

Escuela Libre de Derecho

# Revista de Investigaciones Jurídicas

43

México, 2019





# ESCUELA LIBRE DE DERECHO

## RECTOR

Lic. don Ricardo Antonio Silva Díaz

## JUNTA DIRECTIVA

Lic. doña Claudia Aguilar Barroso  
Lic. don Carlos Müggenburg Rodríguez-Vigil  
Lic. don Rafael Anzures Uribe  
Lic. don Fernando Cataño Muro Sandoval  
Lic. don Álvaro J. Altamirano

## SECRETARIOS

Lic. don José Manuel Villalpando  
*Secretario Académico*  
Lic. doña Renata Sandoval Sánchez  
*Secretaria de Administración*  
Lic. doña Mayra Müggenburg Camil  
*Secretaria de Posgrado*  
Dr. don Manuel Alejandro Munive Páez  
*Director del Centro de Investigaciones Jurídicas*

## COMITÉ EDITORIAL

Lic. don Carlos Müggenburg Rodríguez-Vigil  
*Director*  
Lic. don Francisco de Icaza Dufour  
*Presidente Honorario*  
Lic. doña Lizbeth América Cedillo Valderrama  
Lic. don José Manuel Villalpando  
Dr. don Rodolfo Gómez Alcalá  
Dr. don Rafael Estrada Michel  
Mtro. don Pablo Francisco Muñoz Díaz

## **ESCUELA LIBRE DE DERECHO**

TIRANT LO BLANCH MÉXICO

Río Tiber 66, Piso 4

Colonia Cuauhtémoc

CP 06500 Ciudad de México

Telf: +52 1 55 65502317

[infomex@tirant.com](mailto:infomex@tirant.com)

[www.tirant.com/mex/](http://www.tirant.com/mex/)

[www.tirant.es](http://www.tirant.es)

ISSN 0185-1438

© 2019. Derechos reservados conforme a la ley

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

Dr. Vértiz Número 12, Colonia Doctores

Alcaldía Cuauhtémoc, Ciudad de México, C.P. 06720

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

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

# Índice

## DOCTRINA GENERAL

ACERCAMIENTO CRÍTICO A LA JUSTICIA TRANSICIONAL .....	15
POR MARIO I. ÁLVAREZ LEDESMA	
LA EXPECTATIVA RAZONABLE DE PRIVACIDAD ANTE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN .....	43
POR ROSA LINDA AMEZCUA HERNÁNDEZ	
LA DIGNIDAD HUMANA ENTRE LOS DERECHOS SOCIALES Y LAS CRISIS ECONÓMICAS.....	61
POR VÍCTOR BAZÁN	
LA FACULTAD DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA Y DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DE INAPLICAR UNA NORMA QUE CONSIDEREN INCONSTITUCIONAL O INCONVENCIONAL.....	107
POR MARIO ALBERTO BECERRA BECERRIL y MAURICIO JOSÉ BECERRA BECERRIL	
LOS DERECHOS DEL INFORMADOR EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA CIUDAD DE MÉXICO .....	123
POR EUGENIA PAOLA CARMONA DÍAZ DE LEÓN	
EL IDEARIO FILOSÓFICO EN LA CREACIÓN DEL SISTEMA PRESIDENCIAL NORTEAMERICANO.....	141
POR GREGORIO D. CASTILLO PORRAS	
LA ÉTICA: ELEMENTO FUNDAMENTAL PARA LA INNOVACIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE LOS SISTEMAS ANTICORRUPCIÓN NACIONAL Y DE LA CIUDAD DE MÉXICO .....	163
POR ÁLVARO CASTRO ESTRADA y ARTURO RIVERA	
UNA VISIÓN ENTRE REINO UNIDO Y MÉXICO, EN LO QUE RESPECTA A LA INCORPORACIÓN EN DERECHO DOMÉSTICO DE LOS ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN A DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN SISTEMAS REGIONALES PARA SU PROTECCIÓN (SISTEMA EUROPEO Y SISTEMA INTERAMERICANO RESPECTIVAMENTE) .....	183
POR GABRIELA DÍAZ SALINAS	

INTERDISCIPLINA Y DERECHO: EL ASCENSO DE LA TECNARQUÍA Y UN LLAMADO A DECONSTRUIR LA TORRE DE BABEL DE LAS PROFESIONES..	203
POR MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ DELGADO	
ACTIO PRO SOCIO Y PÉRDIDA DOLOSA DE LA POSESIÓN .....	237
POR YURI GONZÁLEZ ROLDÁN	
TLALIXTAC DE CABRERA, OAXACA: LA ASAMBLEA GENERAL COMUNI- TARIA COMO GARANTE DEL DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN Y AUTONOMÍA .....	257
POR RAFAELA HERNÁNDEZ CHÁVEZ y PARASTOO ANITA MESRI HASHEMI-DILMAGHANI	
LA RECLASIFICACIÓN DEL DELITO O CLASIFICACIÓN JURÍDICA DISTIN- TA: INCONSTITUCIONALIDAD DE LA MISMA .....	277
POR PABLO HERNÁNDEZ-ROMO VALENCIA	
EL BUEN GOBIERNO Y LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LA EXPERIEN- CIA EUROPEA: CALIDAD DE ADMINISTRACIÓN Y RESPETO DE DERE- CHOS.....	295
POR ANA RUTH HERRERA GÓMEZ y MICHAEL VORBECK	
THE MEXICAN LIMBO FOR INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRA- TION: MEXICO AND THE TRANSNATIONAL MODEL. INVESTMENT ARBI- TRATION UNDER THE ENERGETIC REFORM AND THE LATEST POLITI- CAL CHANGEOVER.....	317
POR DANTE L. ARREDONDO	
LA PONDERACIÓN Y EL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD .....	361
POR PABLO FRANCISCO MUÑOZ DÍAZ	
LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD .....	375
POR SERGIO CHARBEL OLVERA RANGEL	
LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DEL CONSUMIDOR EN MÉXICO OBLIGA A REGULAR PRONTA Y RAZONADAMENTE LOS SISTE- MAS ELECTRÓNICOS DE ADMINISTRACIÓN DE NICOTINA .....	397
POR MARÍA DEL CARMEN ORDÓÑEZ LÓPEZ	
ESTRATEGIA NACIONAL DE SEGURIDAD PÚBLICA Y GUARDIA NACIONAL.	427
POR LORETTA ORTIZ AHLF	
EL DERECHO DE LA INTEGRACIÓN Y EL DERECHO COMÚN. ORÍGENES, ACTUALIDAD Y FUTURO DE SU PRESENCIA EN LATINOAMÉRICA.....	451
POR JUAN PABLO PAMPILLO BALIÑO	

EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN FRENTE AL HONOR Y VIDA PRIVADA ¿PREVALENCIA O SUBORDINACIÓN?.....	475
POR ARIEL SALANUEVA BRITO	
JUSTO SIERRA O'REILLY: PIONERO DEL DERECHO MARÍTIMO Y PILAR DE LA CODIFICACIÓN EN MÉXICO .....	493
POR JUAN PABLO SALAZAR ANDREU	
LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS EN EL MARCO DEL DERECHO PROCESAL MEXICANO; UNA MIRADA A SU ESTADO, CONTRADICCIONES Y PERSPECTIVAS, RELATIVAS A LA MAYOR PROTECCIÓN DEL DERECHO HUMANO DE ACCESO A LA JUSTICIA Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.....	517
POR JULIO E. SANCLIMENT MARTÍNEZ y JULIÁN SAN MARTÍN DÍAZ	
LOS ABOGADOS EN EL ESTADO DE MÉXICO ENTRE 1824-1835: MÁS APUN- TES PARA SU ESTUDIO .....	535
POR MARIO A. TÉLLEZ G.	
DEFENSA DE DERECHOS HUMANOS QUE HACEN LOS FRANCISCANOS EN LA NUEVA ESPAÑA, EN EL SIGLO XVI (ESBOZO) .....	551
POR JESÚS ANTONIO DE LA TORRE RANGEL	
JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES: UNA DISCUSIÓN IN- ACABADA.....	571
POR FERNANDO VILLASEÑOR RODRÍGUEZ	
LA PRECLUSIÓN, LA CADUCIDAD Y LA PRESCRIPCIÓN EN LA LEY GENE- RAL DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS .....	595
POR MARÍA ZARAGOZA SIGLER	
<b>ENSAYOS / RESEÑAS</b>	
NOTAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD POSTERIOR AL SERVICIO PÚBLICO Y LA DENOMINADA LEY FEDERAL DE AUSTERIDAD REPUBLICANA.....	619
POR FELIPE ALAMILLA RAMOS	
LA NUEVA JUSTICIA LABORAL Y DEMOCRACIA SINDICAL.....	637
POR ÁLVARO J. ALTAMIRANO y AXEL MOTA RENTERÍA	
REFORMA CONSTITUCIONAL DE TELECOMUNICACIONES. EL MODELO DE ESTADO REGULADOR EN MÉXICO.....	651
POR MIGUEL BONILLA LÓPEZ	
EL LLANO EN LLAMAS: FUTURO DEL ARBITRAJE DE INVERSIÓN.....	657
POR FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO	

OBLIGACIÓN DE NOTIFICAR A LA AUTORIDAD EN EL CASO DE VULNERACIONES DE SEGURIDAD EN MATERIA DE DATOS PERSONALES, DIFERENCIAS ENTRE LO PÚBLICO Y PRIVADO..... 671  
POR JONATHAN MENDOZA ISERTE y VITELIO RUIZ BERNAL

LA CONSTITUCIÓN BRITÁNICA EN EL SIGLO XXI..... 691  
POR HUMBERTO PINEDA ACEVEDO

## DISCURSOS

PALABRAS DEL SR. LIC. DON RICARDO ANTONIO SILVA DÍAZ, AL TOMAR POSESIÓN COMO RECTOR DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO ..... 701  
POR RICARDO ANTONIO SILVA DÍAZ

DISCURSO DEL RECTOR, EN LA CEREMONIA DE INAUGURACIÓN DE CURSOS, DEL CICLO ESCOLAR 2019-2020 DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO..... 705  
POR RICARDO ANTONIO SILVA DÍAZ

PALABRAS DE LA MTRA. DOÑA GUADALUPE MAGDALENA SÁNCHEZ PALACIOS EN LA CEREMONIA DE INAUGURACIÓN DE CURSOS, DEL CICLO ESCOLAR 2019-2020 DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO ..... 711  
POR GUADALUPE MAGDALENA SÁNCHEZ PALACIOS

## **Revista de Investigaciones Jurídicas No. 43 de la Escuela Libre de Derecho**

La Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho es una publicación periódica que cuenta con un alto nivel académico, en donde profesores e investigadores, tanto nacionales como extranjeros, expresan libremente sus ideas a través de distintos ensayos en los que se pueden comprobar sus análisis, estrictamente, jurídicos.

Esta publicación número 43 contiene diversos artículos que comprenden varias materias, tales como derecho internacional público, derecho administrativo, derecho electoral, derecho laboral, derecho penal, derecho constitucional, derecho romano, historia del derecho, derecho comparado y entre muchos otros temas que involucran la interdisciplinariedad, debido a que la disciplina jurídica se conecta y debe interrelacionarse con otras asignaturas.

El lector podrá apreciar que en estas investigaciones, los autores plantean y exponen los problemas jurídicos relevantes, de hoy y del pasado, al mantener una visión analítica del tiempo en el que nos encontramos inmersos. La pluralidad de opiniones y de múltiples pensamientos es el reflejo de esta obra, cuyo prestigio y excelencia están asegurados por los 107 años de vida de la Libre.



---

# DOCTRINA GENERAL

---



# ACERCAMIENTO CRÍTICO A LA JUSTICIA TRANSICIONAL

Por MARIO I. ÁLVAREZ LEDESMA<sup>1</sup>

**RESUMEN:** El presente ensayo se aboca a realizar una aproximación crítica en torno a ciertos aspectos de la llamada 'justicia transicional'. Tratase de un somero análisis sobre el concepto, fundamento, evolución, componentes y objetivos que son propios de aquélla. La idea central que orienta este artículo consiste en hacer patentes y reflexionar acerca de las contradicciones no sólo de naturaleza conceptual ínsitas en la idea misma de justicia transicional, sino de las implícitas tensiones entre los propósitos últimos perseguidos por sus componentes. Estas tensiones surgen como resultado de la peculiar genealogía que ha experimentado la justicia transicional desde su nacimiento y que amenazan, como de hecho ha venido sucediendo, con volver inviables sus heterogéneas teleologías.

**PALABRAS CLAVE:** Justicia transicional, Períodos de emergencia en derechos humanos, Derecho de acceso a la justicia, Derecho a la verdad, Derecho a la paz, Derechos de las víctimas.

**ABSTRACT:** This essay is aimed at making a critical approach around certain aspects of the so-called 'transitional justice'. The purpose of the research is to develop a brief analysis about the concept, fundament, evolution, components and objectives of the transitional justice. The main goal that guides this work is to explore and highlight the contradictions conceptually contained in the very idea of the transitional justice and underline the implied tensions between their component targets. These tensions arise as a result of the changes that transitional justice peculiar genealogy has experimented since its birth and which threaten to become unviable their heterogeneous purposes.

**KEYWORDS:** Transitional justice, Emergency periods in human rights, Right of access to justice, Right to truth, Right to peace, Rights of victims.

**SUMARIO:** 1. APPROACH A LA JUSTICIA TRANSICIONAL. 2. GENEALOGÍA DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL. 3. PROCESOS Y MECANISMOS DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL: LOS DERECHOS HUMANOS EN JUEGO. 4. CONCLUSIONES. 5. FUENTES DE CONSULTA.

## 1. APPROACH A LA JUSTICIA TRANSICIONAL

El presente estudio tiene por objeto llevar a cabo una somera aproximación de carácter crítico a la **justicia transicional**, aproximación orientada a conocer y reflexionar respecto de algunos de sus aspectos torales, su teleología, naturaleza y componentes, en la inteligencia de estar en aptitud de analizar sus posibles alcances como **herramien-**

---

1 Doctor en Derecho. Investigador del Centro de Investigación e Informática Jurídica de la Escuela Libre de Derecho.

**mienta para enfrentar y administrar períodos de emergencia en materia de derechos humanos.**

En términos generales hoy se identifica con la justicia transicional **la adopción de medidas políticas y jurídicas, precisamente en períodos de transición, que son generalmente resultado de procesos de cambio de régimen, ya de sistemas políticos autoritarios o dictatoriales a estados pretendidamente democráticos, ya de conflictos armados a procesos de paz.** Las medidas asumidas, principalmente fincadas en diversas ramas del Derecho internacional, tienen por propósito central **salvaguardar los derechos humanos de las víctimas de dichos períodos.** A tales efectos, se echa mano de instrumentos ciertamente conocidos como comisiones de la verdad, procesos de desarme y pacificación, así como leyes de amnistía que buscan superar no sólo la **crisis humanitaria en las que suelen verificarse los ejercicios de justicia transicional**, sino que las víctimas tengan acceso a la justicia y se aseguren ciertas garantías para éstas y para la población en general, a más de evitar fenómenos de repetición y revictimización en la vulneración de los derechos humanos.

En esta misma tesitura, el llamado **Centro Internacional de Justicia Transicional** (ICTJ, por sus siglas en inglés), considera que la justicia transicional “...*alude a las formas en que países que dejan atrás periodos de conflicto y represión utilizan para enfrentarse a violaciones de derechos humanos masivas o sistemáticas, de tal magnitud y gravedad que el sistema judicial convencional no puede darles una respuesta adecuada*”<sup>2</sup>. Como puede verse, el ICJT adopta un concepto de justicia de transición que se relaciona, como veremos en el siguiente inciso, con lo que suele denominarse entre los especialistas como el tercer ciclo de dicha justicia y que se caracteriza por modelos de justicia de transición con un fuerte acento político por referirse, principalmente, a procesos de cambio de régimen que no son, por cierto, las causas exclusivas que desencadenan medidas de justicia transicional.

El ICJT acierta al hacer también hincapié en otra de las notas características propias de la justicia transicional, a saber, que ésta opera para casos particularmente graves de violaciones a derechos humanos que desencadenan, por su naturaleza, crisis humanitarias. **La gravedad de las violaciones a derechos humanos radica en el carácter masivo y sistemático de la vulneración a los derechos humanos**, a los que se suma otro elemento adicional, **la incapacidad de las instituciones de justicia tradicional del Estado en cuestión** para hacerles frente.<sup>3</sup>

2 Centro Internacional de Justicia Transicional (ICTJ) <https://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>, consultado el 31 de julio de 2019.

3 Christian Binder, por ejemplo, se adhiere a dicha concepción de la justicia transicional cuando afirma: “*The question of transitional justice thus arises in particular two sets of constellations: either as a matter of post conflict justice in the context of armed conflict; or when dealing with past abuses committed by dictator-ships or authoritarian regimes. The concept is characterized by a past of massive human rights abuses and a process of transition to peace and democracy*”. Véase Binder, Christian, *In-*

Empero, a fin de arribar a un concepto más puntual de justicia transicional que nos proporcione una visión sistemática y de conjunto, que abarque no sólo la concepción contemporánea que de aquélla dan cuenta las ideas anteriores, hay que tener presente que, en realidad, **los ejercicios de justicia de transición se inician**, según veremos con detalle más adelante, **finalizada la Segunda Guerra Mundial**, con el controvertido establecimiento de los Tribunales de Núremberg para enjuiciar, por parte de los vencedores, a los criminales de guerra, es decir, a quienes la habían perdido.

Desde entonces, **la justicia transicional ha experimentado una transformación que puede calificarse de radical**, puesto que sus objetivos se han multiplicado y transfigurado en proporción a los cambiantes escenarios donde ésta se ha implementado desde entonces. Ciertamente es que tales escenarios tienen que ver, en esencia, con **momentos críticos en materia de violaciones a derechos humanos**; empero, las causas de su vulneración han variado por el tipo de abuso de poder que se halla detrás, amén del entorno en el que éste ocurre.

**Esta última circunstancia de ninguna manera debe juzgarse superficialmente, en tanto que resulta fundamental para determinar, ni más ni menos, cuáles serán los objetivos prioritarios de la justicia transicional en cada caso**, por ejemplo: enjuiciar a quienes se imputan las violaciones a derechos humanos, alcanzar la paz y la normalidad institucional o, simplemente, conocer la verdad de aquello que sucedió para trabar conciencia de la tragedia y, en la medida de lo posible, evitar que la historia se repita. Huelga decir que en la mayoría de los ejercicios de justicia transicional pueden buscarse todos esos objetivos y al unísono, lo que sucede fundamentalmente en la etapa presente, contemporánea o tercer ciclo de la justicia transicional, de acuerdo con la genealogía que hemos adoptado.

Ahora bien, este ejercicio de aproximación inicial a la justicia transicional no debe hacer caso omiso y dejar de reflexionar sobre un aspecto conceptual insoslayable: **la sola evocación del nombre ‘justicia transicional’ suele comportar expectativas que pueden llegar a ser inversamente proporcionales a los resultados prácticos que con ésta se obtienen**. Por ello, no resulta aventurado afirmar que la desilusión o desencanto que lo anterior provoca es, a su vez, directamente proporcional a la profunda incomprensión respecto de la naturaleza misma de dicha “justicia”, toda vez que en realidad la llamada justicia de transición debería ser ubicada, fuera de cualquier hiperbolización respecto de su eficacia, en términos de lo que su propia naturaleza puede ofrecer. Es decir, como **una peculiar y abigarrada mezcla de procedimientos y mecanismos de política pública sobre derechos humanos, encaminados a mitigar transitoriamente o acompañar la institucionalización de los instrumentos de**

---

*troduction to the Concept of Transitional Justice*, [http://www.bundesheer.at/pdf\\_pool/publikationen/transitional\\_justice\\_sr\\_11\\_2013\\_03\\_c\\_binder.pdf](http://www.bundesheer.at/pdf_pool/publikationen/transitional_justice_sr_11_2013_03_c_binder.pdf), p.9, consultado el 12 de marzo de 2019.

## procuración e impartición de justicia en Estados de Derecho fallidos o, si cabe, parcialmente fallidos.<sup>4</sup>

Desafortunadamente, entre quienes se otorga a la justicia transicional una relevancia y rol desproporcionados, late de forma velada una propensión no sólo, según se mencionó antes, a sobredimensionar la eficiencia de la justicia transicional, **sino a pensarla, conceptualarla y concebirla como un sucedáneo del Estado de Derecho tradicional**, entendido éste, básicamente, como el fincado en fiscales y jueces tradicionales y permanentes, obligado a hacer realidad el acceso a la justicia no como una pretensión temporal sino como una cotidiana y permanente obligación de los Estados garantistas y democráticos de Derecho. Obviamente, tenemos aquí en mente Estados de Derecho que asumen los derechos humanos como su principal criterio paradigmático de justicia y legitimidad política.

Lo que precede, está muy lejos de significar una descalificación a la importancia de la justicia transicional y el rol que ha jugado en la historia moderna de los derechos humanos. **Muy por el contrario, nuestra intención aquí es adoptar una posición crítica que permita ubicar a la justicia de transición en una dimensión más cercana a la realidad y, sobre todo, a su propia impronta, a fin de permitirle realice con la mayor eficiencia posible las tareas y objetivos cambiantes que, según su genealogía y concomitante transformación, se le han venido asignado.** Pensamos que, de ese modo, puede abandonarse la idea que los instrumentos de justicia transicional, como las comisiones de la verdad o las leyes de amnistía, por ejemplo y entre otros, constituyen de suyo la panacea de la justicia, exigiéndoles o esperando de ellos lo que su propia entidad epistemológica y jurídico-política les impide producir y alcanzar.

Así las cosas y, para empezar, resulta necesario dejar en claro que nos parece asaz inadecuado, dadas las dificultades múltiples y de múltiple tipo que comporta, concebir y definir a la justicia transicional como un **“nuevo” campo de estudio o disciplina**

4 Zapata Callejas, John Sebastián, *La Teoría del Estado Fallido: entre aproximaciones y disensos*, en <https://www.redalyc.org/pdf/927/92731211004.pdf>, consultado el 19 de julio de 2019. Este autor alerta, con razón, en el sentido de que “(...) a la hora de hablar de Estados fallidos, se debe recordar el problema de la sinonimia o proliferación semántica, ya que se observa que cuando las diferentes comunidades políticas, académicas y periodísticas trabajan el Estado fallido, lo hacen de manera indiscriminada en relación a términos como el Estado premoderno, el Estados frágil, los Casi Estados, el Estado criminal, los Estados desestructurados, el Estado cómplice, los Estados débiles, para mencionar algunos casos”. Conscientes de este proliferación sostenemos que los Estados fallidos son aquellos **con alguna clase de anomalía político-jurídica que les impide funcionar en los estándares aceptados de normalidad institucional**. Anomalía que repercute, fundamentalmente, en un **irrespeto a los derechos humanos de quienes habitan ese Estado e, inclusive, de otros Estados**. En este mismo sentido para Noam Chomsky, *los Estados fallidos son aquellos que carecen de capacidad o voluntad para proteger a sus ciudadanos de la violencia y quizás incluso de la destrucción*. Véase del autor: Chomsky, Noam, *Estados fallidos. El abuso de poder y el ataque a la democracia*, Barcelona, Ediciones B, 2007 (365). Consúltese en particular el capítulo intitulado “Estados forajidos”.

“**jurídica**”, una especialidad, por ejemplo, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos o del Derecho Humanitario, para citar aquí sólo a dos de las disciplinas con las que dicha justicia tiene mucho que ver.

Por otra parte, análogas dificultades implica concebir a la justicia transicional, dada la tarea que le está encomendada, como un **campo interdisciplinario de trabajo** ocupado de hacer frente a las situaciones de crisis y emergencia en materia de derechos humanos. Lo que precede justificaría que, junto con los juristas, habrán ahora de abocarse a la resolución de los problemas de derechos humanos y de otro tipo que en esos escenarios se presentan, profesionales de múltiples disciplinas, sociales y no, puesto que *las dimensiones de la justicia en casos de emergencia de derechos humanos evidentemente no se circunscriben, por sus expansivos alcances, al ámbito estrictamente jurídico*.

Por ende, una situación así rebasa claramente, dicen quienes cuestionan esa posición,<sup>5</sup> las capacidades de la Ciencia Jurídica; en suma, ésta requiere de otros apoyos. ¿Puede, dado este último acento, pensarse en la justicia transicional como una construcción multi o interdisciplinaria que se ha establecido con los años y en la práctica como un campo o disciplina nueva y especial que debe ser así conceptualizada y aplicada a los problemas que con ella se atienden? <sup>6</sup>

Las cuestiones esbozadas apenas en los párrafos precedentes van más allá del mero academicismo y tienen que ver con aspectos sustanciales en torno a las finalidades de la justicia transicional y al modo de alcanzarlas. Esto es así, **porque de concluirse que la justicia transicional es una rama o especialidad de alguna de las derivaciones del Derecho internacional ocupado de los derechos humanos, su teleología estará, necesariamente, dirigida a la concreción y satisfacción de tales derechos, precisamente aquellos que fueron violentados en un período de emergencia**. Empero, si el enfoque de la justicia transicional se plantea como un **campo de estudio de naturaleza inter o multidisciplinario**, en el que convergen, a más de los jurídicos, otros objetivos sociales y políticos, la preeminencia no necesariamente radicará en concretar y satisfacer los derechos humanos sino, como es obvio, según resulte el caso, en alcanzar la pacificación de un Estado, conocer la verdad que está detrás de las atrocidades cometidas en perjuicio de víctimas y sus derechos fundamentales o promover la construcción de instituciones democráticas. Dicho de otro modo, dar preeminencia a los problemas políticos por sobre el acceso a la justicia y el fortalecimiento del Estado de Derecho.

La interrogante a la que impelen las dos cuestiones anteriores es clara: **¿deviene posible alcanzar al mismo tiempo la justicia, la paz, el derecho a la verdad y el perdón**

5 Cfr. Bell, Christine, “Transitional Justice, Interdisciplinarity and the State of the ‘Field’ or ‘Non-Field’” en *The International Journal of Transitional Justice*, Vol. 3, 2009, doi: 10.1093/ijtj/ijn044, p. 5, consultado el 30 de julio de 2019.

6 Cfr. Ibid.

## que haga realidad el acceso a una lógica de democratización sin dificultades entre los distintos procesos de transición emprendidos para todo ello?

El solo sentido común indica que algunos de tales objetivos, pretendidamente alcanzables con ejercicios de justicia transicional, dada su propia impronta y dinámica, **parece que están llamados a entorpecerse mutuamente y hasta a obstaculizarse**. Además, es comprensible, aunque a veces no necesariamente resulte justificable que, en los distintos periodos de transición, de acuerdo con sus propias peculiaridades sociales e históricas, los actores que en ellos intervienen sean proclives a atender intereses marcadamente políticos, priorizando así alguno de los distintos objetivos que busca la justicia de transición, si no siempre en demérito sí en aplazamiento y desplazamiento de otros objetivos. Preferir según señalamos antes, verbigracia, alcanzar la democratización y pacificación de un país, aceptando que cierto tipo de violaciones a derechos humanos queden sin castigo, como ha sucedido con la promulgación de leyes de amnistía, punto final u obediencia debida en diferentes Estados, no es algo que sea ajeno, desafortunadamente, a las prácticas de justicia transicional.

Problemas endémicos como los anteriores, implícitos en las concepciones corrientes y contemporáneas de justicia transicional, inducen a la necesidad de plantear y explorar brevemente un modo alternativo de enfocarla, el cual, si bien no resuelve, porque son irresolubles, según puede verse, tales contradicciones, sí permita trabar cabal conciencia de éstas para atenuarlas y, de ser posible, aminorar sus efectos.

En resumen, y como hace correctamente cierto sector de la doctrina en este ámbito, es preferible referirse a la justicia transicional como **una etiqueta o formulismo para agrupar las herramientas y mecanismo que se emplean, con múltiples propósitos (acceso a la paz, justicia, verdad, entre otros) en los periodos de transición y emergencia de derechos humanos**. Esta **etiqueta** llamada justicia transicional trata de hacer coexistir, con supinas dificultades, teóricas y prácticas, la confluencia de múltiples disciplinas que, junto con el Derecho, intentan remedir los óbices que se generan en los señalados periodos de emergencia en materia de derechos humanos.<sup>7</sup>

Es precisamente por causa de lo anterior, que para plantear una posible salida a las primigenias y endémicas dificultades que presenta el encuadramiento de la justicia transicional, **es menester emplear un enfoque distinto**. Enfoque que permitirá conseguir, de inicio, un par de propósitos para nada despreciables.

El primero de estos propósitos asaz claro a estas alturas, es corroborar **la existencia de implícitas dificultades, tensiones y dilemas** subyacentes en la etiqueta de 'justicia transicional'. Este inicial propósito trae aparejado un segundo, a saber, llamar la atención respecto de la denunciada propensión al entusiasmo intelectual o de praxis política para hacer, a priori, apología respecto de la eficacia de la justicia transicional

---

7 Ibid.

en tanto **mágica o cuasi mágica solución para transitar y lidiar, exitosamente, en períodos de emergencia en materia derechos humanos.**

Huelga decir que el calificativo ‘exitoso’ es, en este ámbito, de difícil predicado, puesto que habría que plantearse cómo es que pueden resolverse “exitosamente” períodos de problemática social en los que la constante está dada por las sistemáticas violaciones a derechos humanos que, en un espacio de tiempo histórico-social se han presentado y cuyas secuelas son, tristemente, de largo y expansivo alcance.

Este último concepto es de singular importancia porque **los ejercicios de justicia transicional se producen e implementan sólo en dichos períodos de emergencia, donde los derechos humanos entran** (y aquí hay que prestar especial atención), **en crisis humanitaria.** Periodos, subráyese, **de complejidad histórico-político-social,** provocados por causas y condiciones vinculadas, según acuerda la doctrina especializada,<sup>8</sup> **con cierto tipo de causas motoras.**

Efectivamente, los períodos de emergencia en materia de derechos humanos se producen como resultado, básicamente, de **anomalías endémicas o supervenientes en las condiciones de vida y convivencia sociales que afectan masivamente derechos fundamentales, poniendo en evidencia el déficit de eficacia y eficiencia de las instituciones estatales encargadas de su promoción, protección y garantía.**

La literatura especializada alude, básicamente, a **tres tipos de orígenes** de las situaciones de emergencia en derechos humanos, a saber, **el subdesarrollo económico, social e institucional; catástrofes naturales; y disturbios internos y conflictos armados en un Estado o entre Estados.**

A los tres orígenes de anomalías arriba enumerados que generan y en las cuales se potencian las causas y condiciones motoras de las situaciones de emergencia en derechos humanos, habría que añadir, ciertamente, **períodos de mutación democrática,** caracterizados por una singular debilidad institucional en el Estado del caso, misma que afecta principal, que no exclusivamente, la estabilidad política, la pacificación y aspectos muy señalados de carencias en la procuración e impartición de justicia. Estos periodos de emergencia, obviamente, se suponen **temporales** y suelen, desafortunadamente, **involucrar a un gran número de víctimas, hecho este que produce la referida crisis humanitaria,** como resulta por demás obvio.

Ahora bien y junto con lo anterior, es también de supina importancia analizar otro aspecto muy destacado de la justicia transicional. Esto es, indagar acerca de **cuál es el**

---

8 Para el análisis del concepto ‘emergencia’ en materia de derechos humanos, se emplea como punto de partida el estudio y tipología sugeridos por un trabajo clásico en la materia, el ensayo de Stephen P. Marks, “Principios y normas de derechos humanos aplicables en situaciones de emergencia: subdesarrollo, catástrofes y conflictos armados”, en Vasak, Karel (editor general), *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, VI, Barcelona, Serbal/UNESCO, 1984 (963), p. 255 y sig.

**sentido que posee el uso o empleo del término ‘justicia’ cuando se aplica a la idea de ‘justicia transicional’.** Empleo que, en este caso, desafortunadamente, suele inducir a confusión por razones no sólo conceptuales sino, lo hemos ya dicho, metaéticas.

El anterior asunto no es menor, en tanto que la cuestión por dilucidar aquí es de orden analítico en la inteligencia de estar a salvo, en lo posible, no sólo de confusiones conceptuales sino de sinsentidos. Cabe, al respecto, formular una tentativa lista de preguntas respecto de lo anterior, cuya respuesta, evidentemente, excede los propósitos de este trabajo, pero cuya sola enunciación permite evidenciar los problemas de fondo que deben despejarse cuando se alude al concepto ‘justicia transicional’.

Así las cosas, podemos inquirirnos: ¿Tiene sentido hablar de una “justicia” que se da en transición? ¿Puede aludirse a la justicia al margen de las instituciones y procedimientos establecidas a tales efectos en un Estado de Derecho, por incipiente que este sea? ¿Puede la justicia florecer luego de períodos de emergencia o en períodos de emergencia? ¿Es la justicia transicional, se decía antes, una forma de justicia que emplea exclusivamente los métodos propios de la ciencia jurídica o requiere de otro tipo de disciplinas? ¿Tal confluencia de disciplinas que se requieren para enfrentar períodos de emergencia en derechos humanos (sociología, antropología, ciencia política, entre otras) es dable y pueden convivir con los propósitos de la justicia “legal”, la jurisprudencia y los principios generales del Derecho que explican el funcionamiento de un Estado de Derecho? ¿Será menester renunciar al debido proceso, para abundar sobre la anterior pregunta, en las comisiones de la verdad para luego aplicarlo a quienes son “imputados” o señalados como responsables en esas comisiones si es que son llevados a juicio? ¿Puede o debe la pacificación anteponerse a la justicia? ¿O la democracia a la justicia? ¿Puede darse la justicia sin democracia y paz? Y peor aún, ¿puede haber transición sin justicia?

Los múltiples aspectos problemáticos contenidos en las preguntas anteriores pueden dilucidarse si se comprende que el significado del concepto ‘justicia’ en este *‘juego de lenguaje’*, el de la justicia transicional, no alude a la *‘práctica de vida’*<sup>9</sup> típica de las instituciones en las que, en situaciones de normalidad, se imparte justicia. Por ende, **hablar de justicia de transición o transicional comporta la idea de construir y echar mano de instrumentos alternos a los de la justicia tradicional, lo anterior para complementar o auxiliar a éstos cuando no operen más las condiciones bajo las cuales funcionan normalmente las instituciones que amparan a la justicia tradicional y establecida.** Tales instrumentos no son, en realidad, otra cosa que una **fórmula compleja de política pública** que, en situaciones transitorias de emergencia de derechos humanos, **auxilia a o coadyuve con** éstas para enfrentar tales periodos

9 Respecto del concepto y concepción de *‘juego de lenguaje’* y *‘forma de vida’* puede consultarse del Álvarez Ledesma, Mario Ignacio “Los conceptos jurídicos fundamentales como el juego del lenguaje del Derecho”, en *Wittgenstein en español III* (Coordinador Tomasini Bassols, Alejandro); Xalapa, Universidad Veracruzana, Biblioteca, 2012, pp. 153-178.

de emergencia y, por extensión, las crisis humanitarias que en materia de derechos humanos comportan.

Es inicialmente comprensible que la llamada justicia transicional **no recurra a las vías ortodoxas de procuración y administración de justicia, sino a instrumentos extraordinarios para situaciones, precisamente, extraordinarias, en las que se verifican los casos de emergencia en materia de derechos humanos en donde deviene necesario implementar políticas de justicia transicional.** Por lo tanto, entender a la justicia de transición como política pública postula que el predicado del sustantivo ‘justicia’ empleado en el concepto tradicional de acceso a la justicia se modifica en su significado, para aludir, ahora, a instrumentos, mecanismos, garantías, procesos y procedimientos distintos a aquellos en los que se sustenta la administración e impartición de justicia en un Estado funcional de Derecho, el cual suele operar en situaciones de normalidad democrática e institucional.

### 1.1. Concepto y fundamento

Hechas las precisiones anteriores cabe acudir al **concepto, por así decirlo, consensuado que priva en torno a la justicia transicional.** A tales efectos es preciso avanzar en dos vías, por una parte, acudir a la doctrina especializada en la materia y, por la otra, recurrir al concepto acuñado por los organismos internacionales que coadyuvan en la implementación de esta forma de justicia, principalmente, la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Por lo que hace a la doctrina, existe una suerte de aquiescencia entre los especialistas al referirse a la justicia transicional como una **especial concepción de la justicia**, lo cual, según se ha visto, parece innegable. El concepto de justicia transicional es también concebido en este ámbito como multívoco y complejo, el cual se emplea para referirse, básicamente, a la **justicia asociada con períodos de cambio** y, en particular, **con la respuesta que el Derecho y la legalidad ofrecen a las situaciones producidas por los abusos a gran escala a los derechos humanos atribuibles a regímenes represivos y autoritarios, o a las consecuencias del mismo género producidas por conflictos armados.**<sup>10</sup> Puede verse, entonces, que en uno y otro presupuesto de esta idea doctrinal de la justicia de transición está presente la idea de emergencia de derechos humanos que afectan masivamente a grupos de personas.

Sin embargo, otra parte de la doctrina y no sin razón, considera que con el paso del tiempo el concepto original de justicia transicional arriba mencionado ha cambiado. Este concepto se hallaba arraigado al Derecho, podría decirse que la justicia transicional constituía una especie de **asignatura jurídica**, que buscaba, por ende, primigenios objetivos de esa naturaleza.

---

10 Cfr. Binder, Christian, *Introduction to the Concept of Transitional Justice*, op. cit., p. 9.

Sin hacer caso omiso de las consideraciones anteriores en que la doctrina sobre la justicia transicional, y con razón, está empeñada, **la ONU se ha decantado por definir la justicia de transición como una forma de política pública**, conceptuándola como *“(...) toda aquella variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación”*.<sup>11</sup>

En efecto, la referencia a procesos y mecanismos implica sugerir la realización de acciones de las que habrán de ocuparse las instituciones gubernamentales, e incluso, de un gobierno en transición con o sin el apoyo de instituciones internacionales gubernamentales o no gubernamentales de derechos humanos; hecho este que implica otras disquisiciones y derroteros en los que aquí no se entrará.

Lo cierto es que el establecimiento de tales procesos o mecanismos como acciones de gobierno **busca resolver problemas públicos concretos**. En este caso, según ya se entiende, entratándose de justicia transicional, **problemas consistentes en violaciones sistemáticas a derechos humanos verificadas en situaciones de emergencia que afectan a un importante número de víctimas**. Estos inconvenientes sociales suelen ser, básicamente, **problemas de déficit de acceso a la justicia en sentido amplio**, acceso a la justicia que se busca opere en un ambiente de reconciliación que **evite que el germen larvado del conflicto, que dio como resultado la situación de emergencia, se reproduzca o perviva subyacente**.

En suma, que la definición propuesta por las Naciones Unidas posee en nuestro criterio dos ventajas sustanciales: es conteste en concebir a la justicia transicional como política pública, por una parte, y aludir principalmente no a la naturaleza de los problemas que originaron las violaciones a derechos humanos, sino al carácter masivo y sistemático (a gran escala dice la ONU) de tales violaciones, por la otra.

Ahora bien, para las Naciones Unidas, el **fundamento jurídico** de la **justicia de transición** se encuentra en la **confluencia de normas** de cuatro vertientes del Derecho internacional, a saber: **Derecho Internacional de los Derechos Humanos; Derecho Internacional Humanitario; Derecho Penal Internacional; y, Derecho internacional de los refugiados**.

Asimismo, esta **justicia de transición** se halla, lo cual como se verá resulta de particular trascendencia, directamente **vinculada con la lucha contra la impunidad**. Ambas, **justicia de transición y lucha contra la impunidad**, se vinculan, a su vez, con **cuatro principios fundamentales de las normas internacionales de derechos humanos**, a saber:

11 Naciones Unidas, Informe del Secretario General, “El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, S/2004/616, Nueva York, 2004, párr. 8.

- a. **La obligación de los Estados de investigar y procesar a los presuntos autores de violaciones graves de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario**, incluida la violencia sexual, y el correlativo castigo a los culpables;
- b. **El derecho de conocer la verdad sobre los abusos del pasado y la suerte que han corrido las personas desaparecidas**;
- c. **El derecho de las víctimas de las violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario a obtener reparación**; y,
- d. **La obligación del Estado de impedir, mediante la adopción de distintas medidas, que tales atrocidades vuelvan a producirse en el futuro.**<sup>12</sup>

Sin embargo, **no resulta adecuado sugerir que la justicia transicional es la misma desde sus primeros ejercicios prácticos y que ésta no ha experimentado cambios y correcciones producto de las dificultades sufridas en la realidad.** Cambios y correcciones que están relacionados con la necesidad obvia de evitar aquellos problemas sociales y políticos resultados de intervenciones de justicia transicional mal planeada o ejecutada.

A más de lo anterior, es tanto o más importante conocer la genealogía o antecedentes de la justicia transicional porque en su transformación se encuentra, en nuestro criterio, la razón de ser de sus dificultades de aplicación y las contradicciones intrínsecas entre sus componentes, a las que hemos hecho mención de forma reiterada.

En efecto, al perderse de vista que los escenarios y los propósitos en que se ha desenvuelto desde sus orígenes la justicia transicional han cambiado, **se perdió de vista también que sus objetivos se multiplicaron y que, por la naturaleza de éstos, resulta natural que existan fricciones entre esos objetivos e, incluso, una franca oposición que puede convertirse, tarde que temprano, en irresoluble.** Esta singularísima circunstancia deja ver claramente que para resolver esa tensión la justicia transicional deberá decantarse por alguno o algunos de sus objetivos, jerarquizando necesariamente éstos, lo cual podría resultar cuestionable desde múltiples puntos de vista dependiendo la posición que al respecto se asuma. Verbigracia: podría afirmarse que una justicia transicional que sacrifica el acceso a la justicia y el castigo a los responsables de las atrocidades masivas en materia de violaciones a derechos humanos, a cambio de una transición política sin sobresaltos y la pacificación, significaría una traición al objetivo primigenio de la justicia de transición. Y que, en estos casos, la teleología que orienta el fortalecimiento del Estado de Derecho desaparece a favor de consideraciones u objetivos políticos, produciendo un tipo de política pública desnaturalizada a la que, en principio, ya no podría motejarse de justicia transicional.

12 Cfr. *Justicia Transicional y Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Nueva York y Ginebra, Organización de las Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado, 2014, p. 5.

## 2. GENEALOGÍA DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

Doctrina reciente en materia de justicia de transición sostiene que hay **tres grandes fases** relativamente claras en su **genealogía o transformación**, mismas que se agrupan en **ciclos críticos**,<sup>13</sup> los cuales resulta de singular importancia conocer y entender.

Esta perspectiva histórica y de conjunto sobre la justicia transicional, permite conceptualizarla como una **política pública flexible y en evolución, la cual se ha adaptado a las diversas condiciones de emergencia a atender en materia de derechos humanos**. Circunstancias estas que se verifican en el marco de procesos históricos muy diferentes en los que si bien es cierto se producen, en sentido genérico, violaciones masivas y sistemáticas a derechos humanos, la naturaleza de éstas, su mecánica y condiciones suelen ser diferentes o harto diferentes, por lo que el **diagnóstico** de tal escenario resulta, como es fácil inferir, determinante para todos los efectos.

Efectivamente, **un traspie cometido en el ámbito de la justicia transicional, y en el cual se ha incurrido repetidamente, ha consistido en refrendar mecánicamente la aplicación de los procesos y mecanismos que de la justicia de transición fueron empleados en un cierto lugar y momento para luego reproducirlos, sin los ajustes pertinentes** (*vis a vis, mutatis mutandis*, rezaría el principio jurídico clásico), **en otro lugar y en otro momento**. Es una verdad de Perogrullo insistir en que el éxito en la implementación de instrumentos de justicia transicional depende del hecho de que **a un problema de emergencia en derechos humanos y su consecuente crisis humanitaria, no debería hacerse frente de la misma manera en como se procedió, en términos de justicia transicional, respecto de otro hecho de emergencia, en apariencia y a simple vista análogo, acaecido en un momento y circunstancias histórico-sociales distintos**.

Es necesario abundar respecto de lo anterior, toda vez que resulta perfectamente válido y comprensible echar mano de un mismo instrumento de justicia transicional, por más que éste deba ser redefinido para alcanzar los objetivos en virtud de los cuales fue concebido. La redefinición del caso dependerá precisamente de **entender** y **atender** las circunstancias que operan en el supuesto concreto de emergencia que quiere enfrentarse. Y, como es obvio suponer, tal circunstancia depende del ya señalado diagnóstico que resulta insoslayable previo a la implementación de cualquier clase de política pública, diagnóstico con base en el cual se decide (**objetivamente**) a qué tipo de herramienta o herramientas de justicia transicional habrá de acudir. Hacer caso omiso de este principio básico puede comportar resultados contraproducentes generando problemáticas sociales distintas o más acusadas que aquellas que querían combatirse, amén del desencanto y frustración social que trae aparejada

13 Cfr. Teitel, Ruti G., "Transitional Justice Genealogy", en *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 16. <http://www.nyls.edu/faculty/wp-content/uploads/sites/148/2013/09/Harvard-Human-Rights-Journal.pdf>, consultado el 30 de julio de 2019.

una política pública de justicia transicional fallida dadas las expectativas que suele despertar.

En tal virtud, para proceder adecuadamente en la aplicación de instrumentos de justicia de transición resulta menester, como condición básica que no exclusiva, elegir e implementar procesos y mecanismos conocidos y recurrentes de justicia transicional, de acuerdo con lo que la historia y genealogía de ésta documentan, para lo cual es menester como *conditio sine qua non* **partir de un adecuado y exhaustivo estudio, previo a la implementación de cualquier política pública**, en la inteligencia de que, en términos de los resultados de dicho estudio, se decida qué cambios, ajustes e innovaciones, inclusive, deberán introducirse en los procesos y mecanismos de justicia transicional elegidos. Lo que precede, a fin de que éstos puedan responder **objetiva y correctamente** a la particular y sui generis emergencia en derechos humanos y crisis humanitaria de los que debe hacerse cargo.

La primera exigencia de toda política pública, el único modo conocido para hacer que ésta cumpla con dicha objetividad es a partir, según se hizo hincapié antes, de un diagnóstico del problema, cuestión social o emergencia de derechos humanos a atender. Es ciertamente, una vez más, ésta otra verdad de Perogrullo que, desafortunadamente, no acostumbra a tomarse en consideración porque la definición de la justicia transicional se hace, precisamente desde una óptica distinta a la de una política pública.<sup>14</sup>

Llegados a este punto, resulta claro que el recorrido de esta investigación tiene, frente a sí, dos misiones inmediatas. La primera, consistirá en **conocer la genealogía de la justicia transicional** toda vez que de ese modo se podrá entender, en efecto, su génesis y, con ella, cómo es que dicha justicia ha evolucionado en función de las cambiantes condiciones político-sociales a las que se aplica. La segunda y última, será **revisar los instrumentos de política pública de los que, tradicionalmente, la justicia transicional hecha mano para cumplir sus objetivos, y determinar concomitantemente qué derechos humanos buscan salvaguardarse con ellos**. Lo que precede, pensamos, nos permitirá comprender el carácter y dimensión de las **tensiones** en las que, dada su propia dinámica, la actual justicia de transición ha, irremisiblemente, caído.

## 2.1. La justicia transicional de la Posguerra

La **primera fase o etapa de la justicia transicional**, momento de origen de ésta, se verifica en 1945 con los tristemente célebres **Tribunales de Núremberg**. Éstos fueron

---

14 Para un análisis puntual sobre derechos humanos y políticas públicas, así como las condiciones con las que éstas deben cumplir para lograr su efectiva viabilidad, puede consultarse de Álvarez Ledesma, Mario Ignacio, "Derechos Humanos y Políticas Públicas: La función de los Derechos Humanos en las Políticas Públicas" en *Políticas Públicas y Derechos Humanos en México* (Rossi, Andrea y Zavala, Luis Eduardo, coordinadores), México, Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública, Tecnológico de Monterrey, 2010.

los tribunales *ad hoc* constituidos para llamar a juicio a los criminales nazis por los actos de barbarie y violatorios de derechos humanos cometidos durante la Segunda Guerra Mundial. A esta fase, por así decirlo, fundacional, se le conoce como **Justicia Transicional de la Posguerra**.<sup>15</sup>

Huelga decir que las dificultades y críticas vertidas en relación a la llamada **Justicia o Derecho de Núremberg**, giran básicamente en torno a la cuestionada vulneración de dos señeros principios generales del Derecho en cuya oposición se asentaron estos tribunales, a saber: el de **legalidad en materia penal** (*nullum pena nullum delictum sine previa lege*) y el que demanda que **la existencia de los tribunales y las reglas que norman su procedimiento deberán ser previos a los supuestos ilícitos ahí enjuiciados**, de otro modo se estará en presencia de *tribunales especiales*, según se dijo antes. Tribunales *ad hoc* que, aún a sabiendas de la notoria inseguridad jurídica que comportan para los procesados (trátese de quien se trate), se continuaron empleando desde entonces en situaciones de emergencia en derechos humanos y la correspondiente intervención de justicia transicional. Lo anterior, hasta la creación y puesta en funcionamiento de la Corte Penal Internacional en 2006.<sup>16</sup>

El aspecto determinante de esta primera etapa en la genealogía de la justicia transicional radica en darse cuenta que el objetivo central de dichos tribunales consistía en **combatir la impunidad**, impunidad en la que podrían quedar los crímenes lesa humanidad cometidos por los criminales nazis bajo el argumento de que, al no existir un tribunal y un procedimiento previo en el cual procesarlos, la seguridad jurídica debería primar por sobre la justicia sustantiva. La discusión de justicia procesal al respecto es bastante conocida, empero no es éste el punto a destacar, puesto que a final de cuentas **la teleología central de esta etapa de la justicia en transición está marcada por la búsqueda del acceso a la justicia y el paralelo fortalecimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos**.

Podría afirmarse, en este contexto y como conclusión mediata, que **la impronta original de la justicia transicional es de orden claramente judicial y que la dimensión conceptual-discursiva en que aquella nace y se desenvuelve es la jurídica**.

## 2.2. La justicia transicional de la Posguerra Fría

Una segunda etapa o fase en la genealogía de la justicia de transición es la llamada **Justicia Transicional de la Posguerra Fría**, la cual se caracteriza por verificarse

15 Cfr. Teitel, Ruti G., *Justicia transicional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017 (549), p. 38 y sig.

16 Al respecto puede consultarse Vinuesa, Raúl Emilio *et al*, *La Corte penal internacional. Soberanía versus justicia universal*, Madrid, UbiJus, 2008.

en un período de aceleración de los procesos democráticos y de fragmentación política.<sup>17</sup>

El período que abarca esta segunda fase va desde la caída del muro de Berlín (1989) hasta prácticamente el fin del Siglo XX. Por ende, **todos los ejercicios de justicia de transición que se presentan en este espacio histórico tienen como telón de fondo la miríada de conflictos políticos y sociales a nivel internacional que concluyeron con periodos de desestabilización en prácticamente todos los continentes.** Tales son los casos de las guerrillas surgidas en diversos países, muchas de las cuales derivaron en guerras civiles, principalmente en Centro y Sudamérica, que produjeron la caída de juntas militares y gobiernos dictatoriales. También en dicho período es posible identificar una multitud de conflictos bélicos internos o guerras civiles en diversos países de Europa del Este, así como los casos de emergencia humanitaria y genocidios en África. En todos estos casos, luego de tales conflictos, siguió un difícil proceso de transición en el que se emplearon diversos instrumentos y herramientas de justicia transicional.

La situación política de este período se explica, en buena medida, porque muchos de los conflictos anteriores no tuvieron carácter aislado ya que fueron apoyados o fomentados por poderes políticos internacionales que afectaron la caída de la Unión Soviética. Es por ello, en suma, que el derrumbe del Muro de Berlín, como acontecimiento histórico simbólico, cierra un período de relativo equilibrio internacional llamado Guerra Fría, donde Estados Unidos se distingue, junto con la URSS, obviamente, como el otro gran protagonista de un mundo bipolar donde se llevaron a cabo ejercicios de justicia transicional de múltiple tipo.

Al parecer, **subyace en este segundo período de la genealogía de la justicia de transición la lucha contra la impunidad,** esta vez dirigida no sólo contra criminales de guerra, sino contra tiranos que cometieron abusos masivos de derechos humanos en ejercicio del enorme poder que concentraron; por ende, **subyace también la búsqueda del acceso a la justicia.**

A estos objetivos, evidentemente, **se suma la necesidad de instaurar regímenes democráticos y la pacificación y estabilidad políticas de las sociedades que había padecido esos períodos de crisis humanitaria.** En este ciclo genealógico de la justicia de transición surgen las *comisiones de la verdad y las leyes de amnistía* como dos de sus instrumentos característicos en tanto fórmulas repetidas para garantizar, por una parte, *el derecho a saber de las víctimas,* combinado con la *necesidad de asegurar períodos de transición sin grandes alteraciones socio-políticas.* Esto último supone una primera gran contradicción cuando se pretende amnistiar, por mor de tránsitos políticos suaves, a quienes se señalaba por graves violaciones a derechos humanos. Circuns-

17 Cfr. Teitel, Ruti G., "Transitional Justice Genealogy", op. cit., pp. 71, 75 y sig.

tancia esta que concitó la *evidente oposición de las víctimas* en distintos países donde se verificaron ejercicios de justicia transicional propias de su segunda fase o ciclo.

### 2.3. El estado permanente de justicia transicional

La tercera fase de la justicia transicional corre desde el fin de la citada Guerra Fría hasta nuestros días, abarca y comprende el paso del siglo XX al XXI, lidia con el proceso de globalización política y económica, y **se caracteriza por condiciones de alta inestabilidad política y violencia.**

Lo singular de esta fase es que **la justicia transicional deja de ser la excepción a la norma para convertirse en un elemento recurrente en los Estados de Derecho débiles o fallidos.** Y este proceso opera porque la jurisprudencia de la justicia transicional normaliza un discurso expansivo de justicia humanitaria, conformado por un conjunto de normas de talante penetrante (*pervasive*), según la doctrina sajona en este tema, dada la presencia de las dificultades internacionales y nacionales del conflicto que representa el terrorismo y el mal llamado “Derecho del terrorismo”.<sup>18</sup>

En esta fase de la justicia transicional es evidente que **los objetivos políticos tienden a desplazar la teleología de los derechos humanos.** Desplazamiento del que los actores involucrados en los ejercicios de justicia transicional de tercer ciclo no son, por lo menos técnicamente, conscientes, lo que provoca períodos de transición complejos, con sobresaltos, que no necesariamente se dirigen a fortalecer el Estados de Derecho tradicional sino a convivir forzosamente con él, lo cual resulta no sólo contradictorio sino, inclusive, jurídicamente chocante. **Podría incluso darse paso al despropósito de que los instrumentos de justicia transicional se consideren sustitutos de las instituciones de justicia y procuración de justicia tradicional,** aduciendo la disfuncionalidad y falta de flexibilidad de aquéllos, lo cual en cierta medida es innegable, pero que no necesariamente justifica ese proceder.

Evidentemente, en este tercer período, nos encontramos con **instrumentos de justicia transicional que se desenvuelven en tres dimensiones conceptual-discursivas distintas y, por ende, no necesariamente compatibles siempre en sus objetivos.** Hacemos referencia a las **dimensiones jurídica, ético-política e histórico social** en las que se verifican, respectivamente, **el acceso a la justicia y las fiscalías y tribunales de justicia necesarios para concretarlo; las comisiones de la verdad, cuyo propósito es hacer efectivo el derecho a la verdad;** y, finalmente, las **normas o leyes de amnistía que pretenden hacer realidad el derecho a la paz.**

Compatibilizar estos instrumentos de justicia transicional necesariamente implica, como se afirmó antes, su **jerarquización**, toda vez que es natural, según veremos enseguida, que los objetivos de todos ellos lleguen, en algún, punto, a tensionarse.

<sup>18</sup> Ibid., p. 89 y sig.

Pensamos, empero, que existe una salida de orden tanto metodológico como metaético para atenuar las tensiones naturales que surgen en la justicia de transición de tercera fase y que se relaciona con un elemento paradigmático insoslayable que es, y conviene no olvidarlo, el telón de fondo de la justicia transicional: **las víctimas y la garantía de sus derechos humanos.**

### **3. PROCESOS Y MECANISMOS DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL: LOS DERECHOS HUMANOS EN JUEGO**

Sostener que la justicia transicional es una política pública sobre derechos humanos significa aludir a un programa de acción o de gestión gubernamental orientado a la realización o concesión de uno o varios derechos humanos. La pregunta pertinente e inmediata, por obvias razones, viene a ser entonces la siguiente: **¿Cuáles son, en el caso de la justicia transicional, los derechos humanos que ésta tiene o debe concretar?**

Si bien ya hemos dado respuesta parcial a la anterior interrogante en el inciso precedente, a fin de enfrentar más cabalmente el *core* del cuestionamiento anterior, debido a las consabidas razones de espacio, procederemos a sintetizar los objetivos ya enunciados que posee la justicia transicional en las tres fases descritas, aludiendo paralelamente a los procesos y mecanismos más recurrentes de los que se ha echado mano para alcanzarlos.

