con sus trabajadores, el IMSS, INFONAVIT, SAT y SAR. Para esto, la empresa contratante debe contratar a una Unidad de Verificación debidamente acreditada ante la Secretaría del Trabajo y Previsión Social.

Como puede verse, la Reforma legitima la figura de la subcontratación, mas se aclara en el Artículo 1004-C que quien utilice en forma dolosa, esta figura, se le impondrá multa de 250 a 5000, veces el salario mínimo general del D. F. (Se entiende forma dolosa como la transferencia de trabajadores de la Contratante a la Contratista, a fin de disminuir, sus derechos laborales).

De igual manera, se considerará doloso, el usar la figura para reducir impuestos y aportaciones de seguridad social.

ANTE LA COMISIÓN DEL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS ¿ES EFECTIVO EL JUICIO DE AMPARO?

Laura G. Zaragoza Contreras*
Juan José Pulido Rogel**

Sumario: 1. Introducción. 2. El Sistema Interamericano, recurso judicial efectivo y la desaparición forzada de personas. 3. La Reforma constitucional sobre Derechos Humanos en México. 4. Ley de Amparo reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 5. Reflexiones finales. 6. Fuentes consultadas.

1. Introducción

En el sistema jurídico mexicano se perciben dos tipos de cambios, unos que son producto de la propia evolución de la sociedad y otros que son consecuencia de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que ha condenado al Estado mexicano. Uno de los cambios, quizá el más profundo es consecuencia del litigio *Radilla Pacheco vs. México,* ya que abarcó desde la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, hasta la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 constitucionales.

* Doctora en Ciencias Sociales y Políticas por la Universidad Iberoamericana. Profesor-Investigador de la Escuela Judicial del Estado de México. Correo: laurazaragozacontreras@live.com.mx
** Licenciado en Derecho y estudios de Maestría en Derecho de Amparo en el Centro de Estudios Jurídicos de México. Correo: pulidorogel@hotmail.com

La reforma constitucional realizada en junio de 2011 modificó el texto constitucional y, en el Artículo 1°, se estableció el reconocimiento de la progresividad de los Derechos Humanos, el control difuso de la Constitución y de los tratados internacionales de los que México es parte, la incorporación del principio *pro persona* como rector de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, así como las garantías a través de las cuales el gobernado busca su eficacia, cuando las autoridades desconozcan o trasgredan los derechos fundamentales reconocidos en la *Ley suprema de toda la unión.*[1]

En cuanto a la Ley de Amparo, reglamentaria de los Artículos 103 y 107 constitucionales vigente a partir del 3 de abril de 2013, se introdujeron normas y principios que vinieron a revolucionar el amparo pues ahora, ya no sólo se reconoce un interés jurídico sino también un interés legítimo y colectivo; se estableció que la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de la jurisprudencia puede hacer una declaratoria general de inconstitucionalidad de una norma;[2] la procedencia del juicio de amparo contra actos u omisiones de las autoridades a las que se les atribuye el acto reclamado, y en lo que interesa, precisamente en el Artículo 15, se contempla la procedencia del amparo en los casos de desaparición forzada de personas.

En el presente estudio se revisa si el juicio de amparo cumple con los estándares internacionales, específicamente con lo dispuesto en el Artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,[3] que contempla la figura del recurso judicial efectivo, aunado a que el papel del juez constitucional se puede ver tergiversado con el de investigador, pues no debe perderse de vista que su función es juzgar como intérprete de la Constitución y de los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte.

[1] Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

[2] Siempre y cuando existan cinco precedentes consecutivos en un mismo sentido y ninguno en contra.

[3] En relación con el Artículo 8 de la misma Convención.

2. El Sistema Interamericano, recurso judicial efectivo y la desaparición forzada de personas

La Convención Americana sobre Derechos Humanos es el instrumento base del Sistema Interamericano de Promoción y Protección de Derechos Humanos, conjuntamente con la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, en ella se regula la existencia de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[4] Fue adoptada el 22 de noviembre de 1969 y entró en vigor el 18 de julio de 1978. México depositó su instrumento de adhesión en la Secretaría General de la OEA el 24 de marzo de 1981, por lo que entró en vigor en nuestro país en esa fecha y pasó a formar parte del bloque de constitucionalidad que reconoce el Artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En diciembre de 1998 siendo presidente de la República Ernesto Zedillo Ponce de León, mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* se reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana.

De lo anterior se desprende que la base y el fundamento del Sistema Interamericano se encuentra en la Convención Americana, la cual consta de 82 Artículos, misma que ofrece una estructura y un contenido amplios en la materia de su objetivo y fin, que es la dignidad humana a través de la preservación de los derechos fundamentales, las cuales de acuerdo con García Ramírez se pueden distinguir en:

a) Obligaciones generales de los Estados (obligación de respetar los derechos y deber de adoptar disposiciones de derecho interno);
b) Relación de derechos y libertades;
c) Órganos de protección (Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos);
d) Medios de prevención específica;
e) Consecuencias jurídicas del hecho ilícito (que integra la normatividad sobre reparaciones);
f) Normas de interpretación;
g) Restricciones y suspensiones; y,
h) Disposiciones diversas sobre vigencia del tratado.

[4] Acerca de la formación del Derecho Interamericano de Derechos Humanos y sus órganos de supervisión, *cfr.,* García Ramírez, Sergio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

Dentro de la estructura de la Convención Americana, se encuentra el recurso judicial efectivo, contemplado en el Artículo 25 de dicho ordenamiento internacional, el cual debe ser un instrumento accesible al mayor número de personas, sencillo, eficaz y primordialmente garante de los Derechos Humanos.

Bajo esa premisa, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido mediante criterios aislados que, el juicio de amparo dentro del sistema jurídico mexicano constituye el recurso judicial efectivo, ya que permite al órgano jurisdiccional de amparo emprender un análisis para establecer si ha habido o no una violación a los Derechos Humanos de los justiciables solicitantes y, en su caso, proporcionar una reparación, lo que se advierte de los Artículos 1° fracción I; 5° fracción I párrafo primero; 77 y 107 fracción I de la Ley de Amparo.[5] Interpretación del más Alto Tribunal que se comparte en términos generales, ya que en efecto, el juicio de amparo resulta ser ágil, sencillo y eficiente para el gobernado a quien se le han vulnerado sus derechos; sin embargo, cuando el acto reclamado se trate de desaparición forzada de personas cabe hacer algunas reflexiones.

Pero antes de exponer los argumentos que llevan a considerar que el juicio de amparo no cumple con los estándares para ser considerado como el recurso judicial efectivo, contemplado en el Artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, vale la pena citar los primeros intentos por definir este delito por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual se encuentra en la sentencia dictada el 29 de julio de 1988 en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* que señala:

> La desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar. El secuestro de la persona es un caso de privación arbitraria de libertad que conculca, además, el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su arresto, que infringe el Artículo 7 de la Convención que reconoce el derecho la libertad personal.

Cabe acotar que la desaparición forzada de personas, la privación ilegal de la libertad e incluso el secuestro son figuras típicas diferentes, pues en

5 Tesis 2a. IX/2015 (10a.), Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la página 1771, libro 15, tomo II, febrero de 2015, materia constitucional, décima época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de rubro: "RECURSO JUDICIAL EFECTIVO. EL JUICIO DE AMPARO CUMPLE CON LAS CARACTERÍSTICAS DE EFICACIA E IDONEIDAD A LA LUZ DEL Artículo 25 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

estas dos últimas la privación de la libertad se da solamente entre particulares esto es, que en la comisión de dichos delitos el sujeto activo es uno o varios particulares los que cometen el agravio en contra de otros particulares; en cambio, para que se configure la figura típica de la desaparición forzada debe existir la intervención por parte de un agente del Estado (autorización, apoyo o aquiescencia del Estado), que la Corte Interamericana ha considerado como una violación múltiple y continuada de los derechos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre ellos, el derecho a la vida, integridad personal y la libertad personal.

Una vez que la Corte Interamericana de Derechos Humanos definió el delito de desaparición forzada de personas, los criterios internacionales rechazaron esta práctica que trascendió a la creación de pactos internacionales vinculantes para los Estados que los han suscrito, de los que destacan la Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada por la Organización de Estados Americanos el 9 de junio de 1994, en la ciudad de Belém do Pará, Brasil, que en su preámbulo considera a la desaparición forzada de personas como "una grave ofensa de naturaleza odiosa a la dignidad intrínseca de la persona humana", asimismo, en su Artículo II señala que:

> Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometidas por Agentes del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de la libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con la cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

Adicionalmente, el 20 de diciembre de 2006, en el Sistema Universal de Derechos Humanos se suscribió la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, pacto vinculante que retoma la definición de la Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas, que señala:

> A los efectos de esta Convención, se entenderá por desaparición forzada el arresto, la detención, el secuestro o cualquier forma de la privación de la libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupo de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola de la protección de la ley.

BIBLIOTECA
ESCUELA LIBRE DE DERECHO

De los diferentes conceptos y definiciones de desaparición forzada de personas citados, se encuentra que dicha figura típica se caracteriza por: 1. Privación de la libertad de una o más personas; 2. Que esa conducta se realice con la intervención del Estado a través de la actuación de sus agentes, o por personas o grupos tolerados por ellos mismos; 3. El reconocimiento de la detención y de la negativa a dar información sobre el paradero de la o las víctimas; y 4. Impedimento del ejercicio de recursos legales (el no acceso a las garantías procesales del caso); por tanto, el juicio de amparo debe ser un recurso judicial con el que se pueda investigar, encontrar y en su caso restituir al o a los desparecidos en de los derechos fundamentales de vida, integridad personal y libertad, lo que en la práctica no ocurre.

3. La Reforma constitucional sobre Derechos Humanos en México

En 2009 inició y en 2011 concluyó la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, derivada de los compromisos internacionales adquiridos por México[6] a través de las diversas Convenciones que celebró y de las sentencia emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre las que destaca la sentencia emitida en el caso *Rosendo Radilla Pacheco vs. México,* quien fue privado de la libertad y desparecido en el periodo llamado "guerra sucia".

A partir de entonces, la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver sobre el cumplimiento que el Estado mexicano tenía que dar a esa resolución en el expediente de varios 912/2010 de 14 de julio de 2011, estableció que todos los juzgadores de este país debían realizar un control *ex officio* así como un control difuso de la constitucionalidad y convencionalidad, además de

[6] Además cabe cuestionar si la Corte Interamericana de Derechos Humanos era competente para conocer de hechos ocurridos en 1974, ya que en ese año no existía el tipo penal que pudiera imputarse a persona alguna ya que el Estado mexicano ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica" el 24 de marzo de 1981 (Adhesión) y entró en vigor en México el 24 de marzo de 1981 (publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de mayo de 1981). En consecuencia, cabe preguntar si existía la obligación internacional de acatar los puntos por los que se condenó al Estado mexicano ya que este reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 16 de diciembre de 1998 y ratificó la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas en abril de 2002. El procedimiento se inició contra el Estado mexicano, por hechos relacionados por la desaparición forzada de personas y se le condenó por hechos y circunstancias que constituyen violación a los derechos a la vida sin que se declarara la presunción de muerte del señor Radilla Pacheco quien debe recordarse que en 1974, tenía 60 años de edad. Para dar respuesta a estas preguntas *cfr.* Trujillo Sánchez, Aníbal, *La Corte Penal Internacional. La cuestión humana versus la razón soberana,* pp. 450 y ss.

resolver que la jurisprudencia de la Corte Interamericana resulta orientadora (razonamiento que fue modificado en el engrose de la contradicción de tesis 293/2011 donde se estableció que la jurisprudencia de la Corte es de carácter vinculante), situación que llevó al poder reformador de la constitución a incluirlo en todas las modalidades dentro del texto fundamental.

No obstante que el caso Radilla Pacheco fue uno de los motivos principales para que se materializara la reforma constitucional sobre Derechos Humanos, debe observarse que dicho proceso reformador comenzó desde el año 2009 con una serie de iniciativas al respecto, donde se aprobó un primer dictamen el 23 de abril de ese año,[7] donde las comisiones encargadas de su elaboración sostuvieron que:

> pretende dotar a la Constitución de los elementos y mecanismos necesarios para garantizar la máxima protección de los derechos humanos, así como dar cumplimiento a las obligaciones internacionales que en este materia ha reconocido nuestro país con la firma y ratificación de diversos tratados internacionales de derechos humanos, para incorporar un régimen más amplio de protección de los derechos humanos en el país.

Después de dicho dictamen y de las discusiones que a partir de ella surgieron en la Cámara de Senadores y Diputados, se estableció que el Artículo 1° constitucional llevaría la siguiente redacción:

> Toda persona gozará de los derechos humanos reconocidos por la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por México", y prevé que las garantías "serán las que establezcan la Constitución y las leyes que de ella emanen.