Tanto la teoría como la experiencia en este territorio es conteste con la idea de que la justicia transicional ante casos sistemáticos de graves violaciones a derechos humanos (*apartheid*, tortura, ejecuciones sumarias, desapariciones forzadas, entre otras violaciones del tipo lesa humanidad), cometidas en un período determinado de tiempo (de emergencia de derechos humanos) en contra de víctima identificadas o identificables, persigue, centralmente: **luchar en contra de la impunidad.** Por ende, volver una realidad el derecho humano de **acceso a la justicia** en favor de las víctimas, así como la **rendición de cuentas y responsabilidades atribuibles a los sujetos activos**, directos e indirectos, **de la violación; investigar y documentar lo sucedido en un período de emergencia en derechos humanos** y, en consecuencia, concretar el **derecho humano a la verdad**, también, en favor de las víctimas y de la memoria histórica de la sociedad del caso; **alcanzar la reconciliación social** y, con ello, terminar así con un ciclo de la violencia, dando paso a la recuperación de la normalidad civil e institucional. Aquí lo que se persigue, puntualmente, es la concreción del **derecho a la paz**, no sólo en pro de las víctimas sino de la sociedad en su conjunto.

Para alcanzar la realización de los mencionados derechos humanos, *la justicia transicional hace uso de mecanismos y procedimientos de naturaleza distinta, toda vez que la impronta de los derechos a concretar también lo es.* De hecho, lo hemos subrayado repetidamente, la convivencia de propósitos, teleologías, metas u objetivos distintos propios de uno u otro derecho humano, en algún punto, puede implicar tensiones

político-sociales y jurídicas insoslayables, particularmente entratándose en los casos de justicia transicional.

La más conocida de tales tensiones *es la difícil relación que suele darse entre el derecho a la paz y el acceso a la justicia*, toda vez que la procuración e impartición de esta última, a más de dolorosa, implica la aplicación de sanciones, generalmente penales, que tensionan el ambiente social, tocan a grupos de poder o interés e implican, en su ejecución, medidas de uso de la fuerza o coacción. Lo anterior, puede desestabilizar el ambiente social, dificultar y hasta obstaculizar, el proceso de pacificación, amnistía, perdón (y hasta el olvido, en algunos procesos de pacificación) que intentan establecerse en los ejercicios de justicia transicional.

Lo que precede explica la razón por la cual esta forma de lidiar con períodos de crisis de derechos humanos se ve en la necesidad de hacer convivir políticas públicas cuyas herramientas son de carácter híbrido, no siempre coincidentes en sus procedimientos, formas de conducción, escenarios y principios, dados sus objetivos ciertamente distintos. Objetivos que se verifican en niveles de discurso y prácticas jurídicas, políticas y sociales diferentes, que pudieran llegar a ser, incluso, **incompatibles**.

Así, por ejemplo, otra de las tensiones más conocidas entre los instrumentos de justicia transicional, *es la que se presenta entre las comisiones de la verdad y los tradicionales o institucionales tribunales de justicia*. Aquéllas y éstos proceden de forma diferente, ya que si bien ambas, se supone, trabajan en favor de la búsqueda de la verdad histórica y legal, respectivamente, la forma de encontrarla varía radicalmente. Sin embargo, lo peor de todo, es que esas “verdades” no necesariamente tienen o tienden a coincidir.

De tal guisa, el objetivo de las primeras es visibilizar a las víctimas, ofrecerles un espacio en el cual sean consideradas protagonistas con historias valiosas que contar, que merecen ser escuchadas, atendidas y resarcidas. En cambio, en las fiscalías y tribunales tradicionales, que se supone habrán de hacer efectivo el acceso a la justicia de las referidas víctimas, dados los estrictos principios ínsitos en el cumplimiento del debido proceso y del principio de legalidad, los protagonistas suelen terminar siendo los fiscales, los defensores, los jueces y, por increíble que parezca, hasta los victimarios, otorgando a las víctimas un papel hartamente acotado y hasta secundario en ciertas etapas del procedimiento judicial. Lo anterior, opaca la visibilidad de las víctimas, diluyendo su papel, tristemente central, en las situaciones de emergencia cuyas consecuencias padecieron más que nadie y en carne propia (tortura, desapariciones, homicidios, etc.).

Dicho lo anterior, se entiende que los instrumentos, medidas y procedimientos de justicia transicional posean un claro talante multidimensional, toda vez que los problemas y obstáculos que deben enfrentar también lo son.

Es, en tal virtud, **que el escenario en que suelen verificarse los ejercicios de justicia transicional implica hacer frente a singulares dilemas éticos, jurídico-políticos y sociales**, como lo son las vulneraciones a derechos humanos antes enlistadas, mismas que requieren una respuesta integral y, si se quiere, hasta holística, que demanda la

pacificación, el acceso a la justicia y a la verdad que una sociedad necesita para salir y sanar de un proceso de emergencia en materia de derechos humanos, caracterizado por la violación sistemática a la dignidad y autonomía de las personas. Hechos estos que dejan profundas cicatrices sociales, traumas históricos no siempre bien sanados, con resentimientos que perviven en el subconsciente colectivo que, quién lo sabe, podrán algún día emerger a la superficie social y no se sabe de qué manera.

En el esquema que abajo se presenta, puede visualizarse una primera columna **donde se enlistan los derechos humanos que generalmente buscan concretarse en procesos de justicia transicional**. Enseguida, en una segunda columna, **se plasman algunas de las más comunes herramientas de política pública que la justicia transicional emplea para concretar la realización de aquéllos**; y, finalmente, en la tercera, **se indica la naturaleza o dimensión que posee la problemática a enfrentar**. Veamos:

### Justicia transicional

Derecho humano a proteger	Herramienta de política pública	Dimensión o naturaleza de la problemática en derechos humanos a enfrentar
Acceso a la justicia	Fiscalías y tribunales de justicia	Jurídica
Derecho a la verdad	Comisiones de la verdad	Ético-política
Derecho a la paz	Leyes de amnistía	Histórico-social
Derecho de las víctimas		

Procedamos, sintética y sucintamente, a conceptualizar los instrumentos de justicia transicional antes enumerados y las características de su actuación en términos del derecho humano que buscan satisfacer a las víctimas.

#### 3.1. Acceso a la justicia, derecho a la paz y leyes de amnistía

Apoyados en la genealogía de la justicia transicional, el derecho de acceso a la justicia es, en nuestro criterio, el **centro de la gravedad de la justicia transicional**. **Sin acceso a la justicia no hay justicia de transición**.

De hecho y de derecho, las principales contradicciones y tensiones señaladas en torno a la justicia de transición están relacionadas directamente con la posibilidad de tener acceso o no tenerlo a la justicia, es decir, al sistema de medios de protección garantizados por un Estado para salvaguardar los derechos humanos. Es decir, la existencia en un Estado de Derecho de *las garantías de exigibilidad y judicabilidad* sin las cuales los derechos humanos se hunden en el vacío y se convierten en derechos de papel, sin visos de eficacia. Por ello, **la principal antinomia que subyace en la justicia tran-**

sional se da entre el derecho de acceso a la justicia y las denominadas leyes de amnistía; a la sazón, otro de los mecanismos típicos de la justicia de transición cuya teleología, y he aquí el *quid* del asunto, no lo constituye el acceso a la justicia sino el derecho a la paz. Vayamos por partes.

El **acceso a la justicia** puede definirse cabalmente como...

*(...) un tipo o clase de derecho humano, a saber: aquella garantía que poseen los gobernados consistente en la facultad de acceder, en forma individual o colectiva y en condiciones de igualdad, al sistema de medios jurisdiccionales y no jurisdiccionales por virtud de los cuales las instituciones del Estado prevén, amparan y sancionan, eficazmente, cualesquier actos u omisiones que pudieran vulnerar o vulneren los derechos humanos fundamentales reconocidos por el Derecho nacional e internacional.*<sup>19</sup>

El acceso a la justicia, de acuerdo con la definición anterior, **constituye la garantía de justiciabilidad de los derechos humanos** y se encuentra, en principio, salvaguardada por el derecho interno de cada Estado. Parece claro, entonces, que aquellos sistemas jurídicos que experimentan un proceso de transición padecen una carencia endémica que no ha hecho posible, en la práctica, la exhibibilidad y la justiciabilidad de los derechos humanos masiva y sistemáticamente vulnerados.

Recuerdese aquí que el concepto acuñado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos alude a la justicia transicional con base en dos elementos necesarios: *que los responsables de las atrocidades en materia de derechos humanos rindan cuentas de sus actos y la suplencia temporal del sistema judicial convencional dada su incapacidad operativa de brindar respuesta adecuada a las víctimas, a través, por ejemplo del Derecho Penal Internacional, el Derecho Humanitario y la Corte Penal Internacional.* Ambos elementos son insoslayables condiciones de realización del derecho de acceso a la justicia a favor de las víctimas.

Las **leyes de amnistía** constituyen una tipo particular de normativa emitida por un Estado, es decir, se trata de una legislación que **otorga la extinción de la responsabilidad penal sobre delitos cometidos en un período y un territorio determinado.** En pocas palabras, se trata de **leyes de impunidad.**<sup>20</sup> Este tipo de normatividad es indubitablemente un instrumento, al parecer *antinatural*, para decirlo de algún modo, de la justicia transicional en general y del acceso a la justicia en particular.

Evidentemente, **las leyes de amnistía, cualquiera que sea el título que se les asigne, poseen una asignatura propia, su objetivo no es el acceso a la justicia**

19 Álvarez Ledesma, Mario Ignacio, *Introducción al Derecho*, México, McGraw-Hill, 2019 (512), p. 418.

20 Cfr. Dondé Matute, Javier, *El concepto de impunidad: leyes de amnistía y otras formas estudiadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r37924.pdf>, consultado el 30 de julio de 2019.

sino el derecho a la paz que también es una de las teleologías de la justicia transicional.

El **derecho a la paz**, como derecho humano, ha sido incorporado desde la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así, el artículo 3º de dicha Declaración consigna que “*Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*”, lo cual sólo es posible en un ambiente de paz.

En efecto, la paz duradera es premisa y requisito para la vigencia y el ejercicio pleno de todos los derechos y deberes humanos, de ahí que la Asamblea General de la ONU en su resolución 39/11, de 12 de noviembre de 1984, adoptara la **Declaración sobre el derecho de los pueblos a la paz**. El cuerpo de dicha declaración permite comprender porqué este derecho debe estar necesariamente contenido tanto en el concepto como en la conceptualización de la justicia transicional, en tanto una **medida pertinente** de los Estados nacionales y de los organismos internacionales de acuerdo con los términos mismos en que está redactada la Declaración de Marras. Así las cosas, en su parte conducente, dicho documento internacional consigna:

*Reconociendo que **garantizar que los pueblos vivan en paz es el deber sagrado de todos los Estados**,*

- 1. Proclama solemnemente que **los pueblos de nuestro planeta tienen el derecho sagrado a la paz**;*
- 2. Declara solemnemente que **proteger el derecho de los pueblos a la paz y fomentar su realización es una obligación fundamental de todo Estado**;*
- 3. Subraya que **para asegurar el ejercicio del derecho de los pueblos a la paz se requiere que la política de los Estados esté orientada hacia la eliminación de la amenaza de la guerra, especialmente de la guerra nuclear, a la renuncia del uso de la fuerza en las relaciones internacionales y al arreglo de las controversias internacionales por medios pacíficos de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas**;*
- 4. Hace un llamamiento a todos los Estados y a todas las organizaciones internacionales para que contribuyan por todos los medios a asegurar el ejercicio del derecho de los pueblos a la paz mediante la adopción de **medidas pertinentes** en los planos nacional e internacional.*

Si el derecho de acceso a la justicia y el derecho a la paz son instrumentos de justicia transicional con teleologías propias y, en muchos sentidos, antinómicas en los ejercicios de justicia de transición, ¿cómo hacerlas compatibles a pesar de sus evidentes tensiones?

Pensamos que esta tensión puede sino eliminarse al menos atenuarse si se adopta como criterio de certidumbre o realidad de sentido, según dijimos, los derechos humanos de las víctimas. Esto es, a través de un diseño de política pública que permita la convivencia del derecho de acceso a la justicia con un instrumento al que se se ha

reiteradamente recurrido para procurar la paz, la reconciliación y hasta el olvido: las leyes de amnistía. ¿Es posible?<sup>21</sup> No, en principio.

Quizás por ello, tanto el Sistema Universal como los órganos del Sistema Interamericano de promoción y protección de los derechos humanos y su jurisprudencia se han manifestado, sin ambages, en el sentido de que **las leyes de amnistía o como quiera llamárseles,<sup>22</sup> son palmariamente vulneratorias de derechos humanos por perpetuar la impunidad<sup>23</sup> en demérito de las víctimas de crisis humanitarias.**

Ya el extinto Comité de Derechos Humanos de la ONU,<sup>24</sup> se pronunció claramente respecto de la **incompatibilidad de las leyes de amnistía con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, en los términos siguientes:

*El Comité reafirma su posición de que amnistías por violaciones graves de los derechos humanos y las leyes tales como la Ley No. 15848 de caducidad de la pretensión punitiva del Estado, son incompatibles con las obligaciones de todo Estado Parte en virtud del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. El Comité observa con profunda preocupación que la aprobación de esta ley excluye efectivamente en algunos casos la posibilidad de investigar violaciones anteriores de los derechos humanos y, por lo tanto, impide que el Estado Parte pueda cumplir su obligación de facilitar un recurso efectivo a las víctimas de esas violaciones. También preocupa al Comité que, al aprobar dicha ley, el Estado Parte haya contribuido a crear un ambiente de impunidad que podría socavar el orden democrático.*

En lo esencial, la jurisprudencia de la Corte Interamericana al respecto de lo anterior, **concluye esencialmente que las leyes de amnistía, al privar a las víctimas de su derecho a obtener una investigación judicial en sede criminal que permita individualizar y sancionar a los responsables, son incompatibles con las garantías judiciales establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana y el derecho a**

21 Esta tensión no ha pasado desapercibida para los órganos internacionales de protección de los derechos humanos. Así, por ejemplo, **en el Informe 1985-1986 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos alude a las complejidades que comporta mantener el difícil equilibrio entre exigir a los Estados la obligación de investigar y sancionar a los responsables y, al mismo tiempo, no poner en riesgo ni la urgente necesidad de reconciliación nacional, ni la consolidación del régimen democrático.** Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual 1985-1986*, OEA/Ser.L/V/II.68, doc. 8 rev. 1. En este mismo sentido, Cfr. Cantón, Santiago, *Leyes de Amnistía*, en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29761.pdf>, pp. 269-270, consultado el 10 de julio de 2019.

22 He aquí un listado de las leyes de amnistía promulgadas en América Latina. Todas las impugnadas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos han sido declaradas leyes de impunidad y, por ende, vulneratorias de derechos humanos: Ley de Amnistía (Chile, 1978); Ley de Amnistía (Brasil, 1979); Ley General de Amnistía (Colombia, 1982); Ley de autoamnistía (Argentina, 1983); Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado (Uruguay, 1985); Ley de Punto Final (Argentina, 1986); Ley de Amnistía (El Salvador, 1993); Proyecto de Ley de Amnistía y Reconciliación Nacional (Venezuela, 2016); Ley de Amnistía (Venezuela, 2019).

23 Cfr. Cantón, Santiago, op. cit., en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29761.pdf>, consultado el 10 de julio de 2019.

24 Comité de Derechos Humanos, *caso Rodríguez c. Uruguay*, párr. 12.4 (1994).

**la protección judicial consagrado en el artículo 25.** Asimismo, las leyes de amnistía se consideran vulneratorias de artículos 17 y 18 de la Declaración sobre Desaparición Forzada, en tanto que crean “(...) *una atmósfera de impunidad que puede ser conducente a nuevos actos de desaparición y a otras violaciones semejantes de los derechos humanos*”<sup>25</sup>

Este difícil equilibrio, de ser posible, entre el derecho a la paz y el acceso a la justicia, entre justicia judicial y leyes de amnistía, tendrá que operarse desde el planteamiento de la justicia transicional como política pública sobre derechos humanos, sometiendo ésta a los requisitos de implementación y control que para tales efectos se han establecido. Circunstancia que, por otra parte, no hará más que atenuar la contradicción tantas veces puesta en evidencia aquí.

### 3.2. Comisiones de la verdad y el derecho a la verdad

Las **comisiones de la verdad** suelen ser definidas como “*organismos oficiales, no judiciales y de vigencia limitada que se constituyen para esclarecer hechos, causas y consecuencias relativos a pasadas violaciones de los derechos humanos*”.<sup>26</sup> Dada su naturaleza, las comisiones de la verdad brindan especial atención al testimonio de las víctimas, asegurándose de su reconocimiento; en efecto, dichos cuerpos colegiados cumplen una cierta función sanadora, toda vez que intentan superar, transitar, precisamente, de un largo período en que las víctimas fueron estigmatizadas y vistas con escepticismo, a garantizarles el derecho a ser escuchadas y a saber. En efecto, las comisiones de la verdad amén de esta función catártico-sanadora, pueden contribuir con los tribunales de justicia del caso aportando evidencia en los procesos judiciales.<sup>27</sup>

**El derecho a la verdad constituye la teleología particular de las comisiones de la verdad**, como parece harto obvio. No lo es, empero, que este derecho posee un **carácter autónomo** e **inalienable** según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>28</sup> el que, con independencia de su autonomía e inalienabilidad, constituye una condición *sine qua non* para la satisfacción de otros derechos a favor de las víctimas íntimamente ligados a él, a saber, *el derecho a la justicia y a la reparación*.

La jurisprudencia intramericana ha conceptualizado el **derecho a la verdad** como...

25 Cfr. Sancho Guevara, María Gabriela, *Leyes de amnistía: Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos*, en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28160.pdf>, p. 127, consultado el 10 de julio de 2019.

26 Centro Internacional de Justicia Transicional, *En busca de la verdad. Elementos para la creación de una comisión de la verdad eficaz*, en <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Book-Truth-Seeing-2013-Spanish.pdf>, p. 13, consultado el 11 de julio de 2019.

27 Cfr. *Ibid.*

28 Cfr. O'Donnell, Daniel: *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2012 (1093), p. 538.

*El derecho que tienen toda persona y la sociedad a conocer la verdad íntegra, completa y pública sobre los hechos ocurridos, sus circunstancias específicas y quiénes participaron en ellos, forma parte del derecho a reparación por violaciones de los derechos humanos, en su modalidad de satisfacción y garantías de no repetición. El derecho de una sociedad a conocer íntegramente su pasado no sólo se erige como un modo de reparación y esclarecimiento de los hechos ocurridos, sino que tiene el objeto de prevenir futuras violaciones.*<sup>29</sup>

El derecho a la verdad, en términos de la justicia transicional, constituye, en nuestro criterio, un derecho cuyo ejercicio pleno depende del acceso a la justicia que es, como afirmamos en el inciso anterior, el centro de la gravedad de la justicia transicional. En tal virtud, los propios órganos del sistema interamericano han sido coincidentes en sostener que **el esclarecimiento de los hechos y responsabilidades por una comisión de la verdad (...) “no puede considerarse (...) como un sustituto adecuado de un proceso judicial”.**<sup>30</sup>

Dicho de modo más simple, sin derecho de acceso a la justicia, el derecho a la verdad cumple parcialmente con sus propósitos, más allá se su autonomía en cuanto derecho humano fundamental. Autonomía que alude a la importancia de su sola existencia como derecho subjetivo, pero no a su eficiencia como tal.

#### 4. CONCLUSIONES

1. La justicia transicional o justicia de transición constituye una política pública sobre derechos humanos, cuyo objetivo es enfrentar periodos de emergencia o crisis humanitaria. Es decir, periodos de violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos en un momento y lugar histórico determinado en contra de un número importante de víctimas. Violaciones que por su magnitud no pudieron ser procesadas por el sistema judicial convencional de los Estados, impidiendo que los responsables rindan cuentas de sus actos, se acceda a la justicia y pueda lograrse la reconciliación.
2. La doctrina especializada considera que son básicamente cuatro los tipos de orígenes que dan pauta a las situaciones de emergencia en derechos humanos: el subdesarrollo económico, social e institucional; las catástrofes naturales; los disturbios internos y conflictos armados en un Estado o entre Estados; y, los periodos de mutación democrática.
3. Las Naciones Unidas también se han decantado por definir la justicia de transición como una forma de política pública, caracterizada por una variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los

29 CIDH, caso Romero, c. El Salvador, párr. 148.

30 CIDH, caso Chanceau y otros c. Chile, párr. 68.

problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Su fundamente jurídico se apoya en la confluencia de normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario, Derecho Penal Internacional y Derecho internacional de los refugiados.

4. La justicia transicional ha experimentado con el paso del tiempo una sustancial transformación desde su surgimiento después de la Segunda Guerra Mundial. Ello obedece al hecho que sus objetivos o teleologías se han multiplicado y transfigurado en proporción a los cambiantes escenarios donde aquélla se ha implementado desde sus inicios.
5. Son tres los períodos o ciclos que dan cuenta de la genealogía de la justicia transicional. Una primera etapa de la justicia transicional o Justicia Transicional de la Posguerra se inaugura en 1945 con los Tribunales de Núremberg. Su teleología consistía en impedir la impunidad de los criminales de guerra, buscar por ende el acceso a la justicia y el fortalecimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Una segunda etapa, la Justicia Transicional de la Posguerra Fría, se verificó desde la caída del muro de Berlín (1989) hasta prácticamente el fin del Siglo XX. Mantiene como parte de su teleología el acceso a la justicia, pero busca también la aceleración de los procesos democráticos, marcando este ciclo con un acento eminentemente político. Aquí la consecución del derecho a la paz y los procesos de pacificación correspondientes descollan por su importancia. En este ciclo surgen las comisiones de la verdad y las leyes de amnistía como dos de sus instrumentos característicos en tanto fórmulas repetidas para garantizar, por una parte, el derecho a saber de las víctimas, combinado con la necesidad de asegurar objetivos políticos sin grandes sobresaltos sociales. El último ciclo de la justicia transicional abarca y comprende el paso del siglo XX al XXI, donde se lidia con el proceso de globalización política y económica. Su impronta está dada por la alta inestabilidad política y la violencia. La justicia transicional deja de ser la excepción para convertirse en un elemento recurrente en los Estados de Derecho débiles, donde los objetivos políticos tienden a desplazar los objetivos tradicionales en materia de derechos humanos.
6. La justicia transicional tiene como metas o teleologías centrales a favor de las víctimas de crisis humanitarias, las siguientes: luchar contra la impunidad volviendo una realidad el derecho humano de acceso a la justicia; investigar los sucesos violatorios de derechos humanos en un período de emergencia, concretando el derecho humano a la verdad, recuperando la memoria histórica de la sociedad del caso; buscar la reconciliación social y terminar con un ciclo de la violencia, dando paso a la recuperación de la normalidad civil e institucional, concretando así el derecho a la paz.
7. Para alcanzar la salvaguarda de los derechos humanos que dan razón de ser a la justicia transicional, ésta hace uso de mecanismos y procedimientos de natura-

leza distinta, dada la impronta distinta también de los derechos a concretar. Es precisamente este hecho, la convivencia de propósitos, teleologías, metas u objetivos distintos propios de uno u otro derecho humano, lo que, en algún punto, genera las tensiones político-sociales y jurídicas insoslayables que subyacen en el *core* de la justicia de transición.

8. Es de tal guisa que los ejercicios de justicia transicional hacen frente a singulares dilemas, toda vez que mientras el acceso a la justicia se verifica en el discurso o dimensión jurídica, el derecho a la verdad lo hace en el ámbito principalmente **ético-político, y el derecho a la paz, por su parte, se desarrolla en la dimensión o discurso histórico-social. Lo anterior, genera tensiones a veces irreductibles que pueden hacer naufragar los esfuerzos de los procesos de justicia y transición.**
9. Las principales contradicciones y tensiones que se dan al interno de los mecanismos de justicia transicional están relacionadas directamente con la posibilidad de tener o no acceso a la justicia, es decir, al sistema de medios de protección garantizados por un Estado para salvaguardar los derechos humanos; es decir, la existencia, en un Estado de Derecho, de las garantías de exigibilidad y judiciabilidad. En tal virtud, la más grave antinomia que subyace en la justicia transicional se da entre el derecho de acceso a la justicia y las denominadas leyes de amnistía. Éstas han sido descalificadas por los organismos y tribunales internacionales de derechos humanos como una inaceptable forma de perpetuar la impunidad.
10. Apoyados en la genealogía de la justicia transicional y su naturaleza, el derecho de acceso a la justicia constituye el centro de la gravedad de la justicia transicional. Sin acceso a la justicia no hay justicia de transición.

## 5. FUENTES DE CONSULTA

Álvarez Ledesma, Mario Ignacio, “Derechos Humanos y Políticas Públicas: La función de los Derechos Humanos en las Políticas Públicas” en *Políticas Públicas y Derechos Humanos en México* (Rossi, Andrea y Zavala, Luis Eduardo, coordinadores), México, Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública, Tecnológico de Monterrey, 2010.

— *Introducción al Derecho*, México, McGraw-Hill, 2019 (512).

— “Los conceptos jurídicos fundamentales como el juego del lenguaje del Derecho”, en *Wittgenstein en español III* (Coordinador Tomasini Bassols, Alejandro), Xalapa, Universidad Veracruzana, Biblioteca, 2012.

Bell, Christine, *On the Law of Peace, Peace Agreements and the Lex Pacifactoria*, New York, Oxford University Press, 2008.

— “*Transitional Justice, Interdisciplinarity and the State of the ‘Field’ or ‘Non-Field’*” en *The International Journal of Transitional Justice*, Vol. 3, 2009, doi: 10.1093/ijtj/ijn044.

- Binder, Christian, *Introduction to the Concept of Transitional Justice*, [http://www.bundesheer.at/pdf\\_pool/publikationen/transitional\\_justice\\_sr\\_11\\_2013\\_03\\_c\\_binder.pdf](http://www.bundesheer.at/pdf_pool/publikationen/transitional_justice_sr_11_2013_03_c_binder.pdf),
- Bonetti, Paolo, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, Il Mulino, Saggi, 2006.
- Cantón, Santiago, *Leyes de Amnistía*, en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29761.pdf>.
- Centro de Justicia transicional, *En busca de la verdad. Elementos para la creación de una comisión de la verdad eficaz*, en <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Book-Truth-Seeking-2013-Spanish.pdf>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual 1985-1986*, OEA/Ser.L/V/II.68, doc. 8 rev. 1.
- Comité de Derechos Humanos, *Caso Rodríguez c. Uruguay* (1994).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Romero, c. El Salvador*.  
— *Caso Chanceau y otros c. Chile*.
- Chomsky, Noam, *Estados fallidos. El abuso de poder y el ataque a la democracia* (Trad. Gabriel Dols), Barcelona, Ediciones B, 2007 (365).
- Dondé Matute, Javier, *El concepto de impunidad: leyes de amnistía y otras formas estudiadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r37924.pdf>
- López Díaz, Claudia, “Selección y priorización de delitos como estrategia de investigación en la justicia transicional”, en *Revista de Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* Vol. 42, No. 117, Medellín, julio-diciembre.
- Marks, Stephen P., “Principios y normas de derechos humanos aplicables en situaciones de emergencia; subdesarrollo, catástrofes y conflictos armados”, en Vasak, Karel (editor general) *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, VI (Trad. Hernan Sabaté y María José Rodellar), Barcelona, Serbal/UNESCO, 1984.
- O’Donnell, Daniel, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2012 (1093).
- Organización de las Naciones Unidas, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, S/2004/616, Nueva York, 2004.
- Justicia Transicional y Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Nueva York y Ginebra, Oficina del Alto Comisionado, 2014.
- Sancho Guevara, María Gabriela, *Leyes de amnistía: Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos*, en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28160.pdf>
- Treviño Rangel, Javier, “Gobernando el pasado: el proceso de justicia transicional en México, 2001-2006”, en *Foro Internacional*, 215, Vol. LIV, Número 1, México, El Colegio de México, 2014, enero-marzo.
- Teitel, Ruti G., *Justicia Transicional* (Trad. María José Viana Cleves), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017 (549).

- *Transitional Justice*, New York, Oxford University Press, 2000.
- “Transitional Justice Genealogy”, en *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 16, <http://www.nyls.edu/faculty/wp-content/uploads/sites/148/2013/09/Harvard-Human-Rights-Journal.pdf>,

Vinuesa, Raúl Emilio et al, *La Corte penal internacional. Soberanía versus justicia universal*, Madrid, UbiJus, 2008.

Zapata Callejas, John Sebastián, *La Teoría del Estado Fallido: entre aproximaciones y disensos*, en <https://www.redalyc.org/pdf/927/92731211004.pdf>.

# LA EXPECTATIVA RAZONABLE DE PRIVACIDAD ANTE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN

Por ROSA LINDA AMEZCUA HERNÁNDEZ

**RESUMEN:** Ante el nuevo entorno tecnológico en el que todos nos desenvolvemos, la protección del derecho a la privacidad enfrenta nuevos retos. En el presente trabajo se analiza brevemente si los usuarios de tres tecnologías de la información y la comunicación: correo electrónico, internet y redes sociales, tienen o pueden tener una expectativa razonable de privacidad sobre la información que comunican y comparten en dichos medios.

**PALABRAS CLAVE:** Privacidad, Intimidad, Expectativa razonable de privacidad, TIC.

**ABSTRACT:** Faced with the new technological environment in which we all operate, the protection of the right to privacy faces new challenges. This paper briefly analyzes whether users of three information and communication technologies: email, internet and social networks, have or may have a reasonable expectation of privacy about the information they communicate and share in these media.

**KEYWORDS:** Privacy, Intimacy, Reasonable expectation of privacy, ICT.

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN. 1. TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN. 2. DERECHO A LA PRIVACIDAD. 3. EXPECTATIVA RAZONABLE DE PRIVACIDAD. 4. EXPECTATIVA RAZONABLE DE PRIVACIDAD EN EL NUEVO ENTORNO TECNOLÓGICO: USO DE TIC. 5. CONCLUSIONES. 6. FUENTES DE CONSULTA.

## INTRODUCCIÓN

En el mundo de hoy se vuelve cada vez más difícil tener una expectativa de privacidad. Las nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) recolectan información en lugares y de formas insospechadas por el común de la sociedad, lo que representa un reto para los sistemas jurídicos que deben de garantizar la protección de los derechos humanos de todas las personas, en este punto importan primordialmente los derechos a la intimidad y a la privacidad.

El presente trabajo se divide en cuatro apartados. El primero describe que son las Tecnologías de la Información y la Comunicación y cuáles son sus principales características. En el segundo se aborda la distinción entre lo público y lo privado, y dentro de este último se describen los derechos a la intimidad y a la privacidad. En el tercero se conceptualiza que es la expectativa razonable de privacidad y, finalmente, en el cuarto, se expone si un usuario puede tener dicha expectativa al utilizar tres diferentes TIC: correo electrónico, internet y redes sociales.

## 1. TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN

Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) son un conjunto de recursos, herramientas y programas de tipo tecnológico y comunicacional, que sirven para procesar, administrar y compartir información mediante códigos variados, como textos, imágenes, sonidos, videos, etc., valiéndose de diversos soportes tecnológicos, como: computadoras, teléfonos móviles, televisores, reproductores portátiles de audio y video o consolas de juego<sup>1</sup>.

Las TIC crean nuevas formas de comunicación que facilitan el acceso, la emisión y el manejo de la información y desasocian el flujo de información del movimiento físico (ej. correo electrónico vs correo tradicional).

Como cualquier proceso de comunicación, tienen cuatro elementos: un emisor, un receptor, un mensaje (información) y un canal; sin embargo, en el caso de las TIC, el mensaje se encuentra codificado, a partir de un determinado *software*, y el canal es de tipo digital (*hardware*)<sup>2</sup> y en sí mismas conllevan el desarrollo de redes para administrar y compartir la información entre emisores y receptores.

Las TIC se pueden clasificar a partir de dos enfoques: tecnológico y económico.<sup>3</sup>

De acuerdo con el enfoque tecnológico, las TIC pueden ser:

- I. Equipos: son los recursos electrónicos (*hardware*) por medio de los cuales se adquiere, almacena, administra, presenta y transmite la información. Ej. teléfonos inteligentes y computadoras.
- II. Servicios: son las prestaciones (acciones) que permiten y facilitan la adquisición, almacenamiento, administración, presentación y transmisión de la información. Ej. internet y buscadores.

De acuerdo con el enfoque económico, los tipos de TIC que existen son:

- I. Mercado de telecomunicaciones: es la telefonía, tanto móvil como fija.
- II. Mercado audiovisual: son la radio y la televisión.
- III. Mercado de servicios informáticos: son las computadoras, las redes de comunicación de datos como el internet y los servidores de mensajería.

---

1 <http://tutorial.cch.unam.mx/bloque4/lasTIC> y <http://tugimnasiacerebral.com/herramientas-de-estudio/que-son-las-tics-tic-o-tecnologias-de-la-informacion-y-la-comunicacion>, consultados el 19 de marzo de 2019.

2 <http://tugimnasiacerebral.com>, *Loc.cit.*

3 Ídem.

De entre las características<sup>4</sup> relevantes de las TIC están su:

- a. Inmaterialidad: no hay un medio físico manifiesto donde se encuentre la información que se crea o transmite por medio de TIC.
- b. Interactividad: el usuario intercambia información directamente con la TIC.
- c. Instantaneidad: las TIC transmiten información a distancia de una manera veloz, casi inmediata.
- d. Transversalidad: su influencia no se circunscribe solo a un ámbito personal-individual, sino que impacta en el ámbito grupal-colectivo (gubernamental, laboral, cultural, etc.), incluso de países y de todas las sociedades del planeta.
- e. Automatización: la información se administra sin la necesidad de la intervención humana.

Las TIC han revolucionado la forma en que el mundo genera, obtiene, organiza y comunica información, esto representa un reto para el Derecho, ya que, en un entorno de protección de derechos humanos existe información que debe ser resguardada y cuya difusión debe evitarse o restringirse, y, en caso de que ello ocurra, debe prevenir sanciones para el o los responsables.

## 2. DERECHO A LA PRIVACIDAD

Al abordar el tema de la protección de la información de las personas (protección de datos) se involucran dos derechos humanos: el derecho a la intimidad y el derecho a la privacidad. Su contenido y alcances han sido diferenciados por la doctrina, igual que por algunas legislaciones, como la española<sup>5</sup> y la colombiana<sup>6</sup>.

Para comprender ambos derechos primero abordaremos la diferencia entre lo público y lo privado, siguiendo la elaboración de Ernesto Garzón Valdés quien distingue entre tres ámbitos: lo íntimo, lo privado y lo público<sup>7</sup>.

---

4 V. CABERO Almenara, Julio, Impacto de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en las organizaciones educativas, en LORENZO, M. y otros (coords), *Enfoques en la organización y dirección de instituciones educativas formales y no formales*, Granada, Grupo Editorial Universitario, 1998, <https://sites.google.com/site/3651321/2.-impactodelastic.pdf>, consultado el 20 de marzo de 2019 y BELLOCH Orti, Consuelo, *Las tecnologías a la información y comunicación (T.I.C.)*, Universidad de Valencia, <https://www.uv.es/~belloch/pdf/pwtic1.pdf> consultado el 20 de marzo de 2019.

5 Artículo 18 de la Constitución Española (BOE 29 de diciembre de 1978), Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Persona (BOE 14 de diciembre de 1999) y la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (BOE 10 de mayo de 2014).

6 Artículo 15 de la Constitución Política de Colombia (Gaceta constitucional de 4 de julio de 1991, última reforma de 18 de enero de 2018.)

7 V. GARZÓN Valdés, Ernesto, Lo íntimo, lo privado y lo público, en CARBONELL, Miguel (comp.), *Problemas contemporáneos de la Libertad de Expresión*, México, Porrúa – CNDH, 2004, p.p. 39-66.

El ámbito de la intimidad es el área “... de los pensamientos..., de la formación de decisiones,...de lo reprimido”<sup>8</sup>, aquí se ubican “las acciones cuya realización no requiere la intervención de terceros y tampoco los afecta...”<sup>9</sup>. Es en este ámbito donde la persona “...ejerce plenamente su autonomía personal... ‘donde soy lo que soy’”<sup>10</sup>. El autor indica que la característica de la intimidad es la opacidad<sup>11</sup>, de ahí que toda intervención por parte de terceros en este ámbito afecta la dignidad del ser humano. Ninguna persona puede conocer lo que hay en la intimidad de otra, salvo que el sujeto decida comunicarlo<sup>12</sup>; y de hacerlo así, se elimina o reduce lo secreto.

En el extremo opuesto de lo íntimo se ubica el ámbito público. Este abarca los comportamientos y decisiones individuales de libre acceso en sociedad; su característica es la transparencia. En el caso de autoridades, la publicidad de sus actos es el principio rector, elemento esencial del Estado de Derecho<sup>13</sup>. A diferencia de lo íntimo, aquí la falta de información, la opacidad, es lo que vulnera los derechos humanos: el derecho a la información y el derecho a la libertad de expresión en su dimensión social<sup>14</sup>.

Entre ambos extremos se ubica el ámbito privado, cuya característica es la “transparencia relativa”<sup>15</sup>. Este es el ámbito reservado a las relaciones interpersonales donde es necesaria la presencia de, por lo menos, dos actores que interactúen. Los sujetos eligen libremente con quien interactuar y revelan una parte de su intimidad, la cual puede estar matizada por los cánones sociales o bien, no ser completamente veraz<sup>16</sup>.

Algunas actividades que pueden ser consideradas como privadas son: usar un baño público o buscar orientación sobre salud reproductiva<sup>17</sup>; sin embargo, este ámbito tiene muchas áreas grises, por ejemplo, ¿existe privacidad al realizar una llamada des-

8 Íbidem, p. 43

9 Íbidem, p. 44

10 Íbidem, p.46

11 Íbidem, p. 45

12 Esto generalmente se hace en casos excepcionales: relaciones amorosas o de amistad íntima. V. Íbidem, p.p. 50-51; o bien, con un abogado, médico, terapeuta, quienes tienen el deber ético de no divulgar la información que reciben con terceros, sin el consentimiento expreso del cliente. En dicho caso, la información solo se divulgará con las personas autorizadas. V. *Is there a difference between confidentiality and privacy?* en *Findlaw.com*, <http://criminal.findlaw.com/criminal-rights/is-there-a-difference-between-confidentiality-and-privacy.html> consultado el 23 de marzo de 2019.

13 Garzón Valdés, *op. cit.*

14 Entre más público sea el papel de una persona en la sociedad, menor será su ámbito privado protegido (ej. figura pública). Si sus comportamientos o actividades impactan en el orden o interés público, dejarán de ser protegidos y podrán ser divulgados y, en caso contrario, si son divulgados habrá un derecho de reparación. Existen supuestos cuando lo público invade lo privado con la finalidad de garantizar los derechos humanos, ej. la violencia intrafamiliar, el derecho penal invade el hogar para proteger la integridad física de las personas. V. Íbidem, p.p. 59-60

15 Íbidem, p. 48

16 Al entrar en el ámbito social e interactuar, nos valemos de las reglas de cortesía e hipocresía (*small morals*) para adecuar nuestras acciones a las expectativas sociales. V. Íbidem, p.p. 54-57

17 *Is there a difference between confidentiality and privacy?*, *op.cit.*

de un teléfono público?<sup>18</sup> Para resolver estos casos, la jurisprudencia norteamericana desarrolló el concepto de “expectativa razonable de privacidad”, a partir de la Cuarta enmienda a su Constitución y que más adelante abordaremos.

Así, podemos concluir que la intimidad es un subconjunto de la privacidad. La intimidad comprende el ámbito más reservado de la persona: sus sentimientos, creencias e información sensible; en tanto que, la privacidad es el ámbito en el cual un individuo tiene el derecho a que lo dejen sólo<sup>19</sup>, es decir, de no recibir intromisiones. Ambos deben ser protegidos por la legislación, la revelación de información íntima o privada debe ser sancionada y a la víctima debe reconocérsele el derecho de reparación.

Ahora bien, los límites de estos tres ámbitos no son fijos, cambian según los sujetos involucrados, la cultura, la moral, las pautas sociales y el paso del tiempo. De ahí que sea necesario revisar el marco normativo de los derechos a la intimidad y la privacidad para que respondan a las exigencias sociales de cada momento.

A partir de la distinción entre lo íntimo y lo privado, podemos elaborar el contenido deóntico que protege cada uno de estos ámbitos. Por lo que hace al derecho a la intimidad, su contenido protegido se sintetiza en los siguientes siete derechos:<sup>20</sup>

- i. Derecho a no ser perturbado en el domicilio
- ii. Derecho a la protección de las comunicaciones privadas
- iii. Derecho a no sufrir injerencia corporal contra la voluntad de la persona (ej. toma de muestras)
- iv. Derecho a la protección de los derechos sexuales (ej. no divulgación de la preferencia sexual)
- v. Derecho a la titularidad de los datos genéticos y a no sufrir manipulación de estos
- vi. Negativa de intervención del cadáver (como parte de la intimidad familiar)
- vii. Derecho a no ser vigilado en el ambiente íntimo (ej. videgrabación en lugares públicos y privados)

---

18 Caso *Katz v. United States* (18 de diciembre 1967). La Suprema Corte de Justicia de EE.UU. determinó que existe una expectativa razonable de privacidad al realizar una llamada desde una cabina telefónica pública cerrada, por lo que su grabación requiere de una orden judicial. Disponible <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/case.html> consultado el 30 de marzo de 2019.

19 “*the right to be let alone*” (traducción propia) en WARREN, Samuel D. y Louis D. Brandeis, *The right to privacy*, en *Harvard Law Review*, Vol. 4, No. 5., 15 de diciembre de 1890, p. 173

20 V. COBOS Campos, Amalia Patricia, *El Contenido del derecho a la intimidad*, *Cuestiones constitucionales*, No. 29, Jul-Dic 2013, p.p. 67-81

En tanto que el derecho a la privacidad se entiende como “el derecho de las personas a mantener fuera del conocimiento de los demás... ciertas manifestaciones o dimensiones de su existencia (conducta, datos, información, objetos) y al correspondiente derecho a que los demás no la invadan sin su consentimiento...”<sup>21</sup>, se deriva que este derecho tiene un doble propósito: primero trata de asegurar la libertad individual, pues podría verse coartada por uso indebido de datos personales o sensibles; y, segundo, busca resguardar la dignidad personal al impedir la humillación y la vergüenza de hacer pública la vida privada<sup>22</sup>.

Existen cuatro posibles supuestos de lesión de este derecho:<sup>23</sup>

- i. Intromisión en la esfera o en los asuntos privados (*Intrusion of solitude*)
- ii. Divulgación pública de hechos privados (*Public disclosure of private facts*)
- iii. Presentación o divulgación de hechos o circunstancias personales que colocan al sujeto bajo una falsa apariencia ante el resto de las personas (*False light*)
- iv. Apropiación de nombre o imagen ajenos (*Appropriation of name or likeness*)

Como cualquier derecho humano, tanto la intimidad como la privacidad no son derechos absolutos, hay supuestos convencionales<sup>24</sup>, constitucionales y legales que permiten su intromisión, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en cada sistema jurídico, por ejemplo, contar con una orden judicial.

### 3. EXPECTATIVA RAZONABLE DE PRIVACIDAD

La expectativa de privacidad es un concepto desarrollado por la jurisprudencia norteamericana con el que se busca determinar en cuáles sitios y sobre cuáles actividades una persona tiene derecho a la privacidad. Se compone de dos elementos: uno subjetivo, que es una creencia; y otro objetivo, que es el reconocimiento social de legitimidad o razonabilidad de dicha creencia<sup>25</sup>.

21 DERECHO A LA VIDA PRIVADA. SU CONTENIDO GENERAL. Y LA IMPORTANCIA DE NO DESCONTEXTUALIZAR LAS REFERENCIAS A LA MISMA. Tesis 1ª CCXIV/2009, Primera Sala, Tesis Aislada, 9ª época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXX, diciembre de 2009, p. 227, <https://tinyurl.com/y47vzysw> consultada el 23 de marzo de 2019.

22 ESCALALANTE Gonzalbo, Fernando, *El derecho a la privacidad*, 3ª ed., México, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, 2006, p. 35

23 Estos supuestos se desarrollaron por la jurisprudencia norteamericana. V. *Is there a difference between confidentiality and privacy?* Op. cit. y MARCIANI Burgos, Betzabé, *El Derecho a la Libertad de Expresión y la Tesis de los Derechos Preferentes*, Lima, Palestra, 2004, p.213

24 Los principales instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos hablan de injerencias arbitrarias, ilegales o abusivas V. Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 12), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 17), Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre (artículo V) y Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 11).

25 DANS, Enrique, *La red y la expectativa objetiva de privacidad*, 2013, <https://www.enriquedans.com/2013/08/la-red-y-la-expectativa-objetiva-de-privacidad.html>, consultado el 23 de marzo de 2019.

El diccionario jurídico Merriam-Webster define la expectativa de privacidad como “la creencia que existe un espacio de libertad en un lugar o sobre alguna cosa, frente a una intromisión no deseada, especialmente gubernamental”<sup>26</sup>. Si alguien compromete de manera seria e irrazonable el interés de otro de mantener sus asuntos fuera del conocimiento público, puede ser responsable por esa revelación o intrusión<sup>27</sup>.

Para que dicha expectativa sea oponible jurídicamente frente a terceros, ya sean públicos o privados, que invaden la esfera privada, esta debe ser *razonable*, es decir, la develación o descubrimiento de la información del asunto privado debe suceder en un lugar o situación en la que una persona promedio se hubiera ofendido por dicha intromisión<sup>28</sup>.

Hay que distinguir entre las injerencias gubernamentales y las privadas. En el caso de las injerencias gubernamentales, para que la expectativa de privacidad sea oponible, el afectado debe manifestar que tiene dicha expectativa sobre el lugar cateado o el bien incautado y esta debe ser reconocida como razonable o legítima por la sociedad.<sup>29</sup>

Si la persona manifiesta esto, pero aun así de manera consciente se expone públicamente, incluso en su propia casa u oficina, deja de ser sujeto de protección<sup>30</sup>; en tanto que, si realiza la actividad en un área pública, pero busca preservar su privacidad, dicha actividad podría estar sujeta a protección<sup>31</sup>.

Esto aplica únicamente cuando la autoridad no cuenta con una orden de revisión, cateo o decomiso y realiza sus actividades de investigación en un “ámbito público”.

Por lo que hace a las acciones de privados, podemos afirmar que cuando el afectado realiza actividades dentro de su casa, ya sea propia o rentada, tiene una expectativa razonable de privacidad para que no sea divulgado lo que ocurre dentro de ella o en el área inmediata que la rodea (salvo que se trate de la comisión de un delito). En cambio, cuando se realizan en público, la protección disminuye, mas no desaparece.

26 “*Expectation of privacy: a belief in the existence of freedom from unwanted especially governmental intrusion in some thing or place*”, (traducción propia) Merriam-Webster’s Dictionary of Law, <https://www.merriam-webster.com/legal/expectation%20of%20privacy> consultado el 29 de marzo de 2019.

27 V. What is the “Reasonable Expectation of Privacy?” en *Findlaw.com*, <http://injury.findlaw.com/torts-and-personal-injuries/what-is-the--reasonable-expectation-of-privacy--.html> consultado el 23 de marzo de 2019.

28 Ídem

29 “*In order to successfully challenge a search or seizure as a violation of the Fourth Amendment to the U.S. Constitution, a plaintiff must show that he or she had manifested a subjective expectation of privacy in the area of the search or the object seized and that the expectation is one that society is willing to recognize as reasonable or legitimate.*” (traducción propia), Merriam-Webster’s Dictionary of Law, *Op. cit.*

30 When the Fourth Amendment Applies, en *Findlaw.com*, <http://criminal.findlaw.com/criminal-rights/when-the-fourth-amendment-applies.html>, consultado el 23 de marzo de 2019.

31 Caso *Katz v. United States*, *Vid. Supra*.

Un elemento importante para evaluar si existe, o no, la expectativa, es determinar si hay interés público en conocer la información de que se trata, por ejemplo, transmitir en televisión la imagen de la víctima de un accidente al ser rescatada o transmitir la grabación sobre la conversación de esta con el paramédico dentro de la ambulancia. En el primer caso hay un interés público de conocer la noticia; mientras que, en el segundo, no existe tal interés.

La Corte Suprema de los EE. UU. ha determinado que existe una expectativa razonable de privacidad de los individuos en sus cuerpos, vestimenta y efectos personales; dentro de su hogar y alrededores inmediatos, y dentro del coche. Por el contrario, no hay expectativa de privacidad sobre objetos que estén a plena vista, en el asiento trasero de un automóvil, dentro de la basura en la acera, creciendo en un jardín exterior, ni sobre características personales como son muestras de escritura, voz, huellas digitales, cabello, sangre o ADN <sup>32</sup>.

#### 4. EXPECTATIVA RAZONABLE DE PRIVACIDAD EN EL NUEVO ENTORNO TECNOLÓGICO: USO DE TIC

Las TIC han aumentado nuestras posibilidades de comunicación e intercambio y obtención de información con el mundo, pero ello trae aparejado el incremento de la vulnerabilidad frente a intromisiones en nuestro ámbito íntimo y privado.

El acceso, retención masiva y uso de datos personales y de datos sensibles<sup>33</sup>, a través de medios electrónicos, para la creación de perfiles físicos y electrónicos de manera automatizada, que son utilizados de manera comercial con o sin autorización de los individuos, es la realidad a la que hoy se enfrenta el Derecho.

Ante esta complejidad, el Derecho ha optado por dar libertad al individuo de decidir qué información comparte y cuál resguarda a través del *principio de autodeterminación informativa*.<sup>34</sup> Sin embargo, para que este principio sea eficiente se requiere educar y concientizar a la población sobre lo que implica la privacidad al utilizar TIC.

A continuación, se realiza un breve análisis sobre si puede existir una expectativa razonable de privacidad en tres TIC:

32 *When the Fourth Amendment Applies, Op. cit.* En el caso de las características personales, esta posición sobre toma de muestras no es regla general en otros países, son datos sensibles sujetos de protección como parte del derecho a la intimidad, por lo que los jueces ponderan frente a otros derechos si es posible su vulneración.

33 Información personal que revela origen racial, étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, datos acerca de la vida sexual, hábitos personales y sobre el estado de salud física o psíquica. V. ANZIT Guerrero, Ramiro *et al.*, *El derecho informático: aspectos fundamentales*, Buenos Aires, Cathedra jurídica, 2010, p. 74

34 MENDOZA Iserte, Jonathan *et al.*, Datos personales: La expectativa razonable de privacidad, *Puntos finos: Revista especializada de consulta fiscal*, Año 11, Vol. 14, No. 245, diciembre de 2015, p. 104.

#### 4.1. Correo electrónico

El derecho a la intimidad incluye la protección de las comunicaciones privadas. La inviolabilidad de la correspondencia tiene un reconocimiento casi universal, sin embargo, esta protección fue desarrollada en el marco del correo tradicional, donde es claro que abrir un sobre está prohibido so pena de sanción, en tanto que leer una postal, es irrelevante jurídicamente. El correo electrónico opera de manera distinta. A continuación, se muestran algunas diferencias:

**Cuadro 1. Características del correo tradicional y el correo electrónico<sup>35</sup>**

Característica	Correo tradicional	Correo electrónico
Ejemplares	Un ejemplar original	Varios ejemplares: bandeja salida del emisor, bandeja de entrada del o los receptores, en uno o más servidores del Proveedor de Servicios de Internet, más las copias que se pudieran haber enviado del mismo y sus impresiones.
Destino	Es una dirección física determinada	Bandeja de entrada del receptor, la cual puede ser consultada en cualquier lugar del mundo con equipos o dispositivos diferentes, siempre que se tenga acceso a internet.
Conservación	Hasta que el destinatario decida	Aunque el destinatario quiera eliminarlo, quedan copias digitales en diferentes sitios y dispositivos, además de posibles impresiones.

La expectativa de privacidad de un correo electrónico, considerando sus diferencias con el correo tradicional, es mucho menor que otros medios de comunicación, incluso menor que una llamada telefónica. Esta expectativa puede reducirse aún más según la política de privacidad de los proveedores del servicio. Por ejemplo, Google realiza el escaneo automatizado de todos los correos electrónicos que se envían desde su plataforma Gmail para la administración de publicidad contextual<sup>36</sup>, y esto es aceptado expresamente por todos los usuarios de la plataforma, consciente o inconscientemente.

Adicionalmente, la expectativa de privacidad también depende del entorno en donde se produzca el correo electrónico. Al enviar un correo electrónico desde nuestra casa utilizando nuestro ordenador personal, a través de una red de internet contratada por nosotros, existe una expectativa de privacidad amplia; caso distinto del utilizar la computadora y red de la oficina, que son herramientas de

35 JIMENEZ Guzmán, Luis, Distintas maneras de atentar contra la vida privada de las personas a través de internet, *Revista académica*, Vol. 6, No. 10, Enero 2008, p.p. 105-106 y *Email privacy concerns* en *Findlaw.com*, <http://consumer.findlaw.com/online-scams/email-privacy-concerns.html> consultado el 23 de marzo de 2019.

36 Enrique Dans, *Op. cit.*

trabajo, cuya utilización está sujeta a las políticas de la empresa y al monitoreo o revisión del empleador<sup>37</sup>.

Si el patrón es el gobierno no existe expectativa de privacidad en el correo electrónico institucional de los servidores públicos, pues dados los principios de publicidad y transparencia que rigen la actuación gubernamental, el público puede tener acceso a casi cualquier documento, exceptuando los casos de información confidencial o reservada previstos por cada legislación.

Entonces si se desea proteger la información que se envía en un correo electrónico y evitar cualquier duda sobre su privacidad, lo que hay que hacer es encriptarlo<sup>38</sup>.

## 4.2. Internet

Al utilizar internet diversas páginas piden autorización para el uso de *cookies* o galletas<sup>39</sup>. Estas sirven para conservar información de las páginas visitadas, como nombre de usuario, preferencias de colores, espacios de la página ya visitados, para que la navegación sea más personal y conveniente. Las *cookies* se descargan directamente en la computadora del usuario, no tienen acceso a ningún dato del disco duro y, en principio, no pueden determinar la identidad del usuario. Estas se asocian a un sitio en internet específico, es decir, un sitio solo puede recoger las *cookies* que dejó y no las de otras páginas.

37 En este punto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha resuelto diversos casos balanceando el derecho a la privacidad del trabajador frente al derecho de la vigilancia de la buena conducta y buen uso de las herramientas del patrón. Como son, *Copland c. Reino Unido*, sentencia del 3 de abril de 2007 (recurso 62617/00), en la cual el Tribunal Europeo empieza a delimitar derechos implicados en las comunicaciones telefónicas, por correo electrónico e internet, un colegio público de Gales monitorea por varios meses la actividad de llamadas telefónicas, correo electrónico y conexiones a internet de una maestra, recolectando datos de su vida privada. En este caso el Tribunal concluyó en el párrafo 44 de la sentencia que “la obtención y las conservación, con desconocimiento por la recurrente, de datos de carácter personal que se relacionan con el uso que hacía del teléfono, del correo electrónico y de Internet han constituido una injerencia en el ejercicio del derecho de la interesada al respeto de su vida privada y de su correspondencia, en el sentido del artículo 8”, <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2007/253.html> consultado el 30 de marzo de 2019 y *Bărbulescu c. Rumania*, sentencia del 5 de septiembre de 2017 (recurso 61496/08) en la cual el Tribunal Europeo desarrolla las garantías para que la revisión de comunicaciones de naturaleza no profesional en el trabajo, mediante equipos electrónicos o de otro tipo, no sea arbitraria, párrafo 121, <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2017/754.html> consultado el 30 de marzo de 2019.

38 Existen otras acciones que vulneran la privacidad en el uso del correo electrónico, pero por cuestiones metodológicas no se abordan, como el caso del correo no deseado o *spam*.

39 Es un pedazo de información enviada por un servidor a un buscador web para que el programa de software que realiza las búsquedas lo guarde y envía información cada vez que el buscador web realice solicitudes adicionales al servidor, como cuando el usuario visita páginas de internet en el mismo sitio o relacionadas con él. V. *In Re Pharmatrak, Inc. Privacy Litigation*, Corte de Apelaciones del Primer Circuito, EE. UU, 9 de mayo de 2003, <http://caselaw.findlaw.com/us-1st-circuit/1136968.html> consultado el 30 de marzo de 2019.

Como el cuento de Hansel y Gretel, estas migajas electrónicas van creando un perfil exacto y minuciosos de nuestras preferencias en la red, nuestros hábitos de consumo, tiempo de navegación, intereses (de todo tipo), posibilidades económicas, a través de nuestra dirección IP<sup>40</sup>. En este caso, no es la información suelta la que afecta, sino la información agregada la que vulnera nuestra privacidad <sup>41</sup>.

Generalmente, las *cookies* utilizan el sistema *opt-int*, es decir, para instalarse requieren de autorización del usuario. Al aceptar su instalación, dependiendo de la política de privacidad de cada sitio, el usuario está consintiendo compartir información de su ámbito íntimo y privado, pues permite que su rastro en la red quede grabado con lo cual renuncia a su expectativa de privacidad, o por lo menos, la reduce.