En este apartado es necesario hacer una pausa para reflexionar sobre la importancia y trascendencia de esta reforma para el sistema jurídico mexicano, pues el Título Primero, Capítulo I, de la Constitución General de la República se denominaba *De las Garantías Individuales* y fue reemplazado por *De los Derechos Humanos y sus Garantías*,[8] modificación que hizo el Constituyente Permanente en razón de que las garantías individuales no son derechos públicos subjetivos sino el instrumento de protección de los mismos; esto es, que las garantías son los medios por los que se buscará la protección de los derechos, situación que se podía vislumbrar en el criterio de la Suprema

[7] Dictamen de la Cámara de Diputados del 23 de abril de 2009.

[8] Expresión que fue tomada en cuenta de las sugerencias de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos a fin de superar deficiencias estructurales que obstaculizan la plena eficacia y práctica de los derechos.

Corte de Justicia de la Nación,[9] donde establece que las garantías individuales se encuentran consagradas en los Artículos 14 y 16 constitucionales, como lo son el debido proceso y la fundamentación y motivación en todo acto de autoridad, así como la garantía de la aplicación de la ley en cuanto a los procedimientos seguidos ante los tribunales.

Tomando en consideración que las garantías individuales han dejado de ser los derechos subjetivos que otorga la Constitución, para ser los medios de salvaguarda de las prerrogativas fundamentales, los cuales ahora se consideran los medios de control constitucional que la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce, como son primordialmente el juicio de amparo, las controversias constitucionales, las acciones de inconstitucionalidad, el juicio político, entre otros; se generó la necesidad de una nueva Ley de Amparo que parta de la base que dicho juicio ahora es una garantía para la efectiva protección de los Derechos Humanos, por lo que debe cumplir con los estándares y las necesidades derivadas de la reforma al Artículo 1° constitucional.

4. Ley de Amparo reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (vigente a partir de abril de 2013)

A partir de que México reconoció la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el carácter vinculante de sus sentencias; y, al materializarse la reforma *constitucional* de junio de 2011, se generaron nuevos paradigmas, entre ellos, el reconocimiento de los Derechos Humanos y las garantías para su protección, surgió la necesidad de una nueva Ley de Amparo la cual debía ser acorde a las exigencias del nuevo sistema jurídico mexicano, sin que con ello perdiera la esencia que por más de un siglo conservó, pues como señaló Arellano García: *El amparo mexicano es la institución jurídica por la que una persona física o moral, denominada quejosa, ejercita el derecho de la acción ante un órgano jurisdiccional federal o local, para reclamar de un órgano del Estado, federal, local o municipal, denominado 'autoridad responsable', un acto o ley que el citado quejoso estima, vulnera sus garantías individuales o el que se les restituya o mantenga en el goce de sus presuntos derechos, después de agotar los medios de impugnación ordinarios*,[10] acotando lo señalado en cuanto a que las denominadas "garantías

[9] *Semanario Judicial de la Federación* y su gaceta, IV, octubre de 1996, tesis I.6°.c.28 k, p. 547.

[10] Arellano García, Carlos, *El Juicio de Amparo*, p. 333.

individuales" fueron reemplazadas en el texto constitucional por los "Derechos Humanos" que otorgan una protección más amplia al gobernado.

En ese contexto, y atendiendo a las necesidades tanto del derecho interno como de fuente internacional, el 3 de abril de 2013, entró en vigor la *Nueva Ley de Amparo*, que trajo consigo novedades puesto que en primer lugar, la procedencia del juicio se da ya no sólo en contra de actos, sino también de omisiones de las autoridades señaladas como responsables; el legislador reconoció un interés legítimo y jurídico (este último tradicionalmente reconocido); el juicio de amparo podrá ser promovido a través de una colectividad (acciones colectivas); señala la manera que ahora se integra la jurisprudencia y los órganos emisores de ésta; la declaratoria general de inconstitucionalidad de una norma a través de la jurisprudencia que al respecto emita la Suprema Corte de Justicia de la Nación (con las reglas específicas establecidas) y, en lo que interesa en el presente estudio, se incluye en el Artículo 15 de la Ley en comento la procedencia del Juicio de Amparo en los casos de desaparición forzada de personas.

Con base en lo anterior surge la interrogante: ¿Por qué el legislador incluyó a la desaparición forzada como acto de autoridad contra el que resulta procedente el juicio de amparo? El hecho de que los legisladores incluyeran a la desaparición forzada de personas como un acto de autoridad contra el que el resulta procedente el juicio de amparo, se debe a que como se ha establecido, México suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos como país integrante de la Organización de Estados Americanos (OEA) y aceptó la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la fuerza vinculante de sus resoluciones aunado a ello, la reforma constitucional de 2011 trajo consigo una obligación a todas las autoridades de este país para que desde el ámbito de sus competencias tiene la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los Derechos Humanos reconocidos por la "Ley suprema de toda la unión",[11] y al ser el Juicio de Amparo el medio de control constitucional por excelencia para la restitución de los derechos fundamentales vulnerados por la autoridad; le fue fácil al legislador contemplar ahora la desaparición forzada como acto contra el que resulta procedente el juicio de amparo, sin tomar en consideración los problemas que en la práctica surgen así como los obstáculos legales que durante el procedimiento del juicio surgen, puesto que de haber sido así, no hubiera contemplado dicha figura típica en la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 constitucionales.

[11] Artículo 133 constitucional.

5. Reflexiones finales

Un primer problema al que, en la práctica se enfrenta el gobernado al promover el Juicio de Amparo contra actos de desaparición forzada, es el interés jurídico, pues la aplicación literal de la figura jurídica de "parte de instancia agraviada", en estos casos podría dar lugar a tener por no presentada la demanda de amparo, lo que significa un obstáculo procesal para llegar a una sentencia.

Por otra parte, del contenido del Artículo 15 de la Ley de Amparo,[12] se desprenden obstáculos que imposibilitan a que se le denomine al Juicio de Amparo como el recurso judicial efectivo tratándose de desaparición forzada de personas, la primera de ellas se encuentra en el párrafo cuarto del Artículo en cita, ya que establece que de no lograrse la comparecencia del agraviado se ordenará suspender el procedimiento (suspensión que se hace por un año); sin embargo, tratándose de estos casos no debe de suspenderse el procedimiento, pues se debe obtener por todos los medios posibles la localización del agraviado o desaparecido, pues si se trata de un recurso judicial efectivo de acuerdo con el Artículo 25, numeral 1, en relación con el Artículo 8 de la

[12] Artículo 15. Cuando se trate de actos que importen peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento, incomunicación, deportación o expulsión, proscripción o destierro, extradición, desaparición forzada de personas o alguno de los prohibidos por el Artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como la incorporación forzosa al Ejército, Armada o Fuerza Aérea nacionales, y el agraviado se encuentre imposibilitado para promover el amparo, podrá hacerlo cualquiera otra persona en su nombre, aunque sea menor de edad.

En estos casos, el órgano jurisdiccional de amparo decretará la suspensión de los actos reclamados, y dictará todas las medidas necesarias para lograr la comparecencia del agraviado.

Una vez lograda la comparecencia, se requerirá al agraviado para que dentro del término de tres días ratifique la demanda de amparo. Si éste la ratifica por sí o por medio de su representante se tramitará el juicio; de lo contrario se tendrá por no presentada la demanda y quedarán sin efecto las providencias dictadas.

Si a pesar de las medidas tomadas por el órgano jurisdiccional de amparo no se logra la comparecencia del agraviado, resolverá la suspensión definitiva, ordenará suspender el procedimiento en lo principal y se harán los hechos del conocimiento del Ministerio Público de la Federación. En caso de que éste sea autoridad responsable, se hará del conocimiento al Procurador General de la República. Cuando haya solicitud expresa de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, se remitirá copia certificada de lo actuado en estos casos.

Transcurrido un año sin que nadie se apersone en el juicio, se tendrá por no interpuesta la demanda.

Cuando, por las circunstancias del caso o lo manifieste la persona que presenta la demanda en lugar del quejoso, se trate de una posible comisión del delito de desaparición forzada de personas, el juez tendrá un término no mayor de veinticuatro horas para darle trámite al amparo, dictar la suspensión de los actos reclamados, y requerir a las autoridades correspondientes toda la información que pueda resultar conducente para la localización y liberación de la probable víctima. Bajo este supuesto, ninguna autoridad podrá determinar que transcurra un plazo determinado para que comparezca el agraviado, ni podrán las autoridades negarse a practicar las diligencias que de ellas se soliciten o sean ordenadas bajo el argumento de que existen plazos legales para considerar la desaparición de una persona.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, se deben instrumentar los mecanismos o medios procesales destinados a garantizar la eficacia de los Derechos Humanos.

En la práctica acontece que una vez que se agotan todos los medios de localización por parte del Juez de Distrito sin tener resultado favorable, este último ordenará dar vista a los promoventes del Juicio de Amparo para que en el término de tres días contados a partir de la notificación de ese proveído, manifiesten o aporten información de la que se pueda advertir el paradero del o los desaparecidos, de no hacerlo así o al no aportar datos que lleven a ubicar el paradero de los agraviados, el juzgador federal dictará un auto en el que hará una relación de todos los medios de los que se allegó para lograr su comparecencia y ordenará la suspensión del procedimiento por un año, plazo en el que de no obtenerse datos novedosos decretará entonces el sobreseimiento del juicio.

Es de reflexionarse sobre el tratamiento que se da en el Juicio de Amparo a la desaparición forzada de personas, puesto que no se debe interrumpir por un año el proceso, sino todo lo contrario, debe agilizarse esa búsqueda de manera que se logre en el menor tiempo posible la localización del agraviado, toda vez que si el tiempo sigue transcurriendo cada vez será más difícil localizarlo con vida y, en caso de encontrarlo sin vida, será imposible restituirlo en el goce de sus derechos fundamentales transgredidos, sumado a que se corre el riego que el delito quede impune porque no se tendrá la certeza de qué agentes del Estado intervinieron directa o indirectamente en la desaparición. Aunado a ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que:

> Para que exista el recurso judicial efectivo, no basta que esté previsto por la Constitución o la ley, o que sea admisible formalmente, sino que se requiere que sea realmente idóneo para determinar si ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla.[13]

Resulta insuficiente que la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de reiterados criterios, haya establecido que el Juicio de Amparo es el recurso judicial efectivo a que hace referencia el Artículo 25, numeral 1, en relación

[13] *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, IV, marzo de 2014, tesis 1ª./J. 22/2014 (10a), página 325, cuyo rubro es: "DERECHO FUNDAMENTAL A UN RECURSO JUDICIAL EFECTIVO. EL HECHO DE QUE EN EL ORDEN JURÍDICO INTERNO SE PREVEAN REQUISITOS FORMALES O PRESUPUESTOS NECESARIOS PARA QUE LAS AUTORIDADES DE AMPARO ANALICEN EL FONDO DE LOS ARGUMENTOS PROPUESTOS POR LAS PARTES, NO CONSTITUYE, EN SÍ MISMO, UNA VIOLACIÓN DE AQUÉL".

con el Artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, si en la práctica es inaplicable, pues en el supuesto citado en el párrafo que precede es sólo un ejemplo de la ineficacia del amparo para lograr la comparecencia de una persona que ha desaparecido cuando hay intervención de agentes del Estado.

También debe considerarse si se estará tergiversando la figura del juez de Distrito como juez constitucional a la de una autoridad investigadora en el caso de desaparición forzada de personas, toda vez que en el supuesto de que se admita la demanda de amparo, el juez federal ordenará la búsqueda del detenido, la cual puede ser útil si éste es llevado a algún lugar oficial de reclusión o centro hospitalario, pero si es privado de la vida y sus restos se depositan en lugares no identificados o se encuentran privados de su libertad en una cárcel o centro de reclusión clandestina, el amparo es ineficaz para su localización, y es entonces cuando el juez constitucional asume el papel de autoridad investigadora para lograr la localización de la víctima, situación que resulta contraria a su función de intérprete de la Constitución y de los tratados internacionales que ha suscrito México, pues dicha función de investigar corresponde a los órganos que ha establecido con ese fin como las fiscalías, las fiscalías especializadas —entre otras—, llevar a cabo esa investigación exhaustiva y dotar al juzgador de amparo de los datos que durante su investigación recabaron para que se provea al respecto.

Con la reforma constitucional de junio de 2011, el Artículo 1° señala que:

> Todas las autoridades desde 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.