Es necesario señalar que las *cookies* pueden ser colocadas sin el conocimiento del usuario y sin que este se percate, aquí estamos frente a una violación directa del derecho a la privacidad<sup>42</sup>. La divulgación de la información que se recolecta por medio de las *cookies* podría ocasionar afectaciones en la vida de las personas, por ejemplo, el despido de un trabajo por visitar una página de internet con contenidos contrarios a los principios de la empresa; ser sujetos de vigilancia cibernética antiterrorista después de visitar un sitio de cómo hacer bombas caseras, o tener un incremento en la prima de un seguro después de buscar sitios sobre curas para el cáncer.

En el caso *In Re Pharmatrak, Inc. Privacy Litigation*, resuelto por la Corte de Apelaciones del Primer Circuito de EE. UU. en 2003, se aborda el tema del rastreo de *cookies* de usuarios de sitios propiedad de socios comerciales del tercero que recolecta la información. La Corte determinó que esta recolección y monitoreo de datos era ilegal al vulnerar las disposiciones de la Ley sobre Privacidad en Comunicaciones Electrónicas de 1986 (ECPA, por sus siglas en inglés).<sup>43</sup> En este asunto, los demandantes fueron los socios comerciales y no los usuarios directos de los sitios de internet.

Es decir, en el caso de instalación no autorizada de *cookies* se conserva una expectativa razonable de privacidad que puede ser alegada en tribunales. Aun así, la mejor forma de proteger la privacidad es tomarse el tiempo de leer y entender la política de privacidad y los usos que se dará a la información recolectada, para tomar una mejor decisión sobre si se accede o no al sitio, o bien, borrar de manera regular las *cookies* almacenadas en nuestros equipos, no solo computadoras, sino cualquier equipo con acceso a internet.

40 Siglas en inglés de Protocolo de Internet, es un número que identifica una conexión de un equipo dentro de una red. Esta sirve para que los enrutadores (*routers*) determinen el tramo de red que usarán para enviar un paquete de datos entre dos equipos (origen y destino), V. <https://www.rfc-es.org/rfc/rfc0791-es.txt> consultado el 30 de marzo de 2019.

41 JIMENEZ Guzmán, Luis, *Op. cit.*, p. 116

42 Íbidem, p.p. 115-118

43 V. *In Re Pharmatrak, Inc. Privacy Litigation*, Corte de Apelaciones del Primer Circuito, EE. UU, 9 de mayo de 2003, disponible en <http://caselaw.findlaw.com/us-1st-circuit/1136968.html> consultado el 30 de marzo de 2019.

### 4.3. Redes sociales

Las redes sociales son “...plataformas de comunicación en línea que permiten a los individuos crear redes de usuarios que comparten intereses comunes.”<sup>44</sup>

Estas redes tienen las siguientes características:<sup>45</sup>

- i. Relacionan a una audiencia cuya integración queda fuera del control de quien participa de ella.
- ii. El tamaño potencial de la audiencia es inmenso.
- iii. Los usuarios pueden poner su propio contenido en línea
- iv. Los registros digitales realizados en sus plataformas son almacenados.
- v. Existe gran facilidad para recuperar contenidos de la comunicación selectivamente, según el interés que despierten en escenarios futuros, imposibles de prever.
- vi. Es posible cambiar la confianza con los integrantes de la audiencia.
- vii. El proveedor del servicio de la red social fija los datos personales que debe proporcionar el usuario para generar su perfil y el contenido de las políticas de privacidad que rigen el uso de su red.
- viii. La mayoría de los proveedores de servicios de la red generan sus ingresos a través de publicidad que se difunde en las páginas creadas por los usuarios o a las que acceden.

Entre las redes sociales más populares se encuentran Facebook (2271 M de usuarios), Youtube (1900 M), Instagram (1000 M), Twitter (326 M), LinkedIn (303 M), entre otras.<sup>46</sup>

Son dos las preocupaciones principales sobre la protección de la privacidad en redes sociales: i. el manejo que los proveedores de servicios de red realizan de la información que los usuarios cargan para fines comerciales y ii. la extimidad que los usuarios desarrollan al estar en línea.

44 *Dictamen 5/2009 sobre las redes sociales en línea*, Comisión Europea, Grupo de Trabajo sobre protección de datos del artículo 29, p. 5, [https://www.apda.ad/sites/default/files/2018-10/wp163\\_es.pdf](https://www.apda.ad/sites/default/files/2018-10/wp163_es.pdf), consultado el 30 de marzo de 2019.

45 Ídem y Comisión Iberoamericana de Ética Judicial de la Cumbre Judicial Iberoamericana, *Documento redes sociales* de 9 de diciembre de 2015, <http://www.cumbrejudicial.org/ii-reunion-preparatoria/materiales-de-trabajo-segunda-preparatoria-edicion-xix/69-comisiones-permanentes/552-cej> consultado el 27 de marzo de 2019.

46 *Digital 2019 Global Digital Overview (January 2019)*, lámina 81, <https://www.slideshare.net/DataReportal/digital-2019-global-digital-overview-january-2019-v01>, consultado el 30 de junio de 2019.

En relación con la primera preocupación, los sistemas jurídicos nacionales han desarrollado herramientas para proteger los datos personales en posesión de particulares. Los proveedores de servicios de red están obligados a respetar la legislación en esta materia y los usuarios tienen la expectativa razonable de que sus datos personales sean tratados conforme a ella<sup>47</sup>. Existe un régimen jurídico que provee de recursos, sanciones y reparaciones que puede ser utilizado, si es que se llega a conocer un mal uso de la información. Un ejemplo reciente de esto es el escándalo de *Cambridge Analytica*, empresa inglesa que obtuvo información de más de 50 M de usuarios de Facebook, a partir de un *test* dentro de la red, como insumo para manipular psicológicamente a los votantes en las elecciones 2016 de EE.UU.<sup>48</sup> En este caso, habrá que analizar si Facebook cumplió con la legislación en materia de protección de datos; si así fue, Facebook no será responsable y los usuarios que aceptaron que el *test* accediera a sus datos personales dentro de la red serán los que se queden con el daño<sup>49</sup>.

Lo que nos lleva directamente a la segunda preocupación. En este nuevo milenio parecería que las personas que se incorporan a una red social poco les importan sus derechos a la intimidad y a la privacidad, existe una relajación generalizada sobre lo privado<sup>50</sup>, los usuarios de redes sociales comparten gran cantidad de información (datos e imágenes) de su vida privada, familia y amigos; al momento en que esta información se sube a la red, se pierde el control de quién la ve o conoce.<sup>51</sup>

En estos sitios es normal ver como los usuarios “...exteriorizan la intimidad –extimidad– y desconocen en mayor medida la utilización, que, de esos datos, se hace...”<sup>52</sup>. Los usuarios de redes sociales construyen una identidad virtual, donde muestran su mejor

47 En el caso de México sería bajo los principios de licitud, consentimiento, información, calidad, finalidad, lealtad, proporcionalidad y responsabilidad previstos en la Ley Federal de Protección de Datos Personales en posesión de particulares (DOF 5 de julio de 2010) y su reglamento (DOF 21 de diciembre de 2001). En la Unión Europea aplicaría, por ejemplo, la *Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*, de 24 de octubre de 1995, *relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos*

48 V. 5 claves para entender el escándalo de Cambridge Analytica y Facebook, *Animal Político*, <https://www.animalpolitico.com/2018/03/5-claves-cambridge-analytica-facebook/> consultado el 25 de marzo de 2019.

49 En este punto aplica la máxima jurídica de “Nadie puede alegar su propia torpeza a su favor” (*Nemo auditur propria turpitudine allegans*).

50 CÓRDOBA Castroverde, Diego y Díez-Picazo Giménez, Ignacio, Reflexiones sobre los retos de la protección de la privacidad en un entorno tecnológico en *El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico*, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Madrid, 2016, p. 102

51 De allí las expresiones “se hizo viral” o “viralizó”, cuando un vídeo o fotografía del ámbito privado tiene alcances nacionales, regionales o incluso mundiales.

52 MORENO Navarrete, Miguel Ángel, Aspectos jurídicos privados de las tecnologías Web 2.0 y su repercusión en el derecho a la intimidad en BOIX Reig, Javier (dir) y JAREÑO Leal, Ángele (coord.), *La protección jurídica de la intimidad*, Madrid, Iustel, 2010, p. 335

cara y hacen cosas que en el mundo *offline* nunca se atrevería a hacer<sup>53</sup>, y a veces se colocan en situaciones donde su propia imagen y la consideración social y profesional podría verse afectada, que es cuando surge el conflicto.

Las personas, a partir de sus acciones, determinan dónde empieza y dónde acaba su ámbito íntimo. Esto se aplica a los usuarios de las redes sociales, la extimidad determina los límites que cada uno reconoce y valora perteneciente a este ámbito. Así, lo que se debe proteger y lo que queda fuera de ese ámbito se puede conocer a partir de las preferencias o *settings* de privacidad que cada usuario selecciona en su perfil social.<sup>54</sup>

Tribunales de diversos países se han enfrentado al tema de determinar que es público y que es privado dentro de las redes sociales. Un primer caso fue resuelto por el Quinto Tribunal Colegiado del Primer Circuito en materia penal de México<sup>55</sup>, en este la víctima de un delito buscó en Facebook la fotografía de su posible agresor, utilizando una búsqueda aleatoria a partir del nombre que recordaba, obteniendo así una impresión de su foto de perfil que ayudó en la investigación y sanción del delito. En este caso, el tribunal reconoció que la información contenida en páginas de internet puede resultar útil como medio probatorio, siempre que no se utilicen mecanismos para violar la privacidad de las personas. En este asunto, el tribunal consideró que, como las políticas de privacidad de dicha red social establecen que la “fotografía de perfil” es de naturaleza pública y cualquier persona puede “verla”, su utilización como medio de prueba sin el consentimiento del usuario no transgrede su derecho a la privacidad, es decir, para este caso el tribunal no consideró que el inculpado tuviera una expectativa razonable de privacidad sobre su foto de perfil en Facebook tratándose de una investigación criminal.

Un caso similar fue resuelto en 2017 por el Supremo Tribunal de Justicia español, al contrario que el tribunal mexicano, este determinó que, aunque un usuario estableciera su privacidad en Facebook como accesible al público en general (no solo su foto de perfil, sino todo su muro), eso no implicaba una autorización para que un tercero, en este caso un periódico, reprodujera una fotografía en un medio de comunicación sin su consentimiento. El argumento del Supremo se basó en que el usuario tiene una expectativa de compartir contenidos con terceros y que estos tengan acceso a su cuenta, pero no que su información se publique en un medio de comunicación<sup>56</sup>. El Tribunal

53 OROZCO González, Margarita, Redes sociales e intimidad: «El país de las maravillas 2.0», en ANARTE Borrallo *et al.* (coords.), *Nuevos conflictos sociales. El papel de la privacidad*, Madrid, Iustel, 2015, p.169

54 *Ibidem*, p.183

55 Amparo en revisión 141/2015, sentencia del 18 de septiembre de 2015 y Tesis Aislada I.5o.42 P (10ª) *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro 24, noviembre de 2015, Tomo IV, p. 3603, <https://tinyurl.com/y4k2jj9g>, consultado el 26 de abril de 2019.

56 REYES Rincón, El Supremo dicta que un periódico no puede usar la foto de una persona publicada en su cuenta de Facebook, en *El País*, Madrid, 20 de febrero de 2017, [https://politica.elpais.com/politica/2017/02/20/actualidad/1487592858\\_704141.html](https://politica.elpais.com/politica/2017/02/20/actualidad/1487592858_704141.html) consultado el 20 de febrero de 2019.

reconoció que existía una expectativa razonable de privacidad de un usuario de Facebook frente a injerencias de un medio de comunicación.

Como puede observarse, el tema de la privacidad en redes sociales está en desarrollo y aún no existen criterios jurisdiccionales unificados para abordarlo.

## 5. CONCLUSIONES

*La realidad siempre supera la ficción.* El desarrollo de los sistemas jurídicos para proteger los derechos a la privacidad y la intimidad en los nuevos entornos tecnológicos no es homogéneo, ni a nivel país ni por tipo de TIC, por lo que estos sistemas son puestos a prueba día con día, sobre todo en sede judicial, para identificar los ámbitos público y privado y proteger la privacidad e intimidad frente a los efectos perjudiciales que trae aparejado el uso de las TIC y el desconocimiento de los usuarios.

La expectativa razonable de privacidad de un usuario de TIC está sujeta a diversos supuestos, entre los que destaca el tipo de TIC de que se trate, como ya se vio no es lo mismo utilizar un correo electrónico gubernamental que una red social con perfil de privacidad cerrado.

Muchos de estos supuestos no están bajo el control de los usuarios son impuestos por las plataformas que se utilizan (políticas de privacidad, funcionamiento de servidores, avances tecnológicos etc.); y aun cuando este dentro de su ámbito de autodeterminación informativa (*opt-in*), dónde los usuarios pueden cuidar de su información o conocer cómo se utilizará, renuncian a ella sin ser plenamente consciente de lo que ello implica.

Para una mejor protección de los derechos a la privacidad e intimidad se requiere que las personas conozcan las consecuencias del uso de TIC frente a sus derechos a la intimidad y la privacidad y así, con elementos objetivos de juicio, ejerzan conscientemente su derecho a la autodeterminación informativa, ya que ello al final servirá de punto de partida para que los tribunales resuelvan si la información compartida a través de TIC cuenta con una expectativa razonable de privacidad y, por ello está protegida por los derechos a la intimidad y privacidad o no.

## 6. FUENTES DE CONSULTA

- , 5 claves para entender el escándalo de Cambridge Analytica y Facebook, *Animal Político*, <https://www.animalpolitico.com/2018/03/5-claves-cambridge-analytica-facebook/>, consultado el 25 de marzo de 2019.
- , Merriam-Webster's Dictionary of Law, <https://www.merriam-webster.com/legal/>, consultado el 29 de marzo de 2019.

ANZIT Guerrero, Ramiro *et al.*, *El derecho informático: aspectos fundamentales*, Buenos Aires, Cathedra jurídica, 2010, p. 295.

- BELLOCH Orti, Consuelo, *Las tecnologías a la información y comunicación (T.I.C.)*, Universidad de Valencia, <https://www.uv.es/~bellochc/pdf/pwtic1.pdf>, consultado el 20 de marzo de 2019.
- CABERO Almenara, Julio, “Impacto de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en las organizaciones educativas”, en LORENZO, M. y otros (coords), *Enfoques en la organización y dirección de instituciones educativas formales y no formales*, Granada, Grupo Editorial Universitario, 1998, p.p. 197-206.
- COBOS Campos, Amalia Patricia, “El Contenido del derecho a la intimidad”, *Cuestiones constitucionales*, No. 29, Jul-Dic 2013, p.p. 45-81.
- COMISIÓN IBEROAMERICANA DE ÉTICA JUDICIAL DE LA CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA, *Documento redes sociales* de 9 de diciembre de 2015, <http://www.cumbrejudicial.org/ii-reunion-preparatoria/materiales-de-trabajo-segunda-preparatoria-edicion-xix/69-comisiones-permanentes/552-ciej> consultado el 27 de marzo de 2019.
- CÓRDOBA Castroverde, Diego y Díez-Picazo Giménez, Ignacio, “Reflexiones sobre los retos de la protección de la privacidad en un entorno tecnológico” en *El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico*, Madrid, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Asociación de letrados del Tribunal Constitucional, 2016, p.p. 99-122.
- DANS, Enrique, *La red y la expectativa objetiva de privacidad*, 2013, <https://www.enrique-dans.com/2013/08/la-red-y-la-expectativa-objetiva-de-privacidad.html>, consultado el 23 de marzo de 2019.
- ESCALALANTE Gonzalbo, Fernando, *El derecho a la privacidad*, 3ª ed., México, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, 2006, p. 42.
- GARZÓN Valdés, Ernesto, “Lo íntimo, lo privado y lo público”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *Problemas contemporáneos de la Libertad de Expresión*, México, Porrúa – CNDH, 2004, p.p. 39-66.
- JIMENEZ Guzmán, Luis, “Distintas maneras de atentar contra la vida privada de las personas a través de internet”, *Revista académica*, Vol. 6, No. 10, Enero 2008, p.p. 103-139.
- MARCIANI Burgos, Betzabé, *El Derecho a la Libertad de Expresión y la Tesis de los Derechos Preferentes*, Lima, Palestra, 2004, p. 474.
- MENDOZA Iserte, Jonathan *et al.*, “Datos personales: La expectativa razonable de privacidad”, *Puntos finos: Revista especializada de consulta fiscal*, Año 11, Vol. 14, No. 245, diciembre de 2015, p.p. 102-106.
- MORENO Navarrete, Miguel Ángel, “Aspectos jurídicos privados de las tecnologías Web 2.0 y su repercusión en el derecho a la intimidad” en BOIX Reig, Javier (dir) y JAREÑO Leal, Ángele (coord.), *La protección jurídica de la intimidad*, Iustel, Madrid, 2010, p.p. 335-360.
- OROZCO González, Margarita, “Redes sociales e intimidad: «El país de las maravillas 2.0»”, en ANARTE Borralló *et al.* (coords.), *Nuevos conflictos sociales. El papel de la privacidad*, Madrid, Iustel, 2015, p.169-196.
- REYES Rincón, “El Supremo dicta que un periódico no puede usar la foto de una persona publicada en su cuenta de Facebook”, *El País*, Madrid.

[https://politica.elpais.com/politica/2017/02/20/actualidad/1487592858\\_704141.html](https://politica.elpais.com/politica/2017/02/20/actualidad/1487592858_704141.html), consultado el 20 de febrero de 2019.

WARREN, Samuel D. y Louis D. Brandeis, "The right to privacy", en *Harvard Law Review*, Vol. 4, No. 5., 15 de diciembre de 1890, p.p. 193-220, <http://links.jstor.org/sici?sici=0017-811X%2818901215%294%3A5%3C193%3ATRTP%3E2.0.CO%3B2-C>, consultado el 20 de marzo de 2019.

Corte de Apelaciones del Primer Circuito de EE. UU., *In Re Pharmatruk, Inc. Privacy Litigation*, sentencia del 9 de mayo de 2003, <http://caselaw.findlaw.com/us-1st-circuit/1136968.html> consultado el 30 de marzo de 2019.

Corte Suprema de EE. UU., *Caso Katz v. United States*, sentencia del 18 de diciembre 1967, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/case.html> consultado el 30 de marzo de 2019.

*Dictamen 5/2009 sobre las redes sociales en línea*, Comisión Europea, Grupo de Trabajo sobre protección de datos del artículo 29, [https://www.apda.ad/sites/default/files/2018-10/wp163\\_es.pdf](https://www.apda.ad/sites/default/files/2018-10/wp163_es.pdf), consultado el 30 de marzo de 2019.

*Digital 2019 Global Digital Overview (January 2019)*, <https://www.slideshare.net/DataReportal/digital-2019-global-digital-overview-january-2019-v01>, consultado el 30 de junio de 2019.

TEDH, *Bărbulescu c. Rumania*, sentencia del 5 de septiembre de 2017 (recurso 61496/08), <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2017/754.html> consultado el 30 de marzo de 2019.

TEDH, *Copland c. Reino Unido*, sentencia del 3 de abril de 2007 (recurso 62617/00), <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2007/253.html> consultado el 30 de marzo de 2019.

Tesis 1ª CCXIV/2009, Primera Sala, Tesis Aislada, 9ª época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXX, diciembre de 2009, p. 227, <https://tinyurl.com/y47vzysw> consultada el 23 de marzo de 2019.

Tesis Aislada I.5o.42 P (10ª) *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro 24, noviembre de 2015, Tomo IV, p. 3603, <https://tinyurl.com/y4k2jj9g>, consultado el 26 de abril de 2019.

<http://tutorial.cch.unam.mx/bloque4/lasTIC>, consultada el 19 de marzo de 2019.

<http://tugimnasiacerebral.com/herramientas-de-estudio/que-son-las-tics-tic-o-tecnologias-de-la-informacion-y-la-comunicacion>, consultada el 19 de marzo de 2019.

<https://www.rfc-es.org/rfc/rfc0791-es.txt>, consultado el 30 de marzo de 2019.

[www.findlaw.com](http://www.findlaw.com), consultado el 23 de marzo de 2019.



# LA DIGNIDAD HUMANA ENTRE LOS DERECHOS SOCIALES Y LAS CRISIS ECONÓMICAS

Por VÍCTOR BAZÁN<sup>1</sup>

**RESUMEN:** Se estudia la juridicidad y la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. A partir de su condición de “fundamentalidad” al menos en el ámbito latinoamericano, aunque también reclamada –verbigracia– por un sector doctrinario en España, se examinará el tópico de la potencialidad que los DESC receptan como precondiciones para el ejercicio de significativos derechos civiles y políticos. Por lo que nos referiremos a la justiciabilidad del quebrantamiento de la progresividad exigida o de la prohibición del dictado infundado de medidas regresivas en el campo de las políticas públicas, añadiendo algunos sucintos comentarios sobre el control social y democrático de éstas.

**PALABRAS CLAVE:** Derechos económicos, Derechos sociales, Derechos culturales, Derechos civiles, Derechos políticos.

**ABSTRACT:** The juridicity and justiciability of economic, social and cultural rights are studied on this essay. Based on their condition of “fundamentality” at least in the Latin American sphere, although also claimed by a doctrinal sector in Spain, the topic of the potential that ESCRs receive as preconditions for the exercise of significant civil rights and politicians. With regard to the justiciability of the breach of the required progressivity or the prohibition of the unfounded dictation of regressive measures in the field of public policies, adding some succinct comments on their social and democratic control.

**KEYWORDS:** Economic rights, Social rights, Cultural rights, Civil rights, Political rights.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. SOBRE CIERTOS PREJUICIOS Y SUPUESTAS DIFICULTADES EN TORNO A LOS FUNDAMENTOS Y LA ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS SOCIALES. 3. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES COMO DERECHOS VERDADEROS Y GENUINOS. 4. LOS DERECHOS SOCIALES COMO PRECONDICIONES PARA EL GOCE DE NO POCOS NI INTRASCENDENTES DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. 5. ACERCA DE LA OBLIGACIÓN ESTATAL DE PROGRESIVIDAD Y LA PROHIBICIÓN DE REGRESIVIDAD INJUSTIFICADA. 6. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES Y LOS LÍMITES A SUS RESTRIC-

---

1 Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Mendoza, Argentina (Arg.). Posdoctorando en Derecho por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Posgraduado en “Justicia Constitucional y protección de los derechos fundamentales”, Universidad de Pisa, Italia. Posgraduado en “Constitucionalismo y Democracia”, Universidad de Castilla-La Mancha, campus Toledo, España. Profesor Invitado de Posgrado y Doctorado, Facultad de Derecho, UBA y en otras universidades argentinas y extranjeras. Catedrático Titular de las siguientes asignaturas: Derecho Constitucional y Derechos Humanos; Derecho Procesal Constitucional; y Derecho Internacional Público, Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Arg.). Ha publicado, dirigido y participado –según corresponda– en más de 130 libros y es autor de alrededor de 260 artículos y ensayos jurídicos publicados en Arg. y el extranjero. Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Arg.) y, entre muchas otras instituciones académicas, Miembro del Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires (Arg.).

CIONES EN TIEMPOS DE CRISIS. 7. UN CASO TESTIGO SOBRE LA VINCULACIÓN ENTRE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES. 8. EN TORNO A LA DIGNIDAD HUMANA, LOS CONTENIDOS ESENCIALES DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES Y OTROS TEMAS. 9. CONSIDERACIONES FINALES. 10. FUENTES DE CONSULTA.

## 1. INTRODUCCIÓN

En el tramo inicial de este ensayo afrontaremos la aparentemente interminable discusión doctrinaria alimentada por ciertos prejuicios y supuestas dificultades en torno a los fundamentos y la estructura de los derechos sociales.

Luego nos referiremos a la juridicidad y la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante DESC o simplemente derechos sociales).

En ese momento, y a partir de su condición de “fundamentalidad” al menos en el ámbito latinoamericano, aunque también reclamada –verbigracia– por un sector doctrinario en España<sup>2</sup>, se examinará el tópico de la potencialidad que los DESC receptan como precondiciones para el ejercicio de significativos derechos civiles y políticos (en lo sucesivo, también DCP).

Seguidamente, se aportarán unas notas sobre la obligación estatal de garantizar la progresividad a los derechos sociales, deber que es preciso articular sincrónicamente con la prohibición de retrogradarlos injustificadamente. Asimismo, nos referiremos a la justiciabilidad del quebrantamiento de la progresividad exigida o de la prohibición

---

2 Es así como en España, Terol Becerra y Jimena Quesada en la ‘Presentación’ del libro sobre protección de derechos sociales que *infra* identificaremos con más detalle, y para explicar el porqué del mismo, expresivamente afirman: “Ante todo, para demostrar sin ambages que *tales derechos no están aquejados de alergia jurídica alguna para su defensa efectiva como derechos fundamentales en el plano constitucional y en el terreno internacional sino que, por el contrario, se encuentran en pie de igualdad y en situación de interdependencia e indivisibilidad con los demás derechos*, con los que comparten análoga problemática en materia de desarrollo, de interpretación, de aplicación y, en última instancia, de *justiciabilidad*” –énfasis agregado– (Manuel Terol Becerra y Luis Jimena Quesada [dirs.], *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 19). Entre otros aportes, en esta obra puede compulsarse el trabajo de Guillermo Escobar Roca, “Indivisibilidad y derechos sociales: de la Declaración Universal a la Constitución”, pp. 75-87. Por nuestra parte, nos permitimos aclarar que la estructuración de los derechos sociales en la Constitución española muestra que ellos no figuran en el catálogo de derechos fundamentales (a excepción del derecho a la educación que sí está incluido en éste), sino entre los *principios rectores de la política social y económica* (arts. 39 a 52). Semejante distinción supone que los derechos sociales no son exigibles en tanto no sean objeto de *desarrollo legislativo* en los términos del art. 53.3, *ibid.*, sin olvidar por su parte la imposibilidad jurídica de recurrir directamente su violación en amparo ante el Tribunal Constitucional. En realidad, un recurso de tal tenor sólo corresponde a los “derechos fundamentales y libertades públicas” que se enumeran en los arts. 14 a 29, *ibid.*, siendo solamente viables los recursos que exuden una *especial trascendencia constitucional*, lo que se ponderará en función de su importancia para la interpretación de la Constitución, su aplicación o su general eficacia, aunque también para la determinación y contenido de los derechos fundamentales.

del dictado infundado de medidas regresivas en el campo de las políticas públicas, añadiendo algunos sucintos comentarios sobre el control social y democrático de éstas.

De inmediato, se planteará la necesidad de que exista una férrea defensa de los contenidos esenciales de cada DESC en épocas críticas o tormentosas que pudieran ponerlos en jaque.

A continuación, y a efectos ilustrativos, tomaremos un caso testigo en el escenario colombiano acerca del marco de sostenibilidad fiscal y el incidente de impacto fiscal incorporados en fecha relativamente reciente a la Constitución Política de ese país y su vinculación con la protección de los derechos sociales.

Será entonces hora de ofrecer ciertas consideraciones sobre la inescindible conexión de los DESC con la dignidad humana y el imprescindible resguardo de los contenidos mínimos de tales derechos.

Una vez transitado el camino descripto, arribaremos al epílogo, que contendrá un puñado de reflexiones conclusivas que vendrán a acoplarse a otras ya contenidas en el cuerpo de esta contribución.

## **2. SOBRE CIERTOS PREJUICIOS Y SUPUESTAS DIFICULTADES EN TORNO A LOS FUNDAMENTOS Y LA ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS SOCIALES**

### **A) Preliminar**

Inicialmente debemos reiterar que carecen de sustento y asidero las pretendidas diferencias estructurales que, según se ha postulado desde algunos sectores doctrinarios, mediarían entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, que exigirían visualizarlos como categorías de derechos necesariamente diversas.

Desde nuestro punto de mira, no existen diferencias categoriales ni cualitativas entre sí.

### **B) Descartando preconceptos**

Para recrear mediante formulaciones antinómicas algunas de tales supuestas disimilitudes orgánicas (que negamos) y otros preconceptos en torno a los derechos sociales (todos aquéllos con una pátina de anacronismo), mencionaremos las siguientes tres a simple modo de muestra<sup>3</sup>, advirtiendo que en cada uno de los primeros

---

3 Por supuesto, hay muchos más prejuicios, objeciones y minimizaciones respecto de los derechos sociales. Por ejemplo, Rossetti identifica los siguientes “doce mitos” en torno a estos derechos, explicando por qué resultan incorrectos: *i*) No son derechos humanos (o no son “verdaderos” derechos humanos); *ii*) son menos importantes (respecto de los derechos civiles y políticos); *iii*) son “solamente” derechos

enunciados hacemos referencia a los derechos civiles y políticos y en los segundos a los DESC: *i*) derechos perfectos vs. derechos imperfectos; *ii*) derechos que sólo demandan del Estado una conducta de abstención vs. derechos que reclaman acciones positivas; y *iii*) derechos que no requieren erogaciones del Estado vs. derechos prestacionales.

Como puede suponerse, las categorizaciones diferenciales que se han empleado son muy numerosas y aquí nos hemos limitado a enunciar ilustrativamente algunas de ellas<sup>4</sup>. Ninguna es consistente ni decisiva.

En cuanto a la primera, si la presunta imperfección o debilidad intrínseca se conecta con inconsistencias estructurales de los DESC que los tornan insusceptibles de ser reclamados judicialmente, siempre existe al menos una faceta de exigibilidad judicial del derecho en cuestión para evitar que se diluya su núcleo elemental.

Desde luego, con ser importante la vía procesal para procurar la tutela de los DESC ella no es la única opción tuitiva.

Por último, ontológicamente los derechos sociales son tan derechos como los civiles y políticos, reconducibles ambos en última instancia a la dignidad humana que es sólo una también.

Del mismo modo, carece de fundamento predicar que solamente los DESC requerirían acciones positivas de parte del Estado, pues los civiles y políticos también las demandan ya que, de lo contrario, bastaría una mera inacción estatal (abstención) para que éstos quedaran abastecidos, lo que lejos está de ser razonable y suficiente *vis-à-vis* las crecientes exigencias del Estado Constitucional y Convencional y los propios compromisos internacionalmente asumidos por los países.

En punto a la tercera cuestión, ligada a la segunda, comenzaremos con un ejemplo asociado por antonomasia a los *derechos civiles*: la efectividad del *derecho a la vida*.

---

de prestación; *iv*) son mucho más costosos que aquéllos; *v*) no son universales; *vi*) son programáticos; *vii*) no pueden ser asegurados por la legislación; *viii*) no son exigibles; *ix*) comportan “mandatos” para políticas públicas y los jueces no pueden hacer política; *x*) en ellos la “conducta debida” no es claramente determinable; *xi*) son incompatibles con el libre mercado; y *xii*) no deben ser constitucionalizados (Andrés Rossetti, “Algunos mitos, realidades y problemas en torno a los derechos sociales”, en Silvina Ribotta y Andrés Rossetti [eds.], *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*, Colección Debates del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, N° 13, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 112 y ss.).

- 4 Sólo por citar algún autor que trata ciertos elementos diferenciales, y bajo el título de “Taking Economic Rights Seriously” (capítulo 6), Wellman se refiere a determinadas dificultades interrelacionadas en la teoría de los derechos económicos, aludiendo a: la de escasez de recursos (“scarce resources”), la de especificación de su contenido (“specifying content”), la de identificación de los segundos obligados (“identifying second parties”) y la de localización del título que confiere el derecho (“locating the title”) [Carl Wellman, *An Approach to Rights. Studies in the Philosophy of Law and Morals*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1997, pp. 105 y ss.].

Como ha puesto en evidencia Ansuátegui Roig, la eficacia protectora de tal derecho no sólo exige la ausencia de agresiones, sino que requiere “la puesta en marcha de dimensiones prestacionales que tiene[n] que ver con la articulación de un sistema de seguridad pública y con la articulación de cuerpos y fuerzas de seguridad”<sup>5</sup>.

De su lado, por lo que toca a los *derechos sociales*, no todos ellos demandan prestaciones positivas. Piénsese, por ejemplo, en los casos de la libertad sindical o el derecho de huelga.

Resumiendo, los tipos de derechos civiles y políticos, de una parte, y de DESC por la otra, no son respectivamente intercambiables por los de derechos de abstención y derechos de prestación. La cuestión es mucho menos lineal y ciertamente más compleja.

A esta altura de la indagación, cabría preguntarnos: ¿existen verdaderamente derechos gratuitos o de costo cero para el Estado? La respuesta no puede ser sino negativa.

Es claro que los derechos civiles y políticos también demandan prestaciones. Imaginemos por ejemplo, respecto de los civiles, la necesidad de implementar (y mantener) una estructura policial para la seguridad ciudadana o un sistema de administración de justicia; o, ya acerca de los políticos, en la muy onerosa infraestructura electoral necesaria para canalizar el derecho al sufragio<sup>6</sup>.

Como han afirmado Sunstein y Holmes, “[e]l costo de los derechos no sólo plantea cuestiones de transparencia y responsabilidad democrática en el proceso de asignación de recursos: también nos lleva inesperadamente al corazón de la teoría moral, a problemas de ética distributiva y de justicia distributiva”<sup>7</sup>.

En síntesis, siguiendo a Hierro, *la protección de los derechos siempre es, en todo caso, costosa*<sup>8</sup>. El sostenimiento y el desiderátum de fortalecimiento cualitativo de la democracia y la institucionalidad del Estado Constitucional, también lo son.

5 Francisco J. Ansuátegui Roig, “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”, en Silvina Ribotta y Andrés Rossetti (eds.), cit., p. 56.

6 Al referirse a lo que denomina “derechos a prestaciones (en sentido amplio)”, Alexy identifica tres grupos: *i*) derechos a protección; *ii*) derechos a organización y procedimiento; y *iii*) derechos a prestaciones en sentido estricto (Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 1ª ed., 2ª reimpr., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales [CEPC], trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, 2001, pp. 430 y ss.).

Respecto de los “derechos a prestaciones en sentido estricto”, a los que llama derechos sociales fundamentales, los distingue entre “derechos a prestaciones explícitamente estatuidos” y “derechos a prestaciones adscriptos interpretativamente” (*ibid.*, pp. 482 y ss.).

7 Stephen Holmes y Cass R. Sunstein, *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Siglo XXI Editores, trad. de Stella Mastrangelo, Buenos Aires, 2011, p. 246.

8 Liborio L. Hierro, “Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 30, 2007, Universidad de Alicante, Alicante, p. 252, nota 5.

Y en esta dinámica de costos y prestaciones participan –en mayores o menores medidas y tenor de exigencia– todos los derechos, con independencia de si son civiles y políticos o económicos, sociales y culturales.

A propósito de tal cuadro relacional entre democracia y derechos humanos básicos, y para cerrar este breve apartado, traemos a colación a Comanducci quien explica que en la versión de democracia de Bobbio (la democracia no sólo como método, sino también como ideal igualitario), de Ferrajoli y otros autores, “la democracia más allá de ser un procedimiento de toma de decisiones colectivas, es *isonomía*, es decir, igualdad en la distribución a todos de los derechos fundamentales (...): lo que no se puede decidir son violaciones a los derechos fundamentales; lo que se debe decidir es la implementación de los derechos fundamentales. La igualdad de todos en los derechos es (...) también un presupuesto de esta versión de la democracia”<sup>9</sup> –cursivas del original–.

### 3. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES COMO DERECHOS VERDADEROS Y GENUINOS

#### A) Universalidad de los derechos e integralidad de su protección

Aunque pueda resultar obvio, debe recalarse que *los derechos económicos, sociales y culturales no son derechos “de segunda calidad” en comparación con los civiles y políticos.*

Evidentemente, y como anticipábamos en el apartado anterior, no han faltado voces que califican a los primeros como derechos incompletos. A la luz del grado de evolución que hoy presenta el derecho internacional de los derechos humanos, una minusvaloración de ese talante resulta absolutamente injustificable.

Ya la Proclamación de Teherán, documento final de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos (Teherán, 13 de mayo de 1968), en su párrafo 13 determinaba: “Como los derechos humanos y las libertades fundamentales son *indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible.* La consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social” –énfasis agregado–.

En su hora, la Resolución 32/130 aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas (ONU) el 16 de diciembre de 1977<sup>10</sup> (luego de la entrada en vigor de los Pactos de DCP y de DESC de 1966<sup>11</sup>), relativa a los “Distintos criterios y medios posibles dentro del

9 Paolo Comanducci, “Democracia y derechos fundamentales”, en su obra *Hacia una teoría analítica del Derecho. Ensayos escogidos*, CEPC, Madrid, 2010, p. 40.

10 A/RES/32/130, 105ª sesión plenaria.

11 Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fueron adoptados y abiertos a la firma, ratificación y adhesión por la

sistema de las Naciones Unidas para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, decidió que el enfoque respecto de las cuestiones de derechos humanos debería tener en cuenta, entre otros conceptos, que “*todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes*” debiendo “*prestarse la misma atención y urgente consideración a la aplicación, la promoción y la protección tanto de los derechos civiles y políticos como de los económicos, sociales y culturales*”, estableciendo como prioridad la promoción de “*la dignidad plena de la persona humana y el desarrollo y el bienestar de la sociedad*” –remarcados añadidos–.

Por su parte, la Declaración y el Programa de Acción de Viena, aprobados por la II<sup>a</sup> Conferencia Mundial de Derechos Humanos<sup>12</sup> (Viena, 25 de junio de 1993), que potenciara los caracteres de *universalidad, interdependencia, indivisibilidad e interrelación de los derechos humanos*, establece que “debe hacerse un esfuerzo concertado para garantizar el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales a nivel social, regional e internacional”<sup>13</sup>. Coincidentemente, el párrafo 5 de dichas Declaración y Programa expresa: “*Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales*” –énfasis nuestro–.

Así entonces y a partir del *carácter integral de los derechos*, es necesario asumir y garantizar el *carácter integral de su protección*, con independencia de si se trata de derechos civiles y políticos o de derechos económicos, sociales y culturales. En otras palabras, la repetida prédica acerca de la *indivisibilidad de los derechos humanos* se desustancializa si no se toma también en serio la *indivisibilidad de sus medios de amparo y realización*.

Lejos de existir diferencias categoriales o de fondo entre los DCP y los DESC, ambos se vigorizan recíprocamente. Sobre el punto, por ejemplo, la Declaración sobre el sexa-

---

Asamblea General de la ONU en su Resolución 2200-A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. El primero de ellos entró en vigor el 23 de marzo de 1976; mientras que el segundo adquirió vigencia el 3 de enero de 1976, de conformidad con su art. 27, o sea, transcurridos tres meses a partir de la fecha en que fue depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de la ONU.

12 A/CONF.157/24 (Part I), cap. III.

13 Parte II, párr. 98, de la Declaración y el Programa de Acción de Viena.

Además, vale mencionar lo que embrionariamente se plantea en la Resolución 421 (V), de 4 de diciembre de 1950, aprobada por la Asamblea General de la ONU como aproximación a lo que hoy se conoce como indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos. La citada Resolución se refería al por entonces “Proyecto de Pacto Internacional de Derechos del Hombre y medidas de aplicación: labor futura de la Comisión de Derechos del Hombre”.

gésimo aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución A/RES/63/116, de 10 de diciembre de 2008, determina: “Nosotros, los Estados Miembros de las Naciones Unidas,... [r]eafirmamos nuestro compromiso con la realización plena de cada uno de los derechos humanos de todos, que son universales e indivisibles, están relacionados entre sí, son interdependientes y *se refuerzan mutuamente*” –subrayado adicionado–.

## B) La juridicidad y la justiciabilidad de los DESC

Es igualmente preciso tener en cuenta que la canalización jurisdiccional de los DESC es consecuencia de que éstos sean derechos genuinos y por tanto cuenten con materialidad jurídica, y no que sean visualizados como meras expectativas, esperanzas o promesas desprovistas de anclaje real.

Como hipótesis de mínima, cabe admitir que los derechos sociales *presentan alguna dimensión de justiciabilidad*, que debe ser resguardada para evitar que se diluya el contenido esencial del derecho en cuestión, punto éste que se perfila como un peculiar reto para el Estado Constitucional y Convencional y un bien entendido activismo judicial, es decir, una labor dinámica de la magistratura jurisdiccional comprometida con los principios y valores constitucionales, la lucha por la cabal protección de los derechos humanos tanto de fuente interna como de cuño internacional, la preservación de la institucionalidad democrática y la realización de la justicia social.

En línea con lo anticipado, se ubica la Observación General (O.G.) N° 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU –en adelante, también, Comité de DESC–, referida a ‘La aplicación interna del Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales]’, de 3 de diciembre de 1998. En ella se ha subrayado que la adopción de una clasificación rígida de los DESC que los sitúe, por definición, fuera del contexto de los tribunales sería arbitraria e incompatible con el principio de que los dos “grupos” de derechos [refiriéndose a los DESC y a los DCP] son indivisibles e interdependientes, al tiempo que “reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad”<sup>14</sup>.

Para ponderar la importancia de los criterios sentados por tal Comité, debe tenerse presente que éste es el *órgano de supervisión del cumplimiento de las obligaciones estatales asumidas a la luz del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)*, instrumento internacional que no instituyó *per se* un nuevo ente específico de control, sino que asignó al Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la ONU el examen de los informes periódicos de los Estados Partes y que, frente a las dificultades para aplicar los mecanismos de vigilancia del cumplimiento de los com-

14 Nos referimos a lo sostenido en el párr. 10 *in fine* de tal O.G. (sobre *justiciabilidad*).

promisos emergentes del Pacto por los Estados Partes, el ECOSOC procedió a crear el Comité mediante la Resolución N° 1.985/17, de 28 de mayo de 1985.

Sobre el papel que ha jugado tal Comité, que es un órgano subsidiario del ECOSOC, Craven advierte que el desarrollo del PIDESC como un efectivo tratado sobre derechos humanos se inició esencialmente con la creación de aquél<sup>15</sup>, que se reunió por primera vez en 1987.

Acerca de la protección de los DESC en el ámbito universal, debe resaltarse que uno de sus puntos débiles ha radicado tradicionalmente en la imposibilidad de presentar *comunicaciones individuales* ante el Comité de DESC. Sin embargo, ello ha tenido comienzo de solución (al menos desde su prefiguración normativa) con la adopción del Protocolo Facultativo al PIDESC, aprobado por unanimidad el 10 de diciembre de 2008, mediante Resolución A/RES/63/117 de la Asamblea General de la ONU.

Dicho Protocolo adquirió vigencia tres meses después de la fecha de depósito del décimo instrumento de ratificación o adhesión en la Secretaría General de la ONU, en los términos del art. 18<sup>16</sup> del Protocolo. Ello ocurrió el 5 de mayo de 2013, con la ratificación correspondiente a Uruguay que la plasmó el 3 de febrero de ese año.

#### **4. LOS DERECHOS SOCIALES COMO PRECONDICIONES PARA EL GOCE DE NO POCOS NI INTRASCENDENTES DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS**

##### **A) La “precondicionalidad” de ciertos derechos sociales**

La importancia y la fundamentalidad de los derechos sociales deberían estar fuera de discusión, al menos en Latinoamérica.

De hecho, muchos de ellos son *prerrequisitos* para el ejercicio de no pocos derechos civiles y políticos. Pensemos por ejemplo en derechos esenciales como la alimentación, la salud, la vivienda digna, la educación, sin los cuales los derechos civiles y políticos serían poco más que simples palabras o sólo “derechos de papel”, tema al que regresaremos en el punto siguiente.

15 Matthew Craven, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Clarendon Paperbacks, Oxford, 1998, p. 352.

16 Tal cláusula establece:

“1. El presente Protocolo entrará en vigor tres meses después de la fecha en que haya sido depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el décimo instrumento de ratificación o de adhesión.

2. Para cada Estado que ratifique el presente Protocolo o se adhiera a él después del depósito del décimo instrumento de ratificación o adhesión, el Protocolo entrará en vigor tres meses después de la fecha en que tal Estado haya depositado su propio instrumento de ratificación o de adhesión”.

Como *mutatis mutandis* puntualiza Ferrajoli, “los derechos de libertad (...) son efectivos en la medida en que son sostenidos por la garantía de los derechos sociales a prestaciones positivas: del derecho a la subsistencia y a la salud y, más obviamente aún, del derecho a la educación y a la información. *Sin la satisfacción de estos derechos, no solamente los derechos políticos sino también los derechos de libertad están destinados a quedarse en el papel: por cuanto no hay participación en la vida pública sin garantía del mínimo vital, es decir, del derecho a la supervivencia, ni hay formación de voluntad consciente sin instrucción ni información*”<sup>17</sup> –remarcado agregado–.

Desde otro ángulo (aunque con convergencias respecto de lo dicho en el párrafo anterior), Nino explica que todos los llamados *derechos sociales* “deberían verse como derechos *a priori*, dado que su no satisfacción dañaría el funcionamiento apropiado del proceso democrático y su calidad epistémica”<sup>18</sup>.

Por lo demás, coincidimos con Prieto Sanchís cuando se opone a la consistencia de la llamada *teoría de los “dos mundos”* con que a veces se ha querido describir al modelo de derechos fundamentales, sobre la base de la cual, de un lado se encontraría el mundo de los derechos civiles y políticos, de las libertades, donde la mejor ley es la que no existe; y, de otro, el mundo casi retórico de los derechos sociales de naturaleza prestacional, esfera en la que se desarrollarían libremente las disputas legislativas sin que el juez tuviera casi nada que decir<sup>19</sup>.

Añade que no es precisamente ésta la mejor interpretación de los derechos en el constitucionalismo moderno, pues una concepción más atenta al significado político y cultural de la Constitución como marco de integración de una sociedad pluralista debería propiciar una imagen más compleja y flexible, dado que *la justicia y, sobre todo, la justicia constitucional, no puede abdicar de su competencia (naturalmente compartida con el legislador) de configuración sobre los derechos sociales*, y cuyos límites son imposibles de trazar con precisión más allá del criterio que proporciona una genérica invocación al núcleo intangible definido por la movедiza conciencia social<sup>20</sup>.

## **B) Los derechos económicos, sociales y culturales no son, ni pueden ser, “derechos de papel”**

En relación con los “derechos de papel”, y más allá de las referencias a la postura de Ferrajoli<sup>21</sup> efectuadas *supra* –cuya perspectiva compartimos–, mencionaremos a con-

17 Luigi Ferrajoli, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 29, Universidad de Alicante, trad. de Alí Lozada, Alicante, 2006, p. 19.

18 Carlos S. Nino, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 301.

19 Luis Prieto Sanchís, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en Miguel Carbonell, Juan A. Cruz Parceroy y Rodolfo Vázquez (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2ª ed., Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, D.F., 2001, pp. 66-67.

20 *Ibid.*, p. 67.

21 Luigi Ferrajoli, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, *op. cit.* en nota 16, pp. 15-31.

tinuación otras muestras autorales meramente ejemplificativas, de las que en ciertos aspectos discrepamos, pero que igualmente traemos a colación aquí para que la presentación de este tópico sea lo más abarcativa posible.

En ese sentido, Wellman distingue entre “derechos reales” y “derechos de papel”: “*real rights*” y “*paper rights*”. Sostiene, según nuestra traducción del inglés: “Acepté la distinción entre derechos reales, derechos que son realmente reconocidos y garantizados por las instituciones jurídicas de una sociedad, y simplemente ‘*derechos de papel*’, derechos proclamados en instrumentos jurídicos pero ignorados en el funcionamiento del sistema legal”<sup>22</sup> –cursivas agregadas–.

A su tiempo, Guastini se refiere a «‘verdaderos’ derechos y derechos ‘sobre el papel’». Los primeros son aquellos que satisfacen tres condiciones: *i*) son susceptibles de tutela jurisdiccional; *ii*) pueden ser ejercitados o reivindicados frente a un sujeto determinado; y *iii*) su contenido consiste en una obligación de conducta bien definida, al igual que el sujeto que era su titular. Los derechos “sobre el papel”, o derechos ficticios, son los que no satisfacen alguna de esas condiciones. Tal autor mantiene que *los derechos sociales (como los derechos morales) son derechos “sobre el papel” porque las disposiciones constitucionales que los confieren expresan normas programáticas o teleológicas dirigidas al legislador*, aunque éste –si bien tiene la obligación de promover unos fines determinados– no tiene ninguna obligación precisa en lo que respecta a los medios (un medio determinado, entre los muchos que podrían ser utilizados para obtener dichos fines), lo que es como decir que los derechos sociales poseen un contenido altamente indeterminado. Añade que aunque estos derechos tuvieran un contenido preciso, tampoco estarían asegurados mediante garantías jurisdiccionales por la razón obvia de que *el legislador no puede estar obligado a dictar leyes, o sea que la omisión por parte del legislador carece de cualquier clase de sanción*<sup>23</sup> –énfasis añadidos–.

Nos distanciamos de éstas y otras lecturas doctrinarias que ven a los DESC como “derechos de papel” o “derechos sobre el papel” sin ninguna posibilidad de ser justiciables, aunque desde luego entendemos las diferencias que en la materia median entre algunos marcos constitucionales europeos y los espacios normativos y jurisprudenciales latinoamericanos.

Adicionalmente, y en particular acerca de la posición del autor italiano aludido en último término en punto a la imposibilidad de superar una omisión inconstitucio-

22 Carl Wellman, *An Approach to Rights. Studies in the Philosophy of Law and Morals*, cit., por ejemplo, en p. 42, correspondiente al capítulo 1: “Seeking a Theory of Rights”, específicamente en el punto 14: “A realistic description of rights”.

Allí dice: “..., I accepted the distinction between real rights, rights that are actually recognised and secured by the legal institutions of a society, and merely ‘*paper rights*’, rights proclaimed in legal documents that are ignored in the operations of the legal system” –énfasis añadido–.

23 Riccardo Guastini, “Derechos: una contribución analítica”, trad. de Andrea Greppi, en *Estudios de teoría constitucional*, 1ª ed., 1ª reimpres., Doctrina Jurídica Contemporánea, Fontamara, México, D.F., 2003, pp. 220-221 y 223-224.

nal legislativa en la materia, y siempre teniendo en cuenta las disonancias jurídicas contextuales, por nuestra parte pensamos que al menos en el arco latinoamericano el órgano de justicia constitucional competente *sí tiene a su alcance ciertas herramientas para salvar las pretericiones inconstitucionales e incluso inconvencionales*<sup>24</sup>.

Es que, por una parte, la Constitución puede recibir agresiones activas u *omisivas*. En otras palabras, es susceptible de ser vulnerada por acción o *por omisión*, con lo cual quedan bloqueadas su supremacía y su fuerza normativa, fundamentos esenciales del control de constitucionalidad. Precisamente un modelo de control constitucional que sólo pudiera fiscalizar la constitucionalidad de *productos normativos* (leyes, decretos, ordenanzas, etc.) sería fragmentario e insuficiente.

De su lado, el deber que pesa sobre la justicia constitucional en punto a materializar el *efecto útil* de los tratados internacionales (sobre todo en materia de derechos humanos) y no contrariar su *objeto y fin*; la *especial naturaleza* que este tipo de instrumentos internacionales ostenta; el obligatorio cumplimiento de principios iusinternacionales sustanciales: *pacta sunt servanda*, *bona fide* e improcedencia de alegar disposiciones (u *omisiones*) de derecho interno para justificar el incumplimiento de los pactos internacionales (arts. 26, 31.1, 27 y ceds. de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>25</sup>); la concreta posibilidad de que un Estado pueda incurrir en responsabilidad internacional por acción u *omisión*; y fundamentalmente en el plano de América Latina, la obligación de los jueces y demás autoridades en cuanto a realizar *control de convencionalidad*<sup>26</sup> por mandato jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH); da cuerpo a un conglomerado de reglas, principios y valores de tal magnitud que a nuestro juicio habilita a los correspondientes órganos competentes de la justicia constitucional a ejercer control no sólo sobre las normas y prácticas contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) sino también en torno a *omisiones o inercias*<sup>27</sup> que impidan o mediaten la

24 Ver al respecto, Víctor Bazán, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, diciembre de 2014, *passim*.

25 U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, suscripta el 23 de mayo de 1969 y en vigor desde el 27 de enero de 1980.

26 Sobre el tema del control de convencionalidad ver, entre otros trabajos de Víctor Bazán, “El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y prevenir la responsabilidad internacional del Estado”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 19, 2015, CEPC, Madrid, pp. 25-70.

27 El Tribunal Interamericano ha sentado el criterio relativo a que “todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho Internacional, a la acción u *omisión* de cualquier poder u órgano de éstos, independientemente de su jerarquía, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad internacional” –cursivas añadidas– (Corte IDH, entre muchos otros pronunciamientos: “Caso Baldeón García vs. Perú”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 6 de abril de 2006, Serie C, N° 147, párr. 81; “Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de enero de 2006, Serie C, N° 140, párrs. 111 y 112; “Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 15 de septiembre de 2005, Serie C, N° 134, párrs. 108 y 110; y “Caso de los Hermanos

efectivización de dicho tratado internacional y, por extensión, del (de los) derecho(s) involucrado(s) en la cuestión.

Por lo demás y pese al riesgo de caer en repeticiones, no cabría por un lado predicar ampulosamente la *universalidad, la interdependencia y la indivisibilidad de [todos] los derechos humanos*, y por el otro consentir que sólo los civiles y políticos sean exigibles y justiciables. Si los derechos humanos son *integrales y universales*, su protección también debe ser *holística*, con independencia de que se trate de DCP o de DESC.

## 5. ACERCA DE LA OBLIGACIÓN ESTATAL DE PROGRESIVIDAD Y LA PROHIBICIÓN DE REGRESIVIDAD INJUSTIFICADA

### A) Anotaciones generales

En tanto útil para enlazarlo argumentalmente con el asunto que anuncia el título de este apartado, vale insistir en que los caracteres esenciales de los derechos humanos llevan a dudar de la sustentabilidad jurídica de su división en “generaciones”.

No debería soslayarse que, bajo el pretexto de una escisión generacional de los derechos humanos, se han justificado y tolerado graves incumplimientos estatales en el espacio de los DESC, escudándose en la mentada *progresividad* de los mismos y la falta de disponibilidad de medios tangibles para operativizarlos, cuando sabido es que el cumplimiento o la observancia de ciertos derechos –DCP– no legitima la denegación de otros –DESC– (ver, v. gr., la Declaración sobre el derecho al desarrollo, adoptada por la Asamblea General de la ONU en la Resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986<sup>28</sup>), *pues la pauta de indivisibilidad justamente proscribde de manera taxativa que el logro de mejoras en uno de los derechos humanos sea a expensas de otro u otros.*

El Preámbulo de tal Declaración dice en su parte pertinente: “[...] considerando que *todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes y que, a fin de fomentar el desarrollo, debería examinarse con la misma atención y urgencia la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales*, y que, en consecuencia, la promoción, el respeto y el disfrute de ciertos derechos humanos y libertades fundamentales no pueden justificar la denegación de otros derechos humanos y libertades fundamentales...” –remarcado nuestro–.

---

Gómez Paquiyauri vs. Perú”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 8 de julio de 2004, Serie C, N° 110, párr. 71).

28 De hecho, un tramo de su Preámbulo expresa que: “...*todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes* y que, a fin de fomentar el desarrollo, *debería examinarse con la misma atención y urgencia la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales*, y que, en consecuencia, *la promoción, el respeto y el disfrute de ciertos derechos humanos y libertades fundamentales no pueden justificar la denegación de otros derechos humanos y libertades fundamentales*” –remarcados agregados–.

Tomando éstos y otros insumos como matriz de despegue y pensando a la democracia como un modelo de inclusiones y no de exclusiones, además de que indudablemente los derechos económicos, sociales y culturales hacen parte primordial del cuerpo básico internacional de los derechos humanos, debe superarse la idea (aún reinante en algunos sitios, aunque no siempre verbalizada) en cuanto a que tal *progresividad es sólo simbólica*, debiendo darse paso a una *progresividad efectiva y real*.

Semejante premisa debe conjugarse con la obligación de *no regresividad injustificada* por los Estados en este campo, la que desde el punto de vista conceptual –como se ha precisado– constituye una limitación que los instrumentos de derechos humanos y eventualmente la Constitución imponen sobre los poderes legislativo y ejecutivo a las posibilidades de reglamentación de los DESC, vedándoles la posibilidad de adoptar regulaciones que deroguen o reduzcan el nivel de tales derechos que goza la población<sup>29</sup>.

Vale recordar por ejemplo que en la O.G. N° 3 (‘La índole de las obligaciones de los Estados Partes [párr. 1, art. 2, PIDESC]’), de 14 de diciembre de 1990, el Comité de DESC ha puntualizado claramente que las *medidas de carácter deliberadamente retroactivo requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente* por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el PIDESC y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que el Estado disponga (parte *in fine* del ap. 9).

Conviene acotar aquí que tanto el deber de progresividad como la proscripción de retroceso están basados en idéntica matriz normativa: el art. 2.1 del PIDESC y el art. 26 de la CADH.