En términos de una interpretación armónica del citado texto constitucional, se advierte la obligación de todas las autoridades mexicanas, incluyendo al Juez de Distrito; sin embargo, durante el procedimiento del Juicio de Amparo contra actos de desaparición forzada se presentan obstáculos que convierten al juzgador en investigador y sancionador de la conducta típica en este caso desde las sanciones que prevé la ley de la materia, no así en la vía penal, ya que no se trata de una autoridad competente.

Finalmente, otra causa que lleva a considerar que el Juicio de Amparo no es el recurso judicial efectivo para casos de desaparición forzada, es que en la hipótesis de que se encuentre con vida al desaparecido y ratifique la demanda de amparo, el Juez de Distrito podría declarar el sobreseimiento del juicio en razón de que el acto reclamado ha cesado o se han consumado sus efectos, sin que se establezca la responsabilidad de las autoridades ni reparación efectiva a las víctimas.

6. Fuentes consultadas

Arellano García, Carlos, *El Juicio de Amparo*, 7ª edición, México, Editorial Porrúa, 2001.

García Ramírez, Sergio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2007.

Lozano Mendoza, María de Lourdes, *El juicio de amparo en el caso de desaparición forzada de personas: ¿recurso judicial efectivo conforme a los estándares internacionales?* Maestría en Derechos Humanos y Democracia, FLACSO, México, mayo de 2014.

Trujillo Sánchez, Aníbal, *La Corte Penal Internacional. La cuestión humana versus la razón soberana*, Segunda edición, México, UBIJUS, 2014.

Legislación nacional

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Amparo reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (2013).

Instrumentos internacionales

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994).

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

Información oficial

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tesis 2a. IX/2015 (10a.), de la Segunda Sala publicada en la página 1771, libro 15, tomo II, febrero de 2015, materia constitucional, décima época, de rubro: RECURSO JUDICIAL EFECTIVO. EL JUICIO DE AMPARO CUMPLE CON LAS CARACTERÍSTICAS DE EFICACIA E IDONEIDAD A LA LUZ DEL ARTÍCULO 25 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

Semanario Judicial de la Federación y su *Gaceta*, IV, octubre de 1996, tesis I.6º.c.28 k, página 547.

Semanario Judicial de la Federación y su *Gaceta*, IV, marzo de 2014, tesis 1ª./J. 22/2014 (10a), página 325, cuyo rubro es: DERECHO FUNDAMENTAL A UN RECURSO JUDICIAL EFECTIVO. EL HECHO DE QUE EN EL ORDEN JURÍDICO INTERNO SE PREVEAN REQUISITOS FORMALES O PRESUPUESTOS NECESARIOS PARA QUE LAS AUTORIDADES DE AMPARO ANALICEN EL FONDO DE LOS ARGUMENTOS PROPUESTOS POR LAS PARTES, NO CONSTITUYE, EN SÍ MISMO, UNA VIOLACIÓN DE AQUÉL.

Oficina en México de la Alto Comisionado de las Naciones Unidas, *Informe del Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias sobre su misión en México*, 18 al 30 de marzo de 2011.

DERECHO Y ECONOMÍA

María Zaragoza Sigler

Sumario: Introducción. 1. El Derecho y la Economía. 2. El Derecho económico. 3. El análisis económico del Derecho. 4. El costo-beneficio. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

Introducción

Es innegable que en el mundo de hoy, los aspectos económicos tienen una importancia que el Derecho no puede ignorar, ya que nuestro país está inmerso en el fenómeno de la globalización, en el que enfrenta múltiples retos para ser competitivo, para reducir los índices de pobreza y para lograr un mejor nivel de vida para la sociedad.

El orden jurídico mexicano, sobre todo en el ámbito del Derecho público, considera cada vez más la implicación de factores económicos, puesto que múltiples leyes administrativas requieren de recursos públicos para ser aplicadas.

El presente ensayo aborda de forma general la relación existente entre el Derecho y la Economía. Como punto de partida, se explican los conceptos de ambas disciplinas y se determina la estrecha relación que existe entre ellas.

En una segunda fase, se aborda el objeto de estudio del Derecho económico, como un conjunto de normas que regulan la economía del Estado y la sociedad y, posteriormente, se trata la tendencia de aplicar criterios económicos en diversos aspectos del desarrollo del Derecho, concretamente, en lo relativo a la administración de justicia y la creación de leyes, haciendo énfasis en la aplicación del análisis económico respecto de la relación costo-beneficio en el campo del Derecho.

1. El Derecho y la Economía

El Derecho entendido como un sistema de normas que regula el comportamiento de los individuos en la vida en sociedad, reglamenta la organización y las relaciones fundamentales para la convivencia y la supervivencia del grupo social, dentro de dichas relaciones también reglamenta las relaciones e instituciones que tienen un contenido económico.[1]

La Economía puede ser definida como una ciencia que estudia la forma en que las sociedades deciden qué van a producir, cómo y para quién; es decir, bajo los parámetros económicos la sociedad produce y distribuye los bienes básicamente en condiciones de escasez, partiendo del supuesto de que las materias primas y los insumos son limitados. Dentro de su objeto de estudio aborda diversos factores esenciales como son el mercado, el trabajo, el salario, la producción, la empresa, entre otros.

El hombre tiene necesidades cotidianas que debe satisfacer para vivir; sin embargo, muchos bienes que requiere no los obtiene de forma natural sino que tiene que crearlos y para ello, el hombre tiene que trabajar, de ahí que el trabajo es uno de los conceptos básicos del orden económico.

Al hacer referencia a la relación del Derecho y la Economía significa determinar si los contenidos económicos tienen cabida en la norma o bien, si los operadores jurídicos de un determinado ordenamiento individualizarán las normas partiendo de criterios económicos.

Lo cierto es que ambas disciplinas tienen una estrecha relación ya que el Estado determina el marco legal que establece las normas básicas de propiedad y funcionamiento de los mercados, regula la actividad económica mediante disposiciones que inciden en el funcionamiento de las empresas y dependiendo del sistema normativo emitido por el propio Estado se define el sistema económico de la sociedad en su conjunto.

Desde los primeros tiempos de la historia de la humanidad existen necesidades, actividades e intereses que han estado sometidos a alguna regulación institucional y por ende, la economía puede entenderse como una institución social derivada del orden económico establecido. En otras palabras, no ha existido un sistema económico sin un orden jurídico que le sirva de base, ya que todo orden jurídico reglamenta la conducta de los individuos en el proceso económico e indica la satisfacción de la demanda humana de bienes

[1] García Máynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, p. 36. Bobbio, Norberto y Mateucci, Nicola *et. al. Diccionario de Política*, Tomo I, p. 453.

y servicios, aunado a la consideración de que el trabajo y la producción económica son actividades planificadas, al desarrollar el trabajo, se desarrollan a su vez, modelos de producción.

El mercado, definido como el conjunto de mecanismos mediante los cuales los individuos compran y venden bienes,[2] está sujeto a múltiples movimientos que afectan sensiblemente su adecuado funcionamiento. Por ello, el Estado, en un sistema económico moderno, interviene estableciendo condiciones que garantizan la propiedad o la libertad contractual y, mediante el Derecho, reglamenta la producción, circulación, distribución y consumo de los bienes.

2. El Derecho económico

Al participar el poder público en el proceso económico, se dota al Derecho de un contenido económico y entonces, podemos hablar del Derecho económico como la rama del Derecho que aborda los grandes problemas de la sociedad contemporánea relacionados con la regulación jurídica de la macro-economía, es decir, su objeto es regular la intervención directa del Estado en la economía.[3]

El Derecho económico también tiene un aspecto de Derecho social, ya que protege a la sociedad en razón de que muchas de sus normas, reglas y principios tratan sobre valores dirigidos a grupos, comunidades o sectores, para brindarles seguridad y protección en relación con los vaivenes del mercado, como acontece con las normas laborales, seguridad social y responsabilidad civil.[4]

En México, como un producto de la acción de fuerzas históricas y económicas que se suscitaron durante años, el Derecho económico adquirió su definición en la Constitución de 1917, donde se reconoce que el progreso económico que promueve el desarrollo de la industria y el avance tecnológico no debía ser ajeno al legislador ni al jurista, toda vez que debe protegerse a la sociedad en su conjunto contra efectos perjudiciales de los cambios económicos como son el desempleo, la contaminación o la destrucción de los recursos naturales.

[2] Fischer, Stanley, Dornbusch, Rudiger, *et.al.*, *Economía*, p. 54.

[3] Palacios Luna, Manuel R., *El Derecho Económico en México*, pp. 3 y 6. Otfried, Höffe, "Orden Económico y Justicia", en *Estudios sobre Teoría del Derecho y la Justicia*, p. 47.

[4] Palacios Luna, *op. cit.*, p. 223.

Al hablar del Derecho Económico se deben distinguir dos vertientes, por un lado, las disposiciones que inciden directamente en la economía, y por el otro, aquellas normas que inciden de forma indirecta.

El Derecho económico propiamente se refiere a la primera vertiente, es decir, sus normas y disposiciones tienen un efecto directo, vinculante con aspectos económicos y, por ende, genera consecuencias económicas. A manera de ejemplo, se pueden señalar algunas de las normas que pertenecen a esta rama del Derecho como lo son disposiciones constitucionales relativas a los Artículos 25, 26, 27, 28, 123 y 127, en los que se establecen reglas que inciden sobre el capital, el trabajo, la distribución de la riqueza y la intervención directa del Estado en la economía; así como leyes secundarias cuya incidencia económica igualmente es directa, tales como la Ley de Ingresos de la Federación; el Presupuesto de Egresos de la Federación; las leyes tributarias, como Ley del Impuesto sobre la Renta, Ley de los Impuestos Generales de Importación y Exportación; Ley del Impuesto al Valor Agregado; las leyes financieras, como Ley de Instituciones de Crédito o la Ley del Mercado de Valores; la Ley General de Deuda Pública; la Ley Federal de Competencia Económica, por mencionar algunas de ellas.

El Derecho económico también funge como un instrumento que hace frente a la globalización, toda vez que sus disposiciones regulan todo un conjunto de instituciones relacionadas con la competitividad y desarrollo del país, tan solo en el ámbito de la política financiera, actos económicos como la emisión de moneda, la activación del crédito y el tipo de cambio se desprenden de una regulación jurídica que emana del ámbito del Derecho.

Derivado del Derecho económico, se justifican los gastos públicos, ya desde la perspectiva económica de los tiempos de Adam Smith se afirma que una obligación del Estado es establecer y sostener aquellas instituciones y obras públicas que, "aun siendo ventajosas en sumo grado a toda la sociedad, son, no obstante, de tal naturaleza que la utilidad nunca podría recompensar su costo a un individuo o a un determinado número de ellos y, por lo mismo, no debe esperarse a que estos se aventuren a fundarlas ni a mantenerlas".[5]

Mediante el Derecho se incorporan mecanismos tendentes a garantizar la justicia en el libre intercambio de mercancías y dinero, el respeto a los Derechos Humanos y el establecimiento de principios normativos rectores para la justicia económica. En ese tenor, del reconocimiento del derecho humano a la vida y la integridad del cuerpo, como principio universal, se infieren

[5] Smith, Adam, *Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*, pp. 639 y 716.

las exigencias mínimas a las condiciones de trabajo, o bien, del derecho de propiedad personal, se infieren las disposiciones que protegen la propiedad individual.[6]

En el ámbito de la distribución de la riqueza, entendida como un factor de reducción de desigualdades estructurales entre los individuos, los intereses colectivos trascienden los derechos particulares e imponen límites crecientes al derecho privado y se ha reconocido que, los instrumentos legislativos son mucho más eficaces para lograrlo que los instrumentos judiciales.[7]

No obstante, el orden socioeconómico que prevalece actualmente es cada vez más multifacético y el Derecho positivo se enfrenta a dificultades crecientes para regular, mediante normas vinculantes, los distintos ámbitos de la economía; lo que toma relevancia al considerar que un elemento básico para el progreso de toda sociedad es tener leyes e instituciones eficientes, incluyendo en estas últimas a la administración de justicia.

3. El análisis económico del Derecho

En las últimas décadas ha tomado auge una nueva tendencia encaminada a analizar el Derecho desde la perspectiva económica, la cual basa sus postulados en el comportamiento racional del individuo y las organizaciones mediante la internalización del costo-beneficio de las normas o instituciones. Bajo esta óptica, la ley es la forma más común para la asignación de recursos, por lo que la norma transmite precios implícitos asociados al comportamiento de los sujetos a quienes va dirigida. En este sentido, el análisis económico del Derecho no constituye un análisis de tipo normativo, sino un método para analizar aquellas conductas humanas que se encuentran relacionadas con el Derecho desde un punto de vista económico; como resultado de ello, se dilucida el papel o función de la norma jurídica en relación con la explicación de carácter económico y se señala el camino que se debe seguir para alcanzar ciertos fines del modo más eficiente.[8]

Así, el análisis económico en el ámbito de la creación normativa implica determinar si los contenidos normativos aceptan cierto tipo de valores, con la finalidad de estar en la posibilidad de medir y cuantificar la optimización, la eficiencia o el costo, respecto de otros como los son la justicia o la autonomía.