De todas maneras, Courtis sostiene –creemos que atinadamente– que además de referirse a los DESC, la *prohibición de regresividad* también constituye, en principio, una obligación general de la CADH y es aplicable a todos los derechos consagrados en ésta, sustentando su aserto en los arts. 2 y 29, *ibid.*<sup>30</sup>

La primera de tales normas determina que los Estados que no hayan garantizado legislativamente o a través de medidas de otro carácter el ejercicio de los derechos establecidos en la CADH tienen el deber de hacerlo, lo que implica a su vez la *prohibición de medidas que deroguen o eliminen la legislación u otras disposiciones necesarias para el ejercicio de los derechos reconocidos en dicho Pacto*. Para el autor citado, ello significa la *consagración de la prohibición de regresividad normativa* [tema que retomaremos], al menos en la medida en que esa regresión afecte las normas y disposiciones necesarias para el ejercicio de los derechos de la CADH<sup>31</sup>.

29 Christian Courtis, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en la obra compilada por el mismo autor, *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, CEDAL - CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 17.

30 *Ibid.*, pp. 13-14.

31 *Ibid.*, p. 15.

Asimismo, con relación a las cláusulas interpretativas del art. 29, que recogen en gran medida el principio *pro homine*, el doctrinario aludido asevera que de ellas puede decirse genéricamente que *prohíben un empleo regresivo de la CADH*; puntualizando también –entre otras consideraciones– que esta Convención no puede ser excusa para *empeorar las condiciones de goce de los derechos establecidos por el ordenamiento jurídico interno o por otros tratados internacionales de los que el país en cuestión sea parte*<sup>32</sup>.

## B) Progresividad y “reserva de lo financieramente posible”

En el plano de las *omisiones legislativas* y frente al argumento que doctrinariamente se ofrece en punto a que los derechos sociales dependen de la “reserva de lo financieramente posible”, por lo que cualquier intento de control jurisdiccional en ese ámbito [sobre aquellas pretericiones] comportaría una inadmisibles intromisión en las competencias presupuestarias del legislador y un “vano intento de gestionar lo imposible”<sup>33</sup>, Pisarello y De Cabo –a nuestro juicio, atinadamente– discrepan de semejante visión.

Al respecto, y en sintonía con el criterio que dejáramos expuesto *supra*, plantean que ni la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos sociales es tan tajante como parece, ni la “reserva de lo financieramente posible” puede tomarse como una realidad dada de antemano y como un argumento definitivo para la completa desvinculación jurídica del legislador. Es que –agregan– cuando una *omisión legislativa absoluta vulnera el contenido esencial de los derechos sociales constitucionales*, el derecho de libre configuración de las políticas públicas cede frente al deber de probar que se están usando todos los medios disponibles y hasta el máximo de los recursos existentes para satisfacer los derechos en cuestión<sup>34</sup> (ver art. 2 del PIDESC). Por fin, puntualizan que en una situación de explícita vulneración, los “límites financieros” no tienen por qué presumirse y la jurisdicción puede obligar al legislador a justificar su incumplimiento y, sin imponerle un único medio de reparación, exigirle que ponga en marcha *alguno* de los que se encuentran a su alcance<sup>35</sup>.

Los puntos abordados conectan, como anticipábamos, con la aludida tesis del *contenido esencial de los derechos fundamentales* (*Wesensgehalt* según la terminología alemana) y con el principio de razonabilidad, cuya forma de ser percibido ha variado,

32 Ídem.

33 Gerardo Pisarello y Antonio De Cabo, “¿Quién debe ser el guardián de los derechos sociales? Legisladores, jueces, ciudadanos”, en Raúl Morodo y Pedro De Vega (dirs.), *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Tº III, UNAM y Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2000, p. 1823.

34 Ídem.

35 *Ibid.*, p. 1824.

pasando –en palabras de Zagrebelsky– de *requisito subjetivo del jurista a requisito objetivo del Derecho*<sup>36</sup>.

Y es precisamente con el telón de fondo descripto que los jueces ordinarios y/o constitucionales en el contexto interno deberán asumir un rol *equilibradamente activista* para no invadir de modo imprudente esferas de atribuciones propias de otros poderes del Estado, pero tampoco consentir que aquella progresividad sea leída por las autoridades gubernamentales –mediante un prisma de inacción deferente– como *latencia o inocuidad ‘sine die’ de las normas consagradorias de los DESC*.

En relación con tal asunto, es evidente que el principio de progresividad y la “reserva de lo financieramente posible” *en modo alguno pueden afectar la juridicidad ni la justiciabilidad de los DESC*, que son auténticos derechos. En otras palabras, aquellas pautas no podrían [válidamente] dejarlos sin sustento materialmente jurídico ni despojarlos de su viabilidad jurisdiccional.

### **C) Justiciabilidad del incumplimiento de la progresividad exigida y/o de la inobservancia de la proscripción de dictado injustificado de medidas retrocesivas en materia de políticas públicas**

Conviene recordar inicialmente que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la CADH, se deberá “determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso”<sup>37</sup>.

Asimismo, en la importante sentencia recaída en el “Caso Acevedo Buendía y otros (‘Cesantes y Jubilados de la Contraloría’) vs. Perú”, la Corte IDH ha concluido que *la regresividad resulta justiciable*<sup>38</sup> cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate.

Sobre este tópico, tal como anticipáramos y tanto si no se cumpliera la mentada progresividad sustentable como si se incurriera en el dictado de regulaciones involutivas en el campo de los DESC, pesaría sobre el Estado *la carga de la prueba* para demostrar, respectivamente, la idoneidad dinamizadora y evolutiva de sus políticas públicas o la razonable justificación de las medidas de corte retrocesivo que hubiese adoptado. Más adelante retornaremos a este tema.

De manera coincidente, el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa ha sostenido que *son los Estados quienes principalmente tienen que probar que*

36 Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 3ª ed., Trotta, trad. de Marina Gascón, Madrid, 1999, p. 147.

37 Comisión IDH, Informe de Admisibilidad y Fondo N° 38/09, Caso 12.670, “Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú”, 27 de marzo de 2009, párrs. 140 a 147.

38 Corte IDH, “Caso Acevedo Buendía y otros (‘Cesantes y Jubilados de la Contraloría’) vs. Perú”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de julio de 2009, Serie C, N° 198, párr. 103.

las medidas de austeridad propuestas están en consonancia con sus obligaciones de derechos humanos. Para llegar a tal conclusión se asienta en<sup>39</sup>:

§ el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, órgano que en su período extraordinario de sesiones de 2009 afirmó que “las crisis económicas y financieras mundiales no disminuyen la responsabilidad de las autoridades nacionales y de la comunidad internacional en la realización de los derechos humanos”<sup>40</sup>;

§ también en 2009, el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) declaró que “la crisis económica no debe tener como consecuencia la reducción de la protección de los derechos reconocidos por la Carta [Social Europea]. Por lo tanto, los gobiernos están obligados a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar que los derechos de la Carta estén garantizados de manera efectiva en aquellos períodos en que los beneficiarios necesitan mayor protección”<sup>41</sup>; y

§ el citado Consejo de Derechos Humanos de la ONU, ya en 2012, acogió con beneplácito una nueva serie de principios rectores sobre la deuda externa y los derechos humanos, que estipula que los gobiernos tienen la obligación de garantizar la primacía de los derechos humanos cuando toman decisiones sobre obtención y concesión de préstamos<sup>42</sup> –en todos los casos los remarcados han sido añadidos–.

Se han distinguido dos nociones posibles de regresividad o bien dos campos de aplicación posible de la noción general de aquella<sup>43</sup>:

- i) *regresividad de resultados*: cuando la noción de regresividad se aplica a los resultados de una política pública. En ese sentido, la política pública desarrollada por el Estado es regresiva cuando sus resultados hayan empeorado en relación con los de un punto de partida temporalmente anterior elegido como parámetro. Esta aplicación de la noción de regresividad requiere indicadores o referencias empíricas; y
- ii) *regresividad normativa*: cuando la noción de regresividad se aplica a normas jurídicas, es decir, se refiere a la extensión de los derechos concedidos por una norma. En este sentido –no empírico sino normativo– para determinar que una

39 Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, “La protección de los derechos humanos en tiempos de crisis económica”, CommDH/IssuePaper(2013)2, p. 22; Fuente: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2430934&SecMode=1&DocId=2088902&Usage=2>.

40 Resolución del Consejo de Derechos Humanos S-10/1, “The impact of the global economic and financial crises on the universal realization and effective enjoyment of human rights”, párr. 5 (ídem nota anterior).

41 CEDS, Conclusions 2009, Vol. I, párr. 17 (loc. cit. en nota 38).

42 Informe del experto independiente de la ONU, Cephias Lumina, sobre la deuda externa, 10 de abril de 2011, A/HRC/20/23 (loc. cit. en nota 38).

43 Christian Courtis, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, op. cit., pp. 3-4.

*norma es regresiva, es necesario compararla con la norma que ésta ha modificado o sustituido, y evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior.*

Adicionalmente vale traer a colación el aporte de Jimena Quesada, para quien la implementación de políticas públicas debe ir de la mano de la efectividad jurídica de los derechos correspondientes, para evitar la impresión ciudadana según la cual debemos resignarnos a asumir despilfarro económico, irresponsabilidad jurídica e inexigibilidad jurídica<sup>44</sup>.

#### **D) Control social y democrático**

Íntimamente relacionado con lo anterior, se observa que una genuina *rendición de cuentas* por parte de las autoridades públicas cumpliría en el particular un rol muy importante para que la sociedad civil estuviera en condiciones de controlar democráticamente el curso de la gestión pública y la razonabilidad del esquema de prioridades que el Estado maneja en materia de políticas públicas para la protección y la realización de los DESC.

Es que, como con contundencia y claridad ha asegurado la Corte IDH, “el actuar del Estado debe encontrarse regido por los *principios de publicidad y transparencia en la gestión pública*, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el *control democrático de las gestiones estatales*, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El *acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social* que se puede ejercer con dicho acceso”<sup>45</sup>. El Tribunal ha añadido que “[e]l *control democrático*, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, *fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública...*”<sup>46</sup> –en ambos casos el énfasis ha sido agregado–.

Entendemos que *Estado Constitucional y Convencional* –por una parte– y *responsabilidad* –por la otra– son conceptos correlativos, lo que supone procurar una racionalización del poder que evite abusos y excesos, y obliga a que las autoridades públicas respondan por sus actos y omisiones en cumplimiento del compromiso ético, institucional y jurídico que asumen al ser electos. Justamente un axioma del Estado de

44 Luis Jimena Quesada, “La inclusión y la cohesión sociales: una visión en clave de efectividad de derechos humanos”, *Los derechos sociales en tiempos de crisis*, II Jornadas del Ararteko sobre Políticas Públicas, Ararteko, Vitoria - Gasteiz, 2012, p. 149; disponible en [http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/o\\_2879\\_3.pdf](http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/o_2879_3.pdf).

45 Corte IDH, “Caso Claude Reyes y otros vs. Chile”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 19 de septiembre de 2006, Serie C, N° 151, párr. 86.

46 *Ibid.*, párr. 87.

Derecho es el sometimiento de todo el poder al Derecho, surgido de la Constitución y legitimado democráticamente<sup>47</sup>.

En otras palabras, es sustancial la existencia de mecanismos de control vertical y horizontal, reconducibles –ejercicio de simplificación mediante– a una suerte de *accountability*, término semánticamente próximo (aunque no totalmente intercambiable) a la expresión “rendición de cuentas”. No aludimos entonces a meras fiscalizaciones formales que sólo sirvan para adornar y aumentar la ya sobrepoblada estructura burocrática, sino a controles que funcionen en la realidad, que sean serios, transparentes e independientes de los órganos controlados; entramado en el que cada día se hace más evidente que el aporte suplementario que pueda brindar *el control social o ciudadano* de los asuntos públicos resulta provechoso para estimular la transparencia y aportar al fortalecimiento de la credibilidad de las instituciones públicas<sup>48</sup> en un ámbito tan sensible como el de los DESC, intrínsecamente consustanciado con la dignidad de la persona humana.

En ese terreno, entes como las defensorías del pueblo (o la denominación que se le asigne al instituto en cada Estado) y las ONG de derechos humanos pueden y deben jugar un papel relevante en la supervisión de las políticas públicas y de las pautas de ajuste que hubiere adoptado el gobierno en cuestión durante tales épocas críticas, coadyuvando a evaluar sistemáticamente su repercusión real en el plano de los derechos esenciales de la población comprometida.

Por lo demás, y si las aludidas instituciones contasen con suficiente legitimación procesal podrían, *inter alia*, plantear ante los tribunales las pertinentes demandas por violaciones a los derechos humanos provocadas por las medidas de austeridad, o efectuar presentaciones en calidad de *amici curiae* acercando argumentos de hecho y derecho a los magistrados encargados de revisar jurisdiccionalmente las políticas fiscales, en orden a enriquecer cualitativamente el arsenal de elementos analíticos con que ellos cuentan a la hora de interpretar y aplicar los instrumentos internacionales de derechos humanos y los estándares forjados por los órganos jurisdiccionales y cuasijurisdiccionales de supervisión de tales cuerpos normativos iusinternacionales<sup>49</sup>.

47 Ver la obra de Víctor Bazán, *Estado de Derecho: Perfiles y exigencias actuales*, Colección Cuadernos democráticos, N° 1, Fundación Konrad Adenauer, Oficina Nacional Ecuador, Quito, 2009, p. 38.

48 Ídem.

49 Sobre el tema, y entre otros trabajos de Víctor Bazán, pueden revisarse: “*Amicus curiae*, justicia constitucional y derecho internacional de los derechos humanos”, *Federalismi.it, Rivista di Diritto Pubblico italiano, comunitario e comparato, Focus - América Latina*, N° 2, Associazione di Diritto Pubblico Comparato ed europeo, Italia, 19 de diciembre de 2014, Fuente: [http://federalismi.it/focus/index\\_focus.cfm?FOCUS\\_ID=41&focus=sudamerica](http://federalismi.it/focus/index_focus.cfm?FOCUS_ID=41&focus=sudamerica); o con algunas modificaciones, “*Amicus curiae*, justicia constitucional y fortalecimiento cualitativo del debate jurisdiccional”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, enero-junio de 2014, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Porrúa, México D.F., 2014, pp. 31-57.

## 6. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES Y LOS LÍMITES A SUS RESTRICCIONES EN TIEMPOS DE CRISIS

### A) El Comité de DESC, las medidas deliberadamente retrocesivas y la carga de la prueba

Con acierto se ha puntualizado que en momentos de crisis, los Estados no poseen un derecho irrestricto a deshacer los logros alcanzados en el área social, sino que por el contrario tienen “el deber de seguir progresando o al menos de mantener lo alcanzado, salvo que les sea materialmente imposible. *La carga de la prueba de esa imposibilidad recae en el Estado que realiza o permite regresiones deliberadas en la satisfacción de los derechos sociales; y en ningún caso justifica recortes sobre los contenidos esenciales de estos derechos*”<sup>50</sup> –énfasis agregado–.

De hecho, el Comité de DESC ha insistido en este punto, más allá de la nombrada O.G. N° 3. Así, ejemplificativamente, ha mantenido tal criterio en las OO.GG. N° 13 (1999), párr. 45<sup>51</sup>; N° 14 (2000), párr. 32<sup>52</sup>; N° 15 (2002), párr. 19<sup>53</sup>; N° 17 (2005), párr. 27<sup>54</sup>; N° 18 (2005), párr. 21<sup>55</sup>; N° 19 (2007), párr. 42<sup>56</sup>; y N° 21 (2009), párr. 46<sup>57</sup>.

En ese sentido, si tomáramos como muestra el párr. 42 de la O.G. N° 19, ha afirmado (las cursivas son agregadas): “Existe una fuerte presunción de que la adopción de medidas regresivas con respecto a la seguridad social está prohibida de conformidad con el Pacto. *Si se adoptan medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte la carga de la prueba de que estas medidas se han adoptado tras un examen minucioso de todas las alternativas posibles y de que están debidamente justificadas habida cuenta de todos los derechos previstos en el Pacto, en*

50 Jaume Saura Estapà, “La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales”, *El tiempo de los derechos*, N° 2, 2011, Huri-Age, Consolider-Ingenio 2010, p. 14; Fuente: [http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/saura\\_exigibilidad\\_DESC.pdf](http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/saura_exigibilidad_DESC.pdf).

51 Comité de DESC, O.G. N° 13, ‘El derecho a la educación (art. 13, PIDESC)’, 21º período de sesiones (1999), E/C.12/1999/10.

52 Comité de DESC, O.G. N° 14, ‘El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12, PIDESC)’, 22º período de sesiones (2000), E/C.12/2000/4.

53 Comité de DESC, O.G. N° 15, ‘El derecho al agua (arts. 11 y 12, PIDESC)’, 29º período de sesiones (2002), E/C.12/2002/11.

54 Comité de DESC, O.G. N° 17, “Derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a) [ap. ‘c’, párr. 1, art. 15, PIDESC]”, 35º período de sesiones (2005), E/C.12/GC/17.

55 Comité de DESC, O.G. N° 18, ‘Derecho al trabajo (art. 6, PIDESC)’, 35º período de sesiones (2005), E/C.12/GC/18.

56 Comité de DESC, O.G. N° 19, ‘El derecho a la seguridad social (art. 9, PIDESC)’, 39º período de sesiones (2007), E/C.12/GC/19.

57 Comité de DESC, O.G. N° 21, “Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (art. 15, párr. 1.º, PIDESC)”, 43º período de sesiones (2009), E/C.12/GC/21/Rev.1.

*el contexto del pleno aprovechamiento del máximo de los recursos de que dispone el Estado Parte*<sup>58</sup>.

Convergentemente, en referencia a la crisis económica y financiera mundial de los últimos años y su impacto en España, se ha dicho que dicho contexto “es susceptible de ser sesgadamente utilizado por algunos para reducir un irreversible e insoslayable acervo jurídico nacional e internacional en materia de protección de los derechos sociales. *La crisis no debe constituir en absoluto un vano pretexto para la regresión, sino una gran oportunidad para afirmar progresivamente las conquistas sociales conseguidas*” –énfasis añadido–, ya que “los derechos sociales no son más difíciles de articular jurídicamente que los demás derechos, ni tampoco resultan necesariamente más onerosos”<sup>59</sup>.

Al analizar el quinto informe periódico de España sobre la aplicación del PIDESC, entre otras cuestiones, el Comité de DESC<sup>60</sup> instó a dicho país a que, en virtud del *principio de indivisibilidad, universalidad e interdependencia de los derechos humanos, adoptase las medidas legislativas pertinentes para garantizar a los DESC un nivel de protección análogo al que se aplica a los derechos civiles y políticos*. Asimismo, le recomendó que tomara las medidas adecuadas para asegurar la plena justicia-bilidad y aplicabilidad de todas las disposiciones del Pacto por los tribunales nacionales. Paralelamente, le recomendó *garantizar que todas las medidas de austeridad adoptadas identificasen el contenido mínimo esencial de todos los derechos del Pacto, y tomar todas las medidas apropiadas para proteger este contenido esencial en cualquier circunstancia, especialmente para las personas y los grupos desfavorecidos y marginados*.

Es importante subrayar que al establecer las recomendaciones sobre España en relación con el citado informe periódico de ese país, el Comité de DESC dirigió una carta abierta a todos los Estados Partes del PIDESC<sup>61</sup>, donde planteó los criterios que las políticas de austeridad y otras políticas asumidas por los Estados en tiempos de crisis económica debían respetar para cumplir con las obligaciones derivadas de dicho Pac-

58 Dicho párrafo se complementa con el siguiente texto: “El Comité examinará detenidamente: *a*) si hubo una justificación razonable de las medidas; *b*) si se estudiaron exhaustivamente las posibles alternativas; *c*) si hubo una verdadera participación de los grupos afectados en el examen de las medidas y alternativas propuestas; *d*) si las medidas eran directa o indirectamente discriminatorias; *e*) si las medidas tendrán una repercusión sostenida en el ejercicio del derecho a la seguridad social o un efecto injustificado en los derechos adquiridos en materia de seguridad social, o si se priva a alguna persona o grupo del acceso al nivel mínimo indispensable de seguridad social; y *f*) si se hizo un examen independiente de las medidas a nivel nacional”.

59 Manuel Terol Becerra y Luis Jimena Quesada [dirs.], *Tratado sobre protección de derechos sociales*, op. cit., pp. 19-20.

60 ONU, Consejo Económico y Social, E/C.12/ESP/CO/5, Distr. General 6 de junio de 2012, Original: español, Comité de DESC, 48º período de sesiones, 30 de abril a 18 de mayo de 2012, Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud de los artículos 16 y 17 del PIDESC, “Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - España”.

61 Comité de DESC, ‘Carta abierta a los Estados Partes’ [del PIDESC], 48º período de sesiones, 16 de mayo de 2012, CESCR/48th/SP/MAB/SW.

to. En síntesis, expuso que cualquier cambio o ajuste de política propuesto tiene que cumplir los siguientes requisitos:

1. debe ser una medida temporal que abarque sólo el período de la crisis;
2. debe ser necesaria y proporcionada, en el sentido de que la adopción de cualquier otra política, o la omisión de actuar, sería más perjudicial para los DESC;
3. no debe ser discriminatoria y comprende todas las medidas posibles, incluidas las medidas fiscales, para apoyar las transferencias sociales y mitigar las desigualdades que pueden crecer en tiempos de crisis y para garantizar que los derechos de las personas y grupos desfavorecidos y marginados no sean afectados de manera desproporcionada; y
4. debe identificar el contenido mínimo esencial de los derechos, o un piso de protección social, según lo desarrollado por la Organización Internacional del Trabajo, y asegurar la protección de este contenido básico en todo momento.

## **B) En torno a los grupos y personas en situación de vulnerabilidad**

Justamente en épocas de dificultades y desequilibrios financieros y/o económicos es cuando se torna más ostensible la necesidad de acrecentar la *protección de los derechos de los grupos y personas más frágiles e hiposuficientes*, entre los que se cuentan (ejemplificativamente y en lo pertinente teniendo en cuenta la realidad de cada país) niños y niñas, mujeres, trabajadores migrantes, ancianos, personas con discapacidad, pobres e indigentes, desplazados forzosos, minorías, pueblos indígenas, poblaciones afrodescendientes, etcétera.

Los gobiernos deben evaluar prudente y sistemáticamente las derivaciones que las políticas presupuestarias, económicas y sociales que implementan en tiempos de austeridad y ajustes producen en sensibles materias como la igualdad, la no discriminación y los derechos fundamentales.

Es preciso tener en cuenta que las obligaciones internacionalmente asumidas por los Estados en la esfera de los DESC *no son derogables* e incluso su cumplimiento deviene más relevante precisamente en períodos críticos, para atemperar el rigor del nocivo impacto que éstos pueden provocar en las comunidades más postergadas.

Al respecto, de los aps. 10 a 12 de la citada O.G. N° 3 del Comité de DESC se desprenden ciertas circunstancias dignas de ser enunciadas. Así, se verifica que:

§ corresponde a cada Estado Parte una *obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos* (ap. 10);

§ si el PIDESC se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, *carecería en gran medida de su razón de ser* (id. ap.);

- § toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata, y que las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe *demonstrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas* (id. ap.);
- § aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, *sigue en pie la obligación de que el Estado Parte se empeñe en asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes dadas las circunstancias reinantes* (ap. 11);
- § de ninguna manera se eliminan, como resultado de las limitaciones de recursos, *las obligaciones de vigilar la medida de la realización, o más especialmente de la no realización, de los derechos económicos, sociales y culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción* (id. ap.); y
- § *aun en tiempos de limitaciones graves de recursos, causadas sea por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo* (ap. 12).

*Mutatis mutandis*, la Corte IDH<sup>62</sup> ha sostenido que *toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial*, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos<sup>63</sup>; añadiendo que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que *es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre*<sup>64</sup>.

62 Sobre éste y otros aspectos de la temática, ver Víctor Bazán por ejemplo en: “Los derechos sociales en el derecho interno latinoamericano y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en el libro de Víctor Bazán y Luis Jimena Quesada, *Derechos económicos, sociales y culturales*, Astrea, Buenos Aires, 2014, pp. 1-167; “La judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales”, en Víctor Bazán (dir.), *La judicialización de los derechos humanos*, Asociación Argentina de Derecho Internacional (Sección Derechos Humanos) - Ediciones Legales, Lima, 2009, pp. 257-300; y “Vías de maximización protectiva de los derechos económicos, sociales y culturales”, *La Ley*, T° 2007-D, Buenos Aires, pp. 1135-1149.

63 Corte IDH, “Caso Ximenes Lopes vs. Brasil”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 4 de julio de 2006, Serie C, N° 149, párr. 103.

64 Ídem.

En línea convergente a las últimas consideraciones volcadas en el aludido “Caso Ximenes Lopes vs. Brasil”, la Corte IDH había señalado anteriormente que de las obligaciones generales de los arts. 1.1 y 2 de la CADH “derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto del derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre. En este sentido, el artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida en todo su alcance a un Estado

## 7. UN CASO TESTIGO SOBRE LA VINCULACIÓN ENTRE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

### A) Introducción

Desde luego que Colombia no es la única muestra que ofrece el derecho comparado en punto a la introducción por vía constitucional o legal del principio o criterio de la sostenibilidad fiscal<sup>65</sup>.

Sólo lo tomamos aquí como caso testigo ante la relativamente reciente inclusión en su Constitución Política (CP) del llamado marco de sostenibilidad fiscal (SF) y la creación de un incidente de impacto fiscal (IIF), cuestiones respecto de las cuales nos detendremos para examinar cómo han funcionado hasta ahora y qué efectos producen o pueden producir en relación con la protección de los DESC.

Debe advertirse que la SF no es un tema nuevo en Colombia. Lo novedoso es su inclusión expresa en la CP, ya que hasta el momento en que ello ocurrió (Acto Legislativo N° 3 de 2011) las normas referidas al tema se habían instrumentado por medio de leyes<sup>66</sup>.

---

Parte. En efecto, dicho artículo impone a los referidos Estados los deberes fundamentales de respeto y garantía de los derechos, de tal modo que *todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho Internacional, a la acción u omisión de cualquier poder u órgano de éstos, independientemente de su jerarquía, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad internacional* –cursivas añadidas– (Corte IDH, “Caso Baldeón García vs. Perú”, cit., párr. 81).

65 Se observan antecedentes al respecto, por ejemplo, en Alemania y Brasil.

66 En efecto, de acuerdo con lo reseñado por la Sala Plena de la C.C., en la Sentencia C-132/12, de 29 de febrero de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, la inclusión de la *sostenibilidad* en la Constitución configura un paso más en la evolución normativa del tema en Colombia, por lo que no se trataría en realidad de un aspecto novedoso.

Siguiendo el *racconto* secuencial de la C.C., el primer antecedente normativo de la sostenibilidad fiscal se encuentra en la *Ley 358 de 1997*, “Por la cual se reglamenta el artículo 364 de la Constitución y se dictan otras disposiciones en materia de endeudamiento”, conocida también como “ley de los semáforos”, texto normativo que establece límites al endeudamiento de las entidades territoriales, a efectos de que no excedan su capacidad de pago.

Un segundo antecedente es la *Ley 617 de 2000*, conocida como “Ley de responsabilidad fiscal territorial”, la cual se profirió con miras a la racionalización de los fiscos departamentales, municipales y distritales, mediante la clasificación de las entidades territoriales en categorías presupuestales y el establecimiento de topes máximos para sus gastos de funcionamiento.

Posteriormente, se expidió la *Ley 819 de 2003*, “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones”, la cual obliga al Gobierno Nacional a presentar ante el Congreso de la República un Marco Fiscal de Mediano Plazo el cual contendría, como mínimo: *i*) un Plan Financiero; *ii*) un programa macroeconómico plurianual; *iii*) las metas de superávit primario, así como el nivel de deuda pública y un análisis de su sostenibilidad; *iv*) un informe de resultados macroeconómicos y fiscales de la vigencia fiscal anterior; *v*) una evaluación de las principales actividades cuasifiscales realizadas por el sector público; *vi*) una estimación del costo fiscal de las exenciones, deducciones o descuentos tributarios existentes; *vii*) el costo fiscal de las leyes sancionadas en la vigencia fiscal anterior; y

## B) Modificación constitucional

Como anticipáramos, en el contexto jurídico colombiano y por medio del Acto Legislativo N° 3 de 2011, se modificó el art. 334 de la CP. La nueva redacción de esta cláusula quedó configurada de la siguiente manera:

“La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Éste intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir *en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal*, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. *Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.*

“El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, *de manera progresiva*, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

“*La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.*

*El Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales”.*

*viii)* una relación de los pasivos contingentes que pudieran afectar la situación financiera de la Nación.

En cuanto a normativa más reciente, pueden incluirse (siempre según la C.C.) a la “*Ley de víctimas*” (Ley 1.448 de 2011), en la que establece la sostenibilidad en su art. 19; la *Ley 1.454 de 2011*, “Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones”, se establece a la sostenibilidad fiscal en términos de “principio rector del ordenamiento territorial”; y la *Ley 1.473 de 2011*, que específicamente consagra y desarrolla una regla fiscal en su art. 1, que dice: “La presente ley tiene por objeto expedir normas que garanticen la sostenibilidad de largo plazo de las finanzas públicas y contribuyan a la estabilidad macroeconómica del país”.

Entre otros puntos, la sentencia aquí colacionada señala que, como puede apreciarse en el ámbito legal colombiano existen numerosas leyes, sean ordinarias u orgánicas, que estipulan reglas fiscales encaminadas a: *i)* sanear las finanzas públicas, en especial, aquellas de las entidades territoriales; *ii)* imponer obligaciones al Gobierno Nacional al momento de elaborar el presupuesto nacional; *iii)* racionalizar el gasto público; y, en definitiva, *iv)* lograr niveles de sostenibilidad fiscal.

A continuación la norma presenta el siguiente “Parágrafo”:

*“Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva”* –en todos los casos las cursivas han sido agregadas–.

Asimismo, se reformaron los respectivos incisos primero del art. 339 y del art. 346 introduciendo sendas alusiones al marco de sostenibilidad fiscal.

En consecuencia, dicha innovación constitucional dio vida a dos institutos: *i*) El marco de sostenibilidad fiscal; y *ii*) el incidente de impacto fiscal.

La Ley 1.695 de 2013<sup>67</sup> desarrolló el procedimiento y los efectos de la resolución del IIF, determinando en su art. 3 –en relación con la competencia– que conocerá del incidente la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional [C.C.] o la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, de la que haga parte el magistrado de la Alta Corporación que presentó la ponencia de la sentencia o de los autos que se profieran con posterioridad a la misma, sobre el cual se solicita el incidente.

A modo de aclaración, la expresión “Altas Cortes” hace referencia a los órganos aludidos en tal cláusula legal: Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Corte Constitucional y Consejo Superior de la Judicatura.

### **C) Jurisprudencia relevante de la Corte Constitucional sobre los institutos en cuestión**

I) Cabe resaltar que ya antes del dictado de tal ley la C.C. se había pronunciado sobre el mentado incidente –también respecto de la SF– en dos importantes decisorios: las Sentencias C-288 de 2012<sup>68</sup> y C-1.052 de 2012<sup>69</sup>, en las cuales identificó varios elementos que permiten evidenciar su contenido y alcances, a partir del análisis sistemático del art. 334 del Texto Superior con las demás normas constitucionales.

En la Sentencia C-288 de 2012, la C.C. sostuvo respecto de la SF que:

§ es una herramienta necesaria para que los Estados mantengan una disciplina económica que evite la configuración o extensión en el tiempo de hipótesis de déficit fiscal, que pongan en riesgo la estabilidad de las finanzas públicas. Se trata de un instrumento que busca regularizar la brecha existente entre ingresos y gastos, cuando la misma pueda afectar la salud financiera de un Estado y los

67 Publicada en el *Diario Oficial de Colombia* el 17 de diciembre de 2013.

68 Sala Plena de la C.C., 18 de abril de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

69 Sala Plena de la C.C., 5 de diciembre de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

compromisos que le asisten con miras a garantizar la efectividad de los principios y derechos consagrados en la Constitución;

- § es uno de los condicionamientos que rigen la intervención del Estado en la economía, en tanto que su objetivo (mantener un equilibrio en la relación ingreso y gasto público), se adicionó a otros propósitos existentes y no reformados por el Acto Legislativo N° 3 de 2011, como son, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y la preservación de un ambiente sano;
- § su objetivo constitucional es fungir como *instrumento* para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. No tiene el alcance de un derecho colectivo y menos aún de un principio constitucional, que deba ponderarse y optimizarse en relación con los demás principios previstos en la Carta;
- § se le otorgó la calidad de *criterio orientador*, por virtud del cual su exigibilidad debe guiar a todas las ramas y órganos del poder público, en el ejercicio de sus competencias, dentro de un marco de colaboración armónica, lo cual –según el criterio de la C.C.– descarta la existencia de un carácter *coactivo* en la aplicación de la SF;
- § se somete a una cláusula prohibitiva, conforme a la cual: “en cualquier caso el gasto público social será prioritario”, lo que implica la existencia de una relación de dependencia jerárquica entre la consecución de los fines propios del citado componente del presupuesto nacional, el cual se concreta en la solución de las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable, y la aplicación de la SF en la intervención del Estado en la economía; y
- § la SF también opera en el ámbito presupuestal y de planeación, con miras a exigir que en la elaboración de los citados documentos que delimitan el quehacer de la hacienda pública, se preserven los objetivos que lo identifican y se guarde coherencia en el manejo de la política fiscal del Estado.

Por su parte, de la conjugación de las citadas Sentencias C-288 de 2012 y C-1.052 de 2012<sup>70</sup> pueden entresacarse algunos perfiles y aspectos del IIF, a saber:

- § que la regulación sobre el IIF le corresponde al Congreso de la República, en ejercicio de su amplia potestad de configuración normativa. No obstante, como consecuencia de las pautas previstas en la Constitución, a dicha Corporación le

---

70 Por supuesto, no son los únicos pronunciamientos en la materia. Así, y más allá del otro decisorio que analizaremos aquí (Sentencia C-870 de 2014), se contabilizan *inter alia* la Sentencia C-332/12, de 9 de mayo de 2012, Sala Plena de la C.C., M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, por la que se declaró la exequibilidad [constitucionalidad] del Acto Legislativo N° 3 de 2011 por inexistencia de vicios de forma durante el trámite de la iniciativa.

corresponde establecer un procedimiento judicial *sui generis*<sup>71</sup>, que no puede ser subsumido por otro trámite judicial preexistente, lo que conduce a la posibilidad de que se prevean reglas particulares, específicas y concretas que determinen el alcance de sus diferentes etapas procesales;

- § que la legitimación para promover el incidente corresponde exclusivamente a los Ministros del Gobierno y al Procurador General de la Nación, sin que se encuentren previstas cláusulas de delegación a otros servidores públicos;
- § que en cuanto a su naturaleza jurídica, el IIF es consagrado como un *espacio de interlocución* entre los servidores públicos antes referidos y las Altas Cortes, en el que se les concede a los primeros la facultad de expresar las razones por las cuales consideran que los efectos de una sentencia omiten tener en cuenta el criterio de SF, carga argumentativa que en ningún caso puede trasladarse a los funcionarios judiciales. En otras palabras, se otorga al IIF un carácter netamente instrumental, por medio del cual se pretende que las Altas Corporaciones de Justicia, dentro de la órbita de sus competencias, puedan considerar, luego de adoptar su decisión, los efectos fiscales que pueda tener el cumplimiento de la misma y las invita a reflexionar sobre cómo lograr su observancia, en un contexto acorde con el criterio de SF;
- § que en la medida en que el incidente corresponde a un trámite instrumental de contenido procesal, se encuentra sometido a los deberes que son exigibles para este tipo de actuaciones judiciales, en particular, la obligación de motivar las decisiones que se adopten, máxime si se opta por hacer uso de las opciones de modular, diferir o modificar los efectos del fallo correspondiente;
- § que bajo la regla de que la SF es un criterio orientador, las autoridades judiciales no están obligadas a realizar un estudio detallado sobre el impacto fiscal de sus decisiones ya que este análisis le corresponde a los Ministros del Gobierno o al Procurador General de la Nación cuando decidan promover el IIF;
- § que el alcance del incidente se encuentra restringido a los efectos de la sentencia y no al contenido de la providencia en sí misma considerada, lo que implica que la decisión adoptada está protegida por la garantía de la cosa juzgada consti-

---

71 Pese a aludir a un proceso *sui generis*, la C.C. explicó que en la propia Constitución se definieron los siguientes elementos esenciales: *i*) la legitimación exclusiva y sin previsión de delegación a otros servidores públicos no determinados en el art. 334 de la Constitución; *ii*) el espacio de interlocución entre funcionarios legitimados y las Altas Cortes; *iii*) la carga argumentativa sobre las implicaciones fiscales de los fallos radica en los funcionarios legitimados y no puede trasladarse a las Altas Cortes; *iv*) el campo de acción del IIF está restringido exclusivamente a los efectos de la sentencia que son diferentes de la sentencia en sí misma considerada; *v*) la decisión de modular, modificar o diferir los efectos de los fallos es potestativa de la Alta Corte; *vi*) el IIF es compatible con el principio de separación de poderes y la autonomía judicial; y *vii*) toda decisión que se deriva del IIF está subordinada al logro y goce efectivo de los derechos fundamentales.

tucional. Es en virtud de ello que el Acto Legislativo N° 3 de 2011 realiza una diferenciación entre la *decisión* adoptada en una sentencia y sus *efectos*;

§ que la posibilidad de modular, modificar o diferir en el tiempo los efectos de la sentencia tiene un carácter potestativo, por cuanto: *i*) la obligatoriedad está circunscripta al trámite del incidente; *ii*) la Alta Corporación puede decidir autónomamente si selecciona cualquiera de las opciones establecidas en la norma constitucional, lo cual no implica adoptar una decisión particular en algún sentido; y *iii*) se pueden mantener las órdenes emitidas desde el principio, en cuyo caso su decisión es de obligatorio cumplimiento; y

§ que el IIF no puede despojar a las Altas Cortes de su labor de adoptar las decisiones a que haya lugar a la luz de la protección de los derechos de las personas.

II) Otro pronunciamiento que ofrece interés en relación con el tema que abordamos es la Sentencia C-870 de 2014<sup>72</sup>, obviamente posterior a la nombrada Ley 1.695 de 2013 que desarrolló los aspectos procedimentales del IIF.

Entre otros tópicos, algunos de los cuales serán referenciados *infra*, la C.C. analizó las *etapas procesales del IIF*: arts. 5 a 12 de la nombrada Ley 1.695 de 2013:

§ *etapa de presentación*: el incidente deberá formularse ante el magistrado de la Alta Corporación que actuó como ponente, dentro del término de ejecutoria del fallo. Una vez verificada su presentación en el plazo señalado, se concederá la apertura del IIF dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, mandato que pretende optimizar la regla constitucional, conforme a la cual es obligatorio el trámite del IIF. Por ello, si el mismo se presenta de forma extemporánea se concederá a su rechazo, decisión que es susceptible del recurso de reposición;

§ *etapa de sustentación*: para ella se prevé un plazo de treinta (30) días. Si no se cumple con esta obligación, se declarará desierto. La sustentación del incidente debe dar cuenta de: *i*) las “posibles” consecuencias de la providencia en la sostenibilidad de las finanzas públicas; *ii*) las condiciones específicas que explican dichas consecuencias; y *iii*) los planes concretos para el cumplimiento de la sentencia o de los autos que se profieran con posterioridad a la misma, que aseguren los derechos reconocidos en ella, en un marco de SF. Asimismo, se exige que el incidente se acompañe con un concepto del Ministro de Hacienda y Crédito Público;

§ *etapa de admisibilidad*: se expresa en la posibilidad de adoptar las siguientes decisiones: admitir, inadmitir o rechazar el IIF. La *admisión* se decretará siempre que una vez presentado y sustentado el citado instrumento, se reúnan los requisitos señalados, mediante auto que no tendrá recursos; la *inadmisión* se

---

72 Sala Plena de la C.C., 13 de noviembre de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero.

dispondrá cuando no se cumplan las exigencias previstas en la ley, caso en el cual, en el auto respectivo, se incluirá una relación de los elementos que requieren mayor detalle, los que la Corporación correspondiente considere ausentes o la información que estime relevante, para que se aporten en el término de cinco (5) días siguientes a la notificación; y el *rechazo* se ordenará cuando, habiendo sido inadmitido el incidente, se omitiere cumplir con la obligación de corregirlo en la oportunidad señalada;

§ *etapa de la audiencia de impacto fiscal*: es obligatoria la asistencia de todas las partes, aunque sólo se exige: *i*) la explicación del solicitante sobre “las consecuencias de la sentencia o del auto que se profiera con posterioridad a la misma, en las finanzas públicas y el plan concreto para su cumplimiento”; y *ii*) la conceptualización del Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la materia; y

§ *etapa de decisión*: dentro de los diez (10) días siguientes a la celebración de la audiencia, se adoptará la *decisión* sobre el incidente, en la que, con plena autonomía, las Altas Cortes deberán decidir si procede o no la pretensión de modular, modificar o diferir los efectos del fallo, sin que puedan cambiar su sentido, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal.

Asimismo pueden rescatarse otros elementos significativos del fallo que tratamos. Por ejemplo:

§ que la intención del Constituyente de que la SF y, por ende, el IIF, debe ser siempre compatible con la protección de los derechos fundamentales, no sólo a partir de la vigencia de su núcleo esencial, sino desde una perspectiva integral referente a todo su contenido normativo, por lo que existe un expreso y manifiesto mandato de intangibilidad de las garantías constitucionales frente al alcance en general de la SF;

§ que el IIF es un procedimiento establecido para abrir un espacio de diálogo y deliberación entre el Gobierno Nacional, el Procurador General de la Nación y las Altas Cortes, con miras a determinar el impacto de los efectos de sus sentencias en la SF;

§ que por su propia naturaleza, el IIF debe someterse a un proceso *sui generis*, en el que el legislador puede establecer reglas particulares y concretas que determinen el alcance de sus diferentes etapas procesales. Con todo, en el desarrollo de dicha atribución, se deben respetar los aspectos procedimentales expresamente definidos por el Constituyente, destacándose entre ellos: *i*) la distinción existente entre decisión y efectos de una sentencia, con miras a preservar la garantía de la cosa juzgada; *ii*) la carga de motivar toda decisión judicial, en especial cuando se hace uso de las alternativas de modular, modificar o diferir los efectos de un fallo; y *iii*) la imposibilidad de que el trámite del IIF menoscabe los derechos fundamentales, restrinja su alcance o niegue su protección efectiva, lo que en el fondo es una proyección de la cláusula prohibitiva referente a la garantía de los citados derechos frente a la SF.

§ que las disposiciones acusadas de inconstitucionalidad que se refieren a la *acción de tutela están sometidas a reserva de ley estatutaria*, en los términos previstos en el literal ‘a’ del art. 152 de la CP, ya que a pesar de que el IIF responde a una naturaleza instrumental sometido a la cláusula prohibitiva de no poder menoscabar los derechos o negar su protección efectiva (art. 334 de la C.P.), su alcance tiene la potencialidad de incidir en los efectos de las decisiones adoptadas, lo cual puede afectar la operatividad de las órdenes de amparo, en perjuicio de la realización pronta y expedita de los derechos constitucionales fundamentales; y

§ en definitiva, la C.C. decidió excluir la aplicación del procedimiento del IIF respecto de los juicios de amparo, motivo por el cual declaró su exequibilidad, en el entendido de que la regla de procedencia allí dispuesta respecto de dicho incidente *no aplica en relación con las providencias proferidas en el marco de la acción de tutela*.

El punto traído a colación en último término (*no aplicabilidad del procedimiento del IIF a las acciones de tutela*) aparece como uno de los más relevantes aspectos del decisorio en cuestión.

#### D) Algunas opiniones críticas. Prospectiva

Con respecto al funcionamiento del marco de SF y en particular del IIF y su relación con la protección de derechos sociales –tópico que es el que aquí interesa particularmente–, se ha dicho que efectivamente se corre el riesgo de erosión de los derechos sociales ya que nominal y normativamente, dicho incidente *sí es una figura potencialmente restrictiva de tales derechos*, en tanto impide el cumplimiento directo y efectivo de las sentencias judiciales (siendo que la observancia de los fallos es un componente del derecho al debido proceso), y paralelamente permite: *i*) modular el fallo atacado; *ii*) modificarlo; o *iii*) diferirlo<sup>73</sup>.

Para Roa Roa, el IIF constituye una respuesta inadecuada para introducir la perspectiva económica en el razonamiento judicial porque implica un costo muy alto para la independencia y eficacia del sistema interno de protección de los derechos, causa una pérdida de oportunidad en el aporte del juez constitucional a la construcción de políticas públicas sostenibles y no representa ninguna ventaja para la construcción del Estado Social de Derecho. Además, su regulación en la Ley 1.695 de 2013, lo convierte en una herramienta idónea para la asunción de un modelo de dictadura fiscal que conducirá a la infra-aplicación judicial de la Constitución o al aumento de los conflictos entre los tribunales y el ejecutivo<sup>74</sup>.

73 Cfr. Manuel Quinche Ramírez, en una opinión que tuvo la gentileza de enviarnos a propósito del presente trabajo.

74 Jorge E. Roa Roa, “El incidente de impacto fiscal y la legitimidad democrática de los tribunales constitucionales”, *Serie Documentos de Trabajo*, N° 46, Universidad Externado de Colombia, Departamento

El autor citado en último término añade que el IIF es una herramienta que carece de carácter deliberativo, no se trata del único mecanismo para alcanzar la SF, fue aprobado sobre la base del mito del supuesto activismo judicial de la C.C. y tiene aspectos negativos sobre el sistema de protección de los derechos fundamentales<sup>75</sup>.

En definitiva, el IIF en cuestión (dentro del marco de la SF) ofrece algunas dudas y aparece prospectivamente como una incógnita si el propósito de racionalizar el impacto fiscal de las decisiones judiciales terminará o no afectando negativamente a las magnitudes protectivas de los derechos sociales, muchos de los cuales se encuentran estrechamente ligados a la dignidad de los componentes de los grupos más excluidos de la sociedad.

Asimismo, quedan abiertos algunos interrogantes no menores en torno a si la SF en general y el IIF en particular podrían menoscabar relevantes principios tuitivos de los DESC como el de progresividad y el de no regresividad injustificada.

Es también un enigma predecir si el IIF no engendrará fricciones institucionales entre la rama judicial y la rama ejecutiva, ya que para algunos autores el incidente deteriora la autonomía del poder judicial.

Ojalá que prime la prudencia y la racionalidad para evitar que el IIF se convierta en un severo obstáculo que impida o mediatice la efectividad de las sentencias en materia de derechos humanos. Ello implicaría entronizar una visión pura y fríamente fiscal y económica que, con la excusa de asegurar la sanidad de las finanzas o de paliar las insuficiencias presupuestarias, a modo de censor tendría la última palabra para disponer a voluntad la apertura o el cierre de la válvula que conduzca, respectivamente, a la protección o la desprotección de los DESC.

Un elemento indudablemente positivo perfilado por la C.C. en la Sentencia C-870 de 2014 consiste en la *inaplicabilidad del IIF a las acciones de tutela*, sometidas a reserva de ley estatutaria.

Asimismo, nos parece que en toda solución que hubiera de adoptarse en relación con los incidentes de impacto fiscal las Altas Cortes intervinientes en ellos deberían hacer gala de una prudente compenetración con las premisas fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos, como por ejemplo el crucial principio *pro persona*.

No debe olvidarse que los derechos fundamentales y la dignidad humana, consustancial a éstos, así como también la sana pervivencia del Estado Social de Derecho (principio fundamental que se dispara desde el propio artículo inaugural de la CP), *están en juego y en serio riesgo*. Este punto nos abre el camino hacia la cuestión que abordaremos a continuación.

---

de Derecho Constitucional, Bogotá, 2015, p. 2; disponible en [http://www.academia.edu/12250117/El\\_Incidente\\_de\\_Impacto\\_Fiscal\\_y\\_la\\_legitimidad\\_democr%C3%A1tica\\_de\\_los\\_tribunales\\_constitucionales](http://www.academia.edu/12250117/El_Incidente_de_Impacto_Fiscal_y_la_legitimidad_democr%C3%A1tica_de_los_tribunales_constitucionales).

75 *Ibid.*, p. 12.

## 8. EN TORNO A LA DIGNIDAD HUMANA, LOS CONTENIDOS ESENCIALES DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES Y OTROS TEMAS

### A) Mínimo vital y dignidad humana

I) Es por medio de hechos y no de fraseología vana que debe garantizarse un *mínimo vital* intangible (“derecho a la supervivencia”<sup>76</sup>, en la visión de Ferrajoli) en tanto umbral básico de reaseguro de la dignidad humana.

Con miradas en cierta medida convergentes desde que apuntan a los límites a los poderes públicos –incluidos los de la mayoría– respecto de los derechos, aunque también con diferencias<sup>77</sup>, Ferrajoli acuña el concepto de “esfera de lo no decidible”, Bobbio el de “territorio inviolable” y Garzón Valdés el de “coto vedado”.

Entre otras características de esa construcción teórica de Ferrajoli, la “esfera de lo no decidible” demarca un terreno blindado frente a ciertas intervenciones invasivas, pero también un marco de deberes positivos. O sea, se trata de un territorio defendido por prohibiciones: límites de carácter negativo impuestos al legislador –*lo que no puede ser decidido por éste*– en garantía de los derechos de libertad; pero también un espacio de obligaciones: vínculos positivos, igualmente impuestos al legislador –*lo que debe ser decidido por éste*– en garantía de los derechos sociales<sup>78</sup>.

A su tiempo, Bobbio precisa: “Todas las constituciones liberales se caracterizan por la afirmación de los derechos del hombre y del ciudadano, calificados de ‘inviolables’. Ahora bien, *lo inviolable reside precisamente en que esos derechos no pueden limitarse, y mucho menos suprimirse, por medio de una decisión colectiva, aunque ésta sea mayoritaria*. Por su carácter de inalienables frente a cualquier decisión mayoritaria, estos derechos fueron llamados derechos contra la mayoría (...). La amplia esfera de los derechos de libertad puede interpretarse como una *especie de territorio fronterizo ante el cual se detiene la fuerza del principio mayoritario*”<sup>79</sup> –énfasis agregado–. Según interpreta Bovero, entre otros derechos que integrarían ese “territorio –o frontera– inviolable”, deben incluirse a ciertos derechos sociales como *precondiciones de la democracia*: el derecho a la instrucción (entendido como la educación del ciudadano) y *el derecho a la subsistencia*<sup>80</sup>.

76 Luigi Ferrajoli, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 19, tal como anticipáramos en nota 16 a pie de página.

77 El propio Ferrajoli se encarga de marcar dichas diferencias en: “La esfera de lo indecidible y la división de poderes”, trad. de Miguel Carbonell, *Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2008, pp. 337-343.

78 Ver Perfecto Andrés Ibáñez, “Valores de la democracia constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 31, Universidad de Alicante, Alicante, 2008, p. 209.

79 Norberto Bobbio, *Teoría general de la política*, ed. de Antonio De Cabo y Gerardo Pisarello, Trotta, Madrid, 2005, pp. 478-479.

80 Michelangelo Bovero, “Qué no es decidible. Cinco regiones del coto vedado”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 31, Universidad de Alicante, trad. de Álvaro Núñez Vaquero, Alicante, 2008, p. 222.

En su matriz de análisis Garzón Valdés se refiere al “coto vedado”<sup>81</sup> o conjunto de valores últimos. En el fondo, éste exige cierto grado de homogeneidad social, esto es que, conjuntamente con derechos y libertades debe concurrir un determinado nivel de igualdad de bienes, recursos y servicios.

Al respecto, Cruz Parceró apunta que “ese *mínimo* de condiciones no es poco y lo que se consigue es una concepción de los derechos sociales como derechos humanos, es decir, como un tipo especial de derechos de la más alta jerarquía que deben de garantizarse para *todos* sin importar el estatus de ciudadanía que se tenga”<sup>82</sup> –cursivas del original–.

II) Sin duda, existe un ligamen sumamente estrecho entre el *mínimo vital*<sup>83</sup> o *mínimo existencial* y la *dignidad humana*.

Sobre el punto y al solo efecto ilustrativo, vale citar algunas manifestaciones jurisprudenciales de ciertos órganos máximos de justicia constitucional (la Corte Constitucional de Colombia y el Tribunal Constitucional Federal alemán o *Bundesverfassungsgericht –BVerfGE–*) en torno a aquel intenso vínculo al que referíamos.

En ese sentido, ya en un lejano pronunciamiento, concretamente la Sentencia T-426 de 1992<sup>84</sup>, la C.C. señaló: “Toda persona tiene derecho a un mínimo de condiciones para su seguridad material. El *derecho a un mínimo vital* –derecho a la subsistencia como lo denomina el peticionario– *es consecuencia directa de los principios de dignidad humana y de Estado Social de Derecho* que definen la organización política, social y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución” –remarcado agregado–.

El *mínimo vital* es, en puridad, un *derecho fundamental* diseñado pretorianamente por la C.C., que en el particular exhibe una línea jurisprudencial evolutiva muy reveladora.

Para dicho Tribunal, el concepto de mínimo vital debe ser evaluado desde un punto de vista de la satisfacción de las necesidades mínimas del individuo, por lo cual es necesario realizar una evaluación de las circunstancias de cada caso concreto, *haciendo una valoración que se encamine más hacia lo cualitativo que a lo cuantitativo* (v. gr.,

81 Como se sabe, Garzón Valdés toma la expresión “coto vedado” del título de un libro autobiográfico del escritor Juan Goytisolo, *Coto vedado*, 1ª ed., Seix Barral, Biblioteca Breve, Barcelona, 1985; publicado en inglés como *Forbidden Territory* y en francés como *Chasse gardée*.

82 Juan A. Cruz Parceró, “Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales (Réplica a Fernando Atria)”, *Discusiones. Derechos Sociales*, N° 4, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca [Argentina], 2004, pp. 71-98, concretamente en p. 87.

83 Un acercamiento a la cuestión, puede verse en Encarna Carmona Cuenca, “El derecho a un mínimo vital”, en Guillermo Escobar Roca (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Thomson Reuters - Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 1577-1616.

84 Sala Segunda de Revisión de la C.C., 24 de junio de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia T-338 de 2001<sup>85</sup>), verificándose que quien alega su vulneración tenga las posibilidades de disfrutar de la satisfacción de necesidades como *la alimentación, el vestuario, la salud, la educación, la vivienda y la recreación*, como mecanismos para hacer realidad su *derecho a la dignidad humana* (por ejemplo, Sentencia T-581A de 2011<sup>86</sup>).

En esa línea, el derecho al mínimo vital ha sido desarrollado jurisprudencialmente como un aspecto de naturaleza fundamental *relacionado con la dignidad humana*.

Así, la C.C. ha mantenido que justamente *el principio constitucional de dignidad humana*, sobre el que se establece el Estado Social de Derecho, *sirve de fundamento al derecho al mínimo vital*, cuyo objeto no es otro que garantizar las condiciones materiales más elementales, sin las cuales la persona arriesga perecer y quedar convertida en ser que sucumbe ante la imposibilidad de asegurar autónomamente su propia subsistencia (Sentencia T-458 de 1997<sup>87</sup>).

De su lado, en un pronunciamiento no muy lejano en el tiempo (9 de febrero de 2010), el *BVerfGE* resolvió el caso llamado “Hartz IV”<sup>88</sup>. Esta denominación (que en menor medida es también conocida como *Arbeitslosengeld II*, asignación para desempleados) responde al nombre de su autor, el economista Peter Hartz, y hace referencia a una discutible normativa en materia de subsidios sociales materializada en 2005, que el *BVerfGE* entendió que no resultaba transparente ni garantizaba el derecho a un *mínimo de subsistencia digna*, vulnerando de tal modo el art. 1.1 de la Ley Fundamental (*Grundgesetz*) en relación con el art. 20.1, *ibid.*, o sea, respectivamente, la intangibilidad de la dignidad humana y el Estado social. El Tribunal sostuvo que el derecho fundamental a la garantía de un *mínimo vital* que esté en consonancia con la *dignidad humana* en conexión con el principio del *Estado social*, garantiza a cada persona en necesidad de asistencia las condiciones materiales indispensables para su existencia física y un mínimo de participación en la vida social, cultural y política. Se ha dicho que la sentencia puede ser leída como (posiblemente) la primera conceptualización por un Tribunal Constitucional de un derecho fundamental socioeconómico a obtener beneficios legales estatales<sup>89</sup>.

85 Sala Sexta de Revisión de la C.C., 29 de marzo de 2001, Marco Gerardo Monroy Cabra.

86 Sala Segunda de Revisión de la C.C., 25 de julio de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.

87 Sala Tercera de Revisión de la C.C., 24 de septiembre de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

88 *BVerfGE* 125, (175), 1 BvL 1/09; 1 BvL 3/09 y 1 BvL 4/09.

El texto de la sentencia en alemán e inglés puede verse en el sitio oficial del *Bundesverfassungsgericht*: [http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2010/02/ls20100209\\_1bvl000109en.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2010/02/ls20100209_1bvl000109en.html).

89 Ver Claudia Bittner, “Casenote. Human Dignity as a Matter of Legislative Consistency in an Ideal World: The Fundamental Right to Guarantee a Subsistence Minimum in the German Federal Constitutional Court’s Judgment of 9 February 2010”, en *German Law Journal*, vol. 12, N° 11, pp. 1941-1942; Fuente: [https://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol12-No11/PDF\\_Vol\\_12\\_No\\_11\\_1941-1960\\_Bittner%20FINAL.pdf](https://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol12-No11/PDF_Vol_12_No_11_1941-1960_Bittner%20FINAL.pdf).

Por último, debe subrayarse que los derechos sociales buscan garantizar unas *condiciones materiales de vida digna para todos los ciudadanos*, bajo el entendimiento de que dichas condiciones, además de su valor intrínseco, constituyen el presupuesto fáctico indispensable para el ejercicio efectivo de los restantes derechos por todos sus titulares, paralelamente a que la *elevación del mínimo existencial* que suponen, hace posible el proceso de integración social que el Estado y la sociedad requieren para subsistir<sup>90</sup>.

## **B) Contenidos mínimos de los derechos económicos, sociales y culturales; principio de proporcionalidad y otras cuestiones**

I) En líneas generales, con los matices que indicaremos y en mayor o menor medida, cada DESC cuenta con un *contenido mínimo* que actúa *positivamente*, pues debe ser aplicado inmediata y directamente; pero también opera *negativamente* como límite al legislador, en tanto éste no podría dictar medidas normativas que transgredan irrazonablemente dicho umbral esencial.

Cabe preguntarse si ese contenido mínimo es siempre fijo e inmutable. Pensamos que una visión que lo perciba como absolutamente rígido e inalterable no sería, precisamente, la más acertada<sup>91</sup>. Al respecto, consideramos que el punto debe ser analizado según las particularidades de cada caso y de cada derecho, las circunstancias de tiempo y lugar y las características contextuales; y luego, a partir de la aplicación de instrumentos como el principio de proporcionalidad, procurar en la medida de lo posible robustecerlo cualitativamente de manera progresiva o al menos intentar que no se diluya con retrogradaciones injustificadas.

Según el análisis que efectúa Pisarello, “los elementos que configuran el contenido mínimo o esencial de un derecho no son rígidos ni pueden plantearse en términos abstractos o simplemente teóricos: varían de derecho a derecho, están condicionados por el contexto en el que se aplican, y admiten una permanente actualización histó-

90 Néstor Osuna Patiño, “El derecho fundamental a la vivienda digna, seña del Estado Social de Derecho. Controversias sobre su aplicación judicial”, *Revista Derecho del Estado*, N° 14, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 95.

91 Se ha sostenido que la determinación del contenido esencial como expresión de un *núcleo sustancial, absoluto, estable e inalterable* de los derechos fundamentales tiene su origen en la teoría de la garantía institucional desarrollada en la República de Weimar. Paralelamente, se advirtió que la aplicación actual de los efectos de la garantía institucional al contenido esencial de los derechos fundamentales presenta varios inconvenientes, entre los que se cuenta el siguiente: considerar que un derecho fundamental está compuesto de un núcleo y una periferia, de tal modo que la infracción del núcleo produce la inconstitucionalidad de la medida legislativa, tiene como consecuencia excluir del control de constitucionalidad la parte periférica o accidental del derecho, con lo que el parámetro del control no es el precepto constitucional completo sino sólo una parte del mismo (*vid.* Juan C. Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 327-328).

rica. Así, lo que en un ordenamiento o en un contexto dados podría considerarse el núcleo mínimo o esencial de un derecho, en otros representaría su contenido máximo o simplemente adicional. La frontera, en consecuencia, entre lo que desde un punto de vista material pueda considerarse *básico o esencial* y lo que, por el contrario, pueda reputarse *adicional o accidental*, será siempre una frontera móvil, histórica y abierta. Pero será también una barrera insoslayable y en ningún caso inexistente que obliga a un permanente trazado de límites entre justicia y política, entre jueces y legisladores. Esa tarea de delimitación supone una división de tareas conflictiva y nunca resuelta de antemano, en la que los primeros deben preservar el contenido mínimo de los diferentes derechos y los segundos mantenerlos o desarrollarlos, pero nunca aniquilarlos o desvirtuarlos, por acción u omisión<sup>92</sup> –cursivas del original–.

Gavara de Cara ha puntualizado que, desde un punto de vista estrictamente conceptual, “la garantía del contenido esencial de los derechos, con independencia del sentido que se le atribuya, debe ser entendida como una regla de rechazo, es decir como un enunciado jurídico que califica como inválidos otros enunciados jurídicos”<sup>93</sup>.

La tesis alemana del “límite a los límites” (“*Schranken-Schranke*”) se refiere por ejemplo (y valga la tautología) a las restricciones que debe observar una ley limitativa de un derecho fundamental, por ejemplo, la preservación del contenido esencial y el principio de proporcionalidad<sup>94</sup>.

Salvando las distancias, en cierto sentido dicha cuestión se asemeja a lo normatizado en el art. 28 de la Constitución argentina, que estatuye: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, *no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio*” –remarcado nuestro–. En otras palabras, los principios, garantías y derechos pueden ser reglamentados (he aquí un límite que marca que *no son absolutos*: su reglamentación), pero a su vez tal regulación del ejercicio de aquéllos no puede alterarlos o desnaturalizarlos, con lo cual se entroniza allí *un límite a los límites*.

Sánchez Gil, a quien seguiremos en esta parte de la exposición, manifiesta que la idea del contenido esencial de los derechos fundamentales se incluyó en el art. 19.2 de la Ley Fundamental alemana (y en el art. 53.1 de la Constitución española)<sup>95</sup>, para evitar

92 Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para su reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 85-86.

93 Juan C. Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, op. cit., p. 142.

94 Específicamente sobre este principio, ver Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2ª ed., CEPC, Madrid, 2005, *passim*.

95 Sin perjuicio del reenvío a tal obra, nos permitimos mencionar que al referirse al método de ponderación de bienes, Gavara de Cara distingue entre *ponderación abstracta* y *ponderación concreta*. Esta última se conecta a la aplicación del principio de proporcionalidad, principio que en sentido *amplio* “consiste en la utilización de diversos controles con el fin de determinar si una medida de desarrollo o de aplicación de un derecho fundamental es contraria a la Constitución”. Tales controles son: de *idoneidad* (comprobar si la medida es adecuada a la finalidad perseguida); de *necesidad* (constatar que el

la excesiva restricción de esos derechos y que las limitaciones que se les impongan vacíen (*aushöhlen*) su contenido normativo<sup>96</sup>.

En una simplificación máxima del problema, *dos distintas teorías* tratan de explicar el contenido esencial de los derechos fundamentales: *absoluta y relativa*.

La primera (absoluta) imagina el ámbito normativo de los derechos fundamentales como el área de dos círculos concéntricos. Considera a la parte formada por el círculo interior como un núcleo fijo e inmutable de esos derechos, y la sección circunferencial exterior como la parte accesoria o contingente de los mismos. Tal núcleo sería la parte intocable de éstos y cualquier afectación a su respecto sería ilícita; mientras que en la parte contingente se pueden establecer las restricciones y limitaciones que se consideren necesarias y justificadas<sup>97</sup>.

La segunda (relativa) entiende que el contenido esencial de los derechos fundamentales no es preestablecido y fijo sino determinable sólo casuísticamente en atención a las circunstancias del caso y luego de ponderarse los beneficios y perjuicios que se produzcan en él, tanto para el derecho intervenido como para el bien protegido a través de su limitación<sup>98</sup>.

El principio de proporcionalidad o razonabilidad se adscribe a esta última (teoría relativa) al establecer el “límite de los límites” de los derechos fundamentales en cada caso concreto y de acuerdo con las circunstancias en que se relacionen los bienes jurídicos

---

perjuicio ocasionado en el derecho fundamental es el menor posible); y de *racionalidad* (justificar que el perjuicio que ocasiona la medida no guarda relación con la finalidad perseguida). Estos tres controles dan lugar a la formación de tres *subprincipios*: de *adecuación* (determinar si una medida estatal que interviene en los derechos fundamentales reúne las condiciones necesarias para alcanzar la finalidad que pretende); de *necesidad* (determinar, respecto de la medida legislativa de limitación, que no existe otra igualmente efectiva que suponga una menor restricción para el derecho fundamental afectado); y de *proporcionalidad en sentido estricto* (presupone que la aplicación de una determinada medida legislativa para alcanzar una necesidad no debe ser irrazonable, o sea, que debe haber una conexión razonablemente proporcionada entre la medida adoptada y la finalidad que se pretende) [Juan C. Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, op. cit., pp. 332-334].

Como puede suponerse, no son los únicos casos en Europa. Así, por ejemplo, el art. 18.3 de la Constitución de Portugal establece: “Las leyes restrictivas de derechos, libertades y garantías deben revestir carácter general y abstracto *y no pueden tener efecto retroactivo ni disminuir la extensión y el alcance del contenido esencial de los preceptos constitucionales*”, y el art. 36.4 de la Constitución suiza dispone: “El contenido esencial de los derechos fundamentales es inviolable” –énfasis agregado en ambos casos-. Por su parte, en el marco comunitario europeo, el art. 52.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, dispone: “Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás” –remarcado añadido-.

96 Rubén Sánchez Gil, *El principio de proporcionalidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, D.F., 2007, p. 111.

97 *Ibid.*, pp. 111-112.

98 *Ibid.*, p. 112.

“colidentes” en ellos, oponiéndose a la teoría absoluta que distingue en ellos un núcleo intangible e inmutable en toda situación<sup>99</sup>.

Para que una medida legislativa que intervenga un derecho fundamental sea lícita, el fin que se propone debe satisfacerse de manera equivalente o mayor al perjuicio que ocasiona a aquél. Por lo demás, la literatura jurídica –no sin matices– sostiene que *el contenido esencial de los derechos fundamentales se define por el principio de proporcionalidad*, como una relación de la concordancia práctica entre bienes jurídicos diversos que debe orientar a la interpretación constitucional<sup>100</sup>.

En esa línea se pronuncian, por ejemplo, autores de la talla de Alexy<sup>101</sup> o Hesse<sup>102</sup>.

II) Aunque en relación con otro aspecto, particularmente el del art. 21.1 de la CADH, que dispone que *la ley puede subordinar el uso y goce de los bienes al interés social*, pero en conexión con la dimensión comunal (o colectiva) indígena del derecho de propiedad, la Corte IDH ha especificado que “la necesidad de las restricciones legalmente contempladas dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo, siendo insuficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno. *La proporcionalidad radica en que la restricción debe ajustarse estrechamente al logro de un legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho restringido*. Finalmente, para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho restringido”<sup>103</sup> –remarcado añadido –.

De hecho, el Tribunal Interamericano ha sostenido que, cuando la propiedad comunal indígena y la propiedad privada particular entran en contradicciones reales o aparentes, la propia CADH y la jurisprudencia del Tribunal proveen las pautas para definir las restricciones admisibles al goce y ejercicio de estos derechos: **a)** deben estar *establecidas por ley*; **b)** deben ser *necesarias*; **c)** deben ser *proporcionales*, y **d)** deben hacerse con el fin de *lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática*<sup>104</sup>.

Es también útil evocar que el Comité de DESC ha expresado: “...Así como la comunidad internacional insiste en que todo Estado objeto de sanciones debe respetar los

99 Ídem.

100 *Ibid.*, p. 115.

101 Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 288.

102 Konrad Hesse, “Significado de los derechos fundamentales”, en Benda, Maihofer, Vogel, Hesse y Heyde (eds.), *Manual de Derecho Constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública - Marcial Pons, trad. al castellano de Antonio López Pina, Madrid, 1996, p. 110.

103 Corte IDH, “Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 17 de junio de 2005, Serie C, N° 125, párr. 145. También, *mutatis mutandis*, “Caso Ricardo Canese vs. Paraguay”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2004, Serie C, N° 111, párr. 96.

104 Corte IDH, “Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, cit. en nota anterior, párr. 144.

derechos civiles y políticos de sus ciudadanos, así también ese *Estado y la propia comunidad internacional deben hacer todo lo posible por proteger como mínimo el contenido esencial de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas afectadas de dicho Estado*<sup>105</sup> –énfasis agregado–.

El aludido Comité ha expresado también que *la dignidad inherente a la persona humana, de la que se dice derivan los derechos del PIDESC*, exige que el término “vivienda” se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos<sup>106</sup>.

Asimismo, ha manifestado que los elementos del derecho al agua deben ser “*adecuados*” a la *dignidad*, la vida y la salud humanas, de conformidad con el párr. 1 del art. 11 y el art. 12 del PIDESC<sup>107</sup>.

En la misma línea se inscriben, por ejemplo, el Protocolo Adicional a la CADH en materia de DESC (Protocolo de San Salvador), cuyo art. 5 titulado “Alcance de las restricciones y limitaciones”, reza: “Los Estados Partes *sólo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos*”; y el art. 4 del PIDESC, que establece: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, *éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática*”.

Específicamente en torno a tal cláusula del PIDESC, y aunque se trate de manifestaciones de *soft law*, es significativo traer a colación los Principios de Limburgo relativos a la aplicación de tal Pacto<sup>108</sup>, que indican:

---

105 Comité de DESC, O.G. N° 8, ‘Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales’, 17º período de sesiones (1997), párr. 7, E/C.12/1997/8.

106 Comité de DESC, O.G. N° 4, ‘El derecho a una vivienda adecuada (párr. 1, art. 11, PIDESC)’, 6º período de sesiones (1991), párr. 7, E/1991/23.

107 Comité de DESC, O.G. N° 15, ‘El derecho al agua (arts. 11 y 12, PIDESC)’, 29º período de sesiones (2002), párr. 11, E/C.12/2002/11.

108 Los Principios de Limburgo sobre la Aplicación del PIDESC fueron aprobados por un grupo de expertos en derecho internacional, reunidos del 2 al 6 de junio de 1986 en Maastricht, convocados al efecto por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburg (Maastricht) y el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan, Universidad de Cincinnati (Ohio). El propósito de la reunión fue analizar la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados Partes conforme al PIDESC; la consideración por parte del –por entonces– recientemente constituido Comité de DESC, de los informes presentados por los Estados Partes, y la cooperación internacional bajo la Parte IV del Pacto.

Las alusiones que se realizan en el texto de nuestro trabajo fueron tomadas de *Los derechos económicos, sociales y culturales. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos*, Serie de Capa-

- § en relación con *limitaciones* a los DESC, aquella disposición (art. 4, PIDESC) tenía como objetivo inicial la protección de los derechos de los individuos y no, en cambio, el de permitir la imposición de limitaciones por parte del Estado (Principio 46); además de que el propósito de dicha norma no era introducir limitaciones a los derechos relativos a la supervivencia del individuo ni a la integridad de la persona (Principio 47);
- § con respecto a la expresión *determinadas por ley*, no se deberá limitar el ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales a menos que así lo disponga la legislación nacional de aplicación general, consistente con los principios del Pacto y en vigor al momento de la aplicación de la limitación (Principio 48); las leyes que impongan limitaciones al ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales no deberán ser arbitrarias, insensatas, ni discriminatorias (Principio 49); todos los actos legales que limiten el ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales deberán ser claros y accesibles para todos (Principio 50); y se deberá proporcionar todo tipo de salvaguardias adecuadas y recursos eficaces contra la imposición ilegal o abusiva de limitaciones a los DESC (Principio 51);
- § en cuanto a *promover el bienestar general*, esta expresión supone que deberá reflejarse un incremento del bienestar del pueblo en su conjunto (Principio 52);
- § en punto a la expresión “*en una sociedad democrática*”, la misma deberá interpretarse como una restricción adicional al establecimiento de limitaciones (Principio 53); el Estado que impone limitaciones debe demostrar que éstas no perjudican el funcionamiento democrático de la sociedad (Principio 54); y al no existir un modelo único de sociedad democrática, se considerará como tal a la sociedad que reconoce y respeta los derechos humanos establecidos en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Principio 55); y
- § acerca de que la restricción debe ser *compatible con la naturaleza de esos derechos*, el Principio 56 estipula que ello no deberá interpretarse o aplicarse si, por este proceder, se amenaza la esencia misma del derecho en cuestión, es decir – agregamos por nuestra parte– que no puede vulnerar el *contenido esencial de tal derecho*.

Por su parte, las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>109</sup> también aportan consideraciones de utilidad respecto del tópico que examinamos. En tal sentido, la parte introductoria del Principio 14 estable-

citación Profesional N° 12, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ONU, Nueva York y Ginebra, 2004, Anexo 6, pp. 131-141, en particular, pp. 135-136.

109 Adoptadas por un grupo de expertos cuyas discusiones se desarrollaron entre el 22 y el 26 de enero de 1997. Se trata de un documento interpretativo al que recurren frecuentemente los órganos de supervisión de tratados internacionales en el campo de los DESC (UN Document E/C.12/2000/13).

ce: “Pueden producirse violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales por una acción directa del Estado o de otras entidades insuficientemente administradas por el Estado. Como ejemplos de tales violaciones cabe citar las siguientes”:

- a) la *derogación o suspensión* oficiales de las disposiciones legislativas necesarias para el goce permanente de un derecho económico, social y cultural ya reconocido;
- b) la *denegación activa* de estos derechos a individuos o grupos concretos por una discriminación de carácter legislativo o por la fuerza;
- c) el *apoyo activo* a medidas adoptadas por terceros que son incompatibles con los DESC;
- d) la *adopción de disposiciones legislativas o de políticas que son manifiestamente incompatibles con obligaciones jurídicas preexistentes relacionadas con estos derechos*, salvo si ello se hace con el firme objetivo de acrecentar la igualdad y aumentar la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales para los grupos más desvalidos;
- e) la adopción de cualquier *medida deliberadamente regresiva* que reduzca el alcance de la garantía de este derecho;
- f) la *obstrucción deliberada o la interrupción del logro progresivo* de un derecho garantizado por el Pacto, salvo en el caso de que el Estado actúe dentro de los límites autorizados por el Pacto o de que su acción se deba a la falta de recursos disponibles u obedezca a fuerza mayor; y
- g) la *reducción o el mal uso de inversiones públicas concretas*, cuando la reducción o el mal uso tengan como consecuencia la anulación de los derechos y no vayan acompañados por medidas adecuadas para garantizar derechos mínimos de subsistencia para todos.

Para finalizar este tramo del trabajo focalizando el concepto de *dignidad humana*, es útil mencionar –con Garzón Valdés– que puede ser considerado como aquel que fija el umbral mínimo a partir del cual pueden diseñarse diversas regulaciones para la adjudicación y/o distribución de bienes en una sociedad<sup>110</sup>. Semejante concepto, para tal autor, tiene un carácter adscriptivo, al atribuir a todo ser humano viviente una característica moralmente relevante cual es la de ser siempre portador de derechos y, cuando sus condiciones físicas y/o psíquicas se lo permitan, agente de deberes<sup>111</sup>.

---

Las referencias efectuadas en el texto se extrajeron de *Los derechos económicos, sociales y culturales. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos, op. cit.* en la parte final de la nota anterior, Anexo 5, pp. 123-130, en particular, p. 126.

110 Ernesto Garzón Valdés, “¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?”, *Propuestas*, Trotta, Madrid, 2011, p. 100.

111 *Ibid.*, p. 101.

Pero además, siempre en verba *garzoniana* y para dar paso a las consideraciones de cierre de este trabajo, “el concepto de dignidad humana cumple una especie de función ‘trascendental’ en el sentido kantiano de la palabra: recurrimos a él para precisar *el contenido y alcance no sólo de los derechos humanos sino de una regulación jurídico-política moralmente justificable*”<sup>112</sup> –remarcado agregado–.

## 9. CONSIDERACIONES FINALES

**I.** Partiendo del carácter unitario de la dignidad humana, puede afirmarse que entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales existe unidad conceptual, equivalencia de entidad jurídica e interrelación y complementación. Nunca disociación antinómica.

Lo anterior deriva por ejemplo de la lectura de uno de los logros principales surgentes de la IIª Conferencia Mundial de Derechos Humanos (1993): la promoción y movilización de la doctrina de la *universalidad, la interdependencia y la indivisibilidad de los derechos humanos y su interrelación*. Es igualmente digno de destacar que dicha Conferencia Mundial fungió como instrumento axial para que se conociera y divulgara la legítima preocupación de toda la comunidad internacional por las condiciones de vida de la población y, en particular, de sus *segmentos más vulnerables*<sup>113</sup>.

**II.** Los DESC *no padecen una minusvalía jurídica, tampoco axiológica, respecto de los derechos civiles y políticos, ni son meros “derechos de papel”*.

Por el contrario, las características de interdependencia y de mutuo refuerzo de los derechos humanos llevan a que no exista jerarquía entre ellos y a que todos sean exigibles, según sus peculiaridades, ante las correspondientes autoridades estatales que resulten competentes.

Es que a partir del *carácter integral de los derechos*, corresponde asumir y garantizar el *carácter integral de su protección*, con independencia de si se trata de DCP o de DESC.

De esa manera, la garantía de los derechos fundamentales legitimaría y justificaría sin ambages tanto al Estado Constitucional y Convencional cuanto al sistema protectorio interamericano e incluso a otros esquemas tuitivos en el plano universal.

**III.** Al menos en el ámbito latinoamericano, no podría válidamente ponerse en duda la fundamentalidad de los derechos sociales. Es que varios de éstos operan como *precondiciones* para el ejercicio de no pocos ni intrascendentes derechos civiles y políticos.

112 *Ibid.*, pp. 101-102.

113 Ver, en ese sentido, Antônio Augusto Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, 2ª ed., S.A. Fabris Ed., Porto Alegre, 2003, *inter alia*, p. 39; cit. en voto separado de dicho autor, actuando como juez de la Corte IDH en el aludido caso “Ximenes Lopes vs. Brasil” (párr. 42).

IV. En punto al alcance y el grado de operatividad de los DESC, la búsqueda debe orientarse hacia un *concepto sustentable de progresividad* que no disuelva esta gradualidad en una latencia *sine die*, sino que refleje positivamente su ingrediente de “equidad social”<sup>114</sup>.

La *progresividad* debe ser *concreta y real*. En otras palabras, una *progresiva efectividad* de aquellos derechos como producto de una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, coherente con el eminente principio *pro persona*.

Ese mandato de *desarrollo progresivo* se debe combinar con la *prohibición de retrogradación injustificada o de retroceso deliberado*.

Sea como fuera, si igualmente se adoptaran medidas *a priori* incausadamente regresivas o si *prima facie* no se cumpliera con el deber de llevar adelante un nivel razonable de progresividad, aquéllas serían *revisables judicialmente*, posándose la *carga de la prueba* sobre el Estado, el que como hipótesis de mínima debería acreditar que ha logrado alcanzar magnitudes tuitivas sustentables.

Otra vía fiscalizatoria del tenor de cumplimiento de los DESC se localiza en el *control social y democrático* sobre la base de los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, que permitiría mensurar el ritmo, el alcance y la matriz de prioridades que el Estado maneja en el marco de las políticas públicas encaminadas (al menos discursivamente) hacia la protección y la realización de tales derechos.

V. Existe un nexo muy intenso entre los DESC, sus contenidos esenciales y la dignidad inherente a la persona humana. Los elementos que integran los contenidos mínimos de cada derecho económico, social o cultural no son fijos, rígidos ni inmutables, sino que en el supuesto de existir leyes u otras medidas que busquen limitarlos, el asunto debe ser abordado tomando en consideración las especificidades de cada caso y de cada derecho, las circunstancias de tiempo y lugar y las singularidades contextuales.

Y en tal escenario la labor jurisdiccional deberá, en particular, orientarse hacia el empleo de mecanismos útiles como –sólo por citar un ejemplo– el principio de proporcionalidad para examinar cada asunto específico; y, en general, trazar una línea hermenéutica que lleve a fortalecerlos cualitativamente de modo progresivo o, como hipótesis básica e irreducible, cuidar que no se diluyan al calor de retracciones injustificadas.

VI. Es precisamente en épocas de crisis financieras y/o económicas cuando se torna más nítida e imperiosa la necesidad de acrecentar la *protección de los derechos de los grupos y personas más débiles y vulnerables*.

---

114 Respecto de esta última afirmación en torno al ingrediente de “equidad social” que debe caracterizar a esa progresividad, ver el ap. 3 del voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez en la sentencia de fondo pronunciada por la Corte IDH en el “Caso Cinco Pensionistas vs. Perú”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 28 de febrero de 2003, Serie C, N° 98.

En esa línea, las medidas que se adopten para paliar aquella situación crítica deberán tener siempre como límites infranqueables al *contenido esencial* de cada uno de los derechos sociales en juego (y en riesgo) y, por supuesto, la *dignidad de la persona*, eje alrededor del cual gira todo modelo tuitivo de derechos y garantías.

**VII.** Como mensaje final, creemos indispensable insistir en que las obligaciones internacionales asumidas por los Estados en el área de los DESC *no son derogables*. De hecho, su cumplimiento deviene aún más inexcusable y cardinal en tiempos de crisis y ajustes, escenarios que suelen testimoniar cómo los efectos de tales procesos usualmente golpean con fuerza a las comunidades más marginadas y desposeídas, agravando las de por sí marcadas desigualdades que soportan incluso en momentos de supuesta “normalidad”.

## 10. FUENTES DE CONSULTA

Robert Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, 1ª ed., 2ª reimpr., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales [CEPC], trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, 2001.

Stephen Holmes y Cass R. Sunstein, El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos, Siglo XXI Editores, trad. de Stella Mastrangelo, Buenos Aires, 2011.

Liborio L. Hierro, “Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy”, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 30, 2007, Universidad de Alicante, Alicante.

Paolo Comanducci, “Democracia y derechos fundamentales”, en su obra Hacia una teoría analítica del Derecho. Ensayos escogidos, CEPC, Madrid, 2010.

Matthew Craven, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Clarendon Paperbacks, Oxford, 1998.



# LA FACULTAD DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA Y DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DE INAPLICAR UNA NORMA QUE CONSIDEREN INCONSTITUCIONAL O INCONVENCIONAL

Por MARIO ALBERTO BECERRA BECERRIL<sup>1</sup>  
y MAURICIO JOSÉ BECERRA BECERRIL<sup>2</sup>

*A nuestros queridos alumnos de la Escuela Libre de Derecho.*

**RESUMEN:** El presente artículo busca exponer la problemática que actualmente existe en torno a la posibilidad del Presidente de la República y de las autoridades administrativas (federales y nacionales) de *inaplicar* una norma que estimen inconstitucional o inconvencional. Para lograr nuestro objetivo, se analizan las distintas posiciones doctrinales, así como diversos precedentes judiciales nacionales y de derecho comparado.

**PALABRAS CLAVE:** Control constitucional, Autoridades administrativas, Presidente de la República, Inaplicación de leyes, Inaplicación de normas.

**ABSTRACT:** This article seeks to expose the problem that currently exists regarding the possibility of the President of the Republic and the administrative authorities (federal and national) to not execute a rule that they consider unconstitutional or unconventional. To achieve our objective, the different doctrinal positions are analyzed, as well as various national judicial precedents and comparative law.

**KEYWORDS:** Constitutional control, Administrative authorities, President of the Republic, Inapplicability of norms, Inapplicability of rules.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. DERECHO PRETORIANO COMPARADO. 3. LA DOCTRINA Y LOS PRECEDENTES JUDICIALES NACIONALES. 4. CONCLUSIONES. 5. FUENTES DE CONSULTA.

## 1. INTRODUCCIÓN

Con motivo de la resolución contenida en el expediente varios 912/2010<sup>3</sup> resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) quedó zanjada una larga

- 
- 1 Abogado egresado de la Escuela Libre de Derecho (ELD). Maestro en Derecho por la Universidad de Nueva York (NYU). Maestro en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Oxford (Inglaterra). Profesor titular en la Maestría de Derecho Constitucional en la ELD.
  - 2 Abogado egresado de la ELD. Maestro en Derecho por la Universidad de Harvard. Profesor titular de Metodología para la preparación del trabajo recepcional en la ELD.
  - 3 Resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sesión de fecha 14 de julio de 2011.

discusión sobre el tema de control constitucional en nuestro país, creándose un sistema de control constitucional híbrido. Por una parte, la SCJN dio la facultad a todos los jueces nacionales –tanto federales como locales– de *inaplicar* una norma en un caso en concreto –siempre con efectos *inter partes*– que consideraren inconstitucional o inconveniente (control difuso) y, por otra parte, la propia SCJN reservó la facultad de declarar una norma inconstitucional o inconveniente –con posibles efectos *erga omnes*– en exclusiva al Poder Judicial de la Federación (control concentrado); sin embargo, la resolución que nos ocupa también abrió toda una nueva e interesante discusión, en tanto que en el párrafo 35 de la misma se prohibió expresamente que autoridades distintas a las judiciales<sup>4</sup>, esto es, las autoridades administrativas o legislativas, pudieran *inaplicar* una norma que estimasen contraria al texto constitucional o de algún derecho humano previsto en tratados internacionales suscritos por el Estado Mexicano.

Es por todos sabido que la posibilidad de *inaplicación*<sup>5</sup> de una norma por parte del Presidente de la República y de las autoridades administrativas federales o nacionales<sup>6</sup> por considerar que la misma es inconstitucional o inconveniente, es uno de los temas de derecho constitucional de muy larga *data* en nuestro ámbito jurídico y sobre el cual a lo largo de los años se han esgrimido argumentos valederos en ambos sentidos<sup>7</sup>. Así, existen dos posturas muy arraigadas sobre el tema: (a) quienes sostenemos –nos incluimos– que el titular del Poder Ejecutivo y, por ende, las autoridades administrativas a su cargo, sí pueden y deben *inaplicar* una norma –notoriamente o no– inconstitucional o inconveniente con base en el principio de supremacía constitucional (*artículo 133 constitucional*) y el deber constitucional de todas las autoridades del Estado, dentro del ámbito de sus competencias, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos (*artículo 1º constitucional*); y (b) quienes sostienen todo lo contrario y afirman que la autoridad administrativa –ya sea el Presidente o los órganos a su cargo– no puede ni debe *inaplicar* o dejar de ejecutar una ley por estimarla inconstitucional, en tanto que esa es una función exclusiva del Poder Judicial y lo único que, en su caso, puede hacer el Presidente si considera que una norma es inconstitucional es: i) ejercer su derecho al veto, ii) plantear su inconstitucionalidad ante el Poder Judicial de la Federación y iii) promover su abrogación, derogación o reforma ante el órgano legisferante.

Sin embargo, si bien desde año de 1942 se inició en nuestro país la discusión del tema con las grandes ideas de Gabino Fraga, lo cierto es que las cosas han cambiado radical-

4 Dicho párrafo, a la letra instituye: “Finalmente, es preciso reiterar que todas las autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de *inaplicar* o declarar la incompatibilidad de las mismas”.

5 Hablamos de la facultad de *inaplicar* una norma, más no de declarar su inconstitucionalidad, pues dicha facultad exclusiva del Poder Judicial de la Federación.

6 Por autoridades *administrativas nacionales*, para efectos del presente artículo, nos referimos a los Órganos Constitucionales Autónomos y a la Fiscalía General de la Nación.

7 Véase el apartado número 3 del presente trabajo.

mente desde la reforma constitucional del año 2011 en materia de derechos humanos y amparo, así como con la emisión de sentencias contradictorias entre la SCJN y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIADH).

En efecto, los escenarios arriba narrados, han propiciado que la discusión del tema que nos ocupa haya transitado por caminos aún poco explorados por la doctrina y por nuestros tribunales federales. De ahí que a través del presente trabajo busquemos exponer las diversas posturas que existen en torno al tema que motivó la presente investigación tanto en México como en diversas latitudes, ello con los objetivos de que el lector pueda formar su propia conclusión y lograr que el tema sea discutido de nuevo y abordado en el futuro cercano.

## 2. DERECHO PRETORIANO COMPARADO

A continuación, se expondrán brevemente algunos de los precedentes a nivel internacional que han permitido que el titular del Poder Ejecutivo y las autoridades administrativas a su cargo, puedan *inaplicar* o ignorar una ley o norma que estimen inconstitucional o inconvencional.

Nuestra intención es efectuar un breve análisis o estudio de derecho pretoriano o de casos judiciales internacionales para –con ello– sensibilizar al lector de la repercusión o eco que los mismos han tenido y tendrán en un tema de derecho constitucional que dará mucho de qué hablar en las próximas décadas.

### 2.1. La inaplicación de leyes inconstitucionales por parte del presidente de Estados Unidos de América

Durante el siglo XX, en nuestro vecino país se emitieron cuando menos cuatro sentencias en las que la Suprema Corte, de manera expresa o tácita, se ha pronunciado a favor de la facultad del Presidente para dejar de aplicar o ignorar una norma que considera inconstitucional.

Dichos *leading cases* son: (i) *Myers v. Estados Unidos*, 272 U.S. 52 (1926) –en donde la Corte validó el punto de vista del Presidente en el sentido de que la ley analizada era inconstitucional, ello sin que ningún miembro de la Corte adujera o hiciera valer que el Presidente hubiera actuado de manera ilegal o inconstitucional al negarse a obedecer dicha norma general–; (ii) *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 635-38 (1952) –en donde la Corte reconoció la existencia de la autoridad presidencial para no cumplir con una norma que imponía determinadas obligaciones (statutory command)–; (iii) *INS v. Chadha*, 462 U.S. 919, 942 n.13 (1983) –en dicho caso la Corte hizo notar que frecuentemente el Presidente firma leyes con artículos o porciones cuya constitucionalidad es objetable e indica públicamente que no cumplirá o ejecutará dichos artículos o provisiones–; y (iv) *Freytag v. Commissioner*, 501 U.S. 868 (1991),

en el que la Suprema Corte sostuvo expresamente que el Presidente “*tiene el poder de vetar ... o ignorar (disregard) leyes que considere inconstitucionales*”.

## 2.2. La excepción de inconstitucionalidad en Colombia: el control de constitucionalidad realizado por los servidores públicos y particulares con el deber de aplicar una norma jurídica

La llamada “*excepción de inconstitucionalidad*” en el derecho constitucional colombiano no se erige a partir del artículo 4º de su Constitución que establece que cuando existen normas contrarias a la propia Constitución, se emplearan las medidas contenidas en la Carta Política debido a su superioridad jerárquica.<sup>8</sup> De ese modo, la “*excepción de inconstitucionalidad*” permite a los servidores públicos –incluyendo a los jueces– y a los particulares que tengan el deber de aplicar una norma, que la inapliquen por ser contraria a la Constitución; debiendo precisar que los efectos de la referida inaplicación de la norma son siempre *inter partes* y no *erga omnes*.

Respecto a la novedosa figura de la “*excepción de inconstitucionalidad*”, la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia T-681/16 del 5 de diciembre de 2016, explicó magistralmente sus alcances de la siguiente manera:

*“Esta Corporación ha sido enfática en que se trata de una facultad-deber que tienen las autoridades para inaplicar una norma y en su lugar hacer efectiva la Constitución, consolidándose como una suerte de control de constitucionalidad difuso. Sobre este aspecto, la jurisprudencia constitucional ha definido que ‘es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales’. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política.*

*En este sentido consiste en una eficaz herramienta jurídica-política de protección al principio de supremacía constitucional, garantizando (en el caso concreto) su jerarquía y materialidad dentro del sistema de fuentes del derecho.*

*5.2. Dicha facultad puede ser ejercida de manera oficiosa o a solicitud de parte cuando se está frente a alguna de las siguientes circunstancias:*

8 Dicho precepto, a la letra establece: “**Artículo 4.** La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.”

(i) La norma es contraria a las cánones superiores y no se ha producido un pronunciamiento sobre su constitucionalidad, toda vez que de ya existir un pronunciamiento judicial de carácter abstracto y concreto y con efectos erga omnes, la aplicación de tal excepción de inconstitucionalidad se hace inviable por los efectos que dicha decisión genera, con lo cual cualquier providencia judicial, incluidas las de las acciones de tutela deberán acomodarse a la luz de la sentencia de control abstracto que ya se hubiere dictado;

(ii) La regla formalmente válida y vigente reproduce en su contenido otra que haya sido objeto de una declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional o de nulidad por parte del Consejo de Estado, en respuesta a una acción pública de inconstitucionalidad o nulidad por inconstitucionalidad según sea el caso; o,

(iii) En virtud, de la especificidad de las condiciones del caso particular, la aplicación de la norma acarrea consecuencias que no estarían acordes a la luz del ordenamiento iusfundamental. En otras palabras, 'puede ocurrir también que se esté en presencia de una norma que, en abstracto, resulte conforme a la Constitución, pero no pueda ser utilizada en un caso concreto sin vulnerar disposiciones constitucionales'.

5.3. En todo caso, vale la pena aclarar que el alcance de esta figura es inter-partes y, por contera, la norma inaplicada no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida. De modo que las excepciones de constitucionalidad pueden ser acogidas o no por ésta Corporación, no configura un precedente vinculante y tiene preeminencia sobre los fallos particulares que se hayan dado por vía de excepción. Así se preserva la competencia funcional de la Sala Plena para pronunciarse de fondo sobre la materia, siendo esta la instancia última de control de constitucionalidad de las leyes, conforme al artículo 241 superior.”

La cita que antecede, pone de manifiesto que Colombia es el país más evolucionado en el continente respecto al tema objeto del presente trabajo de investigación y que su Corte Constitucional continúa siendo la más vanguardista y un referente obligatorio en materia de derechos humanos.

### **2.3. El precedente regional que constituyó un parteaguas en el tema: el caso *Gelman vs Uruguay* (sentencia sobre Fondo y Reparaciones del 24 de febrero de 2011 y la sentencia de supervisión del 20 de marzo de 2013) resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIADH)**

Las dos sentencias dictadas por la CIADH en el caso *Gelman* son sumamente trascendentes y constituyeron un giro copernicano en el tema, ya que en las mismas se estableció expresamente que el deber de aplicar el control de convencionalidad *ex officio* no se encuentra reservado única y exclusivamente a los órganos jurisdiccionales o jueces, sino que se extiende a toda autoridad de representación democrática directa o indirecta, teniendo como único límite de actuación el ámbito de sus competencias.

Para evidenciar lo anterior, veamos lo que sostuvo la CIADH en la sentencia sobre Fondo y Reparaciones del 14 de febrero de 2011:

193. Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, **todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.**

(...)

239. La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un **“control de convencionalidad” (supra párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial (...)**. (Subrayado y énfasis añadidos)

Por su parte, en la sentencia de supervisión dictada en el mismo asunto la CIADH textualmente resolvió:

“59. La obligación de cumplir lo dispuesto en las decisiones del Tribunal corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar el tratado internacional de buena fe (pacta sunt servanda) y, como ya ha señalado esta Corte y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aquéllos no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida. **Las obligaciones convencionales de los Estados Parte vinculan a todos los poderes y órganos del Estado, es decir, que todos los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, u otras ramas del poder público) y otras autoridades públicas o estatales, de cualquier nivel, incluyendo a los más altos tribunales de justicia de los mismos, tienen el deber de cumplir de buena fe con el derecho internacional.**” (Énfasis y subrayado añadidos)

Como acertadamente sostiene Marcos del Rosario Rodríguez, con la emisión de las sentencias arriba detalladas “se advierte que en el sistema interamericano se está gestando un dinámica progresista a favor de las personas y sus derechos, en la que las

*autoridades de los Estados participan y contribuyen permanentemente, desde sus funciones y competencias ordinarias, generando con ello que el control de la convencionalidad se expanda en toda la estructura orgánica de dichos Estados, lo cual beneficia y fortalece la vigencia de los derechos humanos”.*<sup>9</sup>

### 3. LA DOCTRINA Y LOS PRECEDENTES JUDICIALES NACIONALES

#### 3.1. La discusión doctrinal

Previo al análisis de los precedentes que se han emitido en nuestro país, consideramos importante destacar que en el siglo pasado se dio una acalorada discusión doctrinal en torno a si el Presidente de la República o la autoridad administrativa podían dejar de aplicar una norma que consideraren inconstitucional. A efecto de que el lector tenga todo el panorama, haremos una breve síntesis de dicha discusión.

Como en la gran mayoría de las discusiones jurídicas, hubo dos bandos. El primero, liderado por el entonces Ministro de la SCJN Gabino Fraga, sostenía que la autoridad administrativa debía *inaplicar* una ley que considerare inconstitucional; mientras que el segundo, defendía la idea contraria. Veamos.

Gabino Fraga, artífice o padre de la idea en México, sostuvo –en el proyecto de sentencia que se reseña en el siguiente apartado– que con base en el principio de supremacía constitucional, la autoridad administrativa sí podía y debía valorar la constitucionalidad de una norma, pero cumpliendo siempre con cuatro requisitos: *(i)* que no existiera controversia constitucional o sea que no se hubiere iniciado juicio de amparo, *(ii)* que no se pretendiera reglar los actos de los otros poderes, *(iii)* que esa interpretación tuviera la posibilidad legal de ser revisada por el Poder Judicial Federal, y *(iv)* que solo las autoridades administrativas que tuvieran facultades de decisión pudieran hacer la valoración o control constitucional de la norma.<sup>10</sup>

Antonio Carrillo Flores, adhiriéndose con ciertos matices a la idea de Fraga, adujo que el Presidente de la República, así como cualquier autoridad, no estaban obligados a ejecutar una ley que juzgaren inconstitucional si se daban los siguientes dos requisitos: *(i)* que se tratara de un precepto constitucional de contenido concreto y, *(ii)* que su ejecución e interpretación estuviere encomendada solo al Poder Ejecutivo. Ponía como un ejemplo de lo anterior, al derecho de petición consagrado en el artículo 8º constitucional.<sup>11</sup>

9 Del Rosario Rodríguez, Marcos, “La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional* Núm. 33, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, julio-diciembre 2015, p. 169.

10 Cfr. Fraga, Gabino, “¿Pueden conocer de problemas de constitucionalidad de leyes, autoridades distintas del Poder Judicial de la Federación?”, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, tomo IV, núms. 13-14, 1942, pp. 139-142.

11 Cfr. Carrillo Flores, Antonio, “El ejecutivo y las leyes inconstitucionales”, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, tomo IV, núm. 15, 1942, pp. 258-263.

Por su parte, Alberto Salceda sostuvo que si todo aquel que va a cumplir normas tiene que seleccionar, así también las autoridades administrativas pueden y deben realizar un análisis sobre la constitucionalidad del precepto que van a aplicar. Salceda otorgó cinco reglas que –afirmó– están basadas en la razón para que se resuelva este problema. Las más importantes son tres: (i) la norma inferior tiene presunción de validez y para ser desobedecida es necesario que no haya ninguna duda de que es un precepto irregular, una norma contraria a la Constitución; (ii) si ese caso puede absolverse sin suscitar conflicto de leyes, así se deberá hacer; (iii) si ese conflicto ha sido resuelto en otra ocasión por el Poder Judicial Federal en definitiva, sólo se podrá apartar de esa interpretación cuando: (1) la materia sea de excepcional gravedad, y (2) la interpretación evidentemente sea errónea.<sup>12</sup>

En el año de 1980, Jorge Carpizo comulgó en cierta medida con las ideas de Fraga y Flores sosteniendo que cuando una ley es *notoriamente* inconstitucional la autoridad administrativa no la debe ejecutar.<sup>13</sup> Y todavía más recientemente, en el año 2004, Rubén Sánchez Gil, reiteró que un argumento a favor de que las autoridades administrativas no tengan restricción para ejercer el control difuso de constitucionalidad o convencionalidad, consiste en que éstas, para cumplir sus obligaciones, deben colocar por encima de todos sus actos a la Carta Magna.<sup>14</sup>

En el otro bando, es decir, quienes no compartían la idea de que el Presidente o las autoridades a su cargo *inaplicaran* una norma que a su juicio fuere inconstitucional, se encuentran Martínez Báez, Giuliani Fonrouge, Felipe Tena Ramírez e Ignacio Burgoa.

Dichos autores se oponen a las ideas arriba apuntadas, pues consideran que: (i) la facultad de examinar si una norma es constitucional o no es una facultad exclusiva del Poder Judicial de la Federación; (ii) permitir a una autoridad administrativa *inaplicar* una norma rompe los principios de división de poderes y de presunción de validez de los actos administrativos; (iii) se permitiría que la autoridad administrativa derogue una norma mediante su *inaplicación* por estimarla contraria al texto constitucional.<sup>15</sup>

Seguramente el lector, a esta altura, ya tiene una opinión propia respecto a si el Presidente de la República y las autoridades administrativas federales o nacionales pueden ignorar o *inaplicar* una norma por estimarla inconvencional o inconstitucional; sin embargo, estamos seguros de que la lectura de los próximos apartados será fundamental para inclinar, en definitiva, la balanza hacia cualquiera de las dos posibles opciones.

12 Salceda, Alberto G., “Autocontrol de la constitucionalidad”, *Revista Mexicana de Derecho Público*, México, tomo I, núm. 4, 1947.

13 Cfr. Carpizo, Jorge, “La interpretación del artículo 133 constitucional”, en el libro “*Estudios Constitucionales*”, 7ª Edición, Porrúa, México, 1999, pp. 27 a 31.

14 Cfr. Sánchez Gil, Rubén, “El control difuso de la constitucionalidad en México. Reflexiones en torno a la tesis P./J. 38/2002”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 11, julio-diciembre de 2004, pp. 199-233.

15 Cfr. Carpizo, Jorge, *op. cit.*, pp. 27 a 31.

### 3.2. La primera oportunidad perdida: el caso de la Telefónica Sabinas, S. A. de C. V.

El amparo que a continuación se analiza fue resuelto por la SCJN durante la quinta época del Poder Judicial de la Federación, bajo el número de expediente 4072/41. Se trata sin duda del antecedente judicial más importante en nuestro sistema jurídico respecto a la facultad de inaplicación de una norma inconstitucional por parte de las autoridades administrativas y pone de manifiesto la genialidad de Gabino Fraga Mouret.

En palabras de Marcos del Rosario Rodríguez<sup>16</sup>:

*“En el sistema jurídico mexicano, existe un antecedente importante a nivel jurisdiccional, en el que se evidenció que la tutela efectiva de los derechos humanos no se ciñe únicamente a la competencia de los órganos jurisdiccionales, sino que se desdobra también a las autoridades que ejercen atribuciones de índole administrativa. Lo cual demuestra que la temática sobre quiénes deben ejercer el control de constitucionalidad no es nuevo, pues siempre ha existido una noción sobre la primacía de los derechos humanos dentro del orden constitucional.”*

Así, los hechos o antecedentes del caso que nos atañe, son los siguientes:

1. La entonces Dirección General de Aduanas, condenó a la empresa telefónica al pago de una multa por \$75,000 pesos, por derechos omitidos en la introducción de artefactos y útiles destinados a la concesión que tenía. Dicha autoridad aduanera, además, calificó de contrabando la importación, con fundamento en el artículo 182 de la Ley Aduanera; y
2. La compañía telefónica acudió a un juicio de oposición ante el entonces Tribunal Fiscal de la Federación, en donde planteó la inconstitucionalidad del artículo 182 de la Ley Aduanera, pero el Tribunal Fiscal se declaró incompetente para conocer sobre la constitucionalidad de las leyes, en virtud de que los únicos que tenían facultad para ejercer control de constitucionalidad eran los juzgados de distrito y la SCJN.

El proyecto de sentencia fue encomendado al Ministro Gabino Fraga, quien en su proyecto expuso magistralmente como conclusión, y es lo más valioso de su argumentación, que aun y cuando efectivamente es el Poder Judicial de la Federación, y en último término la SCJN, quien se dedica a interpretar la constitucionalidad de las leyes, ello no se opone a que todas y cada una de las autoridades cumplan con el deber de cuidar de que los actos legislativos y de autoridad observen a la Constitución como Ley Suprema de la Unión.

Desafortunadamente, el Pleno de la SCJN no aprobó el proyecto propuesto por Gabino Fraga, dejando pasar una gran oportunidad que hubiere cambiado para siempre

16 Del Rosario Rodríguez, Marcos, *op. cit.*, p. 173.

nuestro sistema legal. La sentencia que se dictó en dicho caso declaró que las Salas del entonces Tribunal Fiscal de la Federación (en su carácter de autoridad administrativa) eran incompetentes para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, ya que ello era una facultad exclusiva del Poder Judicial de la Federación.

### 3.3. La contradicción de tesis 293/2011 resuelta por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Entrar de lleno al análisis de la contradicción de tesis 293/2011 y sus repercusiones en nuestro sistema jurídico escapa al objeto del presente artículo. Para efectos de nuestro trabajo de investigación basta decir que en el asunto que nos ocupa, la SCJN resolvió:

- (a) Que de la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de 6 y 10 de junio de 2011, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose 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.<sup>17</sup>

En otras palabras, increíblemente, la SCJN sostuvo que los derechos humanos previstos en la Constitución Federal y en los tratados internacionales suscritos por el Estado Mexicano tienen la misma jerarquía, pero que si la Constitución prevé una restricción expresa al derecho humano de que se trate deberá aplicarse la propia Constitución, aún y cuando el tratado internacional sea más favorable.

- (b) Que los criterios jurisprudenciales de la CIADH, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, siempre que sea más favorable a la persona.<sup>18</sup>

17 Véase la jurisprudencia del Pleno de la SCJN de rubro: **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.** (visible en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, Décima Época, Página: 202, Registro: 2006224).

18 Véase la jurisprudencia del Pleno de la SCJN de rubro: **JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA.** (visible en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, Décima Época, Página: 204, Registro: 2006225).

En el entendido, añade la SCJN, de que si alguno de los deberes del fallo de la CIADH implica desconocer una restricción constitucional, ésta deberá prevalecer, en términos de la jurisprudencia sostenida por la SCJN y descrita en el inciso (a) que antecede.<sup>19</sup>

Lo verdaderamente relevante para nuestro artículo es que la SCJN resolvió, con ciertos matices, que las sentencias de la CIADH vinculan a los jueces nacionales (incluida la propia SCJN). A ello nos referiremos más adelante.

### 3.4. La segunda oportunidad perdida: el amparo directo en revisión 1640/2014 resuelto por la Segunda Sala de la SCJN

En la sentencia relativa al amparo directo en revisión nos ocupa, la Primera Sala de la SCJN resolvió que las autoridades administrativas no pueden llevar a cabo un control difuso o concentrado de constitucionalidad de normas, en los siguientes términos:

*“Ahora bien, es necesario precisar que si bien es cierto que la actual redacción del artículo 1º de la Constitución Federal establece la obligación para todas las autoridades del Estado de reparar violaciones a los derechos humanos de las personas, ese mandato no implica que todas las autoridades, incluyendo las que desempeñan funciones administrativas, puedan llevar a cabo algún tipo de control constitucional concentrado o difuso.*

*El Tribunal Pleno, al resolver el expediente varios 912/2010 en sesión de catorce de julio de dos mil once, delineó el modelo general de control de constitucionalidad y convencionalidad, así como los órganos jurisdiccionales facultados y los medios de control para llevarlo a cabo.*

*Respecto de las autoridades del país (que no fueran jurisdiccionales) se precisó que, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar su incompatibilidad.*

*De esta manera, todas las autoridades están obligadas a cumplir con las obligaciones que establece el artículo 1º constitucional. Sin embargo, en términos de la tesis P. LXIX/2011 (9a.), de rubro: ‘PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS’, las autoridades administrativas no están facultadas para hacer ningún tipo de control constitucional, sea concentrado o difuso. Es decir, no pueden declarar la invalidez de un determinado precepto, ni tampoco inaplicarlo; ni siquiera bajo el argumento de una reparación de derechos humanos, ya que ello implicaría desatender los requisitos de procedencia que*

19 Véase la tesis aislada del Pleno de la SCJN de rubro: **SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. DIRECTRICES PARA ESTABLECER Y CONCRETAR LAS OBLIGACIONES QUE DEBE CUMPLIR EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN TRATÁNDOSE DE RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES.** (visible en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 22, Septiembre de 2015, Tomo I, Décima Época, Página: 237, Registro: 2010000).

*establecen las leyes para interponer un medio de defensa, y que deben atenderse de manera previa a un pronunciamiento de fondo del asunto. En todo caso, deben interpretar las disposiciones jurídicas en el sentido más favorable a las personas, pero sin que ello llegue a desatender las facultades y funciones que deben de desempeñar en atención a sus ámbitos competenciales. Aceptar lo contrario generaría incertidumbre jurídica en franca contravención con otros derechos humanos como los de legalidad, debido proceso y seguridad jurídica, previstos en los artículos 14 y 16 de la Constitución Federal.”*

De la cita que antecede se advierte que –a juicio de la Segunda Sala de la SCJN– las autoridades administrativas no pueden *inaplicar* una norma que consideren inconstitucional o inconvenional, ya que:

- (a) Si bien es cierto que la actual redacción del artículo 1º de la Constitución Federal establece la obligación para todas las autoridades del Estado de reparar violaciones a los derechos humanos de las personas, ese mandato no implica que todas las autoridades, incluyendo las que desempeñan funciones administrativas, puedan llevar a cabo algún tipo de control constitucional concentrado o difuso;
- (b) El Pleno de la SCJN al resolver el expediente varios 912/2010 (párrafo 35) precisó que las autoridades distintas de las judiciales, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de *inaplicar* o declarar su incompatibilidad;
- (c) Permitir a las autoridades administrativas declarar la invalidez de un determinado precepto o inaplicarlo, implicaría desatender los requisitos de procedencia que establecen las leyes para interponer un medio de defensa, y que deben atenderse de manera previa a un pronunciamiento de fondo del asunto;
- (d) Aceptar lo contrario, en palabras de la Segunda Sala de la SCJN, generaría incertidumbre jurídica en franca contravención con otros derechos humanos como los de legalidad, debido proceso y seguridad jurídica, previstos en los artículos 14 y 16 de la Constitución Federal.

El precedente de la SCJN que nos ocupa, dio lugar a la emisión de la tesis aislada de rubro: **CONTROL CONSTITUCIONAL CONCENTRADO O DIFUSO. LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS NO ESTÁN FACULTADAS PARA REALIZARLO.**<sup>20</sup>

Resulta sumamente sorpresivo, por decir lo menos, que la Segunda Sala de la SCJN al emitir su sentencia no haya valorado, ni mucho menos mencionado, las sentencias

20 Visible en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 11, Octubre de 2014, Tomo I, Segunda Sala, Décima Época, Página: 1097, Registro: 2007573.

dictadas por la CIADH en el caso *Gelman vs Uruguay* en el año 2011, ello no obstante lo resuelto en la contradicción de tesis 293/2011 del Pleno de la SCJN respecto a la obligatoriedad de la jurisprudencia emitida por la CIADH.

En torno a la sentencia que se comenta, la poca doctrina jurídica que existe sobre el tema –atinadamente– sostiene:

*“Esta tesis restringe la posibilidad para que una autoridad pueda proteger la vigencia efectiva de los derechos humanos, desaplicando cuando así se requiera, la norma o porción normativa que sea contraria al parámetro de control de regularidad constitucional, limitándola a ejercer solamente una interpretación conforme, lo cual pareciera lo más idóneo para hacer prevalecer el principio de presunción de constitucionalidad de la ley, y compatibilizar constitucional y convencionalmente las normas que pudiesen estar desarmonizadas; sin embargo, en los casos en los que la aplicación normativa pueda producir violaciones a los derechos humanos, y resulte imposible una conciliación por vía interpretativa, lo único que puede salvaguardar es la preeminencia del principio pro personae y los derechos es la inaplicación por vía de control difuso.*

(...)

*La actuación de la autoridad administrativa es determinante en el cumplimiento y mantenimiento del control de regularidad constitucional, sobre todo ante la omisión por parte de un dispositivo normativo que sea contrario al orden constitucional. De ahí que el ejercicio del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad no sea una labor reservada a la función judicial, ya que esto restaría eficacia a la supremacía de los derechos humanos, sino que es un ejercicio común para todas las autoridades, como lo dispone la ratio del artículo 1o. de la Constitución, así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana.*

(...)