[6] Otfried Höffe, *op. cit.*, pp. 53 y 56.

[7] Posner, Richard A., *El análisis económico del Derecho*, p. 494.

[8] Buscaglia, Edgardo, "Análisis económico de las fuentes del derecho y de reformas judiciales en países en desarrollo" en *Felicidad. Un enfoque de Derecho y Economía*, p. 306, Posner, *op. cit.*, p. 31. Cossío Díaz, José Ramón, *Derecho y Análisis Económico*, pp. 228 y 229.

Cossío Díaz sustenta que en el análisis económico del Derecho puede haber dos tendencias: 1. En relación con las normas generales, en la que se incrementará la consideración de criterios económicos, sobre todo en las iniciativas formuladas por los miembros de la administración pública; y 2. Tratándose de normas individuales no es previsible una pronta aplicación de criterios económicos, debido a la herencia cultural del sistema civilista que tiene métodos tradicionales de interpretación.[9]

Sin embargo, muchos otros autores difieren de esta postura ya que, parten del supuesto de que ninguna legislación se aplica por sí sola completamente; cuando los individuos sujetos a una ley se niegan a obedecerla se tiene que recurrir a los tribunales, entonces, precisamente, basan el análisis económico del Derecho en relación con la eficiencia de la administración de justicia, incluso algunas encuestas llevadas a cabo por el Banco Mundial reportan que los poderes judiciales de la región latinoamericana se encuentran entre las diez restricciones más serias al desarrollo y la inversión del sector privado, se señalan algunos factores que inciden en el sistema de justicia como demoras excesivas en relación con los plazos procesales, faltas de compensación adecuada a víctimas y partes en conflicto, altas cargas de casos, excesiva discrecionalidad de los jueces; lo que, en su conjunto, contribuye a la disminución de la calidad de la justicia y llegan a la conclusión de que no sólo el contenido de las leyes, sino también su aplicación y la facilidad para llevar a cabo tal aplicación, tienen un efecto en el logro de mejores transacciones en la economía.[10]

A mayor abundamiento, el análisis económico del Derecho ha demostrado cómo la falta de eficiencia en el sistema de administración de justicia crea mayor incertidumbre y bloquea la consecución de transacciones económicas beneficiosas para una sociedad, lo que conlleva a un menor crecimiento económico; por el contrario, el sistema de administración de justicia tiende a disminuir los costos de transacción social siempre y cuando posea la capacidad de interpretar y ejecutar las normas de manera predecible, coherente y consistente, de forma tal que los individuos y organizaciones en una sociedad determinada puedan contar con una mayor certidumbre y seguridad jurídicas.[11]

[9] Cossío Díaz, *op. cit.*, p. 354.

[10] Posner, *op. cit.*, p. 502. Buscaglia, *op. cit.*, p. 305. López de Silanes, Florencio, "La importancia del buen gobierno corporativo e instituciones de protección a la propiedad para competir en un mundo globalizado", en *El Crecimiento Económico y la Globalización*, p. 103.

[11] Buscaglia, *op. cit.*, p. 307.

Si el país cuenta con leyes eficientes y una buena administración de justicia, posee los elementos básicos para el progreso de su sociedad; el marco jurídico constituye un aspecto fundamental para el fortalecimiento de una economía de mercado, toda vez que si las leyes son formalmente aceptadas en el comportamiento social, los sistemas de administración de justicia enfrentan menor costo para hacerlas cumplir.

Para realizar un análisis de la administración de justicia como una institución económica debe comparársele con otras formas de asignación de recursos de una sociedad, fundamentalmente por medio de dos mecanismos: *a)* el mercado, como contrato libre entre las partes que deciden sin restricciones sobre el intercambio de recursos o servicios productivos; y *b)* el proceso político, entendido como la actividad del Estado como legislador o regulador, cuando establece las condiciones en las que las partes deben realizar el intercambio de bienes y servicios o como agente económico que produce por sí mismo bienes y servicios y modifica la distribución de la renta.[12]

Dentro de este análisis económico y desde la perspectiva de la creación de la ley, hay quienes consideran al proceso legislativo como un proceso dominado por arreglos entre grupos de interés, en tal concepción, la producción legislativa es una venta negociada y se concluye que la intención del legislador es difícil de discernir ya que el proponente de alguna iniciativa puede actuar a favor de un grupo de interés ocultando el verdadero objetivo de la legislación propuesta, lo que da como resultado que los oponentes incurran en un aumento en el costo de información.

Otro aspecto que se toma en cuenta es el punto de que la legislación debe de ser aprobada por una mayoría de los legisladores que votan, lo que implica, en muchas ocasiones, que el proceso legislativo sea difícil y prolongado a causa de los costos de transacción en los que se incurre para lograr que se pongan de acuerdo un gran número de individuos. Una vez aprobada la ley, es poco probable que se modifique en el corto plazo, lo que a su vez, desde el punto de vista económico, incrementa el valor y la demanda de la legislación.

En tal contexto, los costos de la expedición de leyes van en función del número de legisladores, por lo que los costos de transacción serán elevados cuando en la toma de la decisión haya centenares de participantes.[13]

Por otra parte, muchas áreas del Derecho común como las disposiciones relativas a la propiedad, los daños, los delitos y los contratos tienen el sello del razonamiento económico.

[12] Cabrillo, Francisco, *Administración de justicia y desarrollo económico: jueces y tribunales en la obra de Adam Smith*, p. 4.

[13] Posner, *op. cit.*, p. 509.

Finalmente, en el análisis económico hay quienes consideran los sistemas democráticos como mercados en los que los partidos políticos son empresas que ofrecen servicios administrativos a la comunidad.[14]

4. El costo-beneficio

El análisis económico del Derecho busca determinar el alcance de las normas en relación con el costo-beneficio, particularmente en lo que concierne a las consecuencias económicas y monetarias que conlleva su aplicación, incluyendo para ello, la consideración de costos sociales, políticos, de transacción, entre otros.

La economía debe de ser funcional, proporcionar ventajas y debe crear un entorno donde los individuos estén dispuestos a asumir los costos de la actividad económica, es decir, debe prevalecer el equilibrio de costos y precios para que exista la igualdad y la justicia económicas.

Los más altos costos ocasionados por el acatamiento al derecho positivo se derivan de la política que siguen los Estados de centralizar la creación, interpretación y ejecución de leyes, sin prestar atención a las costumbres y prácticas sociales de comportamiento, que fomenten un mayor bienestar y desarrollo social.

Por otro lado, en el ámbito de la discrecionalidad de la ley, el legislador puede elegir entre construir una norma amplia y una limitada; sin embargo, debe considerar que una regla específica puede volverse obsoleta con mayor rapidez que una regla general, y que los costos de gobierno mediante reglas específicas son elevados ya que es costosa la promulgación de una regla que al particularizarla y adaptarla a la realidad cambiante, el beneficio obtenido es mucho menor al costo de producción. Asimismo, el legislador debe tomar en cuenta que una norma demasiado amplia igualmente eleva los costos, ya que será difícil determinar si los funcionarios encargados de aplicarla están excediendo los límites de su autoridad, con las consecuencias que tal situación le acarreará a los particulares.

En efecto, cuando el derecho positivo es incompatible con las normas sociales de comportamiento que los individuos consideran relevantes en su interacción social, los costos que se enfrentan para hacer cumplir la norma son más altos, lo que conduce a un menor acatamiento normativo y a un menor

[14] Delgadillo Salas, Juan Carlos, "Las limitantes del análisis económicos del Derecho en la conducción política de Estado", en *Ensayos Legislativos*, p. 66.

nivel de seguridad pública. De ahí que un análisis costo-beneficio social puede ser utilizado para determinar el impacto de ciertas normas y sistemas de aplicación en sus capacidades de aumentar la seguridad pública.

Otro enfoque del costo-beneficio lo es la consideración de la diferencia de la eficiencia producida entre las reglas elaboradas por los jueces de las elaboradas por las legislaturas, lo cual se explica por los distintos procedimientos, mediante los que se formulan dichas reglas.

Cuando el beneficio de la legislación se prolonga en el tiempo posterior a su expedición, los impedimentos reducen la productividad de los gastos para obtener una nueva y, consecuentemente, el aumento en su valor supera al aumento del costo.

Desde otro punto de vista, las leyes y la regulación son un factor clave en la competitividad internacional, ejemplo de ello son los casos en que se aplican eficientemente los derechos que otorgan las leyes a los accionistas y acreedores, y llevan a un mayor desarrollo de los mercados de capitales y de deuda y, por tanto, facilitan el acceso a la inversión. Al haber mayor inversión se generan niveles más elevados de crecimiento y de empleo, lo que en consecuencia, genera un círculo virtuoso en la economía.[15]

Por último, un efecto que incide directamente en el costo-beneficio es la percepción social de corrupción sistémica en la administración de justicia. Este punto toma relevancia cuando se observa que los aumentos de los costos promedio de acceso al sistema judicial ocasionan una reacción "precio" en la forma de disminuciones en índices de presentación de demanda por juzgado. Ante el costo de acceso, los individuos y organizaciones tienden a no acudir al sistema de justicia para resolver sus disputas.[16]

5. Conclusiones

Es innegable que sin la acción del Estado en la economía es difícil lograr el progreso social y económico del país, ya que está demostrado que el índice de producción cambia si una población es analfabeta, si cuenta con condiciones de bienestar como la higiene, la salud y la seguridad social, toda vez que estos factores se relacionan con el desempeño de los individuos en el desarrollo del trabajo y la producción.

[15] López de Silanes, Florencio, *op. cit.*, pp. 94 y 98.
[16] Buscaglia, *op. cit.*, p. 306.

El legislador, en el proceso legislativo, debe considerar que una política variable plasmada en una legislación efímera o frecuentemente cambiante tiene efectos nocivos e infortunados por la inseguridad jurídica que genera y, en última instancia, por la afectación negativa que ocasiona a la libertad de los individuos.

Si el Estado cuenta con un eficaz control de la corrupción, un buen marco regulatorio, un sistema de rendición de cuentas que garantice el Estado de Derecho, se impactará de forma favorable en el crecimiento económico y se reducirán significativamente el analfabetismo y la pobreza social.

Si el orden jurídico en su conjunto incrementa la competitividad del país, se tendrán los elementos necesarios que permitirán hacer frente a la globalización que se presenta en el mundo de hoy.

Por ello, el análisis económico del derecho debe utilizarse como una herramienta en el diseño de políticas públicas que aumenten el progreso social y el desarrollo económico.

6. Bibliografía

Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Jorge Guerrero R. (trad.), Colombia, Thémis, 1992.

_____, Mateucci, Nicola *et. al., Diccionario de Política*, Tomo I. Raúl Crisafio y otros (trad.), 10ª ed., México, Siglo XXI Editores, 1997.

Buscaglia, Edgardo, "Análisis económico de las fuentes del derecho y de reformas judiciales en países en desarrollo" en *Felicidad, un enfoque de Derecho y Economía*, Andrés Roemer (comp.), México, UNAM-Thémis, 2005.

Cabrillo, Francisco, *Administración de justicia y desarrollo económico: jueces y tribunales en la obra de Adam Smith*, Universidad Complutense, Biblioteca jurídica virtual de la Universidad de Santiago de Compostela, disponible en: http://www.usc.es/estaticos/congresos/histec05/b13_cabrillo.pdf

Cossío Díaz, José Ramón, *Derecho y análisis económico*, México, Fondo de Cultura Económica-ITAM, 2002.

Delgadillo Salas, Juan Carlos, "Las limitantes del análisis económico del derecho en la conducción política del Estado: Fundamentos básicos de una crítica desde la teoría política", en *Ensayos Legislativos*, México, Senado de la República, 2003.

Faria, José Eduardo, *El Derecho en la economía globalizada*, Trad. Carlos Lema Añón (trad.), España, Trotta, 2001.

Fisher, Stanley, Dornbusch, Rudiger y Schmalensse, Richard, *Economía* Toharia y Esther Rabasco (trad.), 2ª ed., México, McGraw Hill, 1994.

García Máynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Pról. Virgilio Domínguez, 59ª ed., México, Porrúa, 2006.

Hamdán Amad, Fauzi, "Análisis de las recientes reformas constitucionales en materia económica", en *Ensayos Jurídicos de Derecho Constitucional y Administrativo*, México, Senado de la República, 2002.

Hamilton, Madison y Jay, *El Federalista*, Gustavo R. Velasco (prológo y trad.), México, Fondo de Cultura Económica, 5ª reim., 1994.

Höffe, Otfried, "Orden económico y justicia" en *Estudios sobre Teoría del Derecho y la Justicia*, Jorge M. Seña (trad.), 2a reim., Biblioteca de ética, filosofía, derecho y política, núm. 19, México, Distribuciones Fontamara; 2004.

Kaufmann, Daniel, "Reformas estructurales que ayudan a mejorar el buen gobierno", en *El crecimiento económico y la globalización. Documentos presentados en el Seminario realizado los días 8 y 9 de octubre de 2003 en la Ciudad de México*, México, Senado de la República-Banco de México, 2004.

López de Silanes, Florencio, "La importancia del buen gobierno corporativo e instituciones de protección a la propiedad para competir en un mundo globalizado", en *El Crecimiento Económico y la Globalización. Documentos presentados en el Seminario realizado los días 8 y 9 de octubre de 2003 en la Ciudad de México*, México, Senado de la República-Banco de México, 2004.

Patiño, Ruperto, "Flexibilización de las relaciones laborales y el nuevo Orden Económico Mundial", en *Revista Jurídica. Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 91, disponible en: http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/91/art/art10.htm

POSNER, Richard A., *El análisis económico del derecho*, Eduardo L. Suárez (trad.), México, Fondo de Cultura Económica, 1ª reimp., 2000.

SMITH, Adam, *Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*, Gabriel Franco (trad.), Introducción Max Lerner, México, Fondo de Cultura Económica, 15ª reimp., 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Marina Gascón (trad.), 7ª ed., Colecc. Estructuras y Procesos, Series de Derecho, España, Trotta, 2007.

DISCURSO DEL RECTOR DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO, EN LA CEREMONIA DE INAUGURACIÓN DE CURSOS 2016-2017

Luis M. Díaz Mirón A.

Amigas y amigos, muy buenos días.

Iniciamos el día de hoy el curso escolar centésimo quinto de la Escuela Libre de Derecho. Ciento cinco años consecutivos formando a los mejores abogados de México.

Se dice fácil, pero son diez décadas y media exactamente, desde aquel año de 1912 cuando nuestra Escuela fue fundada.

Desde entonces, hemos mantenido, conservado, pero sobre todo acrecentado la fama y el prestigio que los abogados y abogadas de esta Escuela tienen ante la sociedad mexicana.

No ha sido una tarea sencilla: ha requerido del esfuerzo cotidiano de quienes han sido profesores, de quienes han sido alumnos y de quienes han sido directivos.

Hemos cumplido y seguimos cumpliendo con nuestra misión: Formar abogados morales y capaces al servicio de la patria mexicana.

Y ese es nuestro más firme y decidido propósito: permanecer fieles a ese mandato que tiene ya más de un siglo de existencia.

Por ello, hoy es un día de fiesta en esta Escuela: porque aquí y ahora renovamos, renace la fe y el trabajo, la esperanza y el estudio, la voluntad y el esfuerzo.

Una vez más nos reunimos para iniciar clases, pero también para celebrar, por eso hemos premiado a los mejores alumnos del ciclo anterior; por eso hemos tomado la protesta reglamentaria a los nuevos profesores.

Ésta es la renovación de la Libre: reconocer el esfuerzo pasado y tomar aliento para el que vendrá a partir de hoy.

Tengo el privilegio y el honor, a nombre de la Junta Directiva, y en mi carácter de Rector, de darles a todos ustedes la bienvenida a este nuevo curso escolar, 2016-2017.

Saludo por ello a todos los presentes, al ex rector Fauzi Hamdan que nos acompaña, a mis estimados colegas profesores y profesoras, a los alumnos de segundo a quinto año que inician hoy otra etapa más de su vida académica.

También saludo con emoción a los jóvenes de primer año, los que hoy se incorporan formalmente a la Escuela Libre de Derecho. Llegan ustedes a una Escuela singular, única, irrepetible, como bien lo saben sus compañeros de años superiores, como lo saben los maestros, como lo sabemos todos los que hemos participado de la Libre en más de un siglo. Y es única, porque a la vez que es inimitable, se renueva a sí misma, como ya lo expresé anteriormente.

La Escuela cambia pero permanece, y esto no es una paradoja, sino al contrario, es una realidad. La Escuela se moderniza pero se mantiene leal a sus principios, a sus valores y a sus tradiciones.

Iniciamos este nuevo ciclo escolar con una venturosa y muy loable decisión de la Junta Directiva: hemos mejorado sustancialmente el proceso de selección de nuestros nuevos profesores y profesoras.

Y esta sabia decisión, parte fundamentalmente del prestigio de nuestra Escuela, porque es tal su buena fama que cada vez que se produce alguna vacante en el cuerpo docente, son muchos los abogados egresados nuestros y aún de otras instituciones, que han manifestado su vehemente deseo de incorporarse a nuestro claustro de maestros.

Varios de los nuevos profesores que hoy han rendido protesta, compitieron por la cátedra mediante un procedimiento de exposición oral de los contenidos de cada materia.

Se trata de seguir proporcionando a nuestros alumnos, que son los mejores de México, los mejores maestros de México, como ha sido la costumbre de nuestra Escuela, que ahora, ante la gran cantidad de solicitudes para impartir clases, puede elegir. Nuestros maestros, vale la pena reiterarlo una y otra vez, prestan sus servicios de manera gratuita, honoraria, como lo establecieron visionariamente nuestros fundadores. Con todo entusiasmo, desde hace ciento cinco años, están presentes entre nosotros, brindándonos sus conocimientos,

su experiencia, su consejo, su amistad. Esta Escuela ha sido bendecida con la presencia de esos grandes maestros; los que todos conocemos, los que cada uno de nosotros puede enumerar.

Siempre es un riesgo dejar a alguien fuera de las listas, pero hoy que soy el Rector, hace muchos años también fui alumno, no puedo dejar de mencionar a mis grandes maestros, como a Miguel Ángel Hernández Romo, a don José Luis de la Peza, a don Javier Alba Muñoz, a don Ignacio Soto Borja o a don Fauzi Hamdan, aquí presente, de quien tantas lecciones he recibido, ya como el profesor de Derecho Administrativo, ya como el Rector que me antecedió en el cargo.

Todos tenemos nuestros maestros, los preferidos, los inolvidables, los que nos marcaron para siempre, los que seguimos recordando y a los que seguimos agradeciendo. Son aquellos, como decía Manuel Herrera y Lasso, también gran maestro, quienes iluminan el camino. Son aquellos que movidos por la devoción a la ciencia jurídica, a la juventud estudiosa y por amor a la patria mexicana, se consagran con toda energía a la prosperidad de nuestra Escuela.

Por ello, los maestros son parte esencial del proceso educativo, formado por el binomio que ellos constituyen con los alumnos. Y como los alumnos, que tienen el deber de aprender, los maestros tienen el deber de enseñar. También como los alumnos, que están sujetos a normas que regulan su vida y estadía en esta Escuela, así también los maestros han aceptado cumplir con honor con los deberes del cargo que libremente han aceptado, como lo dice expresamente nuestro estatuto.

Porque en efecto, en este binomio eficiente que constituye la esencia de la Libre, el orden, la disciplina y la dignidad de la Escuela quedan confiados al honor de los maestros y de los alumnos.

Por eso, amigas y amigos estudiantes de la Libre, ustedes verán a sus profesores y profesoras, registrar su entrada en cada día de clase y cumplir con los contenidos mínimos de cada materia.

Solo así, con el ejemplo, se puede exigir, tal y como decía el antiguo adagio pedagógico: quien ha de reprender debe ser irreprensible.

Es más, si el país entero se ha sumado a una gran reforma educativa, que aún con sus problemas, pretende sobre todo elevar la calidad de los maestros mexicanos, aquí en la Libre hemos dado pasos más adelante todavía y estamos seguros de que contamos con profesores y profesoras de calidad. Esa ha sido nuestra mística de siempre, esa ha sido la característica que nos distingue.

Se trata de ser los mejores: los mejores maestros, los mejores alumnos; solo así daremos a México los mejores abogados. Esta es una Escuela de rigor, seriedad y excelencia. Así lo ha sido por ciento cinco años y así queremos que siga siendo.

Por ello, nuestros profesores, conscientes de las dificultades y deficiencias que el sistema educativo nacional tiene en su vertiente del bachillerato, haremos un esfuerzo adicional con y por ustedes, sobre todo los alumnos de primer año.

Sabemos de sus limitaciones y de sus impedimentos, de las ausencias y carencias en muchas áreas del conocimiento, pero, apropiándome, lo que hago sin problema alguno, de uno de los versos más hermosos de la poesía "A Gloria" de mi antepasado Salvador Díaz Mirón, y esto compañeros, y básicamente a ustedes de primer ingreso, don Salvador, por mi conducto les recuerda:

> Los claros timbres de que estoy ufano
> han de salir de la calumnia ilesos,
> hay plumajes que cruzan el pantano
> y no se manchan… ¡Mi plumaje es de esos!

Nuestra misión, por lo tanto, es lograr que se despierte en ustedes la inquietud por el saber, el hambre, la sed por conocer y el hábito del estudio. Esto, por supuesto, requerirá del trabajo y del esfuerzo conjunto de ustedes con sus maestros. Confío en que todos estén dispuestos a realizarlo y de que nosotros como institución les podamos sellar con el sentimiento del honor de un estudiante de la Libre, que comienza con el estímulo para aprender y saber.

Nuevo año, nueva vida, nuevos amigos, nuevos retos, nuevas oportunidades. Esta es la Escuela Libre de Derecho que, una vez más, inicia una nueva temporada de lluvia, la número ciento cinco de nuestra historia, la que continuará con la convicción de que aquí, como dijeran nuestros mayores, aquí todos obramos de buena fe.

En tal virtud y siendo las 9:15 horas del 15 de agosto del 2016, me es grato declarar solemne y formalmente inaugurados nuestros trabajos académicos en el curso escolar 105 de la Escuela Libre de Derecho.

En hora buena y muchas gracias por su atención.

DISCURSO PARA CONMEMORAR EL DÉCIMO ANIVERSARIO DE LA PRIMERA MAESTRÍA EN LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO

Luis M. Díaz Mirón A.*

Hoy es un día muy especial para la Escuela Libre de Derecho porque en nuestra más que centenaria historia, celebramos que hace diez años se iniciaron entre nosotros los estudios de Maestría.

La Libre, fundada con la intención de dotar a México de los abogados morales y capaces al servicio de nuestra patria, como lo señaló en su tiempo don Manuel Herrera y Lasso, ha querido profundizar y dar cauce a estudios mucho más especializados, con el objetivo de que nos acerquemos cada vez más a esa meta, la de darle a nuestro país los abogados de calidad que reclama y merece.

El mundo moderno exige que los profesionales del Derecho estén cada vez más preparados, más capacitados para enfrentar con éxito los retos que el presente nos demanda y que, sin duda, serán más arduos y complejos en el futuro.

Estas razones, esenciales para toda institución que pretenda trascender y permanecer, son las que llevaron a la creación de los estudios de posgrado en nuestra Escuela.

Ante la creciente demanda de especialización generada por la modernidad, no bastaba con la excelencia académica de nuestro programa de estudios de licenciatura, sino que se abrió la necesidad impostergable de ofrecer nuevas alternativas de grados superiores, a fin de cumplir cabalmente con nuestros objetivos, los establecidos en nuestra normatividad: la enseñanza del Derecho y la difusión de la ciencia jurídica.

* Rector de la Escuela Libre de Derecho.

Hace ya más de veinte años, un Rector visionario, don Fausto Rico Álvarez, inició en la Libre las actividades del posgrado, con cursos y diplomados novedosos, impartidos por nuestros mismos maestros que son especialistas en temáticas que rebasaban los planes de estudio tradicionales de la carrera de abogado y que, con la ayuda de muchos otros profesores que se acercaron por vez primera a la Libre, fue posible ofrecer el servicio educativo de calidad que hasta la fecha continúa vigente, sólido y sobre todo, con ánimo de evolución hacia mejores sistemas y programas educativos.