*Bajo este parámetro, en la tesis 2a. CIV/2014, la Suprema Corte refiere que en sus actuaciones las autoridades administrativas harán prevalecer el principio pro personae sin que se deje de aplicar el contenido total o parcial de una norma jurídica. Esta acotación interpretativa impide una aplicación correcta y completa del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad, ya que la interpretación del máximo tribunal del país refiere la exclusividad en el ejercicio de este control a las autoridades judiciales, lo cual dista de la responsabilidad y deber que posee toda autoridad en el mantenimiento de la vigencia del sistema constitucional y del principio pro personae.”<sup>21</sup>*

Lo cierto es que resuelto por la SCJN es un precedente –no vinculante– que representa un gran retroceso en cuanto hace a la tutela efectiva del orden y la regularidad constitucional, particularmente en la vigencia y eficacia de los derechos humanos y el principio *pro personae*.<sup>22</sup>

21 Del Rosario Rodríguez, Marcos, *op. cit.*, página 176.

22 *Idem.*

En efecto, resulta claro y evidente que el hecho de que una norma llegue a ser *inaplicada* por una autoridad distinta a la jurisdiccional, en este caso, una de índole administrativa, no significa *per se* una falta de deferencia a los principios de presunción de constitucionalidad de la ley, certeza y seguridad jurídica, ya que lo que se busca, ante la imposibilidad de compatibilizar el orden constitucional y convencional por vía de la interpretación, conforme en el ámbito competencial respectivo, es salvaguardar la regularidad del sistema a través de la *inaplicación* de dicha disposición que obstaculiza dicha regularidad constitucional y la plena vigencia de los derechos humanos.<sup>23</sup>

#### 4. CONCLUSIONES

##### ***¿Pueden el Presidente de la República o las autoridades administrativas (federales o nacionales) inaplicar o ignorar una norma por considerarla inconstitucional?***

En nuestra opinión, la respuesta es **SÍ** y la misma puede ser muy bien defendida, sostenida y argumentada ante nuestros tribunales federales por las siguientes razones:

- (a) El tercer párrafo del artículo 1º constitucional prevé expresamente que ***todas*** las autoridades (sin excepción alguna), en el ***ámbito de sus competencias***, tienen la obligación de promover, respetar, proteger, y garantizar los derechos humanos.
- (b) La CIADH sostuvo expresamente en el año 2011 al resolver el caso *Gelman vs Uruguay* que, derivado de las obligaciones contraídas por los Estados Parte de la Convención Americana de Derechos Humanos y el principio *pacta sunt servanda*, el control de convencionalidad es función y tarea de ***cualquier autoridad pública*** (incluida la ejecutiva y legislativa), dentro del ***ámbito de sus competencias***, y no sólo del Poder Judicial.
- (c) El Pleno de la SCJN, al resolver la contradicción de tesis 293/2011, sostuvo que los criterios jurisprudenciales de la CIADH, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, siempre que sean más favorable a la persona. De ahí que las sentencias dictadas por la CIADH en el caso *Gelman vs Uruguay* vinculen a todos nuestros jueces nacionales al emitir sus sentencias.

Así, a nuestro parecer, es claro que resulta mucho más benéfico hacia los gobernados que se salvaguarde la supremacía constitucional y se tutele la regularidad constitu-

---

23 Cfr. Caballero, José Luis, “La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (artículo 1o., segundo párrafo, de la Constitución)”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 103-132.

cional y la plena vigencia de los derechos humanos a través de la inaplicación de una norma inconstitucional por parte del Presidente o la autoridad administrativa, ello siempre y cuando no haya podido llevar una interpretación que haga que la norma sea conforme al texto de la Constitución Federal.

*En definitiva, no tenemos duda de que el control de constitucionalidad o convencionalidad llevado a cabo por el titular del Poder Ejecutivo o las autoridades administrativas (federales o nacionales) beneficia y fortalece la vigencia de los derechos humanos, así como la supremacía y la regularidad constitucional. Sin embargo, nuestra respuesta es merecedora de las siguientes aclaraciones:*

**(i) ¿Cualquier autoridad administrativa puede inaplicar o ignorar una norma que considera inconstitucional o inconvenional?**

Creemos que **NO** y en este punto nos adherimos de cierta manera a las ideas de Gabino Fraga.

Efectivamente, toda vez que el artículo 1° de la Constitución Federal y las sentencias del caso *Gelman* de la CIADH son expresas en establecer que siempre se debe respetar el “*ámbito de competencias de las autoridades*”, estimamos que solo las autoridades administrativas (federales o nacionales) que realizan actos materialmente jurisdiccionales pueden *inaplicar* en un caso en concreto –con efectos *inter partes* y nunca *erga omnes*– una norma o ley que estimen es inconstitucional o inconvenional.

**(ii) ¿Cuáles son las autoridades administrativas que realizan actividades materialmente jurisdiccionales?**

Conforme a la jurisprudencia de la SCJN las autoridades administrativas realizan actividades materialmente jurisdiccionales cuando “*tienen la atribución necesaria para dirimir un conflicto suscitado entre diversos sujetos de derecho*”.<sup>24</sup> Un claro ejemplo de ello es cuando la autoridad administrativa resuelve algún recurso como el previsto en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

Empero, la autoridad administrativa o el Presidente nunca deben tener la última palabra tratándose de la inaplicación de normas que estime inconstitucionales o inconvenionales. De ahí que consideramos necesario que la resolución, oficio, memo o acto de autoridad administrativa (nacional o federal) donde se *inaplique* una norma o ley por considerarla inconstitucional o inconvenional, deba y pueda ser siempre revisado

---

24 Véase la jurisprudencia de la Segunda Sala de la SCJN de rubro: **ACCESO A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA. EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECE DIVERSOS PRINCIPIOS QUE INTEGRAN LA GARANTÍA INDIVIDUAL RELATIVA, A CUYA OBSERVANCIA ESTÁN OBLIGADAS LAS AUTORIDADES QUE REALIZAN ACTOS MATERIALMENTE JURISDICCIONALES.** (tesis jurisprudencial 2a./J. 192/2007, registro 171257, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXVI, octubre de 2007, página 209).

y, en su caso, anulado por el Poder Judicial de la Federal, para evitar conflictos interpretativos y dar certeza jurídica a los gobernados.

***(iii) ¿Debe el Presidente de la República o las autoridades administrativas, inaplicar una norma general declarada inconstitucional o inconveniente por jurisprudencia firme del Poder Judicial de la Federación?***

La respuesta, lamentable y sorprendentemente, es **NO** en tanto que la jurisprudencia del Poder Judicial, en términos de la Ley de Amparo (*artículo 217*), no obliga ni al Presidente ni a las autoridades administrativas<sup>25</sup>, lo cual sin duda alguna rompe con las directrices marcadas por el artículo 1º constitucional, genera incertidumbre jurídica hacia los gobernados y rompe con el principio de legalidad, pero entrar de lleno a dicha problemática escapa al objeto del presente trabajo.

## 5. FUENTES DE CONSULTA

Caballero, José Luis, “*La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 1o., segundo párrafo, de la Constitución)*”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

Carpizo, Jorge, “La interpretación del artículo 133 constitucional”, en el libro “*Estudios Constitucionales*”, Porrúa, 7ª Edición, México, 1999.

Carrillo Flores, Antonio, “El ejecutivo y las leyes inconstitucionales”, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, tomo IV, núm. 15, 1942.

Del Rosario Rodríguez, Marcos, “La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional* Núm. 33, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, julio-diciembre 2015.

Fraga, Gabino, “¿Pueden conocer de problemas de constitucionalidad de leyes, autoridades distintas del Poder Judicial de la Federación?”, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, tomo IV, núms. 13-14, 1942, pp. 139-142.

Salceda, Alberto G., “Autocontrol de la constitucionalidad”, *Revista Mexicana de Derecho Público*, México, tomo I, núm. 4, 1947.

Sánchez Gil, Rubén, “El control difuso de la constitucionalidad en México. Reflexiones en torno a la tesis P. /J. 38/2002”, *Cuestiones Constitucionales. Revista mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 11, julio-diciembre de 2004.

---

25 Véase la contradicción de tesis 40/2001 resuelta por la Segunda Sala de la SCJN y que culminó con la emisión de la jurisprudencia de rubro: **JURISPRUDENCIA SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES. LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS NO ESTÁN OBLIGADAS A APLICARLA AL CUMPLIR CON LA GARANTÍA DE FUNDAR Y MOTIVAR SUS ACTOS.** (visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Segunda Sala, Tomo XV, Mayo de 2002, Tesis: 2a./J. 38/2002, Página: 175, Novena Época, Registro: 186921).

# LOS DERECHOS DEL INFORMADOR EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA CIUDAD DE MÉXICO

Por EUGENIA PAOLA CARMONA DÍAZ DE LEÓN<sup>1</sup>

**RESUMEN:** En este artículo se analiza el contenido y los alcances de estos derechos de los informadores que se introdujeron en la Constitución Política de la Ciudad de México (CCDMX) que, si bien algunos carecen de un referente en el marco constitucional federal, han sido reconocidos como parte del parámetro de regularidad constitucional, a partir de la interpretación sistemática del artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), de los tratados internacionales suscritos por México en la materia, así como de la Acción de Inconstitucionalidad 15/2017 y sus acumuladas 16/2017, 18/2017 y 19/2017.

**PALABRAS CLAVE:** Libertad de expresión, Derecho a la información, Informador, Periodista, Censura, Derecho a la seguridad personal, Cláusula de conciencia, Secreto profesional.

**ABSTRACT:** This paper studies the content and scope of the rights of the journalists that were introduced in the Political Constitution of Mexico City (CCDMX) that, although some of them lack a reference in the federal constitutional framework, have been recognized as part of the constitutional regularity parameter, based on the systematic interpretation of the first article of the Political Constitution of the United Mexican States (CPEUM), the international treaties signed by Mexico in that matter, as well as the Unconstitutionality Action 15/2017 and its accumulated 16/2017, 18/2017 and 19/2017.

**KEYWORDS:** Freedom of expression, Right to information, Informant, Journalist, Censorship, Right to personal security, Clause of conscience, Professional secrecy.

**SUMARIO:** 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. 2. LOS DERECHOS DEL INFORMADOR. 3. COMENTARIOS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA CIUDAD DE MÉXICO. 4. CONCLUSIONES. 5. FUENTES DE CONSULTA.

## 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La Constitución Política de la Ciudad de México (CCDMX) se promulgó el 5 de febrero de 2017, fecha emblemática en la cual, nuestra Ley Fundamental cumplía su primer centenario. Desde su concepción, la CCDMX partió de una visión garantista y trans-

---

1 Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Primer Lugar del Quinto Concurso Nacional de Tesis de Licenciatura y Posgrado sobre las disposiciones del Orden Jurídico Nacional, en la categoría de Doctorado, organizado por la Secretaría de Gobernación (2011). Investigadora del Centro de Investigación e Informática Jurídica de la Escuela Libre de Derecho. Profesora de la Facultad de Derecho de la UNAM y de su División de Estudios de Posgrado.

versal de derechos humanos, hecho del que se dio cuenta en la exposición de motivos del proyecto:

“Se funda en una visión transversal desde las perspectivas de derechos humanos, género, interculturalidad, intergeneracionalidad, diseño universal, derecho a la ciudad, participación ciudadana y derecho a la buena administración. Se construye sobre las decisiones políticas fundamentales como [...] los derechos humanos [...] Una carta acrecentada de derechos exige el cumplimiento de obligaciones recíprocas. El proyecto supone la corresponsabilidad de las y los ciudadanos en observancia de los compromisos contraídos; es eminentemente garantista: todos los derechos que contiene son exigibles y justiciables [...]”<sup>2</sup>

A partir de esta declaración, se infiere la perspectiva desde la cual se abordan los derechos humanos contenidos en la CCDMX, la cual se complementa y sustenta jurídicamente en el artículo 4, apartado A, numeral 1 de dicho ordenamiento, que además del reconocimiento expreso de los derechos humanos establecidos en la Constitución Federal y en los tratados internacionales, extiende el goce a los previstos en la Constitución local<sup>3</sup>, lo que de conformidad con la Suprema Corte de Justicia de la Nación refuerza el parámetro de regularidad constitucional de la Ciudad de México, siempre y cuando estos contenidos normativos no contraríen al parámetro de regularidad general previsto por la Ley Fundamental<sup>4</sup>.

La CCDMX en su artículo 7, apartado C, numerales 2 y 3 prevé los derechos que tienen los informadores en la capital de la República para desempeñar su trabajo con libertad y objetividad. El régimen jurídico planteado en esta norma nos lleva cuestionarnos acerca de quiénes tienen el carácter informador, cuáles son los derechos que les son reconocidos en el ámbito internacional y nacional, así como la posible aplicación del parámetro de regularidad constitucional de que gozan en la Ciudad de México. El objetivo que se busca en este trabajo consiste en responder a estos planteamientos, a fin de comprender cuál es el alcance de estos derechos y sus implicaciones en el ámbito constitucional.

## 2. LOS DERECHOS DEL INFORMADOR

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 marca un partaguas en el ámbito internacional respecto a la comprensión del derecho a

2 Cfr., Mancera, Miguel Ángel, *Iniciativa con proyecto de Constitución Política de la Ciudad de México que remite el C. Jefe de Gobierno*, 15 de septiembre de 1916, p. 4. en <http://gaceta.diputados.gob.mx/ACCM/DOC/ProyectoConst15sep.pdf> [consultado el 16 de octubre de 2018, 12:49 hrs.]

3 Cfr., Asamblea Constituyente de la Ciudad de México, *Constitución Política de la Ciudad de México*, Porrúa, México, 2017, p. 6.

4 Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Acción de Inconstitucionalidad 15/2017 y sus acumuladas 16/2017, 18/2017 y 19/2017*. SCJN, México, 2018, pp. 349-351. [www.scjn.gob.mx/sites/default/files/proyectos\\_resolucion\\_scn/documento/2018-08/Accion\\_de\\_inconstitucionalidad\\_15.2017\\_y\\_sus\\_acumuladas\\_DEFINITIVA.pdf](http://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/proyectos_resolucion_scn/documento/2018-08/Accion_de_inconstitucionalidad_15.2017_y_sus_acumuladas_DEFINITIVA.pdf) [consultada el 25 de octubre de 2018, 10:49 hrs.].

la información, que a partir de su artículo 19 se entenderá que “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”<sup>5</sup>. Este precepto tiene entre otros antecedentes al Preámbulo de la Declaración de Principios de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Libertad de Información de 1948, en cuyo segundo párrafo se estableció que “La libertad de información conlleva el derecho de reunir, transmitir y difundir noticias a todos y en todo lugar [...]”<sup>6</sup>.

El derecho a la información se reitera en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966<sup>7</sup>. Sin embargo, este instrumento internacional introduce tres cuestiones sobre las cuales no abundó la Declaración Universal de los Derechos Humanos: *i*) La responsabilidad como un elemento indispensable del ejercicio del derecho a la información; *ii*) La determinación de límites para garantizar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, y la protección de la seguridad, el orden público, o la salud o la moral públicas; así como *iii*) La fuerza vinculatoria de las acciones realizadas por la Comisión de Derechos Humanos establecida en el artículo 28.1 del propio Pacto<sup>8</sup>.

En el ámbito interamericano, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 2 de mayo de 1948 establece en su artículo IV que el derecho a la información comprenderá la libertad de investigación, de opinión, de expresión y de difusión del pensamiento por cualquier medio<sup>9</sup>, precepto que se complementa con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969, que de manera similar al artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, plantea a los Estados la facultad de prescribir responsabilidades ulteriores para quienes publican y editan, que garanticen: *i*) el respeto a los derechos; *ii*) la reputación de los demás; *iii*) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas; además de *iv*) condenar indefectiblemente la censura previa y los controles indirectos<sup>10</sup>.

En consecuencia, puede afirmarse que todos los seres humanos son titulares del derecho a la información, el cual comprende las facultades de investigar, difundir y recibir información. Sin embargo, el proceso que siguen los medios masivos de comunicación social

5 Cfr., Artículo 19 de la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, en Rodríguez y Rodríguez, Jesús (comp.), *Instrumentos internacionales sobre derechos Humanos ONU-OEA*. CNDH, México, 1998, T. I, p. 22.

6 Cfr., Lawson, Edward (ed.), “Freedom of Information”, en *Encyclopedia of Human Rights*. Taylor & Francis, Washington, 1989, p. 592.

7 Cfr., Artículo 19 del “Pacto de Derechos Civiles y Políticos”, en Rodríguez y Rodríguez, Jesús (comp.), *Instrumentos internacionales sobre... op. cit.*, T. I, p. 50.

8 Cfr., Artículo 28 del “Pacto de Derechos Civiles y Políticos”, en Rodríguez y Rodríguez, Jesús (comp.), *Instrumentos internacionales sobre... ibid.*, T. I, p. 52.

9 Cfr., Artículo IV de la “Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre”, en Rodríguez y Rodríguez, Jesús, *Instrumentos internacionales sobre... op. cit.*, T. III, p. 1043.

10 Cfr., Rodríguez y Rodríguez, Jesús, *Instrumentos internacionales sobre... op. cit.*, T. III, p. 1056.

–entre los que podemos enumerar a la prensa, la radio, la televisión y recientemente el internet– resulta complejo, en tanto que implica la colocación de mensajes, la producción de los medios informativos y la transmisión de la información, actividades que generalmente trascienden a las posibilidades reales del público, que al encontrarse impedido en los hechos para ejercer las facultades de investigar o difundir, las delegan en el informador<sup>11</sup>.

Por lo que es de resaltar que el derecho a la información cuenta con una dimensión individual, la cual comprende el reconocimiento al derecho de hablar, escribir y manifestarse de cualquier manera, así como de emplear los medios apropiados para tal efecto; así como una dimensión social que implica el derecho de todos a recibir y conocer el pensamiento, las opiniones y la información, como se afirma en la Opinión Consultiva OC-5/85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>12</sup>.

Sobre este punto en particular, resulta de utilidad la precisión que hace Guillermo Escobar Roca al afirmar que el derecho a la información se subdivide en dos derechos distintos, ya que por una parte, se tiene el derecho a informar, el cual recae, si no indefectiblemente, sí de manera capital en una minoría de profesionales<sup>13</sup>; y el derecho a ser informado, que corresponde al “receptor de un determinado tipo de mensajes, aquellos susceptibles de ser objetivamente calificados como «información»”<sup>14</sup>. En ambos casos, debe asegurarse el acceso a las fuentes, así como a los instrumentos técnicos que faciliten el manejo de la información y las opiniones, así como a cualquier medio de comunicación social –prensa, radio, televisión e internet– que permita la transmisión y la difusión del mensaje del informador<sup>15</sup>.

Así, en un primer acercamiento se puede afirmar que a diferencia del sujeto universal, el informador es la persona que cuenta con “la cualificación profesional, a raíz de la cual surge el cuadro de derechos y deberes que le es propio [...] y que va a poseer a lo largo de toda su actividad profesional”<sup>16</sup>. De ahí que las notas distintivas que distinguen al periodista del sujeto receptor de la información sean las competencias que presuponen cierto grado de para la realización de su trabajo, aunadas al ejercicio de los derechos que se describen a continuación:

*A. El derecho a investigar y difundir información y opiniones.* En el caso de la información, comprende el acceso a las fuentes, así como la labor de búsqueda, recolección y sistematización de hechos que se supeditan a las condiciones de veracidad –la

11 Cfr., Gareis, Teresa, “Derechos y deberes de los profesionales”, en *Derecho de la información*. Bel Mallén, Ignacio, y Corredoira y Alfonso, Loreto (coords.). Ariel, Madrid, 2003, p. 197.

12 Cfr., Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 84, párr. 30-32.

13 Cfr., Sánchez Ferriz, Remedios, *Estudios sobre las libertades públicas*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pp. 231-232.

14 Cfr., Escobar, Roca, Guillermo, *Estatuto de los periodistas. Régimen normativo de la profesionalización y organización de las empresas de comunicación*. Tecnos, Madrid, 2002, pp. 47-49.

15 Cfr., Loreti, Damián, *Derecho a la información. Relación entre medios, público y periodistas*. 2ª. reimp. Paidós, Buenos Aires, 1999, p. 20.

16 Cfr., Gareis, Teresa, “Derechos y deberes...”, *op. cit.*, p. 127.

diligencia en la búsqueda, comprobación y contraste objetivo con la realidad<sup>17</sup>– y de pluralismo informativo –la diversidad de medios de comunicación y de contenidos expresados a través ello<sup>18</sup>–. Por otra parte, las opiniones quedan exentas de las condiciones de veracidad y pluralismo informativo, en función de su subjetividad<sup>19</sup>.

*B. Derecho a no ser censurado.* La censura se ha entendido de manera tradicional como la como la práctica por parte del Estado de limitar la expresión de las ideas y consiguientemente, el derecho a la información, a través del establecimiento de acciones, controles, exámenes o permisos a los que se someten los textos antes de ser publicados y difundidos al público (censura previa)<sup>20</sup>; el retiro del texto como consecuencia de la resolución negativa obtenida en un procedimiento judicial o administrativo (censura posterior), en la que existe por lo tanto «una facultad de contestación» para el autor o el editor<sup>21</sup>; así como otras medidas consideradas de *censura encubierta* consistentes en

“las objeciones irrazonables a la instalación de talleres tipográficos, las restricciones o la fijación de cuotas al papel; el manipuleo de los avisos oficiales que se vuelcan únicamente hacia los medios complacientes con el gobierno, el monopolio de las noticias por determinados medios en manos del gobierno o de sus amigos políticos, los registros de agencias noticiosas en dependencias estatales, la colegiación o inscripción obligatoria de periodistas en registros oficiales que facilitan la confección de listas negras de periodistas, a quienes se les niega el trabajo por no ser adictos al régimen, etc.”<sup>22</sup>

Estos derechos se han incluido en los artículos 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en el artículo 1 de la Declaración de Principios de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Libertad de Información<sup>23</sup>; en el artículo 5 de la Carta de Derechos Humanos y Principios para Internet<sup>24</sup>; en el artículo IV de la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre; en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el principio 2 de la Declaración de Chapultepec<sup>25</sup>; el artículo 10

17 Cfr., Apreza Salgado, Socorro, *Veracidad y pluralismo informativo en el medio televisivo: una tarea pendiente*. Ediciones Universidad de Salamanca, España, 1994, p. 27.

18 Cfr., Rallo Lombarte, Artemi, *Pluralismo informativo y constitución*. Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 45-47.

19 Cfr., Gutiérrez Goñi, Luis, *Derecho de rectificación y libertad de información. (contenidos constitucional, sustantivo y procesal de la LO 2/84 de 26 de marzo)*. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2003, p. 181.

20 Cfr., Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Derecho a la Información (libertad de expresión, concepto constitucional de prensa, medios, censura previa, derecho a la intimidad, derecho de réplica)*. Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 29.

21 Cfr., Gutiérrez Goñi, Luis, *Derecho de rectificación...*, *op. cit.*, p. 33.

22 Cfr., Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Derecho a la Información...*, *op. cit.*, pp. 31-32.

23 Cfr., Lawson, Edward (ed.), “Freedom of Information...”, *op. cit.*, p. 592.

24 Cfr., Foro de Gobernanza de Internet de las Organización de las Naciones Unidas, *The Charter of Human Rights and Principles for the Internet*. 4ª. ed., IGF-ONU, Estados Unidos de América, 2014, p. 16.

25 Cfr., Sociedad Interamericana de Prensa, “Declaración de Chapultepec”, en Sociedad Científica Argentina, Instituto de Ciencia Política y Constitucional, *Poder político y libertad de expresión*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 398.

del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales<sup>26</sup>; en el artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>27</sup>, entre otros instrumentos de carácter internacional.

*C. Derecho a contar con los elementos suficientes para el ejercicio del derecho.* Si no se cuenta con los insumos e instrumentos técnicos que faciliten el manejo de la información y las opiniones, así como el acceso a cualquier medio de comunicación social –prensa, radio, televisión e internet– que permita la transmisión y la difusión del mensaje del informador, el derecho a la información se reduce a una mera declaración<sup>28</sup>. Este derecho puede verse reflejado en el principio 7 de la Declaración de Chapultepec, que prohíbe las licencias para la importación de papel o de equipo periodístico, el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, el establecimiento de políticas arancelarias o cambiarias para premiar o castigar a medios o a periodistas<sup>29</sup>.

*D. Derecho a la transmisión íntegra del mensaje.* Con la interferencia a través de medios técnicos, como cortes no previstos o autorizados en las ediciones y en la señal, con el objeto de descontextualizar, desnaturalizar o cercenar el mensaje, así como con la violación a los derechos de autor, se violenta el de derecho del informador a difundir información y opiniones<sup>30</sup>.

*E. Derecho al secreto profesional.* De acuerdo con Ana Azurmendi, el secreto profesional “consiste en una revelación de lo conocido por medio de la actividad periodística manteniendo reservada únicamente la identidad de la fuente. Es una inversión de los elementos característicos del secreto de [...] demás profesionales, en los que lo fundamental es preservar lo revelado y conocido por medio del ejercicio de su profesión”<sup>31</sup>. Este derecho se ha establecido en las constituciones de Argentina, Brasil y España<sup>32</sup>; en las leyes de Alemania, Austria y Francia<sup>33</sup>; y en un plano meramente ético, el secreto profesional del periodista está previsto en los Códigos Deontológicos de Chile<sup>34</sup>, Colombia<sup>35</sup> e Italia<sup>36</sup>, entre otros.

*F. Derecho a la cláusula de conciencia.* Tradicionalmente, se ha entendido a esta estipulación como un instrumento para extinguir la relación laboral del periodista –me-

26 Cfr., Azurmendi, Ana, *Derecho de la información. Textos básicos*. Pamplona, Eunsa, 1999, p. 18.

27 Cfr., Azurmendi, Ana, *Derecho de la Información: guía jurídica para profesionales de la comunicación*. 2ª. ed., Eunsa, España, 2001, p. 49.

28 Cfr., Loreti, Damián, *Derecho a la información...*, op. cit., pp. 22-23.

29 Cfr., Sociedad Interamericana de Prensa, “Declaración de...”, op. cit., p. 399.

30 Cfr., Loreti, Damián, *Derecho a la información...*, idem., p. 24.

31 Cfr., Azurmendi, Ana, “El secreto profesional”, en *Derecho de la información*. Bel Mallén, Ignacio, y Corredoira y Alfonso, Loreto (coords.). Madrid, Ariel, 2003, p. 312.

32 Cfr., Azurmendi, Ana, “El secreto profesional...”, *ibid.*, pp. 322-323.

33 Cfr., Azurmendi, Ana, “El secreto profesional...”, *ibid.*, p. 321-324.

34 Cfr., Villanueva, Ernesto, *Deontología Informativa. Códigos deontológicos de la prensa escrita en el mundo*. UIA, Miguel Ángel Porrúa, México, 1999, p. 104.

35 Cfr., Villanueva, Ernesto, *Deontología Informativa...*, op. cit., p. 113.

36 Cfr., Villanueva, Ernesto, *Deontología Informativa...*, *ibid.*, p. 188.

diante el pago de una indemnización-, en el supuesto de que su ética entre en pugna con el cambio de la línea editorial de la publicación para la que trabaja y tiene como objeto garantizar la independencia de la función profesional del informador<sup>37</sup>. En el Derecho Español se ha considerado que los informadores pueden resistirse a cumplir órdenes que sean: i) ilegítimas desde el punto de vista informativo por vulnerar la verdad de los hechos, los derechos fundamentales ajenos o las normas deontológicas; ii) ilegítimas para cualquier trabajador, si mandan una conducta delictiva o ilegal; y iii) legítimas, pero que lesionen la conciencia personal del informador<sup>38</sup>. Por su parte, Jorge Carpizo agregó a su definición un elemento subjetivo, basándose en la legislación francesa: la afectación de su reputación, su dignidad moral o de su honor como comunicador<sup>39</sup>. Un aspecto que no se debe soslayar, porque de presentarse en los hechos, perjudica el trabajo presente y futuro del periodista.

Cabe la posibilidad de que la cláusula de conciencia faculte al informador a resistirse ante una orden del medio, sin que ello traiga como consecuencia la rescisión de la relación laboral ante la modificación de las condiciones ideológicas o profesionales del medio de comunicación. A esta cláusula se le denomina *resistente*, en contraposición a la cláusula *extintiva* del vínculo profesional<sup>40</sup>.

*G. Derecho a la Seguridad Personal.* Los informadores deben contar con garantías, y mecanismos que protejan su integridad física y su libertad personal, en función de los riesgos a los que se encuentran expuestos los informadores en sus tareas cotidianas. Diversos organismos a nivel internacional, como la Relatoría Especial sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión del Consejo de Derechos Humanos de la ONU y la Relatoría Especial sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emiten recomendaciones y hace sugerencias sobre los medios para promover y proteger estos derechos en todas sus manifestaciones, entre otras funciones<sup>41</sup>. Asimismo, organizaciones internacionales de periodistas, como la Federación Internacional de Periodistas (FIP), la Organización Internacional de Periodistas (OIP), la Federación Latinoamericana de Trabajadores de Prensa (FELATRAP); la Federación Latinoamericana de Periodistas (FELAP); Reporteros sin Fronteras; el Comité de Protección a Periodistas; y organizaciones no gubernamentales como Amnistía Internacional, han realizado una defensa activa de

37 Cfr., Díaz Árias, Rafael, “La cláusula de conciencia...”, *op. cit.*, p. 331.

38 Cfr., Díaz Árias, Rafael, “La cláusula de conciencia...”, *ibid.*, pp. 335-336.

39 Cfr., Carpizo, Jorge, “Algunas reflexiones sobre la cláusula de conciencia”, en *Derecho a la información y derechos humanos*. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva. Carbonell, Miguel, Carpizo, Jorge (coords.), UNAM, México, 2000, p. 483.

40 Cfr., Díaz Árias, Rafael, “La cláusula de conciencia...”, *ibid.*, p. 338.

41 Cfr., Organización de las Naciones Unidas, “Relatoría Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión”, en <https://www.ohchr.org/SP/Issues/FreedomOpinion/Pages/OpinionIndex.aspx>, [consultado el 13 de noviembre de 2018, 11:17 hrs.]. Cfr. tb., Organización de Estados Americanos, “Relatoría especial para la Libertad de Expresión”, en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/mandato/funciones.asp>, [consultado el 13 de noviembre de 2018, 11:21 hrs.].

la libertad de expresión a través de la presentación de informes y recomendaciones en esta materia<sup>42</sup>

Como se analizará en el siguiente acápite, algunos de estos derechos se han incorporado al orden jurídico nacional y en particular, al de la Ciudad de México.

### 3. COMENTARIOS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA CIUDAD DE MÉXICO

Sin duda, uno de los aspectos más relevantes de los numerales 1, 2 y 3 del Apartado C del artículo 7 de la Constitución Política de la Ciudad de México consiste en el reconocimiento del desempeño libre del ejercicio periodístico, el secreto profesional, la cláusula de conciencia y la salvaguarda de la seguridad personal, como derechos de los informadores:

“Artículo 7. Ciudad Democrática.

A. [...]

B. [...]

C. Libertad de expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión por cualquier medio. Su ejercicio no podrá ser objeto de previa censura y sólo podrá ser limitado en los casos que señala la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley.

2. Las personas profesionales de la información tienen derecho a desempeñarse de manera libre y a mantener el secreto profesional, que salvaguarda a periodistas y colaboradores periodísticos en cumplimiento de sus funciones, así como a no ser obligados a revelar sus fuentes de información. En su desempeño se respetará, como eje fundamental, la cláusula de conciencia para salvaguarda de su dignidad personal y profesional e independencia.

3. Se garantizará la seguridad de las personas que ejerzan el periodismo; así como las condiciones para que quienes sean perseguidos arbitrariamente en el ejercicio de dicha actividad profesional puedan vivir y trabajar en la Ciudad.

4. [...]<sup>43</sup>.

No es de extrañar la conexión entre el numeral 1 y el artículo 6º. de la Constitución Federal. Por el contrario, es importante resaltar que en el primer párrafo de este precepto se garantiza la libertad de expresión, aunque fue hasta la reforma constitucional de 13 de junio de 2013, cuando se introdujo en el segundo párrafo el concepto de derecho al libre acceso a información plural y oportuna<sup>44</sup>, que no es otra cosa que el derecho

42 *Cfr.*, Loreti, Damián, *Derecho a la información...*, *op. cit.*, pp. 94-95.

43 Asamblea Constituyente de la Ciudad de México, *Constitución Política...*, *op. cit.*, pp. 8-9.

44 *Cfr.*, Secretaría de Gobernación, “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6º., 7º., 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexica-

a la información contemplado la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. No obstante que el derecho a la información se adicionó desde la reforma de 6 de diciembre de 1977, pero que el sentido que se le otorgó por los entonces legisladores, no fue el de la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sino que sus alcances se circunscribieron al ámbito político-electoral, al limitarse a “otorgar a los partidos políticos el acceso permanente a la radio y la televisión, sin restringirlo a los períodos electorales”<sup>45</sup>.

A efectos de comprender en su integridad el desempeño libre del ejercicio periodístico, en el presente trabajo se homologarán los conceptos de *profesional de la información* o *informador* al de *periodista*, siguiendo el texto del artículo segundo de la Ley para la Protección de Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas, ordenamiento que los define como:

“Las personas físicas, así como medios de comunicación y difusión públicos, comunitarios, privados, independientes, universitarios, experimentales o de cualquier otra índole cuyo trabajo consiste en recabar, generar, procesar, editar, comentar, opinar, difundir, publicar o proveer información, a través de cualquier medio de difusión y comunicación que puede ser impreso, radioeléctrico, digital o imagen”<sup>46</sup>.

Este criterio, a su vez, fue adoptado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en su Recomendación General No. 24 “Sobre el ejercicio de la libertad de expresión en México” de 8 de febrero de 2016<sup>47</sup>, por lo que puede concluirse que hay un mismo parámetro respecto a quiénes consideran como informadores, el cual se desprende de la interpretación sistemática entre el marco federal y el constitucional local, que a su vez, se complementa con el concepto de *colaborador periodístico*, que es aquella persona que “hace del ejercicio de las libertades de expresión y/o de información su actividad principal o complementaria, ya sea de manera esporádica o regular”<sup>48</sup> en términos del artículo 5, fracción III, de la Ley para la Protección Integral de Personas

---

nos”, en Diario Oficial de la Federación. Secretaría de Gobernación, México, 11 de junio de 2013, primera sección, pp. 2-13. [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM\\_ref\\_208\\_11jun13.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_208_11jun13.pdf) [consultado el 14 de noviembre de 2018, 16:34].

- 45 Cámara de Diputados, *Diario de Debates*, 43, año 1, Legislatura L, México, 6 de octubre de 1977. p. 5.
- 46 Cfr., Cámara de Diputados, *Ley para la protección de personas defensoras de derechos humanos y periodistas*, artículo 2, p. 2, en [http://derechoshumanos.gob.mx/work/models/Derechos\\_Humanos/Resource/182/1/images/ley.pdf](http://derechoshumanos.gob.mx/work/models/Derechos_Humanos/Resource/182/1/images/ley.pdf), [consultado el 14 de noviembre de 2018, 20:34].
- 47 Cfr., Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Recomendación General No. 24*, párrafo 9, p. 4, en [http://cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/generales/RecGral\\_024.pdf](http://cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/generales/RecGral_024.pdf), [consultado el 15 de noviembre de 2018, 13:45].
- 48 Asamblea Legislativa del Distrito Federal, *Ley para la protección integral de personas defensoras de derechos humanos y periodistas del Distrito Federal*, p. 3, en <http://www.aldf.gob.mx/archivo-e3959116a-508f88bd8f49b4c7f175ca5.pdf> [consultado el 19 de noviembre de 2018, 22:30]

Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas del Distrito Federal, y de la Ley del Secreto Profesional del Periodista, también del Distrito Federal, que en su artículo 2, fracción II, lo define en los mismos términos<sup>49</sup>.

Es importante resaltar que en el Informe especial sobre la situación de la libertad de expresión en México de 2018 –elaborado conjuntamente por el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH y el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión–, se encomió el concepto exhaustivo de periodista establecido en la recomendación de la CNDH, y se instó a las autoridades federales y locales a observar esa definición, tal como quedó asentado<sup>50</sup>, por lo que se puede afirmar que la Ciudad de México ha seguido el planteamiento de estos órganos internacionales.

Por otra parte, el secreto profesional contenido en el artículo en el artículo 7.C.2., es importante resaltar que fue impugnado por la Procuraduría General de la República al considerarlo violatorio del derecho a la igualdad previsto en el artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en función de que solamente beneficiaba a los periodistas, lo que les concedía un trato privilegiado, en detrimento del resto de las profesiones que requieren una salvaguarda de este tipo, como los psicólogos, los abogados, los médicos, entre otros. La Suprema Corte de la Nación al resolver la Acción de Inconstitucionalidad 15/2017 y sus acumuladas 16/2017, 18/2017 y 19/2017, estimó que el planteamiento de la Procuraduría General de la República, era infundado<sup>51</sup>, con base en lo siguiente: *i*) La tutela del secreto profesional de los periodistas se enmarca en el marco de la libertad de expresión y que resultaba indispensable esta garantía en función de la labor que realizan los informadores, además de que el Constituyente no se encontraba obligado a enumerar las profesiones cuya función se encuentra tutelada por dicho secreto, ya que en ese supuesto sí se corría el riesgo de omitir alguna y, por lo tanto, dejarlas en estado de indefensión<sup>52</sup>; *ii*) El secreto profesional se resguardaba en cada caso concreto y protegido, además de protegerse por diferentes ordenamientos aplicables en la Ciudad de México, tales como la Ley Gene-

49 Cfr., Asamblea Legislativa del Distrito Federal, *Ley del secreto profesional del periodista en el Distrito Federal*, p. 2, en <http://aldf.gob.mx/archivo-86d0c120a3269ea2302bc5179d543a1f.pdf> [consultado el 19 de noviembre de 2018, 22:47].

50 Cfr., Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, Relatoría Especial de las Naciones Unidas sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, “Informe especial sobre la situación de la libertad de expresión en México, 2018”, en *Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión: Informe anual Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2018*. Lanza, Edison (relator), OEA, Washington, D.C., V. II, 2019, párr. 13, p. 297.

51 Cfr., Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Acción de inconstitucionalidad 15/2017...*, *ibid.*, párr. 659, p. 299.

52 Cfr., Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Acción de inconstitucionalidad 15/2017 y sus acumuladas 16/2017, 18/2017 y 19/2017*, párrafos 650-652, pp. 295-296, en [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/proyectos\\_resolucion\\_scnj/documento/2018-08/Acci%C3%B3n%20de%20inconstitucionalidad%2015.2017%20y%20sus%20acumuladas%20DEFINITIVA.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/proyectos_resolucion_scnj/documento/2018-08/Acci%C3%B3n%20de%20inconstitucionalidad%2015.2017%20y%20sus%20acumuladas%20DEFINITIVA.pdf) [consultado el 15 de noviembre de 2018, 21:22 hrs.].

ral de Responsabilidades Administrativas, la Ley de Protección de Datos Personales del Distrito Federal, y la Ley del Notariado para el Distrito Federal, entre otros<sup>53</sup>; y *iii*) Ante el clima de violencia que impera en contra de los periodistas, se justificó que el Constituyente de la CDMX protegiera a los informadores, debido a que su situación es diferente a la de quienes ejercen otras profesiones<sup>54</sup>.

En desdoro de los argumentos planteados por la Procuraduría General de la República en la Acción de Inconstitucionalidad 15/2017 y sus acumuladas, cabe señalar que el Constituyente de la Ciudad de México se concretó a elevar a rango constitucional local, un derecho que ya se había establecido desde 2006, año en el que se expidió la Ley del Secreto Profesional del Periodista en el Distrito Federal, un ordenamiento que hoy sigue vigente y cuyo objetivo consiste en garantizar la facultad del informador para mantener oculta la identidad de sus fuentes, así como los datos y los hechos de contexto que no hayan sido difundidos como parte de su investigación periodística; y cuyo límite se determina por la excepcional decisión judicial y los tratados internacionales<sup>55</sup>.

Asimismo, la especificación de la cláusula de conciencia en la Constitución de la Ciudad de México ha orillado al legislador a plantearse la necesidad de regularla, tanto en el ámbito federal como en el local. Por una parte, en la actual LXIV Legislatura se han presentado dos iniciativas: la primera una de la diputada Aleyda Alavez Ruiz –del grupo parlamentario del Movimiento de Regeneración Nacional (MORENA)–, quien planteó un agregado al artículo sexto constitucional, a fin de incluir la cláusula de conciencia y el secreto profesional de periodistas en su primer párrafo<sup>56</sup>; y la segunda, del diputado Jorge Alcibiades García Lara, del Grupo Parlamentario de Movimiento Ciudadano (MC), en la que se plantea la adición de un capítulo XVIII al título Sexto a la Ley Federal del Trabajo, mediante la cual se determina que los periodistas son trabajadores cuya relación laboral debe plasmarse en un contrato, que contenga tanto el derecho al secreto profesional como a la cláusula de conciencia –entendida como la facultad de todo periodista a rescindir su relación laboral con la empresa contratante cuando ésta, sin su consentimiento, decida cambiar de manera sustancial la orientación informativa o ideológica de su trabajo<sup>57</sup>– además de reconocer que el ejercicio de esta última por parte del informador, se consideraría como despido injustificado, con

53 Cfr., Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Acción de inconstitucionalidad 15/2017...*, op. cit., párr. 654, pp. 296-297.

54 Cfr., Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Acción de inconstitucionalidad 15/2017...*, *ibid.*, párr. 656-658, pp. 297-299.

55 Cfr., Artículos 3 y 4 de la Ley del secreto profesional del periodista en el Distrito Federal, en Asamblea Legislativa del Distrito Federal, *Ley del secreto profesional...*, op. cit., p. 2.

56 Cfr., Alavez Ruiz, Aleyda, *Iniciativa que reforma y adiciona el artículo 6º. De la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, p. 2, en [http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2018/10/asun\\_3768235\\_20181030\\_1538664146.pdf](http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2018/10/asun_3768235_20181030_1538664146.pdf) [consultado el 5 de julio de 2019, 13:48].

57 Cfr., García Lara, Jorge Alcibiades, *Iniciativa que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo*, artículo 353 Quinquies, p. 4, en [http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2019/02/asun\\_3809502\\_20190207\\_1544719105.pdf](http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2019/02/asun_3809502_20190207_1544719105.pdf) [consultado el 5 de julio de 2019, 14:19].

todas las consecuencias que en materia laboral acarrea ese supuesto<sup>58</sup>. Ambas propuestas se encuentran pendientes, en las Comisiones de Puntos Constitucionales y de Trabajo y Previsión Social para su dictamen, respectivamente<sup>59</sup>.

En el mismo tenor, pero referida al ámbito local, se presentó la iniciativa ante el Congreso para modificar la Ley para la protección Integral de Personas Defensoras de Derechos Humanos y Protección a Periodistas de la Ciudad de México, con fecha 21 de marzo de 2019, en la cual se propone incluir el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional. Dicha iniciativa se turnó a las Comisiones Unidas de Derechos Humanos y Protección a Periodistas<sup>60</sup>.

En su momento, el distinguido constitucionalista Jorge Carpizo, afirmó que la cláusula de conciencia encontraba asidero en el artículo sexto de la Constitución Federal –a pesar de que no se le mencione expresamente–, debido a la función que ejerce como mecanismo de autorregulación, ya que salvaguarda tanto las condiciones en las que se desempeña el informador, como las circunstancias en que recibe la información el público destinatario<sup>61</sup>. Si a este argumento se aúna el hecho de que la cláusula de conciencia está plasmada expresamente en la CCDMX, se concluye que las iniciativas mencionadas con antelación resultan insuficientes ante la obligación que tiene el legislador local de conferirle un marco normativo efectivo.

Ante las expresiones de violencia en contra de los periodistas que ejercen su profesión en la Ciudad de México, el Congreso Constituyente estableció en el artículo 7.C.3 de Constitución incluyó la garantía a la seguridad personal y a la integridad física de estos profesionales, la cual se inserta en las protecciones legales para la libertad de expresión instauradas a nivel internacional en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>62</sup> y en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>63</sup>, reconocidos como parte del orden jurídico nacional, mediante la interpretación del artículo primero, así como de los artículos sexto y séptimo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En ese sentido, se puede

58 Cfr., García Lara, Jorge Alcibiades, *Iniciativa que reforma...*, *ibidem*.

59 Sistema de Información Legislativa de la Secretaría de Gobernación, *Reporte de seguimiento de asuntos legislativos sobre las iniciativas relativas a la adición de la cláusula de conciencia*, en <http://sil.gobernacion.gob.mx/Busquedas/Basica/ResultadosBusquedaBasica.php?SID=eb3acf105f5343368cfe740759e37659&Serial=8070738c770659338c5984dd304343c3&Reg=2&Origen=B-B&Paginas=15> [consultado el 5 de julio de 2019, 14:02]

60 Cfr., Congreso de la Ciudad de México, *Iniciativa para modificar la Ley para la Protección de Integral de Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas de la Ciudad de México*, en <https://www.congresocdmx.gob.mx/iniciativa-para-modificar-la-ley-para-la-proteccion-de-periodistas-y-defensores-de-derechos-humanos/> [consultado el 5 de julio de 2019, 14:44].

61 Cfr., Carpizo, Jorge, “Algunas reflexiones sobre...”, *op. cit.*, p. 501.

62 Cfr., Artículo 19, párrafo 1 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, en Rodríguez y Rodríguez, Jesús (comp.), *Instrumentos internacionales sobre...*, *op. cit.*, T. I, p. 50.

63 Cfr., Artículo 13, párrafo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en Rodríguez y Rodríguez, Jesús (comp.), *Instrumentos internacionales sobre...* *op. cit.*, T. III, p. 1056.

afirmar que a nivel constitucional, la Ciudad de México ha seguido la recomendación del Relator Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH y del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, que en su Informe exhortaron al Estado Mexicano en su conjunto a “adoptar nuevas leyes y a modificar las existentes para armonizarlas con el texto constitucional”<sup>64</sup>.

Sobre este requerimiento de protección a informadores, cabe destacar que a nivel federal se instauró a nivel federal la Ley para la Protección de Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas (2012), el cual que trajo como consecuencia la creación del mecanismo de protección, que como política pública busca resguardar la vida y la integridad de los periodistas a través de medidas de prevención y de protección. Los retos que enfrenta este mecanismo se concretan a tres cuestiones, principalmente: i) Cumplir con acuciosidad con las funciones que legalmente le han sido asignadas; ii) Contar con el presupuesto suficiente para ejercer plenamente su mandato<sup>65</sup>; iii) Asegurar la transparencia respecto a “su marco jurídico, sus normas y procedimientos, sus políticas de evaluación de riesgos, su presupuesto (asignado y gastado) y todas las estadísticas y los datos necesarios para el seguimiento de su implementación”<sup>66</sup>.

En los hechos, se han detectado insuficiencias del mecanismo sobre todo cuando se trata de la coordinación entre órganos e instancias federales, locales y municipales. Esta situación se refleja en las medidas relativas a la protección de periodistas desplazados. Si bien puede destacarse el papel que ha desempeñado la Ciudad de México como estado de acogida para esta clase de informadores –un aspecto que además se destaca en la Constitución local–, cabe señalar que no existe una estrategia integral que los proteja, pues como lo afirmaron los Relatores Especiales de la CIDH y la ONU en su Informe Conjunto:

“Son pocos los que reciben asistencia de las autoridades locales, y las medidas temporales en general parecen insuficientes. Todos estos problemas se extienden también a las familias de los periodistas. La falta de coordinación entre las autoridades federales y entre estas y las estatales provoca que no se considere adecuadamente su situación de salud, las necesidades educativas de sus hijos y su empleo, y los expone a una situación constante de inseguridad”<sup>67</sup>.

64 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, Relatoría Especial de las Naciones Unidas sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, “Informe especial sobre la situación...”, *op. cit.*, párr. 10, p. 296.

65 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, Relatoría Especial de las Naciones Unidas sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, “Informe especial sobre ...”, *op. cit.*, párr. 34, p. 301.

66 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, Relatoría Especial de las Naciones Unidas sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, “Informe especial sobre...”, *ibidem*.

67 *Cfr.* Lanza, Edison, Kaye, David, “Informe conjunto del Relator..., *op. cit.*, párr. 22, pp. 298-299.

En el año de 2015 se replicó en la Ciudad de México tanto la ley como el mecanismo, con la Ley para la protección Integral de Personas Defensoras de Derechos Humanos y Protección a Periodistas de la Ciudad de México<sup>68</sup>, sin embargo, ambos enfrenta problemas similares a los planteados para el orden federal y como se comentó en párrafos anteriores, esta disposición se encuentra en proceso de revisión por parte del Congreso local<sup>69</sup>. Para tal efecto, en el artículo 40 de la Ley Constitucional de Derechos Humanos y Garantías de la Ciudad de México se plantea un catálogo exhaustivo de los criterios a seguir en la instauración de medidas preventivas y de protección para periodistas, entre las que destacan, basadas en los principios de inmediatez, debida diligencia, enfoque diferencial y especializado, progresividad y transversalidad<sup>70</sup>.

Por otra parte, una forma de ataque y de amenaza en contra de la libertad de expresión consiste en las “demandas infundadas en contra de periodistas, mediante las cuales se exigen sumas exorbitantes por supuestos daños originados por los contenidos publicados”<sup>71</sup>, ya que con estas acciones lo que se provoca es la autocensura del informador ante la amenaza de enfrentar un proceso judicial. Para evitar estas malas prácticas, con la Ley de Responsabilidad Civil para la protección del derecho a la vida privada, el honor y la propia imagen en el Distrito Federal<sup>72</sup> se buscó: *i*) despenalizar los delitos contra el honor –la difamación y la calumnia–; *ii*) compaginar de los derechos de la personalidad con la libertad de expresión y el derecho a la información; y *iii*) resarcir el daño moral a través de la difusión de la sentencia condenatoria en el medio de comunicación donde se divulgó el agravio. Con esta ley, la Ciudad de México se adelantó a la derogación de los delitos contra el honor en el Código Penal Federal (2007)<sup>73</sup> y del delito de ataques a la vida privada establecido en los artículos primero y 31 de la Ley sobre delitos de imprenta (2012)<sup>74</sup>. No obstante los avances que representaron

68 Cfr., Asamblea Legislativa del Distrito Federal, *Ley para la protección integral...*, op. cit., p. 1,

69 Cfr., Congreso de la Ciudad de México, *Iniciativa para modificar la Ley...*, op. cit.

70 Congreso de la Ciudad de México, *Ley Constitucional de Derechos Humanos y sus Garantías en la Ciudad de México*, p. 16, en <http://www.data.consejeria.cdmx.gob.mx/index.php/leyes/leyes/1424-ley-constitucional-de-derechos-humanos-y-sus-garantias-de-la-ciudad-de-mexico> [consultado el 9 de julio de 2019, 12:33].

71 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, Relatoría Especial de las Naciones Unidas sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, “Informe especial sobre ...”, op. cit., párr. 17, p. 297.

72 Cfr., Reyes, Carlos, “Dos iniciativas de ley para el Distrito Federal”, en *Despenalización de los delitos de prensa, Elementos para una reforma legislativa*. Mojica, Beatriz (coord.). Cámara de Diputados, México, 2006. pp. 111-112.

73 Cfr., Cámara de Diputados, “Dictamen de la Comisión de Justicia y de Derechos Humanos, con proyecto de decreto por el que se derogan los artículos 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362 y 363 del Código Penal Federal; y se adicionan los párrafos sexto con cuatro fracciones, séptimo y octavo al artículo 1916 Bis. del Código Civil Federal” en Cámara de Diputados, *Gaceta Parlamentaria*, 18 de abril de 2006, p. 5. [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/lx/022\\_DO-F\\_13abr07.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/lx/022_DO-F_13abr07.pdf) [consultada el 3 de junio de 2008, 17:33]

74 Cfr., Cámara de Diputados, *Decreto por el que se derogan los artículos 1.º y 31, de la Ley sobre delitos de imprenta*, p. 9, [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/40\\_041115.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/40_041115.pdf) [consultada el 6 de julio de 2019, 17:55 hrs.]

esas medidas legislativas, en el Informe Conjunto, los Relatores Especiales recomendaron legislar sobre esta clase de demandas estratégicas contra la participación pública (*strategic lawsuits against public participation, SLAPP*), así como la adopción de criterios para que los jueces puedan desestimar estos reclamos sin sustento luego de una atenta consideración<sup>75</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES

La Constitución Política de la Ciudad de México es un eslabón más dentro de bloque de constitucionalidad para la interpretación de los derechos humanos a nivel local, siendo un catalizador para la discusión de propuestas de ley que garanticen los derechos de los informadores, tanto en el ámbito federal como en el local. Esta afirmación se desprende de las iniciativas presentadas en la LXIV Legislatura de la Cámara de Diputados, y en el Congreso de la Ciudad de México.

En la Ciudad de México se están realizando esfuerzos serios para armonizar la legislación local con el orden jurídico nacional e internacional en materia de derechos de los informadores. Sin embargo, dado que las leyes en materia de secreto profesional, cláusula de conciencia y seguridad de los periodistas se están discutiendo en el Congreso de la Ciudad de México, resulta necesario esperar a que concluya el proceso legislativo, para que una vez que entren en vigor, se analicen sus alcances y sobre todo, su efectividad como garantes de la libertad de expresión y del derecho a la información.

#### 5. FUENTES DE CONSULTA

##### Libros

Apreza Salgado, Socorro, *Veracidad y pluralismo informativo en el medio televisivo: una tarea pendiente*. Ediciones Universidad de Salamanca, España, 1994.

Azurmendi, Ana, *Derecho de la información. Textos básicos*. Eunsa, Pamplona, 1999.

— *Derecho de la Información: guía jurídica para profesionales de la comunicación*. 2ª. ed., Eunsa, Pamplona, 2001.

Asamblea Constituyente de la Ciudad de México, *Constitución Política de la Ciudad de México*. Porrúa, México, 2017.

Bel Mallén, Ignacio, y Corredoira y Alfonso, Loreto (coords.), *Derecho de la información*, Ariel, Madrid, 2003.

Gutiérrez Goñi, Luis, *Derecho de rectificación y libertad de información. (contenidos constitucional, sustantivo y procesal de la LO 2/84 de 26 de marzo)*. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2003.

---

75 Cfr., Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, Relatoría Especial de las Naciones Unidas sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, "Informe especial sobre...", *op. cit.*, párr. 17, p. 297.

- Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Derecho a la Información (libertad de expresión, concepto constitucional de prensa, medios, censura previa, derecho a la intimidad, derecho de réplica)*. Depalma, Buenos Aires, 1992.
- Escobar, Roca, Guillermo, *Estatuto de los periodistas. Régimen normativo de la profesionalización y organización de las empresas de comunicación*. Tecnos, Madrid, 2002.
- Lanza, Edison, *Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión: Informe anual Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. OEA, Washington, D.C., V. II, 2018.
- Lawson, Edward (ed.), *Encyclopedia of Human Rights*. Taylor & Francis, Washington, 1989.
- Loreti, Damián M. *El derecho a la información. Relación entre medios, público y periodistas*. 2ª reimp., Paidós, Buenos Aires, 1999.
- Rallo Lombarte, Artemi, *Pluralismo informativo y constitución*. Tirant lo blanch, Valencia, 2000.
- Rodríguez y Rodríguez, Jesús (comp.), *Instrumentos internacionales sobre derechos Humanos ONU-OEA*. CNDH, México, 1998, T. I-III.
- Sánchez Ferriz, Remedios, *Estudios sobre las libertades públicas*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
- Sociedad Científica Argentina, Instituto de Ciencia Política y Constitucional, *Poder político y libertad de expresión*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 398.
- Villanueva, Ernesto, *Deontología Informativa. Códigos deontológicos de la prensa escrita en el mundo*. UIA, Miguel Ángel Porrúa, México, 1999.

## Legislación

- Asamblea Constituyente de la Ciudad de México, *Constitución Política de la Ciudad de México*, Porrúa, México, 2017, p. 6.
- Asamblea Legislativa del Distrito Federal, *Ley para la protección integral de personas defensoras de derechos humanos y periodistas del Distrito Federal*, en <http://www.aldf.gob.mx/archivo-e3959116a508f88bd8f49b4c7f175ca5.pdf>
- *Ley del secreto profesional del periodista en el Distrito Federal*, p. 2, en <http://aldf.gob.mx/archivo-86d0c120a3269ea2302bc5179d543a1f.pdf>
- Cámara de Diputados, *Diario de Debates*, 43, año 1, Legislatura L, México, 6 de octubre de 1977.
- *Ley para la protección de personas defensoras de derechos humanos y periodistas*, en [http://derechoshumanos.gob.mx/work/models/Derechos\\_Humanos/Resource/182/1/images/ley.pdf](http://derechoshumanos.gob.mx/work/models/Derechos_Humanos/Resource/182/1/images/ley.pdf)
  - *Gaceta Parlamentaria*, 18 de abril de 2006, en [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/lx/022\\_DOF\\_13abr07.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/lx/022_DOF_13abr07.pdf)
- Congreso de la Ciudad de México, *Ley Constitucional de Derechos Humanos y sus Garantías en la Ciudad de México*, en <http://www.data.consejeria.cdmx.gob.mx/index.php/leyes/leyes/1424-ley-constitucional-de-derechos-humanos-y-sus-garantias-de-la-ciudad-de-mexico>

Foro de Gobernanza de Internet de las Organización de las Naciones Unidas, *The Charter of Human Rights and Principles for the Internet*. 4ª. ed., IGF-ONU, Estados Unidos de América, 2014.