Don Fausto Rico abanderó con su tradicional energía y optimismo este proyecto que hoy es una realidad. Pero además, desde el primer momento, don Fausto contó con el apoyo desinteresado y entusiasta de quien hasta hoy sigue siendo el más comprometido y animoso impulsor de los estudios superiores en nuestra Escuela, don Alejandro Ogarrio Ramírez España, que desde entonces participa en el Comité de Posgrado, en donde además, comparte experiencias con otros destacados profesores que son en realidad el alma de esta opción educativa, tales como don Mario Alberto Becerra Pocoroba, don Cecilio González Márquez, don Diego Martín del Campo, don Rafael Mateo Poumián, don Gerardo Lozano Alarcón, don Rodolfo Gómez Alcalá, don Juan Pablo Estrada Michel, y más recientemente don Rubén Minutti Zanatta.

Los cursos, diplomados y especialidades fueron con el tiempo generando la necesidad de contar ya con estudios formales de maestría. Con su sensibilidad y empeño característico, hace exactamente diez años, el Rector don Ignacio Morales Lechuga emprendió la tarea de conseguir de la autoridad educativa nacional el Reconocimiento de Validez Oficial a la Maestría en Derecho que imparte desde esa misma época nuestra Escuela. Este programa de estudios es no sólo una realidad sino un referente en nuestro país en cuanto a que se trata de un sistema exigente, serio, riguroso, con la misma calidad que tiene desde hace más de un siglo nuestra licenciatura. No podía ser de otra manera si se trata de conservar y acrecentar el prestigio de la Escuela.

Hoy, además, el horizonte de los estudios de Maestría en la Libre se ha enriquecido con la incorporación de la Maestría en Derecho del Trabajo, que viene a cubrir un hueco académico en México, creada bajo el rectorado de don Fauzi Hamdan Amad. Pero además, estamos dando los pasos para incrementar nuestra oferta con nuevos programas de alta calidad conforme a nuestra tradición escolar.

En esta ocasión, por ello, deseo expresar a nombre de la Junta Directiva de la Escuela y en el mio propio, el más cálido y afectuoso agradecimiento a los profesores que durante todos estos años nos han acompañado en el posgrado

de la Libre; su dedicación, esfuerzo y compromiso han hecho posible que hoy estemos celebrando. La Libre no se entiende sin sus maestros, sin su sentido del honor y su generosa entrega. Gracias, señores y señoras profesores por aportarnos lo mejor de cada uno a esta obra común.

También quiero reconocer el esfuerzo de los alumnos de todas las generaciones que han estado con nosotros en estos programas. Los que vienen de otras instituciones, aceptaron reglas y requisitos que son distintos a otras instancias educativas; gracias por adaptarse a nosotros; los que son hijos de la Escuela y que decidieron continuar con nosotros su preparación, gracias también por su preferencia y por el cariño que manifiestan a su *alma mater*.

Por supuesto, es justo reconocer, de la misma manera, a los funcionarios y colaboradores de la Libre que han contribuido a la construcción y funcionamiento de nuestro posgrado, particularmente a los responsables de su operación, que comenzaron con José Manuel Villalpando, Gisela Oscós, Luz María Ortiz Marín, Rafael Estrada y Juan Pablo Pampillo, y ahora, como secretaria de Posgrado, a Mayra Muggenburg, quien se ha distinguido por su dedicación y esmero en que las cosas salgan bien.

Hoy celebramos el décimo aniversario de la Maestría en Derecho de la Escuela Libre de Derecho. Esperamos muchos aniversarios más, pero sobre todo, muchos más frutos consistentes en abogados cada vez mejor preparados para servir a la libertad, a la justicia y a México.

¡Felicidades!

DISCURSO PARA CONMEMORAR EL DÉCIMO ANIVERSARIO DE LA PRIMERA MAESTRÍA EN LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO*

Rodolfo Vidal Gómez Alcalá

Estimado señor Rector
Distinguidos integrantes de la Junta Directiva
Queridos miembros del Comité de Posgrado y Secretaria del mismo
Estimados maestros y alumnos:

Hoy es un día importante para nosotros porque nos reunimos para celebrar diez años en que la Escuela inició sus cursos de Maestría, por ello ya hemos comenzado clases a nuestra décima generación, lo que sin duda es motivo de orgullo y satisfacción. Largo ha sido el proceso que hemos tenido que enfrentar para llegar a crear esos estudios superiores y por ello, su aniversario no debe pasar desapercibido. Si bien hoy se ve con naturalidad el que contemos con un área de postgrado, no fue visto así en las décadas pasadas.

Un primer intento se dio en el año de 1942, según nos lo platica quien fuera nuestro rector Don Gustavo R. Velasco, donde se formó un curso de posgrado al que se denominó *Curso Superior de Derecho*, para que los exalumnos pudieran incrementar sus conocimientos y para ello, se impartían diversas materias como Derecho canónigo, Derecho municipal, Amparo, Instituciones

* Estas palabras fueron pronunciadas al inicio de los festejos por el Décimo Aniversario de la Primera Maestría de la Escuela el 1 de octubre del 2015, donde también se tuvo la participación del Dr. Manuel Atienza, de la Universidad de Alicante. Los festejos también incluyeron otras conferencias, destacando la que dio el profesor Roberto Romboli, decano de la Universidad de Pisa, misma que se reproduce también en la *Revista* de nuestra Escuela.

de Crédito y materia auxiliares como Siquiatría y Psicología jurídica. Estos cursos no tuvieron éxito, porque los alumnos no respondieron a la iniciativa.

Tuvieron que pasar casi cincuenta años para que se pudiera plantear nuevamente el tema y ya por el año de 1990, comenzaron a darse una serie de reuniones por parte de un Consejo Académico, cuyo frutos principales fueron por un lado, la creación de una Dirección de Postgrado y por el otro, el animarse a dar un diplomado cuyo nombre fue: "Régimen Jurídico de los Negocios Internacionales", todo ello, con el ánimo de ir preparando el terreno para una Maestría. De ahí se formaron otros Diplomados como el de "Obligaciones y Contratos", "Derecho Mercantil", "Tributario" y "Penal". Cabe la pena destacar que nuestro primer Director del Postgrado y miembro actual de este Comité, fue el maestro Alejandro Ogarrio.

Finalmente en el año del 2005 y con la rectoría del Maestro Ignacio Morales Lechuga se decidió dar el último impulso y con ello dar por concluido el largo período experimental, se inició así la primera Maestría, para lo cual, precisamente el 5 de octubre del 2005, hace exactamente 10 años, se solicitó la autorización correspondiente para el reconocimiento de validez oficial de estudios, mismo que nos fue dado el 14 de junio del 2006 mediante el Acuerdo 2006357 por parte de la Secretaría de Educación Pública, así es como en el mes de agosto del 2006 se inauguraron los cursos de esta primera Maestría.

Durante estos años hemos tenido un aproximado de 200 alumnos, lo que habla de la exigencia y el alto nivel que se les pide a nuestros estudiantes. Esta Maestría pone énfasis en las grandes transformaciones que está sufriendo el Derecho y que estamos contemplando hoy en día y por ello, propone ser un instrumento que permita apreciar con mayor análisis a qué obedece el cambio y qué resultados está logrando, de ahí que proponga un estudio sobre los principales puntos en los que se apoya, como son, entre otros, la creación supranacional del Derecho, las transformaciones que se están operando en el nuevo Estado constitucional, así como su relación con el Derecho, la revalorización del papel del juez, el rescate y perfeccionamiento de la argumentación jurídica, el acercamiento de los sistemas jurídicos, sin descuidar el terreno de la práctica, con diversas materias que nutren al Derecho mercantil y al comercio internacional.

El esfuerzo no terminó ahí ya que al día de hoy se cuenta con una segunda Maestría, en Derecho laboral, cuyo responsable es nuestro actual rector Luis Díaz Mirón. También se cuenta con las especialidades de Derecho penal, tributario y sistema acusatorio, junto con cursos de actualización en de Derecho civil y mercantil, así como diversos diplomados, seminarios y cursos.

Espero que el esfuerzo realizado no termine aquí, sino que sigamos el sendero que nos hemos fijado para lograr el tan ansiado nivel del Doctorado, tenemos brillantes maestros, una noble tradición y un prestigio que nos respalda y un país que pide urgentemente que resolvamos su problema principal que es la educación, hago votos para que esto se logre y que los alumnos de ésta y otras universidades se animen a continuar su preparación con nosotros, ya que como lo apuntó Eduardo Couture el primer deber de un abogado si es que quiere seguir siéndolo es el estudio y su preparación, la cual nunca termina.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, ENTRE EL JUEZ Y EL LEGISLADOR. CONFERENCIA PARA CONMEMORAR EL DÉCIMO ANIVERSARIO DE LA PRIMERA MAESTRÍA EN LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO*

Roberto Romboli**

Con respecto a los derechos fundamentales, es posible, al menos en abstracto, mantener separados dos aspectos: uno, anterior en el tiempo, acerca de la determinación y la identificación de los mismos así como de su contenido y otro, necesariamente posterior en el tiempo, el de su protección, para el caso en el que un sujeto considere que haya sido lesionado uno de sus derechos fundamentales.

Huelga recordar que un derecho fundamental puede considerarse verdaderamente existente y eficaz, a condición de que el mismo no sea sólo establecido en una Carta Constitucional de forma solemne, sino que también sea garantizado de manera efectiva en el caso de su violación.

Entonces hay que mirar a la identificación y a la protección de los derechos fundamentales no como a dos momentos teóricamente separables, sino estrechamente relacionados como las dos caras de una misma moneda.

Hablar por lo tanto de la relación entre el legislador y el juez en la identificación y protección de los derechos fundamentales parece conducir a una solución fácil e inmediata. En aplicación del principio clásico de la separación

* Conferencia impartida en la Escuela Libre de Derecho el 10 de noviembre del 2015.

** Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Pisa

de poderes: el primero aspecto (identificación) es competencia del legislador, mientras que el segundo (protección) es competencia del juez, siendo la protección de los derechos la razón de la existencia de este último.

La solución no es en realidad tan simple, porque las dos diferentes formas de producción del derecho (derecho legislado (político) y derecho jurisdiccional) están inevitable y estrechamente entrelazados.

Acerca del primer aspecto (identificación de los derechos) una demostración de la existencia de esta interrelación, se puede encontrar en las notas problemáticas de los llamados "nuevos derechos", en buena medida basadas en la naturaleza creativa de la jurisprudencia.

La Constitución italiana no contiene, a diferencia de otras, un catálogo específico y detallado de los derechos fundamentales y ha sido durante mucho tiempo la jurisprudencia constitucional, así como la doctrina predominante, quien ha establecido que la expresión "derechos inviolables" contenida en el Artículo 2 de la Constitución Italiana, había que considerarse una "norma abierta", cosa que ha permitido así la identificación de "nuevos derechos".

Esta feliz expresión no debe tomarse literalmente y pensar en el fenómeno por el cual un derecho no contemplado en el texto constitucional, puede "crearse" más o menos *ex novo* por el Tribunal Constitucional o los tribunales ordinarios.

El carácter rígido de la Constitución requeriría por cierto para tal operación el proceso de revisión constitucional, por lo que con la expresión anterior debe entenderse más bien, la posibilidad de que la noción de "derechos inalienables" o de derechos fundamentales puede ser determinada y especificada, así como, obviamente, a través de la intervención del legislador, incluso por los tribunales, aunque con diferentes métodos y límites, siendo claramente diferente su legitimidad a la hora de crear derecho. Muchos podrían ser los ejemplos de identificación y confirmación de los "nuevos derechos" por el Tribunal Constitucional.

Acerca del segundo aspecto (garantía de los derechos), en primer lugar es claro que todas las formas de protección, las condiciones y los límites de la actividad del poder judicial (incluido en eso el Tribunal Constitucional) son obviamente establecidas por leyes, constitucionales u ordinarias, del parlamento.

Un ejemplo es la opción de reconocer o no reconocer una acción individual frente el Juez constitucional para garantizar un derecho fundamental, como en el caso de la Constitución española, con referencia al instrumento del amparo constitucional, profundamente enmendado en el año 2007 por

el legislador. O lo que ha sucedido más recientemente en Francia con la introducción de un acceso en vía incidental frente al *"Consiel constitucionnel"*, con el propósito declarado de verificar la conformidad de las leyes a la Constitución y de declarar inconstitucionales las leyes incompatibles con los derechos fundamentales, incluso después de que la ley ha entrado en vigor y, precisamente, sobre la base del "derecho viviente" que ha sido creado por la interpretación judicial.

La relación entre el legislador y el juez en la identificación y protección de los derechos fundamentales se ha vuelto más compleja, por la existencia, en el ámbito de los derechos fundamentales, de una pluralidad de legisladores y luego de Cartas, de diferente nivel (el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, la Constitución, los Estatutos regionales), cuyo control corresponde a una pluralidad de jueces, cada uno con la tarea específica de la protección de los derechos reconocidos en cada Carta (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Corte de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Constitucional, jueces ordinarios).