Mancera, Miguel Ángel, *Iniciativa con proyecto de Constitución Política de la Ciudad de México que remite el C. Jefe de Gobierno*, 15 de septiembre de 1916, en <http://gaceta.diputados.gob.mx/ACCM/DOC/ProyectoConst15sep.pdf>

Secretaría de Gobernación, “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6º., 7º., 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, en Diario Oficial de la Federación. Secretaría de Gobernación, México, 11 de junio de 2013, en [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM\\_ref\\_208\\_11jun13.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_208_11jun13.pdf)

## Jurisprudencia

- *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 84.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Acción de inconstitucionalidad 15/2017 y sus acumuladas 16/2017, 18/2017 y 19/2017*, en [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/proyectos\\_resolucion\\_scjn/documento/201808/Acci%C3%B3n%20de%20inconstitucionalidad%2015.2017%20y%20sus%20acumuladas%20DEFINITIVA.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/proyectos_resolucion_scjn/documento/201808/Acci%C3%B3n%20de%20inconstitucionalidad%2015.2017%20y%20sus%20acumuladas%20DEFINITIVA.pdf)

## Recomendaciones

Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Recomendación General No. 24*, en [http://cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/generales/RecGral\\_024.pdf](http://cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/generales/RecGral_024.pdf)

## Páginas de internet

Organización de Estados Americanos, “Relatoría especial para la Libertad de Expresión”, en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/mandato/funciones.asp>

Organización de las Naciones Unidas, “Relatoría Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión”, en <https://www.ohchr.org/SP/Issues/FreedomOpinion/Pages/OpinionIndex.aspx>



# EL IDEARIO FILOSÓFICO EN LA CREACIÓN DEL SISTEMA PRESIDENCIAL NORTEAMERICANO

Por GREGORIO D. CASTILLO PORRAS<sup>1</sup>

**RESUMEN:** Un recorrido sobre el pensamiento teórico, el ideario político y el sustrato filosófico del sistema presidencial norteamericano, más allá de la visión tradicional de los autores de *El Federalista* y en un recorrido antes, durante y después de la guerra de independencia de los Estados Unidos de América.

El artículo permite conocer de fuente directa el conocimiento de los principales teóricos anglosajones que construyeron una de las instituciones más relevantes del Derecho Constitucional: el sistema presidencial.

**PALABRAS CLAVE:** Sistema presidencial, Derecho constitucional norteamericano, *Common Law*, revolución de independencia de los Estados Unidos de América, William Blackstone, James Otis, Edmund Burke, Jeremy Bentham, Alexander James Carlyle, Thomas Jefferson, Thomas Paine, Alexander Hamilton, James Madison, John Jay, Alexis de Tocqueville, Benjamín Franklin y Maurizio Fioravanti.

**ABSTRACT:** A journey on theoretical thinking, the political ideology and the philosophical substrate of the US presidential system, beyond the traditional vision of the authors of *The Federalist papers* and on a journey before, during and after the war of independence of the United States of America.

The article allows to know from a direct source the knowledge of the main Anglo-Saxon theorists who built one of the most relevant institutions of Constitutional Law: the presidential system.

**KEYWORDS:** Presidential system, American Constitutional Law, *Common Law*, Revolution of Independence of the United States of America, William Blackstone, James Otis, Edmund Burke, Jeremy Bentham, Alexander James Carlyle, Thomas Jefferson, Thomas Paine, Alexander Hamilton, James Madison, John Jay, Alexis de Tocqueville, Benjamin Franklin and Maurizio Fioravanti.

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN. 1. LA CREACIÓN DE UN NUEVO ORDEN. 2. WILLIAM BLACKSTONE Y JAMES OTIS O UN SISTEMA DE PESOS Y CONTRAPESOS SIN CONTENIDOS. 3. EL PENSAMIENTO POLÍTICO PRERREVOLUCIONARIO O CÓMO PASÓ LA IDEA DE SOBERANÍA DEL PARLAMENTO A LA CONSTITUCIÓN. 4. EL PENSAMIENTO REVOLUCIONARIO O LAS IDEAS EN ACCIÓN. 5. LAS IDEAS DE THOMAS PAINE O UN SISTEMA PRESIDENCIAL «DÉBIL» (MÁS DEMOCRACIA Y MENOS REPÚBLICA). 6. EL PENSAMIENTO DE LOS AUTORES DE *EL FEDERALISTA*. 7. EL SISTEMA PRESIDENCIAL VISTO DESDE LOS OJOS DE ALEXIS DE TOCQUEVILLE. 8. CONCLUSIÓN. 9. FUENTES DE CONSULTA.

---

1 Abogado y Maestro en Derecho por la Escuela Libre de Derecho. Actualmente, Doctorando en Derecho por la misma institución.

## INTRODUCCIÓN

El sistema presidencial expresa en sí mismo sentidos aparentemente contradictorios que, mejor dicho, resultan complementarios, puesto que dicho sistema fue prohiado sobre la base de la tradición jurídica inglesa –*Common Law*, costumbre jurídica y, en mi opinión, una mezcla de lo que Fioravanti señala como la «*constitución mixta medieval*» y la «*constitución de los modernos*»–<sup>2</sup>. Pero, a la vez, es una propuesta novedosa del ingenio de un grupo de notables que construyeron una forma de gobierno *ad hoc* a su propio contexto histórico, a sus necesidades y, sobre todo, a sus intereses políticos –el sistema federal, la «*judicial review*», la «*constitutional supremacy*» y el sistema presidencial–.

Los padres fundadores de los Estados Unidos de América tuvieron la ventaja de contar con un conocimiento y experiencia ya digeridos que el largo proceso evolutivo del sistema parlamentario les ofreció. Por ejemplo, fueron ávidos lectores de la obra de William Blackstone (1723-1789)<sup>3</sup> y tradujeron algunos postulados del apologeta del sistema inglés al nuevo modelo por definir en las Colonias. Por esa razón, la construcción constitucional, no sólo del sistema presidencial, sino de todo lo que representa los Estados Unidos de América, fue un proceso mucho más acertado en términos de tiempo.

El sistema presidencial, por lo tanto, no es el resultado de una evolución lenta basada en costumbres añejas de más de diez siglos –como aconteció con el sistema parlamentario–, sino el producto de una inteligencia dinámica y sensible que en poco más de doce años –de 1775 con las primeras aonadas en Boston hasta 1787 con la firma de la Constitución– construyeron un nuevo modelo constitucional y político que irradió a todo un continente.

Lo anterior, no significa que el tiempo récord en el cual se diseñaron constitucionalmente los Estados Unidos de América se haya acotado a esa etapa temprana de creación. Por el contrario, el sistema presidencial y las demás innovaciones constitucionales de la Convención de Filadelfia les llevó tiempo y les sigue llevando en poco más de dos siglos de implementación.

### 1. LA CREACIÓN DE UN NUEVO ORDEN

Como fue señalado al inicio, los padres fundadores de los Estados Unidos de América abrevaron del ingente legado de los pensadores ingleses que describían la forma políti-

---

2 Fioravanti, Maurizio. *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*. Colección Estructura y Procesos, Serie Derecho, Edit. Trotta, 1ª reimpresión de la 1ª edición, traducción de Manuel Martínez Neira, 2007, Madrid, pp. 170.

3 Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*. Oxford University Press, Ruth Paley editor and introduction, Volumes I, II, II & IV, Oxford, 2016.

En la *Internet* puede obtenerse una versión íntegra de los cuatro libros de la obra de Blackstone en: [www.lonang.com/library/reference/blackstone-commentaries-law-england/](http://www.lonang.com/library/reference/blackstone-commentaries-law-england/) La consulta fue realizada el 25 de julio de 2019.

co-constitucional del sistema parlamentario. También, en buena medida el ambiente novedoso de las ideas políticas del período de la «*Ilustración*» marcó a las clases élite de las Colonias norteamericanas y los predispuso en el camino hacia un país independiente y hacia un nuevo modelo constitucional. Finalmente, los padres fundadores también voltearon la mirada hacia los clásicos de la Antigüedad, Aristóteles y Polibio fueron citados recurrentemente en la obra política que describe a Estados Unidos proveniente de la pluma de, por ejemplo, los autores de *El Federalista* o de Benjamin Franklin en sus escritos políticos.

En ese sentido, tratar de desentrañar la raigambre filosófica que dio como resultado el sistema presidencial en el molde original norteamericano es tarea que sigue a continuación.

## 2. WILLIAM BLACKSTONE Y JAMES OTIS O UN SISTEMA DE PESOS Y CONTRAPESOS SIN CONTENIDOS

Blackstone, a quien he calificado de apologista del sistema parlamentario inglés, no perdió de vista la importancia de las «*individualidades*» en cuanto ámbito de libertad y de derechos frente a la actuación abusiva o arbitraria de la autoridad –esencialmente encarnada en el «*King of Parliament*»–. Pero entre esa posibilidad de absolutismo y la esfera de las individualidades, en opinión del jurista inglés, se instala una idea de moderación cuyo fiel de la balanza es el Parlamento.

Fioravanti lo expresa con mayor claridad:

“Puede resultar sorprendente hablar de forma moderada de gobierno en un autor como Blackstone, conocido por sus afirmaciones sobre la soberanía del Parlamento, descrito en esta obra como «*autoridad suprema, irresistible, absoluta, no contestada, en la cual residen los poderes soberanos*»<sup>4</sup>.

[...]

Pero, ciertamente, Blackstone no olvidaba el argumento permanente del constitucionalismo inglés, desde Locke en adelante, que era siempre el de la tutela de los derechos. En efecto, la constitución que defendía no puede concebirse como un juego de límites sin contenido, de pesos y contrapesos. Siempre era necesario terminar recordando que la excelencia de la forma de gobierno moderada de los ingleses consiste en el hecho de que es lo mejor que los hombres han inventado para obtener una buena y eficaz tutela de los derechos”<sup>5</sup>.

Y a ello agrega el propio Blackstone:

“In all tyrannical governments the supreme magistracy, or the right both of making and of enforcing the laws, is vested in one and the same man, or one and the

4 No es casual que Blackstone culminara una carrera política como integrante de la Cámara de los Comunes.

5 Fioravanti, Maurizio. *Op. cit.*, págs. 100-101.

same body of men; and wherever these two powers are united together, there can be no public liberty. The magistrate may enact tyrannical laws, and execute them in a tyrannical manner, since he is possessed, in quality of dispenser of justice, with all the power which he as legislator thinks proper to give himself. But, where the legislative and executive authority are in distinct hands, the former will take care not to entrust the latter with so large a power, as may tend to the subversion of its own independence, and therewith of the liberty of the subject. With us therefore in England this supreme power is divided into two branches; the one legislative, to wit, the parliament, consisting of king, lords, and commons; the other executive, consisting of the king alone. It will be the business of this chapter to consider the British parliament; in which the legislative power, and (of course) the supreme and absolute authority of the state, is vested by our constitution".<sup>6</sup>

La estructura de la obra de Blackstone no es la de un tratado de Derecho Constitucional, sino está enfocado desde la perspectiva de los derechos y los deberes de las personas. Realmente, sólo los primeros 13 de los 18 capítulos que conforman el Libro I de los *Comentarios...*, explican el régimen constitucional inglés, pero no sólo para ensalzarlo, sino para que una vez explicado se entienda cómo ese diseño institucional es la medida más adecuada para proteger los derechos e, incluso, definir con precisión cuáles son los deberes de los individuos. De hecho, el título del Libro I que desarrolla el marco constitucional inglés, da la casualidad de llevar el nombre de los «*Rights of Persons*».

Los subsecuentes tres Libros de la obra de Blackstone obvian, por supuesto, ya cualquier explicación del constitucionalismo inglés, y deparan en destacar los derechos y deberes de los individuos sobre el estado civil, la sagrada propiedad «*blackstoniana*» y los procedimientos civil y criminal, no como la explicación de un experto litigante inglés –como lo era Blackstone–, sino como una advertencia a la autoridad de cómo los individuos pueden proteger su esfera de derechos y libertades.

Debe rescatarse del autor la idea de forma de gobierno moderada en la que los pesos y contrapesos deben tener contenidos. Un sistema político con límites basados solamente en el diseño de los agentes del poder público no es lo que postula Blackstone. Por el contrario, estima que un diseño así es estéril y vacío. Razón por la cual, pugna por un «*contenido*» radicado en los derechos y deberes de las individualidades en el que, incluso los deberes o «*duties*» no están expuestos como cargas, sino como un límite hasta dónde debe llegar la autoridad.

El pensamiento de Blackstone germinó en las ideas prerrevolucionarias de las colonias del Nuevo Mundo que, en síntesis, pudiera comprenderse del siguiente modo: los padres fundadores reconocen la tiranía de la magistratura regia y, en consecuencia, aborrecen la idea de un «*Rey de las Colonias*» que tan sólo sustituya al de Inglaterra. Pero, aunque comprenden que en Inglaterra el Parlamento es el ingrediente de una

---

6 “*Book 1, Chapter 2. Of the Parliament*”, en Blackstone, William. *Commentaries on the Law of England*.

forma moderada de gobierno, tampoco buscan entronizar en el país naciente el sistema parlamentario. Lo que los llevó, tal vez sin mucha intención y con un resentimiento evidente al modelo inglés, a crear el sistema presidencial de cuyas consecuencias no se dieron tiempo de pensar y en la “*minimización*” de la rama ejecutiva vieron la garantía de tutela de los derechos y libertades de los colonos.

Fioravanti rescata en ese sentido el panfleto de James Otis (1725-1783)<sup>7</sup>, en el que a la población de las Colonias no se les considera diferentes o distintos a los de la Metrópoli, los llama incluso los «*Britishmen*», con la intención de solventar la crisis entre las Colonias y la Metrópoli a través de los instrumentos propios del modelo inglés, algo que los colonos no aceptarían:

“[...] En uno de los escritos más influyentes de ese período [se refiere al período inmediato anterior al inicio de la guerra de Independencia norteamericana, la década de 1760], de James Otis (1725-1783), publicado precisamente en 1764 y dedicado a *The Rights of British Colonists*, todo el instrumental de los derechos de los «*britishmen*» es traído de nuevo a primer plano, con la esperanza todavía viva de que sobre ese plano pudiese solucionarse pacíficamente la controversia con la madre patria; pero incluyendo la referencia a aquella parte de la obra de Locke en la que se afirmaba, para casos extremos, el poder primario del pueblo de abolir el legislativo que hubiese traicionado la confianza en él depositada, o que hubiese atentado contra los derechos de los individuos”.<sup>8</sup>

El propio Otis refiere el episodio de la Revolución Gloriosa y la convocatoria a Guillermo de Orange para ocupar el trono de Inglaterra como Guillermo I y alude a la posibilidad de desconocer a la rama legislativa –al Parlamento, tal cual– si éste, a su vez, desconoce la tradición constitucional de la tutela de los derechos y libertades:

“I also lay it down as one of the first principles from whence I intend to deduce the civil rights of the British colonies, that all of them are subject to, and dependent on Great-Britain; and that therefore as over subordinate governments, the parliament of Great-Britain has an undoubted power and lawful authority to make acts for the general good, that by naming them, shall and ought to be equally binding, as upon the subjects of Great-Britain within the realm. This principle, I presume will be readily granted on the other side of the Atlantic. It has been practiced upon for twenty years to my knowledge, in the province of the *Massachusetts-Bay*; and I have ever received it, that it has been so from the beginning, in this and the sister provinces, thro’ the continent.

[...]

2dly. *The supreme national legislative cannot be altered justly 'till the commonwealth is dissolved, nor a subordinate legislative taken away without forfeiture*

7 Otis, James. *The Rights of the British Colonists*, puede consultarse en: [www.oll.libertyfund.org/pages/1763-otis-rights-of-british-colonies-asserted-pamphlet/](http://www.oll.libertyfund.org/pages/1763-otis-rights-of-british-colonies-asserted-pamphlet/) La consulta se realizó el 25 de agosto de 2019.

8 Fioravanti, Maurizio. *Op. cit.*, pág. 104.

or other good cause. Nor then can the subjects in the subordinate government be reduced to a state of slavery, and subject to the despotic rule of others. A state has no right to make slaves of the conquered. Even when the subordinate right of legislature is forfeited, and so declared, this cannot affect the natural persons either of those who were invested with it, or the inhabitants, so far as to deprive them of the rights of subjects and of men—The colonists will have an equitable right notwithstanding any such forfeiture of charter, to be represented in Parliament, or to have some new subordinate legislature among themselves...”<sup>9</sup>

### 3. EL PENSAMIENTO POLÍTICO PRERREVOLUCIONARIO O CÓMO PASÓ LA IDEA DE SOBERANÍA DEL PARLAMENTO A LA CONSTITUCIÓN

No deja de ser curioso que, mientras que el sistema parlamentario inglés se imbuyó en una tensión entre el Rey y el Parlamento, el sistema presidencial se gestó en un contexto igualmente de tensión, pero entre las Colonias y la Metrópoli.

En un ambiente caldeado prerrevolucionario, el pensamiento filosófico y político del liberalismo gestó las grandes ideas para sustentar ideológicamente el sistema presidencial. Pensadores de la talla de Edmund Burke (1729-1797), Jeremy Bentham (1748-1832) fueron basamento intelectual del movimiento independentista norteamericano.

Ambos autores representan, a la vez, los primeros críticos contra el sistema parlamentario inglés, incluso con francas dedicatorias a la obra de Blackstone. La crítica que esgrimen va dirigida esencialmente a la necesidad de dar un giro, una renovación al régimen constitucional inglés, calificado de anquilosado y sumamente rígido. Es esa rigidez la que no reconoce un principio o «*elemento democrático*» en la conformación del poder público.

Tanto Burke como Bentham estiman que el elemento democrático es la «*libertad política*», consistente en la posibilidad del «*pueblo*» de elegir, a través de los partidos políticos, a sus «*representantes*». No cabe duda de que, ambos pensadores británicos<sup>10</sup> abrevaron de *El Contrato Social*, de Rousseau. Asimismo, debe evitarse una idea mal entendida de que Burke y Bentham fueron unos demócratas, aunque sí unos liberales y utilitaristas en la mejor acepción de los términos. No pretendieron radicar la fuerza de todo el poder público en el concepto de «*soberanía popular*», pero sí de delimitar el poder público a partir de la libertad política de elegir a un gobierno no entrometido en la esfera individual.

Esto lo aclara atinadamente Fioravanti al decir que:

“En realidad, en Burke no existía el propósito de afirmar un principio de soberanía popular, se trata más bien de actuar en sentido correctivo sobre el sistema

9 Otis, James. *Op. cit.*

10 Burke de origen era irlandés por vía materna y por lugar de nacimiento (Dublín).

institucional existente, que a su juicio, en ese preciso momento histórico, se había encerrado demasiado en sí mismo, terminando por producir una práctica personalista nociva, sobre todo por parte del rey en la elección de los ministros”.<sup>11 12</sup>

Destaca, entonces, que en el pensamiento de Burke y de Bentham se hace la primera crítica al sistema parlamentario inglés<sup>13</sup>, la primera mención a un elemento democrático en la construcción o, mejor dicho, renovación de un modelo político vetusto; y, finalmente, una idea de libertad política como fuente determinante del modelo político.

Al respecto, sobre el prodigioso Bentham escribe Fioravanti:

“Según Bentham la verdadera diferencia entre el gobierno libre y el tiránico no venía dada por la mayor posibilidad de oponer límites al primer en nombre de la constitución, sino por el modo de participación en el supremo poder legislativo «de las distintas clases», por los «frecuentes y fáciles cambios de condición entre gobernantes y gobernados», por la «responsabilidad de los gobernantes» frente a los electores y al país, por el modo de organizar las libertades políticas más importantes, como la de prensa y asociación”.<sup>14 15</sup>

Como se ha explicado, estas tres nociones generales que se desprenden del pensamiento de ambos autores, aunque destinadas al entorno inglés, inflamarán ideas propias en el pensamiento prerrevolucionario norteamericano para la construcción del sistema presidencial.

Destaca, sobre todo, que la idea de libertad política se instrumentará en los nacientes Estados Unidos de América a través del concepto de «Poder Constituyente» y será, por ende, en una «Constitución» –escrita, por cierto– en la que radicará la soberanía de un

11 Fioravanti, Maurizio. *Op. cit.*, pág. 101.

12 La obra de Burke está debidamente compilada en:

Burke, Edmund. *Textos Políticos*. Serie Política y Derecho, Edit. Fondo de Cultura Económica, traducción de Vicente Herrero, México, 1942, pp. 375.

13 La crítica de Bentham al sistema parlamentario inglés tiene como trasfondo un rechazo, más que a las ideas, al postulante de las mismas personificado en Blackstone. Pero no sólo es una oposición a las ideas de Blackstone sobre el sistema parlamentario; es un ataque frontal y directo de Bentham a Blackstone, con inclusión de los posicionamientos de este último en todas las cuestiones jurídicas. Gustav Radbruch en una monografía espléndida sobre el Derecho inglés, señala sobre esta rivalidad ideológica:

“Bentham (1784-1832), criticó duramente esa indecisión de Blackstone, en su intelectualismo confiado. Le reprochó las posibles consecuencias revolucionarias de su concepción iusnaturalista”, en Radbruch, Gustav. *El espíritu del Derecho inglés*. Edit. Marcial Pons, estudio preliminar de Miguel Ayuso, traducción de Juan Carlos Peg Ros, anotaciones y epílogo de Heinrich Scholler, Madrid-Barcelona, 2001, pág. 7.

14 Fioravanti, Maurizio. *Op. cit.*, págs. 101-102.

15 *Vid.* Bentham, Jeremy. *Un fragmento sobre el gobierno*. Colección Clásicos del Pensamiento, Edit. Tecnos, 2ª edición, traducción de Enrique Bocado Crespo, Madrid, 2003, pp. 368. Esta obra de Bentham está claramente encaminada a criticar la apología que Blackstone hace en su *Comentarios* sobre el sistema parlamentario inglés.

poder público delimitado por la libertad política, base originadora de todo un nuevo sistema político y constitucional que, incluye el sesgo presidencial.

“Se trata, en pocas palabras, del poder constituyente que los colonos americanos ejercieron primero en 1775, con la finalidad de declarar su independencia de la madre patria inglesa y, después, en los años siguientes, con la finalidad de poner en vigor las constituciones de los distintos Estados y la Constitución federal de 1787”.<sup>16</sup>

#### 4. EL PENSAMIENTO REVOLUCIONARIO O LAS IDEAS EN ACCIÓN

Alexander James Carlyle (1861-1943) resume adecuadamente la transformación del ideal de la libertad política construido por Burke y por Bentham en acción:

“La Revolución Americana y el carácter de la Constitución norteamericana dieron un impulso inmenso al desarrollo de la libertad política en Europa, pero su influencia se debe acaso más bien que a sus principios constitucionales a su feliz resultado. Lo que tuvo un influjo tan profundo en Europa fue el espectáculo de la rebelión afortunada de una gran comunidad contra lo que consideraba como infracción de su libertad. Una cosa es que los principios de la libertad individual y política estuvieran implícitos en la tradición histórica de la sociedad europea, y otra verlos expresados claramente y verlos modelarse y tomar forma concreta en una gran sociedad nacional”.<sup>17</sup>

El propio Edmund Burke reconoce en la revolución americana la puesta *in actio* de la libertad política:

“Este fiero espíritu de libertad es probablemente más fuerte en las colonias inglesas que en ningún otro pueblo de la tierra.

Si hay en el mundo un hecho claro es el de que el pueblo de América es totalmente adverso a todo gobierno que no sea libre; y esto es suficiente indicación para que un estadista honrado sepa cómo tiene que adaptar a este caso cualesquiera poderes que tenga a mano”.<sup>18</sup>

Pero más allá del pensamiento político al otro lado del Atlántico, los incipientes padres fundadores desarrollaron su propia corriente de pensamiento en torno, no sólo al sistema presidencial, sino a todo el conglomerado constitucional que fijaría la organización y funcionamiento del poder público en los Estados Unidos de América.

Destaca entre todos ellos, como verdaderos intelectuales y entendidos de cómo crear un gobierno novedoso, Thomas Jefferson (1743-1826) y los autores de los «*Federa-*

16 Fioravanti, Maurizio. *Op. cit.*, pág. 103.

17 “Parte III. El desarrollo de la concepción de libertad política en el siglo XVIII; III. La Revolución Americana”, pág. 214, en Carlyle, A. J. *La libertad política. Historia de su concepto en la Edad Media y los tiempos modernos*. Edit. Fondo de Cultura Económica, 1ª reimpression de la 1ª edición de 1942, versión española de Vicente Herrero, México, 1982, pp. 294.

18 Burke, Edmund. *Textos Políticos*.

*list papers*», Alexander Hamilton (1757-1804), John Jay (1745-1829) y James Madison (1751-1836).<sup>19</sup>

El papel de Jefferson en la definición del sistema presidencial y de todo el régimen constitucional norteamericano parte de las críticas que realizó, como legislador de Virginia, en contra de las leyes del Parlamento inglés, conocidas como las «*leyes intolerables*»<sup>20</sup>. Esas críticas las sustentó en una especie de reconocimiento de la «*ley natural*» que permite la libertad individual frente a todo acto arbitrario de la autoridad, especialmente, si ese autoritarismo se formaliza en ley. Bajo esta explicación, Jefferson construyó la teoría que justificó la independencia norteamericana y que se verá reflejada poco tiempo después en la célebre *Declaración de Independencia* de 1776, de la cual en buena medida se le atribuye a la autoría de Jefferson:

“Cuando en el curso de los acontecimientos humanos se hace necesario para un pueblo disolver los vínculos políticos que lo han ligado a otro y tomar entre las naciones de la tierra el puesto separado e igual a que las leyes de la naturaleza y el Dios de esa naturaleza le dan derecho, un justo respeto al juicio de la humanidad exige que declare las causas que lo impulsan a la separación”.<sup>21</sup>

Jefferson fue consecuente con su forma de pensar y criticó acremente el «*elemento aristocrático*» que permeaba en el Parlamento inglés y exigió desde el Primer Congreso Continental en 1774 hasta el Congreso de la Confederación en la Convención de Filadelfia (entre 1781 y 1783) un cauce republicano –más que democrático, aunque en ocasiones así se ha estimado– a la nueva nación.

Es esta circunstancia la que ha permitido reseñar el pensamiento de Jefferson, sobre todo a partir de que fue Presidente de los Estados Unidos de América (1801-1809), en el cuño de la llamada «*democracia jeffersoniana*».

Maurizio Fioravanti reconoce el cariz «*democrático*» de la Constitución norteamericana, lo cual recaerá en la construcción primigenia de un «*Presidente*» electo democráticamente y ajustado a la periodicidad republicana:

“Se trata, por un lado, de una constitución inequívocamente democrática, sólidamente fundada sobre el poder constituyente del pueblo americano, que como tal

19 Tal vez fuera del caso de John Jay, los demás fueron hombres de acción durante la Guerra de Independencia de los Estados Unidos de América, ya sea desde una tribuna epistolar (como Jefferson) o bien, incluso desde la línea de combate (como Hamilton y Madison, aunque este último no entró en combate por motivos de salud).

20 Tras la conocida «*Boston Tea Party*» de 1773, el rey Jorge III expidió un conjunto de leyes del Parlamento destinadas sancionar la actitud rebelde de las Colonias (clausura del puerto de Boston, alojamiento forzoso de militares británicos en hogares de los colonos, el estatuto especial de los británicos para que no fueran juzgados por tribunales coloniales debido a causas criminales, entre otras). Ese conjunto de normas es conocido históricamente como las «*Leyes Intolerables*» o «*Intolerables Acts*».

21 *Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América*, 1776. Puede consultarse la versión en español en la página de la Cámara de Diputados, del Congreso mexicano, en: [www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const\\_mex/decla\\_1776.pdf](http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/decla_1776.pdf), consulta realizada el 25 de julio de 2019.

no puede de ninguna manera considerarse como una especie de fruto póstumo de la tradicional constitución mixta inglesa: para los americanos ya no existen «*fuerzas*» y «*realidades*» que componer, sino sólo Estados que unir con el vínculo federal, y poderes federales que legitimar mediante el consenso de los ciudadanos. Y, sin embargo, mirándolo bien, los americanos no hacían sino contraponer su poder constituyente y su Constitución, en sentido de limitación y garantía, al último y perverso producto de la tradición de la constitución mixta, que a sus ojos era la omnipotencia del parlamento inglés, que precisamente derivaba de considerarse expresión necesaria de todas las «*fuerzas*» y de todas las «*realidades*», como por encanto compuestas y equilibradas en él.<sup>22</sup>

La idea de «*Constitución democrática*» implica una doble vertiente de «*Gobierno limitado*»: por un lado, el rechazo a un Parlamento –como el inglés– como encarnación de la supremacía del poder público y, en consecuencia, reflejar ese poder público en una Constitución, producto de una democracia ejercida en un Poder Constituyente. Y por el otro lado, un rechazo a una figura unipersonal hereditaria y vitalicia en la rama ejecutiva –como la monarquía inglesa– y en su lugar un incipiente, tímido e insípido «*Presidente de los Estados Unidos de América*».

De esta última vertiente de gobierno limitado, los padres fundadores no sospecharon lo que con el tiempo fortalecería todo un nuevo régimen político: el sistema presidencial. Por ejemplo, el propio Jefferson calificaba la figura presidencial de «*Rey temporal*», cabeza de un poder federal (o, mejor dicho, centralizador) lo suficientemente fuerte para echar por tierra el esfuerzo de unión de las Colonias –ahora como Estados federados–, lo que le incitó a ser un acérrimo defensor de los derechos de los Estados frente a lo que él consideraba debía ser un Gobierno federal débil cuya presencia solamente era útil para mantener los lazos de la unión federal:

“When a instrument admits two constructions, the one safe, the other dangerous, the one precise, the other indefinite, I prefer that which is safe and precise. I had rather ask an enlargement of power from the nation, where it is found necessary, than to assume it by a construction which would make our powers boundless. Our peculiar security is in the possession of a written constitution. Let us not make it a blank paper by construction.

[...]

It specifies and delineates the operations permitted to the federal government and gives all the powers necessary to carry these into execution. Whatever of these enumerated objects is proper for a law...<sup>23</sup>

22 Fioravanti, Maurizio, *Op. cit.*, págs. 105-106.

23 *Carta de Thomas Jefferson dirigida al señor Wilson Nicholas*, 7 de septiembre de 1803.

Una excelente compilación de la correspondencia más relevante de Jefferson es: *Thomas Jefferson: Writings, Autobiography, Note on the State of Virginia, Public and Private Papers, Addresses, Letters*. Library of America, M. D. Peterson (ed.), New York, 1984.

Como se observa, la concepción constitucional de los Estados Unidos de América –por lo menos, en los primeros años– supeditó a los «*elementos monárquico y aristocrático*» al «*elemento democrático*», si no es que francamente los desapareció, acordes con la tesis de Carl Schmitt.<sup>24</sup>

El activista y filósofo político norteamericano, Michael Hardt, mantiene una interesante *Introducción* a la obra *Declaración de Independencia*, dedicada ampliamente a Thomas Jefferson, y lo caracteriza como el prototipo de la «*transición a la democracia*» o como continuador, no sin cierta razón, de la trilogía «*rebelión-democracia-rebelión*»:

“No obstante, el pensamiento de Jefferson plantea una nueva concepción de la transición que puede ayudar al pensamiento revolucionario a superar los obstáculos que afronta en la actualidad. De un modo provocativo, une la Constitución y la rebelión, por un lado, con la transición y la democracia, por otro. En otras palabras, para Jefferson la acción revolucionaria debe desarrollarse sin cesar, reabriendo periódicamente el proceso constitucional, y la población debe ser formada en la democracia mediante la práctica de la democracia”.<sup>25</sup>

Ello me permite concluir, tras todo lo dicho, que Jefferson era una especie de moderno Cicerón.

## 5. LAS IDEAS DE THOMAS PAINE O UN SISTEMA PRESIDENCIAL «DÉBIL» (MÁS DEMOCRACIA Y MENOS REPÚBLICA)

Se ha explicado ya con cierto detalle como desde la propia Inglaterra y desde las mismas Colonias, se desarrolló un rechazo a la idea de la «*constitución mixta*» inglesa. Sin embargo, el eje común que fomentó el proceso de independencia de las Colonias en Norteamérica empezó a tener variaciones sobre el mismo tema.

Mientras que Burke insufla el pensamiento de Hamilton y compañía con una idea de Poder Constituyente al que se le da un mayor peso a la idea republicana en demérito de la idea democrática; Thomas Paine (1737-1809) alimentará las ideas de Jefferson en un proceso inverso, pues reconoce al pueblo soberano como sede de ese poder creador constitucional, lo que invierte la fórmula al ponderar favorablemente el tema democrático en perjuicio del republicano.<sup>26</sup>

24 Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución*. Edit. Alianza, Colección Textos Universitarios, 4ª. Reimpresión, Traducción y Presentación de Francisco Ayala, Epílogo de Manuel García-Pelayo, Madrid, 2003, pp. 377.

25 “*Introducción*”, pág. 7, en Hardt, Michael. *Thomas Jefferson. La Declaración de Independencia*. Edit. Akal, traducción de Josep Ventura López, Madrid, 2009, pp. 192.

26 Parece una ironía histórica la relación *-democracia +república* en Hamilton y *+democracia -república* en Jefferson, cuando históricamente el primero es fundador del Partido Federalista, antecedente del actual Partido Demócrata y el segundo fundador del antaño Partido Demócrata-Republicano, actualmente Partido Republicano.

De igual modo, se confrontan la concepción puritana de la «*república virtuosa*» de Franklin la cual adopta un cariz eminentemente pragmático, frente a la posición dogmática de Jefferson sobre el Gobierno de los Estados Unidos.

En ese sentido, es relevante abordar la postura de Thomas Paine, quien elabora una tesis basada en los «*derechos fundamentales*» como sustento de la Constitución, pero que no descansa –a diferencia de Burke y de los autores de *El Federalista*– en el Poder Constituyente, sino en el «*pueblo soberano*» en forma directa.

En el clásico *Los Derechos del Hombre*, el autor reseñado señala:

“Una Constitución no es producto de un gobierno, sino del pueblo que constituye un gobierno, y el gobierno sin Constitución es poder sin derecho”.<sup>27</sup>

Al igual que todos los autores ingleses y americanos que construyeron ideológicamente el sistema constitucional de los Estados Unidos de América, Paine acude necesariamente a una ley natural que reviste de igualdad a todos los seres humanos y esa es la raíz de un pueblo soberano, más que de un Poder Constituyente:

“Los hombres son todos de un mismo grado, y por consiguiente todos los hombres nacen iguales y con iguales Derechos Naturales”.<sup>28</sup>

Carlyle explica el pensamiento de Paine del siguiente modo:

“El poder legislativo de una sociedad política no es una autoridad absoluta o arbitraria, pues la sociedad no puede tener más autoridad de la que tenían por derecho natural los individuos que la formaron antes de entrar a ella”.<sup>29</sup>

Pero es aquí cuando Paine insiste en mayor democracia y menos república. O, mejor dicho, entender a la república como un gobierno formado por el pueblo y no por un Poder Constituyente:

“Cuando un pueblo acuerda formar una república (pues la palabra república significa el bien común o el bien de la totalidad, en contraste con la forma despótica que hace del bien del soberano –o de un hombre– el objeto único de gobierno); cuando, digo, acuerda hacer eso, ha de entenderse que sus miembros, tanto pobres como ricos, resuelven y se comprometen mutuamente a apoyar y mantener esta regla de justicia igual entre ellos”.<sup>30</sup>

27 Paine, Thomas. *Los derechos del hombre*. Serie Política y Derecho, Edit. Fondo de Cultura Económica, 3ª edición, prólogo de Bernardo Altamirano Rodríguez, introducción de Henry N. Brailsford, traducción de José Antonio Fernández de Castro y Tomás Muñoz Molina, México, 2017, pp. 300.

28 Ídem nota inmediata anterior.

29 Carlyle, A. J. *La libertad política. Historia de su concepto en la Edad Media y los tiempos modernos*, pág. 236.

30 Paine, Thomas. *Disertaciones sobre los primeros principios del gobierno*. Impreso por E. Justins, Traducido por J. M. Vergara, Londres, 1819.

Si bien la crítica de Paine va dirigida a la rama legislativa, no deja de ejemplificar el despotismo con el gobierno de un único hombre. Y las críticas al poder legislativo como formas despóticas conducen sólo a dos caminos: al fortalecimiento de la rama ejecutiva –entiéndase al Presidente– o a atribuirle la misma cualidad despótica al ejecutivo y, en consecuencia, generar el mismo esquema de debilidad para ambas ramas del poder público.

Es claro que para Paine, la segunda opción es la adecuada. Y para Jefferson el sustento ideológico para combatir un gobierno federal fuerte –lo cual significa, entre otras cosas, un indeseable Presidente fuerte–, a favor de gobiernos estatales –mucho más democráticos–.

Fioravanti redonda en lo anterior:

“El hecho de que Paine –a caballo entre dos revoluciones, la americana y la francesa, y en nombre de esos derechos naturales que veía expresados, aunque de forma distinta, en las dos orillas del Atlántico– declaró la guerra a la tradición constitucional inglesa, monárquica y aristocrática, con una fuerza y una intensidad que no resultan ciertamente fáciles de hallar en las páginas de Madison o de Hamilton. No por casualidad él saca a la luz, de alguna manera junto al mismo Jefferson, un aspecto de la supremacía de la constitución que había sido cuidadosamente eludido por los autores del *Federalist*: si esa constitución es suprema porque es voluntad del pueblo soberano, no se puede impedir –sostienen Paine y Jefferson– que ese mismo pueblo revise continua y periódicamente, al menos una vez cada generación, la misma constitución”.<sup>31</sup>

## 6. EL PENSAMIENTO DE LOS AUTORES DE *EL FEDERALISTA*

El pensamiento de los autores de *El Federalista*<sup>32</sup> debe señalarse que, mantiene una doble vertiente de interés.

Es indispensable entender que forman parte del sustrato filosófico del sistema presidencial, a la par que responden a la construcción histórica del régimen presidencial de los Estados Unidos de América. Esto es, no sólo es pensamiento ideológico, sino también explicación histórico-constitucional.

Razón por la cual el análisis que se hará en este artículo en relación con *El Federalista* sólo se ajustará al sustento filosófico del sistema presidencial norteamericano.

---

Esta fuente fue consultada en [https://books.google.com.mx/books?id=36VXAAAACAAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.mx/books?id=36VXAAAACAAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false). La consulta fue realizada el 25 de julio de 2019.

31 Fioravanti, Maurizio. *Op. cit.*, págs. 110-111.

32 Hamilton, Alexander, Madison, James, y Jay, John. *El Federalista*. Sección de Obras de Política y Derecho, Prólogo y Traducción de Gustavo R. Velasco, 5ª Reimpresión, México, 1994, pp. 430.

La figura presidencial es una innovación de la Constitución norteamericana, que trabajo de manera inteligente lo siguiente: por un lado, supo conjugar los matices del monarquismo y del parlamentarismo; y, por el otro, en franco rechazo a dichas figuras, creó un sistema político novedoso.

Asimismo, los primeros intérpretes del Poder Ejecutivo, incluso quienes ocuparon el encargo, ya desde la perspectiva partidista de los federalistas, republicanos y demócratas, veían en la figura del «*Presidente de los Estados Unidos de América*» un híbrido. Es célebre la opinión de Edmund Randolph<sup>33</sup> al señalar que el Presidente de los Estados Unidos era el «*feto de la monarquía*». No menos reconocida es la visión de un estadista como Thomas Jefferson al decir del Presidente que sería un «*monarca electo*».

La pregunta que los padres fundadores se hicieron fue:

“Cuál es la mejor Constitución para el Poder Ejecutivo y cuáles son los poderes que deben confiársele son los problemas más importantes, y probablemente los más difíciles de resolver satisfactoriamente, de todos los que implica la teoría de los gobiernos libres”.<sup>34</sup>

Afortunadamente, la institución presidencial empezó a tomar sus propios perfiles que le distinguieron claramente de los monarcas. Así, Hamilton respondió a las visiones tergiversadas que comparaban al Presidente de los Estados Unidos con un monarca:

“Teniendo en cuenta la aversión del pueblo hacia la monarquía, han procurado utilizar todos sus recelos y temores para crear una oposición en contra del Presidente de los Estados Unidos que se proyecta, haciéndolo pasar no como un embrión, sino como el hijo plenamente desarrollado de tan detestado antecesor... Lo han adornado con atributos superiores en dignidad y esplendor a los de un rey de la Gran Bretaña”.<sup>35</sup>

Y más adelante agrega:

“Existe la idea, que por cierto no carece de partidarios, de que un Ejecutivo vigoroso resulta incompatible con el espíritu del gobierno republicano. Los amigos ilustrados de esta especie de gobierno deben esperar, por lo menos que tal suposición está desprovista de fundamento, toda vez que no les es posible admitir su exactitud sin reconocer a la vez que deben reprobarse los principios que sus-

33 Edmund Randolph fue Gobernador de Virginia y miembro de la Convención de Filadelfia que elaboró en buena medida el texto de la Constitución de 1787. En el gobierno del General George Washington, Randolph fue Procurador General e integró gabinete con una de las mentes más brillantes de la historia de los Estados Unidos, Alexander Hamilton.

34 Story, Joseph. *Commentaries on the Constitution of the United States*, citado por Schwartz, Bernard. *Los Poderes del Gobierno*. Volumen II. Poderes del Presidente, Edit. Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, traducción de Julieta Campos, México, 1966, pág. 5.

35 “LXVII. *El Departamento Ejecutivo. Examen y refutación de las tergiversaciones sobre este punto*”, en Hamilton, Alexander, Madison, James; y Jay, John. *El Federalista*, págs. 285-288.

tentan. Al definir a un buen gobierno, uno de los elementos salientes debe ser la energía del Ejecutivo... Un Ejecutivo débil significa una ejecución débil del gobierno. Una ejecución débil no es sino otra manera de designar una ejecución mala; y un gobierno que ejecuta mal, sea lo que fuere en teoría, en la práctica tiene que resultar un mal gobierno”.<sup>36</sup>

Los ingredientes de los que Hamilton habla para proporcionar energía al Presidente son: unidad, permanencia, recursos que lo sostengan y poderes suficientes.<sup>37</sup>

Como se ha insistido, a partir de la idea de libertad política, Edmund Burke criticó el modelo inglés y forjó una idea de «*constitución democrática*» basada en el Poder Constituyente. Burke será abrevadero en la concepción del sistema presidencial norteamericano configurado en *El Federalista*:

“Hay que observar que Burke admitía que había dos formas bajo las cuales podía la comunidad ejercer el control del ejecutivo: la elección de magistrados o el control del ejecutivo por el legislativo; la segunda de ellas era el método adoptado por la Constitución inglesa, tal como él la veía; pero fuera por uno o por otro método, lo indudable era que el ejecutivo debía estar controlado por la comunidad”.<sup>38</sup>

De igual modo, la descripción que Hamilton hace del Presidente de los Estados Unidos está vinculado a una idea de Ejecutivo fuerte, como debe ser todo el Gobierno federal, incluso si ello significa una merma para las entidades federativas de la Unión.

Si bien Hamilton explica la necesidad de que un Presidente «*fuerte*» es igual a un «*Gobierno fuerte*» y desmitifica o, por lo menos, rebate las ideas que producen aparentes sinonimias entre el Presidente y un «*rey temporal o electo*», corresponde en realidad a James Madison en *El Federalista* invertir la fórmula Paine-Jefferson «*de más democracia y menos república*», por la correspondiente «*menos democracia y más república*». <sup>39</sup>

Esta fórmula se basa en un Poder Constituyente, elemento inusual en la tradición consuetudinaria inglesa, y que aporta y legitima a todos los poderes constituidos, entre ellos, al Presidente de los Estados Unidos.

Si bien, el Poder Constituyente tiene un origen democrático en el pueblo soberano, la tarea de éste concluye una vez elegido o conformado el Poder Constituyente, al cual

36 Ídem, nota inmediata anterior.

37 “LXX. Estudio Más Detenido del Departamento Ejecutivo. Un Ejecutivo vigoroso es compatible con el Gobierno Republicano. Qué elementos constituyen un Ejecutivo como es debido. Unidad. Razones para ella. La atribución de la autoridad ejecutiva a dos o más magistrados. Limitación del Ejecutivo por medio de un Consejo. Indicación de las objeciones contra la pluralidad y la restricción mediante un Consejo”, en Hamilton, Alexander, Madison, James; y Jay, John. *El Federalista*, págs. 297-303.

38 Carlyle, A. J. *Op. cit.*, pág. 222.

39 Causa curiosidad que la opinión de Madison es contraria a la de Jefferson, pese a que históricamente se ha señalado al primero como un protegido político del segundo. Muestra de ello, es el célebre caso *Marbury v. Madison*, de 1803.

se la ha cedido el carácter soberano con el cual procrea un nuevo sistema constitucional compuesto de elementos igualmente novedoso –sistema federal, sistema presidencial, la idea moderna de una república, la supremacía constitucional y el control judicial de la constitucionalidad–. Esto en conjunto, conforma la idea de república en el pensamiento de los autores de *El Federalista*, a quienes preocupa un papel excesivo del «pueblo soberano». Éste no puede identificarse con las ramas ejecutiva y judicial, porque la primera es unipersonal y la segunda tiene un carácter específico de menor importancia para los padres fundadores.

Esta idea de pueblo soberano, motivo de preocupación para Hamilton y Madison, en cambio, sí puede e intentará identificarse con la rama legislativa. Lo cual, en el transcurso del tiempo un poder constituido como el Congreso de los Estados Unidos derivaría en forma desvirtuada en un Parlamento al estilo inglés.

No significa con ello, que se disminuya la importancia del poder hacedor de las leyes, ni el respeto a las mismas por parte de las otras dos ramas del poder público. Por el contrario, se respetan y se someten al mandato general, pero dentro de un esquema de pesos y contrapesos, de «*checks and balances*»<sup>40</sup> que neutraliza las tentaciones de predominio de cada una de las tres ramas principales del poder público.

Fioravanti destaca en el pensamiento de Madison la distinción entre el «*régimen democrático*» y el «*régimen republicano*»:

“Pero lo que de verdad domina esta obra [*El Federalista*] en el plano teórico es la distinción elaboradas por Madison entre régimen «*democrático*» y régimen «*republicano*». El segundo es el régimen que los americanos estaban introduciendo, y es también el que prefería el mismo Madison. En efecto, el régimen republicano contiene en sí la necesaria opción democrática, porque se expresa a través de una constitución que se funda de manera explícita sobre el poder constituyente del pueblo soberano. Lo que el régimen republicano rechaza es la presencia de la opción democrática más allá de la constitución republicana, en la perspectiva de un régimen que al calificarse de democrático termina invariablemente por producir formas de gobierno «*puras*», que se reconectan en un único principio inspirador y desembocan necesariamente en constituciones orientadas a concentrar los poderes, en general, en la asamblea de los representantes del pueblo”.<sup>41</sup>

40 “Otro pilar del sistema estadounidense de gobierno es el de *pesos y contrapesos* (*checks and balances*). Los Padres Fundadores querían un gobierno fuerte y efectivo, pero al mismo tiempo un gobierno que respetara la libertad. En otras palabras, deseaban algo entre el gobierno de Inglaterra y el gobierno confederado. Así, crearon un sistema mediante el cual cada rama del gobierno tiene una responsabilidad en las acciones de las otras dos. Otro de sus temores era que existiera un control político completo de las mayorías, ya que desconfiaban tanto de las élites como de las masas”, en Blackmore, Hazel. “*Primera Parte. El proceso político; III. Principios constitucionales; El sistema de pesos y contrapesos*”, págs. 141 y ss., en Fernández de Castro, Rafael, y Blackmore, Hazel (coordinadores). *¿Qué es Estados Unidos? Sección Política y Derecho*, Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 2008, pp. 516.

41 Fioravanti, Maurizio. *Op. cit.*, págs. 107-109.

Esta concepción con la que Alexander Hamilton logró la delimitación doctrinal y práctica de la institución presidencial fue comprendida por el ilustre viajero y observador político francés Alexis de Tocqueville quien coincidió con el primero en sus conclusiones, previo examen comparativo y del que logró acentuar las diferencias existentes entre el Presidente de los Estados Unidos y un monarca, especialmente el rey de Francia.<sup>42</sup>

## 7. EL SISTEMA PRESIDENCIAL VISTO DESDE LOS OJOS DE ALEXIS DE TOCQUEVILLE

Se ha hecho un recorrido de las ideas surgidas en forma previa y durante la guerra de Independencia de los Estados Unidos en torno al sistema presidencial.

Ahora corresponde, comprender el marco teórico visto a través de la observación empírica de un pensador francés: Alexis de Tocqueville (1805-1859). Esencialmente, nuestro autor compendia sus magníficas ideas en dos obras fundamentales: *La Democracia en América*<sup>43</sup> y *Un perfil de Norteamérica*<sup>44</sup>.

Como se ha visto, la concepción tanto de Hamilton como de Madison procuró delimitar doctrinal y pragmáticamente a la institución presidencial, la cual fue comprendida en su cabal dimensión por Tocqueville al coincidir con los autores de *El Federalista* en las conclusiones, con un examen comparativo previo que le permitió remarcar las diferencias habidas entre el Presidente de los Estados Unidos y un monarca europeo, con especial énfasis la distinción con el Rey de Francia:

“El Poder Ejecutivo desempeña tan gran papel en el destino de las naciones, que quiero detenerme un instante aquí, para hacer comprender mejor qué lugar ocupa entre los norteamericanos.

En esta comparación, me detendré apenas en los signos exteriores del poder; que suelen engañar la vista del observador, más que guiarla.

Cuando una monarquía se transforma poco a poco en república, el poder ejecutivo conserva en ella sus títulos, honores, respeto y aun dinero largo tiempo después de que ha perdido en realidad el poder. Los ingleses, después de haber

42 “Libro I; Primera Parte; Capítulo V. Necesidad de Estudiar lo que Sucede en los Estados Antes de Hablar del Gobierno de la Unión: El Poder Ejecutivo del Estado; Capítulo VIII. La Constitución Federal: El Poder Ejecutivo; En qué la Posición del Presidente de los Estados Unidos Difiere de la de un Rey Constitucional en Francia; Causas Accidentales que Pueden Acrecentar la Influencia del Poder Ejecutivo”, págs. 96-97, 123-124, 125-127 y 127-128, respectivamente, en Tocqueville, Alexis de. *La Democracia en América*. Sección de Obras de Política y Derecho, Edit. Fondo de Cultura Económica, 7ª reimpresión de la 2ª edición en español, prefacio, notas y bibliografía de J. P. Mayer, introducción de Enrique González Pedrero, traducción de Luis R. Cuéllar, México, 1994, pp. 751.

43 Tocqueville, Alexis de. *La Democracia en América*. Sección de Obras de Política y Derecho, Edit. Fondo de Cultura Económica, 7ª reimpresión de la 2ª edición en español, Prefacio, notas y bibliografía de J. P. Mayer, introducción de Enrique González Pedrero, traducción de Luis R. Cuéllar, México, 1994, pp. 751.

44 Tocqueville, Alexis de. *Un perfil de Norteamérica*. Colección Fondo 2000, Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 1997, pp. 71.

cortado la cabeza a uno de sus reyes y haber arrojado a otro del trono, se ponían aún de rodillas para hablar a los sucesores de esos príncipes.

Por otro parte, cuando las repúblicas caen bajo el yugo de uno solo, el poder continúa mostrándose en él sencillo, unido y modesto en sus maneras, como si no se elevara ya por encima de todos. Cuando los emperadores disponían despóticamente de la fortuna y de la vida de sus conciudadanos, se les seguía llamando Césares al hablarles, e iban a cenar familiarmente a casa de sus amigos.

Es necesario abandonar la superficie y penetrar más a fondo.

La soberanía, en los Estados Unidos, está dividida entre la Unión y los Estados, en tanto que, entre nosotros, es una y compacta; de ahí nace la primera y más grande diferencia que percibo entre el Presidente de los Estados Unidos y el Rey de Francia.

En los Estados Unidos, el poder ejecutivo está limitado y es excepcional, como la soberanía misma en cuyo nombre actúa; en Francia, se extiende a todo igual que ella.

Los norteamericanos tienen un gobierno federal; nosotros tenemos un gobierno nacional.

He aquí una primera causa de inferioridad que resulta de la naturaleza misma de las cosas; pero no es la única. La segunda en importancia es ésta: se puede, propiamente hablando, definir la soberanía como el derecho de hacer las leyes.

El Rey, en Francia, constituye realmente una parte del soberano, puesto que las leyes no existen si él rehúsa sancionarlas; es, además, el ejecutor de las leyes.

El Presidente es igualmente el ejecutor de la ley, pero no concurre realmente a hacerla, puesto que, al rehusarla su asentimiento, él no puede impedir que exista. No forma, pues, parte del soberano; sólo es su agente.

No solamente el Rey, en Francia, constituye una parte del soberano, sino que también participa en la formación de la legislatura, que es su otra parte. Participa en ella nombrando a los miembros de una Cámara y haciendo cesar a su voluntad la duración del mandato de la otra. El Presidente de los Estados Unidos no concurre para nada en la composición del cuerpo legislativo y no podría disolverlo.

El Rey comparte con las Cámaras el derecho de proponer la ley.

El Presidente no tiene semejante iniciativa.

El Rey está representado, en el seno de las Cámaras, por cierto número de agentes que exponen sus puntos de vista, sostienen sus opiniones y hacen prevalecer sus principios de gobierno.

El Presidente no tiene entrada en el Congreso. Sus ministros están excluidos también de él, y solamente por vías indirectas hace llegar a ese gran cuerpo su influencia y su opinión.

El Rey de Francia marcha, pues, de igual a igual con la legislatura, que no puede obrar sin él, como él no sabría hacerlo sin ella.

El Presidente está colocado al lado de la legislatura, como un poder inferior y dependiente.

En el ejercicio del poder ejecutivo propiamente dicho, punto sobre el cual su posición parece semejarse más a la del Rey de Francia, el Presidente tiene aún varias causas de inferioridad muy grandes.

El poder del Rey de Francia, tiene ante todo sobre el del Presidente la ventaja de la duración. Ahora bien, la duración es uno de los primeros elementos de la fuerza. No se quiere ni se teme sino aquello que debe existir largo tiempo.

El Presidente de los Estados Unidos es un magistrado electo por cuatro años. El Rey, en Francia, es un jefe hereditario.

En el ejercicio del poder ejecutivo, el Presidente de los Estados Unidos está constitucionalmente sometido a una vigilancia celosa. Él prepara los tratados, pero no los hace; designa para los empleos, pero no nombra.

El Rey de Francia es amo absoluto en la esfera del poder ejecutivo.

El Presidente de los Estados Unidos es responsable de sus actos. La ley francesa dice que la persona del Rey de Francia es inviolable.

Sin embargo, por encima de uno y otro, se mantiene el poder dirigente, el de la opinión pública. Este poder es menos definido en Francia que en los Estados Unidos; menos reconocido, menos formulado en las leyes; pero de hecho existe. En Norteamérica, actúa por medio de elecciones y fallos, en Francia por revoluciones. Francia y los Estados Unidos tienen así, a pesar de la diversidad de su Constitución, ese punto común: que la opinión pública es en ellos, resueltamente, el poder dominante. El principio generador de las leyes es, a decir verdad, el mismo en los dos pueblos, aunque su desarrollo sea más o menos libre y las consecuencias que se saquen de él resulten a menudo diferentes. Este principio, por su naturaleza, es esencialmente republicano. Por eso pensé que Francia, con su Rey, se parece más a una república, que la Unión con su Presidente a una monarquía.

En todo lo que precede he tenido cuidado de no señalar sino los puntos capitales de diferencia. Si yo hubiese querido entrar en detalles, el cuadro habría sido más convincente aún. Pero tengo demasiadas cosas que decir para no tener que ser breve”.<sup>45</sup>

Creo que, de haber sido más minucioso, Tocqueville se habría percatado que una parte importante del verdadero poder del Presidente de los Estados Unidos está en el régimen democrático que, finalmente, la Francia de los últimos veinticinco años del siglo XIX a la fecha optaría por un régimen presidencial con claro desprecio a la monarquía.

## 8. CONCLUSIÓN

Me parece revelador que tras todo lo dicho, la obra de Benjamin Franklin –referido por José Luis Orozco–, resuma los posicionamientos descritos que tendieron hacia un sistema presidencial fortalecido, no sin dejar de mencionar los esfuerzos constantes de

---

45 “Libro I; Primera Parte; Capítulo V. Necesidad de Estudiar lo que Sucede en los Estados Antes de Hablar del Gobierno de la Unión: El Poder Ejecutivo del Estado; Capítulo VIII. La Constitución Federal: El Poder Ejecutivo; En qué la Posición del Presidente de los Estados Unidos Difiere de la de un Rey Constitucional en Francia; Causas Accidentales que Pueden Acrecentar la Influencia del Poder Ejecutivo”, en Tocqueville, Alexis de. *La Democracia en América*, págs. 96-97, 123-124, 125-127 y 127-128, respectivamente.

los apologistas de los derechos de las entidades federativas, que pusieron en jaque a los Estados Unidos de América como nación:<sup>46</sup>

“Que Franklin esté físicamente ausente, por su muerte en 1790, de la dicotomía en la cual se entretejen los dos grandes proyectos expansivos de nación, el «*federalista*» de Alexander Hamilton –asociado por regla común a la aristocracia y el proteccionismo– y el «*republicano*» de Thomas Jefferson –asociado a la vaga idea del liberalismo y la democracia–, parecería dejarlo al margen de la definición de la nación y de su política exterior. Con todo, y puesto que el federalista procede en su articulación ideológica del conservadurismo de Edmund Burke y el segundo del republicanismo de Thomas Paine, los modos para encarar y conciliar lo que será el futuro proyecto de nación revelan en todo momento la presencia de Franklin”.<sup>47</sup>

De todo lo anteriormente vertido, no debe perderse de vista que el sustrato filosófico del sistema presidencial en particular y del sistema constitucional norteamericano en lo general, se gestó por tener un ambiente de cultivo previamente establecido.