Sin duda en la conversión del Estado liberal en Estado constitucional social de hoy, hemos visto un cambio profundo con respecto a la relación entre el legislador y el juez en la creación del derecho y en la protección de los derechos fundamentales, con respecto a lo cual podríamos preguntarnos si tal cambio debe considerarse como un elemento de patología o de fisiología, en comparación con la evolución de la forma del Estado.

En el primer sentido (patología) las razones de la evolución de la relación ahora mencionada, se identifican en la crisis de representación de los órganos políticos y en el consiguiente nuevo papel del juez como reemplazo del legislador y en un protagonismo excesivo de los jueces y casi en la creación de un imperialismo judicial. En el segundo sentido (fisiología) las razones más profundas se identifican en la realización progresiva del estado constitucional social. En mi opinión, la conclusión correcta es la segunda, por las razones que ahora voy a indicar.

La relación entre el legislador y el juez en la creación del derecho se ve afectada por las características básicas de un ordenamiento y por los orígenes históricos del mismo (basta pensar en las diferencias entre ordenamientos de *common law* o de *civil law*).

Así es evidente la profunda diferencia entre la experiencia de Norteamérica y la experiencia francesa. En la experiencia de norteamericana, el papel que se asigna al juez es el de garante de los principios constitucionales y de los derechos fundamentales, en particular, con relación con el poder político

y con el legislador, como expresión de la superioridad de la Constitución (poder constituyente) contra de la ley (poder constituido). En el conocido párrafo 78 del Federalista de Hamilton se dice que los jueces, frente a una antinomia entre una ley fundamental y otra que no lo es, deben conformar su decisión a la primera, de la misma manera que en la sucesión temporal de las leyes prevalece la ley sucesiva en el tiempo. En ambos casos hay una regla de interpretación que se deriva de la naturaleza de las cosas.

Es a partir de estos principios y del reconocimiento del papel de los jueces como garantes de los derechos fundamentales que, al cabo de unos años, nace en ese país el primer modelo de justicia constitucional, con carácter difuso, declarativo e incidental, introducido en via jurisprudencial a partir de la famosa sentencia Marbury vs Madison de 1803.

Muy diferente y en cierto modo casi lo contrario, es la situación en la Europa continental, donde se estaba produciendo una transición traumática del Estado absoluto al Estado liberal a través de una ruptura con el viejo orden y la necesidad, por lo tanto, de establecer un catálogo de derechos que preservar y fortalecer.

La tarea de garantizar la aplicación y la eficacia de estos derechos no podía ser reconocido, sin embargo, a los tribunales, sino al sujeto político, ya que las constituciones aparecen principalmente como un programa político que tiene que realizar, fundamentalmente, a través de la actividad del legislador, que luego asumira un papel central en este sentido.

Lo mismo no puede decirse del juez que por el contrario es visto con recelo, por las actividades llevadas a cabo en el régimen anterior al servicio del poder real y por lo tanto, considerado potencialmente hostil a los nuevos derechos reconocidos por las constituciones, así como carente de legitimidad democrática.

En el Estado liberal, las fuentes del derecho se reducen sustancialmente a la sola ley y clara es la primacía de la decisión política sobre la jurisdicción, expresada por jueces-funcionarios, que aplican de forma mecánica la ley, y no se reconoce ningún margen de apreciación en la interpretación de la ley (en esto sentido fue creado el *référé* législatif). Los jueces son solo "*bouche de la loi*", según la famosa definición de Montesquieu.

La situación experimenta un cambio profundo con las constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial, aprobadas en respuesta a las experiencias de los regímenes totalitarios y nazi-fascistas, que dejan caer la ilusión de una ley, siempre y sin dudas justa, sólo porque son expresión de la soberanía popular, por lo que es claro que una mayoría parlamentaria puede aprobar,

siguiendo las reglas de procedimiento y el tipo de mayorías requeridas, leyes (se puede pensar por ejemplo en las leyes raciales) manifiestamente contrarias a los derechos fundamentales de la persona humana.

De ahí la necesidad de preservar ciertos principios y ciertos derechos fundamentales de las opciones de la mayoría, estableciéndolos en un acto solemne, como la Constitución y reconociendo a esos principios la misma fuerza jurídica superior a la de la ley. Por esta razón nacieron las constituciones rígidas y en consecuencia la necesidad de un juez y de un procedimiento para asegurar esta superioridad que dará lugar a los diferentes modelos de justicia constitucional.

En Europa, como consecuencia de la desconfianza hacia la autoridad judicial antes mencionada, la mayoría de los países se orientará hacia un sistema centralizado y, por lo tanto, por el establecimiento de un nuevo y peculiar juez, identificado en una Corte Constitucional o un Tribunal Constitucional o, como en Francia, donde como es sabido la desconfianza es mucho mayor, en un menos significativo (como deriva ya del nombre), Consejo Constitucional.

El impacto de la aprobación y entrada en vigor de una Constitución rígida en la relación entre derecho político y derecho jurisprudencial es evidente de inmediato, especialmente con respecto a la actividad interpretativa del juez.

Esto se deriva de la conciencia de que la Constitución no es sólo un programa político dirigido al legislador, sino que tiene la naturaleza de fuente del derecho que también se dirige a los jueces que pueden aplicar la misma directamente.

La presencia en la Constitución de principios, así como de reglas, inevitablemente, implica una extensión del poder interpretativo de los jueces (por ejemplo, en particular, en presencia de los derechos sociales) y luego del papel y del impacto del derecho jurisprudencial.

La valorización del derecho jurisprudencial deriva, como se ha mencionado, también de las relaciones que se instauran, con cada vez mayor importancia, entre los sistemas jurídicos nacionales y supranacionales, en particular el ordenamiento del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento de la Unión Europea. A partir del primero, el Convenio tiene, como es conocido, como juez al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en los casos de presunta violación del Convenio puede ser activado de acuerdo con normas y procedimientos expresamente previstos y segundo el principio de subsidiariedad con respeto a las garantías reconocidas por las autoridades nacionales. Acerca de este tema, desde el año 2007 hemos asistido en Italia a un cambio de gran importancia, con reflexiones sobre la valorización del derecho jurisprudencial.

También para evitar que los tribunales ordinarios procediesen a una inaplicación de la ley considerada contraria al Convenio, al igual que lo que ocurre en caso de contraste de la ley con la legislación de la UE, el Tribunal Constitucional con dos pronunciamientos (números 348 y 349 de 2007) consideró que la nueva redacción del art. 117, párrafo 1 de la Constitución - que requiere al Estado y a las regiones, en el ejercicio de sus funciones legislativas, el respeto de las obligaciones internacionales - debe llevar a reconsiderar la posición del Convenio en nuestro ordenamiento jurídico.

En particular, a pesar de no llegar a reconocer al Convenio el valor de las mismas disposiciones constitucionales y, por tanto, de la posibilidad que la misma pueda utilizarse como parámetro de constitucionalidad, la Corte llega a los mismos resultados aplicándole a ella la llamada "teoría de la norma interpuesta", según la cual, la violación de las disposiciones del Convenio por parte de una ley, llevaría indirectamente a un conflicto con el art. 117, párrafo 1 de la Constitución, dado que el Convenio se consideraría como norma interpuesta entre la ley y la Constitución.

El aspecto que más nos interesa es la referencia que hace el Tribunal Constitucional a la jurisprudencia de la Corte Europea, cuando afirma que una característica del Convenio es tener su propio juez, que tiene la tarea de interpretar el Convenio, que debe por lo tanto ser considerado como "derecho viviente" en la lectura proporcionada por el Tribunal de Estrasburgo.

Y esto porque las obligaciones asumidas por el Estado italiano incluyen también la existencia de tal juez especial y el reconocimiento de su función interpretativa. Más concretamente, el órgano jurisdiccional nacional está obligado a seguir sobre todo la interpretación de la ley en conformidad con el Convenio, mientras la garantía de uniformidad de la interpretación depende de la Corte Europea, que también tiene la última palabra y que debe ser aceptada por los estados miembros.

Pasando ahora al segundo caso, el ordenamiento eurounitario es un ejemplo de ordenamiento determinado en gran parte sobre la base del derecho jurisprudencial y de las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Momento esencial está representado por la prejudicialidad eurounitaria, es decir, la facultad de los jueces nacionales o la obligación (para los jueces de última instancia) de solicitar la intervención del Tribunal de Luxemburgo cuando se tienen dudas en relación al significado que se debe atribuirse a la legislación de la UE.

El procedimiento prejudicial representa la colaboración entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia, con una distribución

teórica de las competencias que debe basarse en la distinción entre la actividad de interpretación del Derecho eurounitario, reconocido al Tribunal y de aplicación del Derecho eurounitario o nacional, interpretado a la luz del primero, reconocido más bien a los jueces nacionales. En realidad, el sistema ha terminado por operar de manera muy diferente, en parte debido a la afirmación del principio de interpretación del derecho nacional de manera conforme con el derecho eurounitario.

El juez común por lo tanto, en caso de duda sobre el sentido que debe darse a la normativa eurounitaria, debe solicitar la intervención del Tribunal de Justicia, y luego proceder, si es posible, a una interpretación del Derecho nacional conforme con el Derecho comunitario o, si no fuera posible, decidir el caso a través de la inaplicación de la ley nacional contraria al Derecho comunitario.

El reenvío prejudicial se ha convertido cada vez más en una herramienta no de interpretación sino de producción del derecho, y en algunos casos podemos llegar a preguntarnos si el juez nacional va a aplicar en la realidad, una ley nacional o una ley o reglamento eurounitario, o una cosa "mixta".

La pregunta y la dificultad de dar una respuesta definitiva nacen de la dificultad de distinguir con un corte limpio, el Derecho comunitario del Derecho nacional interpretado de acuerdo con el primero, así como la actividad de interpretación de la actividad de aplicación del derecho.

Con respecto al ordenamiento jurídico nacional, una evaluación de la experiencia de casi 60 años de justicia constitucional en Italia, muestra claramente que la Corte ha tendido a adoptar, en estrecha correlación y cooperación con el juez común, cada vez más el papel de "juez de los derechos" y cada vez menos de "juez de las normas" y de ahí que no se puede negar que el rol y fisonomía actual de los derechos fundamentales es esencialmente el resultado de la jurisprudencia constitucional.

Con este fin, la Corte ha "creado" toda una serie de instrumentos de decisión que le permiten lograr los máximos resultados posibles en relación con el momento político e institucional específico, pero siempre prestando atención en no sustituirse de forma abusiva las decisiones del legislador. Entre estos instrumentos se puede recordar las denominadas sentencias manipuladoras (manipulativas) que introdujeron una adición o una sustitución con respecto al texto original de la norma, a través de las cuales, tras la intervención de la Corte Constitucional, el texto de la disposición se ha modificado sustancialmente con efecto inmediato después de la publicación de la deci-

sión de la Corte en el Diario Oficial y sin la necesidad de una intervención del legislador.

Un tipo de decisión que jugó un papel decisivo es el de las sentencias interpretativas de rechazo, a través de las cuales el Tribunal Constitucional declara no fundada una cuestión de inconstitucionalidad (sentencia desestimatoria) pero esta afirmación está sujeta a la condición de que la ley impugnada se interprete en el sentido que le atribuye el Tribunal Constitucional. Este tipo de decisión tiene importancia bajo dos puntos de vista:

a) La superación de la contraposición entre el perfil de la legalidad y el de la constitucionalidad, ya que expresa la idea de que tanto el Tribunal Constitucional, cuanto el juez comun pueden y deben interpretar la Constitución y la ley y en particular, la ley a la luz de la Constitución. Por lo tanto, de esta manera se rechaza el argumento de que la interpretación de la Constitución sea competencia exclusiva del Tribunal Constitucional (plano de la constitucionalidad) mientras que aquella de la ley común está reservada al juez comun (plano de la legalidad), de acuerdo con la fórmula por la cual "la Constitución al Tribunal constitucional, la ley al juez ordinario".

b) La posibilidad de diferentes interpretaciones de la ley, algunas conformes a la Constitución, otras contraria a la misma y por lo tanto la demostración de que no existe una sola y unica interpretacion correcta, sino un pluralismo interpretativo.

Acerca de la eficacia de la interpretación de la Constitución por parte del Juez constitucional, en España el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que "los jueces y tribunales, interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal constitucional en todo tipo de procesos".

En Italia al principio hubo una situación de conflicto entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo (la denominada guerra entre los dos Tribunales) porque el Tribunal Supremo se niega a seguir la interpretación dictada, como única posible, por el Tribunal Constitucional. Esta situación se superó a través de la valorización del "derecho viviente", es decir, que frente a la existencia de un dececho viviente (de facto la interpretacion del Supremo) el Constitucional no puede producir otras diferentes interpretaciones, pero valora estas mismos, si están conformes o no con la Constitucion.

Durante mucho tiempo las lecturas constitucionalmente conformes de las leyes fueron establecidas por la Corte en una situación cuasi monopolística, y desde los años noventa del siglo pasado, esta función interpretativa se ha delegado progresivamente al juez ordinario.

Otra herramienta utilizada fue aquella de las denominadas sentencias aditivas de principio, como subespecie de las sentencias aditivas auto aplicativas y que se caracterizan por el hecho de que con la declaración de inconstitucionalidad, la Corte no procede en manera directa a la reconstrucción de la norma, sino que simplemente establece un principio, que debe ser especificado por el legislador en primer lugar, pero luego también por los jueces.

Por último, decisivo ha resultado el instrumento de la denominada interpretación conforme, que produjo una clara evolución en la jurisprudencia constitucional: a la fase del monopolio ya señalado siguió la fase en la que la Corte solicitó enérgicamente al juez no plantear cuestiones constitucionales si hubiese resultado posible dar a la disposición impugnada una interpretación constitucionalmente compatible (las leyes se declaran inconstitucionales no porque es posible darles una lectura inconstitucional, sino sólo cuando no es posible encontrar en ellas una lectura constitucionalmente compatible). Y, finalmente, la fase actual en la que el juez deberá comprobar, bajo pena de inadmisibilidad de la cuestión, de haber experimentado y excluido la posibilidad de una interpretación conforme a Constitución de la disposición impugnada.

Es evidente hoy en día, la existencia de dos formas de creación del derecho, es decir de un *derecho político,* fundado sobre el principio de representación y que se expresa a traves de un acto dirigido a producir directamente derecho y a imponer una regla para el futuro y de un *derecho jurisprudencial*, que se expresa sin embargo a través de un acto dirigido a resolver una controversia sobre la base de las normas pre-existentes y con el efecto indirecto de producción de normas. La existencia de un derecho político junto a un derecho jurisdiccional y la evolución de las relaciones que he tratado de describir, plantean una cuestión: cuál es o debería ser la relación entre ellos.

Así, podemos pensar que el mito de la ley del siglo XIX ha sido ahora reemplazado por el derecho jurisdiccional. Claramente no es así, ya que el Estado social constitucional necesita de ambos, en una clara concurrencia. Esto requiere, sin embargo, que nos preguntemos cuáles son entonces los límites de la actividad creadora de derecho de los jueces y cuál es su legitimación en nuestro sistema constitucional.

Los límites a la actividad del juez "creativa" de derecho

La protección de los derechos fundamentales requiere una actividad de *ponderación entre principios constitucionales* que implica una actividad de interpretacion de las fuentes. La actividad de balance se encuentra en algunos casos ya establecida por el Constituyente, como por ejemplo, en el art. 21 de la Constitución italiana, que establece que la libertad de pensamiento no puede ir contra de la moralidad ("buenas costumbres") ponderacion que por lo tanto prevalece en todos los casos. La misma actividad de moderación se lleva a cabo por el legislador en sus actividades de aplicación y ejecución de los principios constitucionales, como por ejemplo, cuando el legislador debe decidir acerca del derecho al aborto, si se debe ponderar entre la vida de los no nacidos y la salud (tambien psicológica) de la mujer, o la libertad de autoderminación en orden a la voluntariedad de la procreacion consciente y responsable.

La misma actividad se lleva a cabo, como es bien conocido, tambien por el Tribunal Constitucional, y en particular, en el control de inconstitucionalidad de la ley, sobre todo mediante el control de la razonabilidad de la misma. Incluso el juez común, en el momento de decidir un caso, puede verse en la necesidad de proceder a la actividad de ponderación, esta vez no en abstracto con valor general, sino en concreto en un caso especifico y con una eficacia limitada a este caso. De esta manera y en esa medida, el Tribunal crea entonces derecho.

Con respecto a este fenómeno y a la posibilidad de que un tribunal no sólo vaya a aplicar, sino también a crear derecho, algunos han hablado de "imperialismo judicial" y de estado jurisdiccional, por la supuesta violacion del principio de separacion de poderes. Dada la posibilidad de que los jueces creen derecho, podemos preguntarnos si el juez puede colocarse en el mismo plano del legislador.

¿El juez es entonces un legislador? Claro que no. Por lo tanto el problema es determinar cuáles son los "límites" y cuál es la "legitimación" de la actividad del juez "creativa" de derecho. Con respecto a "*los límites*", acerca la posición del juez (constitucional u ordinario) frente a la peticion de la tutela de un derecho, surge una necesaria distincion entre: a) cuando un derecho fundamental está reconocido por la Constitución y b) cuando se basa en una elección del legislador, frente a disposiciones constitucionales que "permiten", pero no "imponen", el reconocimiento de un derecho.

En este se segundo caso, se puede hablar de un derecho "legal" frente a los "derechos constitucionales", porque la Constitucion no reconoce ni prohibe el derecho, sino solo lo permite. En este caso, su realización depende de la elección de la mayoría parlamentaria, como por ejemplo ha sido en el caso del matrimonio entre parejas del mismo sexo. En este caso, los poderes interpreativos y creativos del juez son mas reducidos porque el derecho existe sólo si el legislador decide reconocerlo.

Cuando un derecho fundamental está reconocido en la Constitucion, es decir, en el primer supuesto, es necesaria una segunda distinción para definir la posición del juez (constitucional o ordinario) frente a la ley: si existe o no una intervencion del legislador. En el primero (es decir, la presencia de una ley) el juez puede dar una interpreción conforme, sin modificar el texto de la ley o plantear una cuestión de constitucionalidad frente al Tribunal Constitucional. En el segundo (carencia de intervención del legislador) se debe excluir la posibilidad de los "derechos reconocidos por la Constitución pero no protegidos por falta de una ley de ejecución", porque esto sería contrario al sentido mismo de la Constitución y del constitucionalismo, a través del cual hemos querido asegurar que ciertos derechos fundamentales están excluidos del debate politico y de las decisiones descrecionales de la mayoría política. Si se aceptara que la mayoría, con su inacción, pueda determinar la falta de protección de un derecho fundamental, se anularía el efecto esperado con la introduccion de las constituciones escritas y del constitucionalismo.

En este sentido, me gustaría mencionar tres casos diferentes, conocidos en Italia, que se relacionan con los temas ahora mismos expuestos.

El primero caso es el de la fecundación heteróloga (con el esperma de persona diferente del marido) y del rechazo de paternidad. El Código Civil establece que el marido puede demostrar su incapacidad para procrear y por lo tanto no reconocer como suyo al hijo nacido de su esposa durante el matrimonio.

En nuestro caso práctico, el marido dio su consentimiento a la inseminación, pero después rechazó la paternidad. De conformidad con el Código Civil, la sentencia debería haber sido favorable a la peticion del marido y autorizar el desconocimiento de la paternidad, ya que no hay duda de que el niño no era suyo. El juez planteó la cuestión de inconstitucionalidad de la disposición del Código Civil en la parte en la que permite la denegación de la paternidad, incluso en el caso de la inseminación heteróloga, cuando el marido dio previamente su consentimiento para la inseminación de su esposa.

El Tribunal Constitucional pronunció una decisión desestimatoria siguiendo una interpretación *particular* de los artículos del Código Civil, con el argumento de que los mismos se aplican sólo para el caso de adulterio y no de inseminacion artificial. La interpretación por lo tanto supera la carencia de intervención del legislador. Desde mi punto de vista considero que habría sido preferible una sentencia estimatoria.

El segundo caso es el del señor Giorgio Welby, enfermo dependiente totalmente de la alimentacion artificial, pero persona consciente que decide suspender el tratamiento medico que lo mantiene vivo. El art. 32 de la Constitución italiana establece que ninguno puede ser sometido a tratamiento medico sin su consientimento. El señor Welby había recurrido al juez ordinario, exigiendo el cese de la alimentación artificial, de conformidad con su derecho fundamental reconocido por el art. 32 de la Constitucion. Pero el juez decidió que en esto caso no existìa una ley (la ley acerca el "ensañamiento terapéutico", es decir, para reducir el dolor en el paciente terminal) y por lo tanto el derecho no podría ser garantizado. En este caso, la sentencia, según mi criterio, es contraria, por la razon anteriormente indicada, al significado y al valor de la costitucionalizacion de los derechos.

La previsión en la Constitución de los derechos fundamentales sirve justo para evitar que la mayoría parlamentaria pueda limitar o modificar el contenido de estos derechos, toda vez que esto es posible sólo a través la modificacion de la Constitución, es decir, a través de una mayoria más amplia. Por eso, la carencia de intervención no puede significar falta de tutela de los derechos.

El tercer caso es el de la joven Eluana Englaro, persona en estado vegetativo no consciente durante muchos años, como resultado de un accidente automovilístico. El padre había pedido al tribunal interrumpir la alimentación artificial, como expresion de la voluntad de su hija. En ausencia de una ley sobre el testamento vital ("voluntad anticipada") se planteó la cuestión de si el padre podía dar su consentimiento en lugar de su hija inconsciente. El Tribunal Supremo ha determinado las condiciones para suspender la alimentacion forzada, estableciendo que esto puede ocurrir en presencia de una situación médica que se califica como un coma irreversible y si el consenso se puede deducir a través declaraciones cuando el sujeto estaba cosciente.

El Poder Legislativo interpuso un conflicto entre Poderes del Estado y dijo que el Tribunal Supremo invadió la competencia del legislador, porque había hecho no una sentencia, sino una ley. El Tribunal Constitucional rechazó el recurso y dijo que el Supremo había decidido en orden a un caso concreto y

con eficacia interpartes y que el legislador puede intervenir a través de una legislación general de la materia, motivo por el cual no había habido ninguna invasión de la competencia legislativa por parte del Tribunal. Ante ello, el legislador aprobó un decreto ley para impedir la ejecucion de la sentencia del Tribunal Supremo, pero el Jefe del Estado rechazó emanar el decreto ley por violacion del principio de separacion de los poderes, argumentando que el decreto había sido aprobado con el fin de evitar la ejecución de una sentencia de un juez, dictada para la protección de un derecho fundamental.

La legitimación de la actividad interpretativa y creativa del juez en un Estado constitucional y democrático

Al respecto surge una pregunta: ¿el Poder judicial (magistratura) puede definirse como un poder del Estado? La respuesta a la pregunta depende de la noción de Poder que se elija como fundamento de la misma. En un primer sentido, es decir, "poder" come expresión de dirección politica, como bloque unico, que se contrapone a otro Poder (legislativo o ejecutivo) y como sujeto unitario que habla con una sola voz. En este sentido la magistratura no puede considerarse un Poder del Estado, porque es a la inversa un sujeto de garantía y no de dirección politica. Si al contrario "poder" significa sujeto que realiza funciones constitucionales, entonces el Poder Judicial (la magistratura) puede considerarse un auténtico Poder del Estado. Este significado fue aceptado por el Tribunal Consitucional italiano que ha considerado al Judicial como un Poder del Estado que puede plantear conflicto contra otros poderes y que por lo tanto ha hablado del mismo como de un "Poder difuso", sin vertice. Cada juez por lo tanto, es Poder del Estado.

En efecto la solución del juez se impone no como "verdad" y no como una elección de naturaleza política, sino porque es dictada por una persona técnica y profesionalmente preparada que opera respetando las reglas procesales y en condiciones de independencia e imparcialidad.

El fundamento del derecho politico está en el principio representativo y de democracia indirecta, el derecho jurisprudencial, en cambio, en el principio de legalidad constitucional y en el respecto de los limites puestos por el derecho procesal y no depende por lo tanto del consentimiento popular sino del respecto de las reglas. Al juez tal fundamento o legitimacion deriva de las reglas clásicas del derecho procesal, es decir, *ne procedat iudex ex officio*, el

principio del contradictorio, la obligación de imparcialidad, la obligación de motivación y la obligación de decidir, etcétera.

Si bien el legislador tiene, de hecho, la libertad de decidir si se debe intervenir, cuándo intervenir y cómo intervenir y no puede ser obligado a hacerlo ni a motivar su elección, el juez, frente a un procedimiento concreto, está obligado a decidir de una o de otra manera, ya que de lo contrario, cometería el delito de "denegación de justicia" y por ello está obligado a motivar en sentido juridico sus conclusiones. La democracia es expresión no sólo del poder representativo, sino tambien garantía de los derechos fundamentales y limitación de los poderes públicos.

Garantizar el respeto de los derechos y limitar los poderes publicos, es el fundamento de la legitimación de la actividad interpretativa, es decir jurisdicional, es decir, de la actividad creativa del juez.