Dieter Grimm lo explica de modo acertado:

“Las colonias inglesas en Norteamérica superaron a la metrópoli en varios aspectos. A diferencia de Europa, jamás habían conocido las barreras estamentales ni el sistema feudal y ni siquiera su desarrollo estaba limitado por la escasez de recursos. El orden social instaurado paulatinamente en Inglaterra y en Francia hubo de crearse mediante la Revolución, en América era ya una realidad desde el principio, bien es verdad que gracias a una economía esclavista... hasta tal punto es así, que en América no fue necesaria la constitución para implantar el orden social burgués.

Sin embargo, América precedió a Europa en la constitucionalización del poder y el motivo se halla, una vez más, en la ruptura revolucionaria con el poder tradicional.

[...]

Los colonos no provocaron la ruptura revolucionaria para implantar un orden social liberal, como ocurriría en la Revolución francesa, pese a que el punto de referencia fuera el mismo. En América se trataba de defender el orden social liberal ya existente contra los abusos estatales, pues como tal se sintieron los impuestos especiales con los que Londres, tras la costosa Guerra de los Siete Años (que, no obstante, había resultado provechosa para las colonias) cargó a los americanos”.<sup>48</sup>

46 Me refiero al culmen de la Guerra de Secesión (1861-1865).

47 Orozco, José Luis. *Benjamin Franklin y la fundación de la república pragmática*. Breviarios número 539, Edit. Fondo de Cultura Económica, 1ª edición, 2002, México, pág. 15.

48 “2. *Condiciones y consecuencias del nacimiento del constitucionalismo moderno; II. Presupuestos de la génesis de la constitución; 2. Casos; c) América*”, págs. 64-65, en Grimm, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Colección Estructura y Procesos, Serie Derecho, Edit. Trotta, estudio preliminar de Antonio López Pina, traducción de Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón, Madrid, 2006, pp. 214.

## 9. FUENTES DE CONSULTA

- Bentham, Jeremy. *Un fragmento sobre el gobierno*. Colección Clásicos del Pensamiento, Edit. Tecnos, 2ª edición, traducción de Enrique Bocardó Crespo, Madrid, 2003, pp. 368.
- Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*. Oxford University Press, Ruth Paley editor and introduction, Volumes I, II, III & IV, Oxford, 2016. En la *Internet* puede obtenerse una versión íntegra de los cuatro libros de la obra de Blackstone en: [www.lonang.com/library/reference/blackstone-commentaries-law-england/](http://www.lonang.com/library/reference/blackstone-commentaries-law-england/) La consulta fue realizada el 25 de julio de 2019.
- Burke, Edmund. *Textos Políticos*. Serie Política y Derecho, Edit. Fondo de Cultura Económica, traducción de Vicente Herrero, México, 1942, pp. 375.
- Carlyle, A. J. *La libertad política. Historia de su concepto en la Edad Media y los tiempos modernos*. Edit. Fondo de Cultura Económica, 1ª reimpresión de la 1ª edición de 1942, versión española de Vicente Herrero, México, 1982, pp. 294.
- Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América*, 1776. Puede consultarse la versión en español en la página del Cámara de Diputados, del Congreso mexicano, en: [www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const\\_mex/decla\\_1776.pdf](http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/decla_1776.pdf), consulta realizada el 25 de julio de 2019.
- Fernández de Castro, Rafael, y Blackmore, Hazel (coordinadores). *¿Qué es Estados Unidos?* Sección Política y Derecho, Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 2008, pp. 516.
- Fioravanti, Maurizio. *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*. Colección Estructura y Procesos, Serie Derecho, Edit. Trotta, 1ª reimpresión de la 1ª edición, traducción de Manuel Martínez Neira, 2007, Madrid, pp. 170.
- Franklin, Benjamin. *Autobiografía*. Colección Letras Universales, Ediciones Cátedra, 2012, Madrid, pp. 232.
- Franklin, Benjamin. *The autobiography and selections from his other writings*. The Modern Library, introduction by Henry Steele Commager, New York, 1944, pp. 230.
- Grimm, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Colección Estructura y Procesos, Serie Derecho, Edit. Trotta, estudio preliminar de Antonio López Pina, traducción de Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón, Madrid, 2006, pp. 214.
- Hamilton, Alexander, Madison, James, y Jay, John. *El Federalista*. Sección de Obras de Política y Derecho, Prólogo y Traducción de Gustavo R. Velasco, 5ª Reimpresión, México, 1994, pp. 430.
- Hardt, Michael. *Thomas Jefferson. La Declaración de Independencia*. Edit. Akal, traducción de Josep Ventura López, Madrid, 2009, pp. 192.
- Jefferson, Thomas. *Writings, Autobiography, Note on the State of Virginia, Public and Private Papers, Addresses, Letters*. Library of America, M. D. Peterson (ed.), New York, 1984.
- Kent, James. *Comentarios a la Constitución de los Estados Unidos*. Colección Clásicos del Derecho. Traducción de J. Carlos Mexía, Presentación de Leonel Péreznieta Castro; Prólogo de J. Carlos Mexía, Introducción de Elisur Arteaga Nava, Reimpresión de la Edición de 1878, Edit. Harla Textos Universitarios, México, 1997, pp. 222.
- Orozco, José Luis. *Benjamin Franklin y la fundación de la república pragmática*. Breviarios número 539, Edit. Fondo de Cultura Económica, 1ª edición, 2002, México, pp. 286.

- Otis, James. *The Rights of the British Colonists*, puede consultarse en: [www.oll.libertyfund.org/pages/1763-otis-rights-of-british-colonies-asserted-pamphlet/](http://www.oll.libertyfund.org/pages/1763-otis-rights-of-british-colonies-asserted-pamphlet/) La consulta se realizó el 11 de agosto de 2018.
- Paine, Thomas. *Disertaciones sobre los primeros principios del gobierno*. Impreso por E. Justins, Traducido por J. M. Vergara, Londres, 1819. Esta fuente fue consultada en [https://books.google.com.mx/books?id=36VXAAAACAAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.mx/books?id=36VXAAAACAAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false). La consulta fue realizada el 25 de julio de 2019.
- Paine, Thomas. *Los derechos del hombre*. Serie Política y Derecho, Edit. Fondo de Cultura Económica, 3ª edición, prólogo de Bernardo Altamirano Rodríguez, introducción de Henry N. Brailsford, traducción de José Antonio Fernández de Castro y Tomás Muñoz Molina, México, 2017, pp. 300.
- Radbruch, Gustav. *El espíritu del Derecho inglés*. Edit. Marcial Pons, estudio preliminar de Miguel Ayuso, traducción de Juan Carlos Peg Ros, anotaciones y epílogo de Heinrich Scholler, Madrid-Barcelona, 2001, pág. 7.
- Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución*. Edit. Alianza, Colección Textos Universitarios, 4ª. Reimpresión, Traducción y Presentación de Francisco Ayala, Epílogo de Manuel García-Pelayo, Madrid, 2003, pp. 377.
- Story, Joseph. *Commentaries on the Constitution of the United States*. Edit. Oxford University Press y Harla Textos Universitarios, México, 2000, pp. 218.
- Tocqueville, Alexis de. *La Democracia en América*. Sección de Obras de Política y Derecho, Edit. Fondo de Cultura Económica, 7ª reimpresión de la 2ª edición en español, Prefacio, notas y bibliografía de J. P. Mayer, introducción de Enrique González Pedrero, traducción de Luis R. Cuéllar, México, 1994, pp. 751.
- Tocqueville, Alexis de. *Un perfil de Norteamérica*. Colección Fondo 2000, Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 1997, pp. 71.

# LA ÉTICA: ELEMENTO FUNDAMENTAL PARA LA INNOVACIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE LOS SISTEMAS ANTICORRUPCIÓN NACIONAL Y DE LA CIUDAD DE MÉXICO

Por ÁLVARO CASTRO ESTRADA<sup>1</sup>  
y ARTURO RIVERA<sup>2</sup>

*(...) “no hay que olvidar el cultivo de las virtudes como un elemento esencial del comportamiento ético. ... Estas virtudes son las que nos permiten tener unas actitudes que facilitan el compromiso con una serie de valores necesarios para el servidor público.”*

Manuel Villoria Mendieta y Agustín Izquierdo Sánchez  
*Ética Pública y Buen Gobierno*

**RESUMEN:** El Sistema Anticorrupción mexicano se compone de variadas y múltiples perspectivas que permiten, en un ejercicio integrador, comprender su sentido orgánico y funcional. Entre ellas se encuentran las referidas a los principios que permean sus estructuras y procedimientos. Este trabajo se ha ocupado en mostrar el entrelazamiento de los sistemas anticorrupción nacional y de la Ciudad de México, y el desarrollo de los conceptos de confianza social, actuación ética, integridad, cultura ética, cultura de integridad y cultura de servicio que son parte común en las legislaciones de responsabilidades administrativas que les rigen. Los principios mencionados se constituyen en columna vertebral para diseñar la política anticorrupción y la implementación de su sistema en la Ciudad de México; y su significado y aplicación trasciende el ámbito local. Con la reflexión sobre los valores éticos, se ha vislumbrado que la transformación de la función pública sólo es posible a través del cambio en el fuero interior de cada persona. Por otra parte, se alcanzó una batería de propuestas a manera de conclusiones que sirven para la operación misma del sistema y para provocar mayores inquietudes sobre la materia.

**PALABRAS CLAVE:** Anticorrupción, Impunidad, Ética, Cultura de servicio, Faltas administrativas.

**ABSTRACT:** The Mexican Anticorruption System is composed of varied and multiple perspectives that allow, in an integrating exercise, to understand its organic and functional sense. Among them are those referred to the principles that permeate its structures and procedures. This work has been focused on showing the intertwining of the national an-

- 1 Doctor en Derecho y Magistrado Regional Metropolitano en el Tribunal Federal de Justicia Administrativa.
- 2 Maestro en Derecho por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

ti-corruption systems and Mexico City, and the development of the concepts of social trust, ethical behavior, integrity, ethical culture, culture of integrity and service culture that are a common part in the legislations of administrative responsibilities that govern them. The aforementioned principles constitute the backbone for designing the anti-corruption policy and the implementation of its system in Mexico City; and its meaning and application transcends the local scope. With the reflection on the ethical values, it has been glimpsed that the transformation of the public function is only possible through the change in the inner forum of each person. On the other hand, a battery of proposals was reached in the form of conclusions that serve for the operation of the system itself and to provoke greater concerns about the matter.

**KEYWORDS:** Anti-corruption, Impunity, Ethics, Service culture, Administrative failures.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. REFORMAS CONSTITUCIONALES Y LEYES SECUNDARIAS. 3. ESQUEMA CONCEPTUAL Y ORGÁNICO EN EL ÁMBITO NACIONAL. 4. SISTEMA ANTICORRUPCIÓN DE LA CIUDAD DE MÉXICO. 5. ELEMENTOS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA ANTICORRUPCIÓN DE LA CIUDAD DE MÉXICO. 6. REFLEXIONES-EVIDENCIAS OBLIGADAS. 7. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS. 8. FUENTES DE CONSULTA.

## 1. INTRODUCCIÓN

El año 2015 se constituyó en el parteaguas en materia de reformas constitucionales sobre las responsabilidades de los servidores públicos y los particulares vinculados con faltas administrativas graves o hechos de corrupción. A esta reforma siguió la expedición y reforma de distintas normas secundarias en 2016, con lo cual quedó establecida la columna vertebral del Sistema Nacional Anticorrupción.

En este trabajo se aborda de manera esquemática la estructura del sistema mencionado; algunos conceptos y directrices éticas a seguirse en la actuación de los servidores públicos en su desempeño en la función pública: confianza social, actuación ética, integridad, cultura ética, cultura de integridad y cultura de servicio, insertos originalmente en las leyes generales del Sistema Nacional Anticorrupción y de Responsabilidades Administrativas, y retomados íntegramente en las leyes de la misma materia de la Ciudad de México.

Bajo el convencimiento de que los conceptos deben ser reflexionados para dilucidar elementos que sirvan al cumplimiento e implementación de los sistemas anticorrupción nacional y de la Ciudad de México, es que nos hemos dado a la tarea de confeccionar estas líneas que culminan precisamente con algunas propuestas constitutivas de un grano de arena que se suma a los múltiples que, afortunadamente, están generándose en nuestro país.

## 2. REFORMAS CONSTITUCIONALES Y LEYES SECUNDARIAS

Con la reforma al Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de mayo de 2015, en

lo particular el artículo 113 constitucional, se creó el Sistema Nacional Anticorrupción como instancia de coordinación entre autoridades de todos los niveles de gobierno, competentes en materia de prevención, investigación y sanción de responsabilidades administrativas y actos de corrupción, así como en la fiscalización y control de recursos públicos.

En consecuencia de la reforma al marco normativo fundamental, el 18 de julio de 2016 se emitieron, entre otras<sup>3</sup>, las leyes generales del Sistema Nacional Anticorrupción y de Responsabilidades Administrativas, donde se incorporan supuestos de faltas administrativas graves y no graves, relacionadas con el desempeño de los servidores públicos y de los particulares involucrados en faltas graves; la redefinición de las sanciones y de la fiscalización y control de los recursos públicos.

Con dicha reforma constitucional y la emisión y reforma de las leyes secundarias, quedó establecido el marco indispensable para desarrollar el ámbito orgánico y operativo del citado sistema y con ello combatir de manera vertical –intervención de los tres niveles de gobierno: federal, estatal y municipal– y horizontal –los tres poderes federales: Ejecutivo, Legislativo y Judicial– la corrupción y la impunidad.

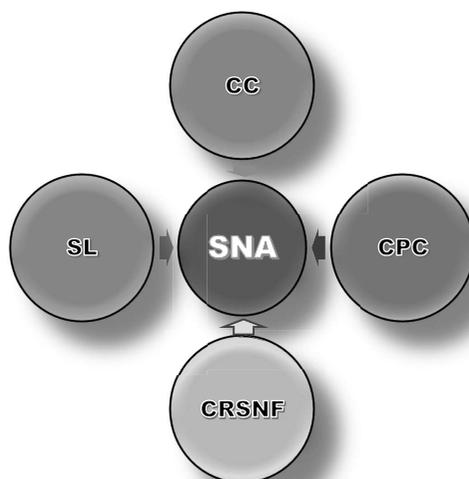
### 3. ESQUEMA CONCEPTUAL Y ORGÁNICO EN EL ÁMBITO NACIONAL

Lo expuesto, muestra que en México se camina en el sentido de fijar un solo horizonte estructural y normativo en la materia de que se trata. Evidencia de ello es el dictado de dos leyes generales que comprenden propiamente la composición del Sistema Nacional Anticorrupción (SNA) –los integrantes del Comité Coordinador (CC); el Comité de Participación Ciudadana (CPC); el Comité Rector del Sistema Nacional de Fiscalización (CRSNF), y los Sistemas Locales (SL)– y lo relativo a las responsabilidades administrativas –principios y obligaciones; faltas no graves y graves y de particulares vinculadas con estas; mecanismos para la prevención, corrección e investigación de responsabilidades administrativas; sanciones y procedimientos para su aplicación; y la posibilidad de crear las bases para la generación de políticas eficaces de ética pública y responsabilidad en el servicio público–; es decir, se reemplaza el sistema anterior que tenía únicamente el carácter federal.

---

3 Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción (NUEVA), Ley General de Responsabilidades Administrativas (NUEVA), Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa (NUEVA), Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación (NUEVA), Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (REFORMADA), Código Penal Federal (REFORMADO), Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (REFORMADA).

## Integración del Sistema Nacional Anticorrupción



Lo expuesto, implica una homogeneización normativa y orgánica que permita la conjunción de esfuerzos hacia un fin común que atañe a todas las instancias de gobierno: el combate a la corrupción y la impunidad.

### El Comité Coordinador

El Comité Coordinador es la instancia encargada de la coordinación y eficacia del Sistema Nacional Anticorrupción y se compone de siete integrantes que representan los tres poderes federales y dos organismos autónomos:

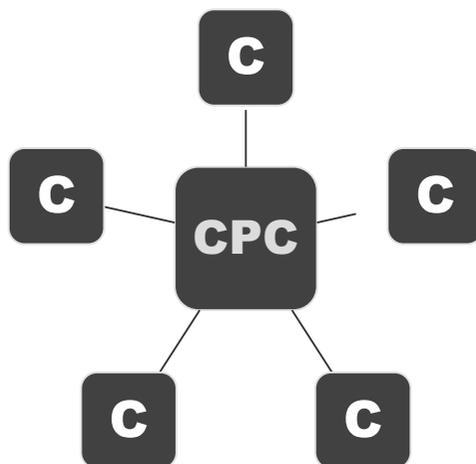
1. Un representante del Comité de Participación Ciudadana (CPC), quien fungirá como presidente.
2. El titular de la Auditoría Superior de la Federación (ASF).
3. El titular de la Fiscalía Especializada de Combate a la Corrupción (FECC).
4. El titular de la Secretaría de la Función Pública (SFP).
5. Un representante del Consejo de la Judicatura Federal (CJF).
6. El Presidente del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI).
7. El Presidente del Tribunal Federal de Justicia Administrativa (TFJA).

## Composición Orgánica del Comité Coordinador



## El Comité de Participación Ciudadana

El CPC está integrado por cinco ciudadanos prestigiados por su contribución a la transparencia, la rendición de cuentas o el combate a la corrupción. Tiene como objetivo coadyuvar al cumplimiento de los objetivos del Comité Coordinador y ser la instancia de vinculación con las organizaciones sociales y académicas relacionadas con las materias del SNA.



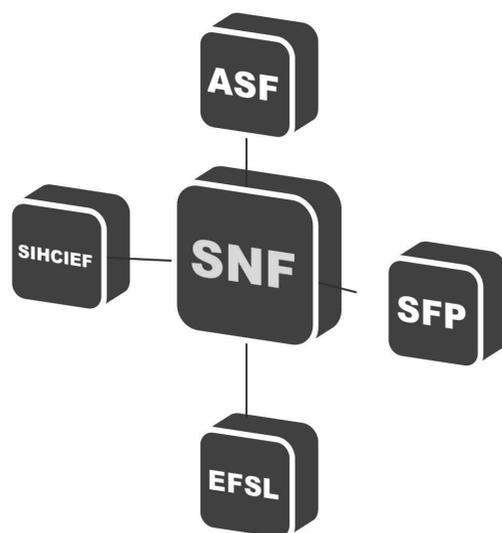
## El Comité Rector del Sistema Nacional de Fiscalización

Como bien lo precisa la ley general del SNA, el SNF es el conjunto de acciones y mecanismos de coordinación entre los órganos responsables de las tareas de auditoría gubernamental en los distintos órdenes de gobierno. Su objetivo fundamental es maximizar la cobertura y el impacto de la fiscalización en todo el país, con base en cuatro ejes:

- a. Una visión estratégica.
- b. La aplicación de estándares profesionales similares.
- c. La creación de capacidades.
- d. El intercambio efectivo de información.

El SNF se compone de la ASF; la SFP; las entidades de fiscalización superiores locales (EFSL), y las secretarías o instancias homólogas encargadas del control interno en las entidades federativas (SIHCIEF).

### Integración del Sistema Nacional de Fiscalización



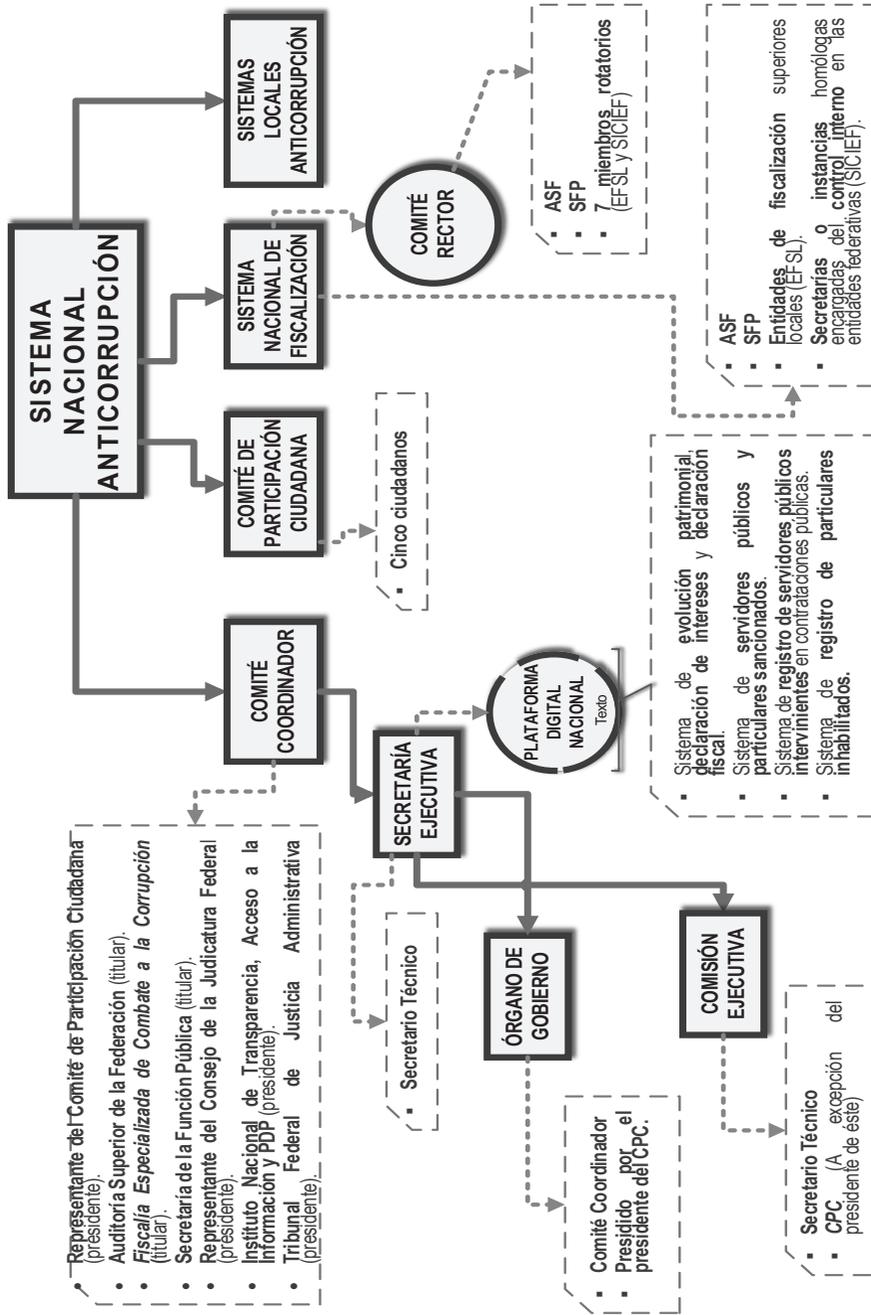
El Comité Rector del SNF está integrado por la ASF; la SFP y siete miembros rotatorios de entre las EFSL, y las SIHCIEF.

### Sistemas locales anticorrupción

De acuerdo con lo previsto en el artículo 36 de la LGSNA, las leyes de las entidades federativas desarrollarán la integración, atribuciones y funcionamiento de los Sistemas Locales de manera equivalente al SNA, es decir, replicarán los esquemas orgánicos y operativos a que nos hemos referido de manera general y esquemática hasta el presente apartado.

Para efectos meramente ilustrativos, en la gráfica siguiente podemos apreciar la composición integral del SNA, lo cual permite reconocer su complejidad y dimensión en la función pública mexicana.

## Estructura General del Sistema Nacional Anticorrupción

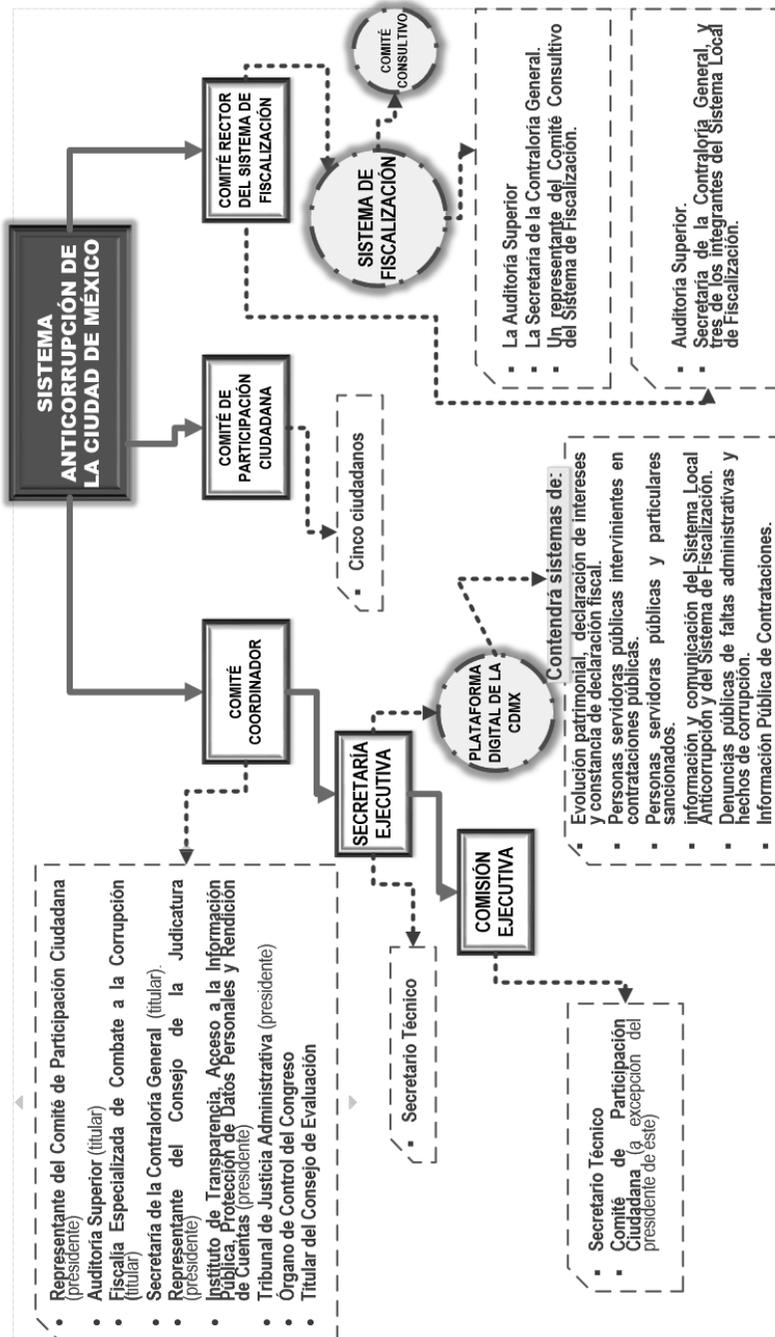


#### **4. SISTEMA ANTICORRUPCIÓN DE LA CIUDAD DE MÉXICO**

En el ámbito local, el 1 de septiembre de 2017, se publicaron en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México los decretos relativos a las leyes del Sistema Anticorrupción y de Responsabilidades Administrativas, ambas de la Ciudad de México, las cuales retoman las características esenciales y formales de las normas generales enunciadas.

En términos de la Ley del Sistema Anticorrupción de la Ciudad de México, el Sistema Local se compone de la forma que se representa en la imagen siguiente, y por las instituciones cuya integración se describe más a detalle en los cuadros posteriores. De su observación se podrá constatar cómo a nivel de la Entidad Federativa mencionada se han retomado los modelos orgánicos y funcionales que permiten coincidir con las directrices fundamentales establecidas en las leyes generales que componen el escenario normativo modelo.

## Estructura del Sistema Anticorrupción de la Ciudad de México



Elaboración propia con el articulado de la Ley del Sistema Anticorrupción de la Ciudad de México.

## Componentes Orgánicos del Sistema Anticorrupción de la Ciudad de México

<p style="text-align: center;"><b>COMITÉ COORDINADOR</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>I. Un representante del Comité de Participación Ciudadana, quien lo presidirá;</li> <li>II. El titular de la Entidad de Fiscalización de la Ciudad de México;</li> <li>III. El titular de la Fiscalía Especializada de Combate a la Corrupción;</li> <li>IV. El titular de la Secretaría de la Contraloría General de la Ciudad de México;</li> <li>V. Un representante del Consejo de la Judicatura de la Ciudad de México;</li> <li>VI. El titular del Instituto de Transparencia, Acceso a la información Pública, Protección de Datos Personales y Rendición de Cuentas de la Ciudad de México;</li> <li>VII. El Titular del Tribunal de Justicia Administrativa de la Ciudad de México;</li> <li>VIII. El Órgano de Control del Congreso;</li> <li>IX. El Titular del Consejo de Evaluación de la Ciudad de México.</li> </ol> <p>Las personas Titulares de las Alcaldías serán invitados permanentes, participarán en las sesiones del Comité Coordinador, sólo con derecho a voz.</p>	<p style="text-align: center;"><b>COMITÉ DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA</b></p> <p><b>Cinco ciudadanos</b> con reconocido prestigio, con acreditado compromiso en materia de transparencia, rendición de cuentas o en el combate a la corrupción y su independencia del Gobierno de la Ciudad de México.</p>
	<p style="text-align: center;"><b>COMITÉ RECTOR DEL SISTEMA DE FISCALIZACIÓN DE LA CIUDAD DE MÉXICO</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Auditoría Superior de la Ciudad de México.</li> <li>▪ Secretaría de la Contraloría General de la Ciudad de México, y tres de los integrantes del Sistema Local de Fiscalización.</li> </ul>
	<p style="text-align: center;"><b>SISTEMA DE FISCALIZACIÓN DE LA CIUDAD DE MÉXICO</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ La Auditoría Superior de la Ciudad de México.</li> <li>▪ La Secretaría de la Contraloría General de la Ciudad de México.</li> <li>▪ Un representante del Comité Consultivo del Sistema de Fiscalización de la Ciudad de México.</li> </ul> <p>El Secretario Técnico del Sistema Anticorrupción de la Ciudad de México, también lo será del Sistema de Fiscalización de la Ciudad de México y del Comité Consultivo.</p>
<p style="text-align: center;"><b>COMITÉ CONSULTIVO DEL SISTEMA DE FISCALIZACIÓN DE LA CIUDAD DE MÉXICO</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>I. Un representante de algún <b>colegio o agrupación de profesionistas en materia contable</b>;</li> <li>II. Un representante de alguna <b>barra o agrupación de profesionistas en materia de derecho</b>;</li> <li>III. Un representante de algún <b>colegio o agrupación de profesionistas en materia de arquitectura e ingeniería</b>;</li> <li>IV. Un representante de alguna <b>academia especializada en auditoría integral o al desempeño</b>;</li> <li>V. Un representante de alguna <b>institución educativa de nivel superior con registro de validez oficial, que se haya destacado en su contribución a la materia anticorrupción</b></li> <li>VI. Un representante de algún <b>centro de investigación de prestigio y reconocimiento nacional</b> debidamente constituido, especializado en cualquiera de las materias de la Ley del Sistema Anticorrupción de la Ciudad de México, y</li> <li>VII. Un <b>Testigo Social</b>.</li> </ol> <p>Todas las organizaciones, deberán estar formalmente constituidas y con sede en la Ciudad de México.</p> <p>El Testigo Social, será nombrado con base en la normatividad de la materia.</p>	

## 5. ELEMENTOS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA ANTICORRUPCIÓN DE LA CIUDAD DE MÉXICO

La ley es un instrumento fundamental para determinar pautas de comportamiento, en general, y el establecimiento de bases, principios y directrices de actuación en el ámbito particular, como es el caso de la función pública.

Según el ángulo con que se mire, la ley puede percibirse como un catálogo de disposiciones sobre lo que se puede o no hacer; como un manual de procedimientos o como índice de requisitos para un determinado objeto.

Más complicada es la dilucidación de los principios y directrices contenidos en la norma que deben cumplir los servidores públicos en su desempeño como tales, ya que en este aspecto no existe una fórmula exacta o inequívoca para su comprensión y realización, aunque sí distintos métodos de interpretación.

Es el caso de los conceptos de confianza social, actuación ética, integridad, cultura ética, cultura de integridad y cultura de servicio comprendidos en las leyes generales del Sistema Nacional Anticorrupción y de Responsabilidades Administrativas, así como en las leyes de la misma materia de la Ciudad de México.

En este contexto y por la importancia que reviste esclarecer el significado de los términos resaltados, se exponen a continuación algunos elementos útiles para su implementación.

La Ley de Responsabilidades Administrativas de la Ciudad de México (LRACM), previene que para la aplicación efectiva de los principios rectores del servicio público las Personas Servidoras Públicas observarán como directriz en su desempeño, entre otras, (...) “corresponder a la confianza que la sociedad les ha conferido”.<sup>4</sup> Asimismo, tener (...) “una vocación absoluta de servicio a la sociedad, y preservar el interés superior de las necesidades colectivas por encima de intereses particulares, personales o ajenos al interés general”;<sup>5</sup> pautas que por su vigor significante disuelven cualquier nota discordante.

En los términos expuestos, es evidente que en su desempeño los servidores públicos no sólo deben apegarse a la ley y desplegar todas sus capacidades profesionales, sino también poner en práctica sus cualidades fundamentadas en valores éticos y en el respeto de la dignidad humana.

Para innovar la función pública, los servidores públicos deberán cumplir rigurosamente las normas legales y actuar con rectitud ante la ciudadanía; y, en caso de trans-

---

4 Artículo 7.... VIII. Corresponder a la confianza que la sociedad les ha conferido; tendrán una vocación absoluta de servicio a la sociedad, y preservarán el interés superior de las necesidades colectivas por encima de intereses particulares, personales o ajenos al interés general;

5 Ídem.

gresión a aquéllas, ser procesados y sancionados con toda severidad y a través de instancias jurisdiccionales autónomas.

La aseveración anterior no es una nota para la corrección discursiva o de cualquier otra índole, sino propia del convencimiento de que es momento propicio el actual para transformar las voluntades e instituciones que den paso a la posibilidad de retribuir a los gobernados por la confianza social otorgada a quienes gozan de la oportunidad de laborar en el servicio público.

Para ello, no solamente las buenas intenciones cuentan, ya que se requiere, adicionalmente, demostrar ser las mejores personas, pues a la sociedad interesa que su confianza sea respetada y que los responsables de servirle sean merecedores de los emolumentos emanados del erario público. Entonces, es claro que dicha confianza social debe recompensarse en todo momento y en todo ámbito de gobierno; sólo de esta manera el servidor público estará en posibilidad de adquirir un estatus legítimo y respetable.

Ahora bien, en la misma LRACM, en estrecha relación con lo expuesto, encontramos el concepto “interés social”,<sup>6</sup> cuyo significado, está relacionado con la interpretación de la conciencia colectiva de las personas receptoras del servicio público e íntimamente identificado, según el *Diccionario de la Lengua Española*, con la aptitud o reunión de capacidades suficientes e idóneas “para el buen desempeño”<sup>7</sup> de quienes participan en la función pública.

Para ilustrar esta idea, acudimos a la concepción de interés público sentada en jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con el rubro “RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. ES IMPROCEDENTE CONCEDER LA SUSPENSIÓN EN EL AMPARO CONTRA EL ACTO CONSISTENTE EN LA INHABILITACIÓN PARA DESEMPEÑAR EMPLEOS, CARGOS O COMISIONES EN EL SERVICIO PÚBLICO”, donde se dice que (...) “la sociedad está interesada en que la función pública se desempeñe por quienes se reconocen como aptos para tal efecto y que se excluya, a aquellas personas que no son idóneas para tal fin.”<sup>8</sup>

Así, se confirma la trascendencia de vigilar que los servidores públicos se ajusten a estándares de comportamiento que beneficien a la sociedad otorgante del poder público. Potestad que como bien lo puntualiza la Constitución Federal en su artículo 39: (...) “dimana del pueblo y se instituye para beneficio del pueblo”.

En el mismo derrotero, nos encontramos el concepto de “Actuación Ética”,<sup>9</sup> que con el apoyo del destacado filósofo Adolfo Sánchez Vázquez, podemos comprender de me-

6 Artículos 123 y 212 de la Ley de Responsabilidades Administrativas de la Ciudad de México.

7 Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, vigesimotercera edición, 2014, consultado el 16 de mayo de 2018, disponible en <http://dle.rae.es/?id=3KcD1v9>.

8 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis 2a./J. 251/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXI, enero de 2010, p. 314.

9 Artículo 6 de la Ley de Responsabilidades Administrativas de la Ciudad de México.

jor manera su significado, al abreviar en su concepción de la Ética como la disciplina filosófica que se encarga del estudio de las normas o reglas morales que guían, como ciencia, (...) “una forma específica de la conducta humana.”<sup>10</sup>

En este sentido, nos damos cuenta que se constituye en desafío ético abordar cualquier aspecto del Sistema Anticorrupción de la Ciudad de México, ya que el objeto de estudio de la Ética comprende, siguiendo al mismo filósofo, (...) “actos conscientes y voluntarios de los individuos que afectan a otros, a determinados grupos sociales, o a la sociedad en su conjunto.”<sup>11</sup>

Por consiguiente, es obligada la exploración de múltiples posibilidades de acercamiento y sensibilización social, pues el sistema mencionado entraña una mayor responsabilidad de aproximación, acompañamiento y actuación con los ciudadanos. Por tanto, es indispensable diseñar propuestas para una transformación verdadera y efectiva de la actitud y conducta de las personas servidoras públicas y de los mecanismos operativos de la función pública.

Indispensable, también, es trabajar en planteamientos tendentes a fortalecer la ética ciudadana para proscribir las prácticas corruptas en las múltiples circunstancias donde se busca satisfacer una necesidad, alcanzar un servicio, ganar un contrato o participar en licitaciones.

En esta tesitura, se ponen de relieve aspectos axiológicos que consideramos útiles para reflexionar sobre la ética que es indispensable permear en la construcción del Sistema Anticorrupción de la Ciudad de México, ya que las disposiciones legales no deben ser simples deberes a cumplirse, como se desprende de lo aseverado por Vicenç Aguado i Cudolà en la *Revista catalana de dret públic*;<sup>12</sup> lo elemental, es materializar una cultura crítica en la función pública.

Con el fortalecimiento ético se direccionará el camino hacia una verdadera transformación de la función pública. Para ello, es menester, primero, comprender y asimilar los valores insertos en los deberes del servicio público; y, segundo, asumirlos como una forma de vida. Esto no solamente favorecerá el incremento de la confianza ciudadana<sup>13</sup> en sus instituciones públicas, sino que aportará recursos e instrumentos valiosos para combatir la corrupción en todas las esferas de gobierno.

Estas reflexiones se acoplan al contenido del numeral 2, fracción VIII, de la Ley del Sistema Anticorrupción de la Ciudad de México, donde se asientan como objetivos de

10 Sánchez Vázquez, Adolfo, *Ética*, cuadragésima edición, México, Grijalbo, 1969, p 22.

11 *Ibidem*, p. 23.

12 Aguado i Cudolà, Vicenç, “Responsabilidad de los empleados públicos. Competencias autonómicas y locales en materia de régimen disciplinario”, *Revista catalana de dret públic*, número 45, 2012, p. 157, consultada el 16 de mayo de 2018, disponible en <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/view/106/n45-aguado-es.pdf>.

13 Ídem.

la misma: “Establecer acciones permanentes que aseguren la integridad y el comportamiento ético” y crear las bases para que los entes estatales establezcan (...) “políticas eficaces de ética pública y responsabilidad en el desempeño del servicio público”; lo cual es congruente con la obligación de establecer condiciones estructurales y normativas que posibiliten la actuación ética y responsable de los servidores públicos, dispuesta en el numeral 5 de la misma ley para los Entes públicos de la Ciudad de México.

En cuanto a la Ley de Responsabilidades Administrativas de la Ciudad de México, subrayamos la mención que se hace del término “cultura ética” en su artículo 21, empleada respecto a la orientación que –vía convenios de colaboración– la Secretaría de la Contraloría General de la Ciudad de México podrá ofrecer a las personas físicas o morales participantes en contrataciones públicas, y cámaras empresariales u organizaciones industriales o de comercio, sobre mecanismos de autorregulación y desarrollo de esa cultura en su organización.

A todo esto, el término cultura impone profundizar en su significado para enriquecer el tema de que se trata. La definición de Francisco Rubén Quiñones Huízar nos dice que (...) “la cultura es un sistema de pensamientos, sentimientos, actitudes y acciones que posee o lleva a cabo una sociedad, que la hacen peculiar y distinta, convirtiéndola en única.”<sup>14</sup> Sumada esta concepción a las reflexiones hechas sobre la confianza social, conduce a la afirmación de que (...) “sociedad y cultura son términos sumamente relacionados, no pudiendo existir la primera sin la segunda, ya que las personas, a través de sus modos de pensar, de sentir y de obrar, determinarán el tipo de cultura”;<sup>15</sup> formulada por el mismo autor.

Con base en esos ejercicios del intelecto, estimamos que, en el Sistema Anticorrupción de la Ciudad de México, deberá invertirse de manera destacada en la construcción de una cultura que disuelva paradigmas y discursos corroídos por la realidad social que asciende cada vez más crítica. Una cultura donde se construya la verdad, se desarrollen los valores éticos, se aleje la simulación, el abuso y se combata frontalmente la corrupción y la impunidad.

Subsecuentemente, nos ocupamos del término “integridad” que de acuerdo con el *Diccionario de la Lengua Española* nos refiere una persona recta, proba, intachable.<sup>16</sup> Palabras significativas que nos ayudan a reconocer las cualidades que debe poseer y ejercitar el servidor público durante su desempeño.

14 Quiñones Huízar, Francisco Rubén, “Elementos para el análisis de cultura jurídica en México. La evolución del concepto ‘cultura’ y su relación con el ‘sistema jurídico’”, *Historia de la Justicia en México, siglos XIX y XX, Tomo II*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005, p. 640.

15 *Ibidem*, p. 638.

16 Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, vigesimotercera edición, 2014, consultado el 16 de mayo de 2018, disponible en <http://dle.rae.es/?id=LqNIFID>.

En la Ley del Sistema Anticorrupción de la Ciudad de México –artículo 2, fracción VII–, también encontramos como objetivo de este ordenamiento establecer las bases y políticas para promover, fomentar y difundir la “cultura de integridad” en el servicio público. Asimismo –en la correlativa fracción VIII–, el de establecer acciones permanentes que aseguren la integridad y el comportamiento ético de las personas servidoras públicas; objetivo incluido también como principio rector del servicio público y determinante del comportamiento de los integrantes del sistema mencionado (artículo 5, primer párrafo).

En lo específico, la Ley de Responsabilidades Administrativas de la Ciudad de México retoma la integridad como principio (artículo 7, párrafo primero) que deben observar las personas servidoras públicas; incluye el programa de integridad como mecanismo de autorregulación de las personas físicas o morales que participen en contrataciones públicas, las cámaras empresariales u organizaciones industriales o de comercio (artículo 21); la consideración de las mejores prácticas internacionales sobre integridad en los negocios, en el diseño y supervisión de tales mecanismos, y la inclusión de medidas que orienten a los socios, directivos y empleados de las empresas sobre el cumplimiento del programa de integridad (artículo 22).

Prosiguiendo con la misma ley, es de llamar la atención el énfasis contenido en el numeral 25 sobre la “política de integridad” que servirá para determinar la responsabilidad de las personas morales, al grado de establecer sus elementos mínimos: manual de organización y procedimientos; código de conducta con sistemas y mecanismos de aplicación real; sistemas de control, vigilancia y auditoría; sistemas de denuncia, al interior y exterior, procesos disciplinarios y sanciones; entrenamiento y capacitación; políticas de recursos humanos que eviten la incorporación de personas riesgosas para la corporación; y disposiciones de transparencia y publicidad de sus intereses.

Es destacado lo expuesto si, extendidamente, lo permeamos como política integral a los entes públicos y entidades<sup>17</sup> de la Ciudad de México, precisamente por constituirse como uno de los ejes esenciales del Sistema Local Anticorrupción.

Por otra parte, la misma ley dispone como directriz de las personas servidoras públicas, actuar conforme a una “cultura de servicio” que contribuya a mejorar el desempeño de sus funciones (artículo 7, fracción V).

---

17 Artículo 3. Para efectos de esta Ley se entenderá por:

**XI. Ente público:** El Poder Legislativo y el Poder Judicial, los órganos constitucionalmente autónomos, las dependencias, órganos desconcentrados, demarcaciones territoriales y entidades de la Administración Pública, todos de la Ciudad de México, así como cualquier otro ente sobre el que tenga control cualquiera de los poderes y órganos públicos de la Ciudad de México;

**XII. Entidades:** Los organismos públicos descentralizados, las empresas de participación estatal mayoritaria y los fideicomisos públicos que tengan el carácter de entidad paraestatal a que se refieren la Ley Orgánica de la Administración Pública de la Ciudad de México.

Como es evidente, estamos frente a otra forma de pensar, sentir y actuar que debe informar las actividades de quien sirve a la función pública, porque, a fin de cuentas, en el servicio prestado a través de ella, es indispensable conjuntar actitud y voluntad de servicio a la sociedad.

En estrecha relación con lo expuesto, Vicenç Aguado i Cudolà nos ilustra con mayor amplitud cuando dice que la regulación de la materia disciplinaria (...) “tiene como objetivo garantizar el derecho a la buena administración y el buen funcionamiento de la organización administrativa y de los servicios que se prestan”.<sup>18</sup>

La exposición de estas ideas se encuentra basada en la relevancia que creemos tiene el lenguaje para desentrañar lo que se quiere hacer; es decir, en la socialización de los principios contenidos en la ley tanto para los operadores jurídicos como para los ciudadanos que día a día interactúan con aquéllos por diversas circunstancias y necesidades.

En otro orden, la Ley del Sistema Anticorrupción de la Ciudad de México (artículo 9, fracción XVI) establece como facultades para el Comité Coordinador, participar en mecanismos internacionales para conocer y compartir las mejores prácticas de combate a la corrupción y las experiencias relativas a los mecanismos de evaluación de las políticas anticorrupción; y la Ley de Responsabilidades Administrativas de la Ciudad de México (artículo 90). Establece la obligación de incorporar en la investigación de faltas administrativas las técnicas, tecnologías y métodos que observen ese tipo de prácticas, así como cooperar con las autoridades supranacionales para fortalecer los procedimientos de investigación.

Esto elucida el sendero para la construcción de una cultura global de atención a los procesos disciplinarios y de combate a la corrupción, en el que es pertinente ejercitar la creatividad para desarrollar pericias cuyo contenido sea profundo y de aplicación efectiva en la realidad mexicana, pero también con propiedades concursables en el plano internacional, donde México ha firmado y ratificado tres convenciones relacionadas con el combate a la corrupción: Convención Interamericana contra la Corrupción, Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales y Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Lo expuesto, plasma una perspectiva más amplia sobre los valores y principios que posibilitan enfrentar la corrupción deletérea entendida, en palabras de María Amparo Casar, como (...) “el abuso de cualquier posición de poder, pública o privada, con el fin de generar un beneficio indebido a costa del bienestar colectivo o individual. En otras palabras, el desvío del criterio que debe orientar la conducta de un tomador de decisiones a cambio de una recompensa no prevista en la ley.”<sup>19</sup>

18 Aguado i Cudolà, Vicenç, “Responsabilidad de los empleados públicos...”, *op. cit.*, p. 166.

19 Casar, María Amparo, *México, Anatomía de la Corrupción*, 2da ed., México, Mexicanos Contra la Corrupción y la Impunidad (MCCI), 2016, p. 11.

El escenario de la Ciudad de México –similar que el nacional–, exige tomar decisiones trascendentales e invertir en la rectitud y la dignidad de las personas para construir un ambiente que propicie la superación de los distintos índices de corrupción; máxime que en 2015 dicha ciudad fue percibida (...) “como la entidad donde las prácticas de corrupción ocurren con mayor frecuencia.”<sup>20</sup>

Finalmente, debe considerarse que (...) “la percepción de prácticas ilegales dentro del gobierno genera desconfianza en las instituciones y autoridades y consecuentemente un bajo aprecio o descontento con la forma de gobierno”.<sup>21</sup> Entonces, la tarea es muy clara: la legalidad, la transparencia, la rendición de cuentas y los valores éticos, son elementos indispensables para eludir la opacidad, la simulación, la venalidad y combatir la corrupción de manera efectiva.

Así las cosas, voces y acciones, fundadas en el interés público, agitarán el aire como las alas del colibrí para destruir monstruos y tejer hilos de libertad, en franca misión de rescate de la confianza social y el enaltecimiento de la dignidad humana en la función pública y en la atención de las necesidades de la colectividad.

## 6. REFLEXIONES-EVIDENCIAS OBLIGADAS

De todo el cúmulo normativo constitucional y legal, hemos querido destacar en este trabajo el artículo 7 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, el cual se reproduce en el mismo numeral de la Ley de Responsabilidades Administrativas de la Ciudad de México, pues no obstante haber transcurrido más de dos años de la vigencia de aquella, hasta el día de hoy diversos autores sólo se han ocupado de las cuestiones estructurales, políticas y procesales; dejándose de lado aspectos primarios que definen el comportamiento del individuo en su ámbito personal y en el servicio público.

Los 11 principios y directrices enumerados en esos dispositivos legales, incluyen los conceptos abordados en este documento, donde se destaca la ética como: centro fundamental para la transformación de la función pública; elemento sustancial para corresponder a la confianza ciudadana y para la tenencia de una vocación absoluta de servicio a la sociedad, con el fin de preservar el interés colectivo por encima de los intereses particulares o personales.

El bien jurídico tutelado, como bien se puede apreciar, es la prestación ética y responsable del servicio público; imprescindible para satisfacer el derecho a la buena administración.

Aun reconociendo que el problema de la corrupción no es exclusivamente de carácter ético, sino de diseño institucional, es indispensable reconocer una innegable carencia de: cultura de la legalidad, cultura ética, cultura del servicio público y una cultura de

---

20 *Ibidem*, p. 22.

21 *Ibidem*, p. 23.

la denuncia; aspectos torales en los que hemos querido incursionar con la pretensión de contribuir a la reflexión y a la construcción de una cultura de la confianza.

## 7. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

1. La abstracción de una cantidad importante de conceptos contenidos en las leyes comentadas mueve a su clarificación para diseñar mecanismos, procedimientos, lineamientos y reglamentaciones útiles; lo cual conlleva, fortalecer la cultura de la legalidad y el sistema de justicia, así como la erradicación de la impunidad.
2. Los operadores jurídicos –autoridades investigadoras, substanciadoras y resolutoras, así como las personas servidoras públicas colaboradoras– deben tener clara su posición, responsabilidad y contribución a la prevención, control, detección, sanción y disuasión de faltas administrativas y hechos de corrupción.
3. Es imprescindible la aprehensión de nuevas formas de pensamiento, sensibilidad y actuación, en las cuales la ética y la integridad son los elementos fundamentales.
4. El cambio de conciencia en las personas servidoras públicas, involucra formas distintas de percepción de la dignidad humana, pues en el ejercicio del poder público es indispensable replantear la importancia que reviste la función de servir a la sociedad.
5. El diseño de la capacitación a las personas servidoras públicas, deberá proponer nuevas exigencias. En este sentido, es determinante involucrar en ella temas filosóficos, éticos, morales, bellas artes, comunicación y asertividad, entre otros, con el objeto de construir sensibilidades distintas; de tal manera que el espíritu de retribución a la sociedad se aprehenda, fortalezca y ejecute con verdad y humanismo.
6. La reconstrucción personal e institucional, reconfigurará las cualidades humanas y, consecuentemente, las posibilidades instrumentales que posibilitarán un gobierno con altos estándares éticos y democráticos.
7. La acción ciudadana, entendida como participación activa de todas las personas, debe ser compañera sempiterna de los pasos de los servidores públicos, pues a todos importa la salud de los diversos tejidos que componen la administración pública.
8. Es necesario diseñar mecanismos para evitar caer en la comodidad de los cargos públicos, pues la transformación de la conciencia importa asumir retos a cada instante, a fin de corresponder a los legítimos anhelos y aspiraciones que en la obscuridad de la corrupción han sido arrebatados a los gobernados.
9. Es urgente la implementación de controles de confianza que permitan registrar los perfiles psicológicos, profesionales y gerenciales de los servidores públicos responsables del funcionamiento y operación de las instancias, órganos y estruc-

turas del Sistema Anticorrupción de la Ciudad de México; asimismo, la ejecución de evaluaciones del desempeño de las personas servidoras públicas.

10. Es indispensable establecer procesos de especialización permanente para las autoridades responsables de la investigación, substanciación y resolución de las faltas administrativas y hechos de corrupción.

## 8. FUENTES DE CONSULTA

### Libros

CASAR, María Amparo, *México, Anatomía de la Corrupción*, 2da ed., México, Mexicanos Contra la Corrupción y la Impunidad (MCCI), 2016.

CASTRO ESTRADA, Álvaro, “Consideraciones ético-jurídicas del Sistema Nacional Anticorrupción”, en ROMERO GUDIÑO, Alejandro y BOLAÑOS CÁRDENAS, Leonardo (coords.), *Fiscalización, Transparencia y Rendición de cuentas. Tomo 4*, México, Comisión de Vigilancia de la Auditoría Superior de la Federación, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, t. 4, 2017.

QUÍÑONES HUÍZAR, Francisco Rubén, “Elementos para el análisis de cultura jurídica en México. La evolución del concepto ‘cultura’ y su relación con el ‘sistema jurídico’”, *Historia de la Justicia en México, siglos XIX y XX, Tomo II*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005.

SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo, *Ética*, cuadragésima edición, México, Grijalbo, 1969.

### Revistas

AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç, “Responsabilidad de los empleados públicos. Competencias autonómicas y locales en materia de régimen disciplinario”, *Revista catalana de dret públic*, número 45, 2012, p. 157, consultada el 16 de mayo de 2018, disponible en <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/view/106/n45-aguado-es.pdf>.

### Leyes

Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, 2016, México.

Ley General de Responsabilidades Administrativas, 2016, México.

Ley del Sistema Anticorrupción de la Ciudad de México, 2017, México.

Ley de Responsabilidades Administrativas de la Ciudad de México, 2017, México.

### Jurisprudencia

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis 2a./J. 251/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXI, enero de 2010.

### Diccionarios

Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, vigesimotercera edición, 2014, consultado el 16 de mayo de 2018, disponible en <http://dle.rae.es/>.



# UNA VISIÓN ENTRE REINO UNIDO Y MÉXICO, EN LO QUE RESPECTA A LA INCORPORACIÓN EN DERECHO DOMÉSTICO DE LOS ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN A DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN SISTEMAS REGIONALES PARA SU PROTECCIÓN (SISTEMA EUROPEO Y SISTEMA INTERAMERICANO RESPECTIVAMENTE)

Por GABRIELA DÍAZ SALINAS<sup>1</sup>

**RESUMEN:** Este artículo compara la voluntad por proteger los derechos humanos de dos países con gobiernos y tradiciones políticas sumamente diversas, a saber, México y Reino Unido. Se comparan las distintas formas de incorporar en el ámbito doméstico las obligaciones en materia de derechos humanos de fuente internacional, concretamente aquellas provenientes de los sistemas regionales de protección a derechos humanos. De igual forma, se analizan las prácticas de revisión judicial conferidas a las y los juzgadores de ambos países tomando en consideración los esquemas políticos e institucionales en cada uno de ellos. Se debe tomar la lectura de este artículo como un comparativo entre la protección a derechos humanos en ambos países, no solamente en el plano teórico sino también en su implementación en la práctica.

**PALABRAS CLAVE:** Revisión judicial, Soberanía parlamentaria, Principio pro persona, bloque de constitucionalidad.

**ABSTRACT:** This article compares the will to protect the human rights of two countries with extremely diverse governments and political traditions, namely Mexico and the United Kingdom. The different ways of incorporating human rights obligations from an international source, specifically those from regional human rights protection systems, are compared. Similarly, the judicial review practices conferred on the judges of both countries are analyzed taking into account the political and institutional schemes in each of them. The reading of this article should be taken as a comparison between the protection of human rights in both countries, not only on the theoretical level but also in its implementation in practice.

**KEYWORDS:** Judicial review, Parliamentary sovereignty, Pro persona principle, Constitutionality block.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. REINO UNIDO. 3. MÉXICO. 4. CONCLUSIÓN. 5. FUENTES DE CONSULTA.

---

1 Maestra en Derechos Humanos por la Universidad de Edimburgo, Licenciada en Derecho por el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey.

## 1. INTRODUCCIÓN

Este artículo tiene por objeto comparar la voluntad por proteger los derechos humanos de dos países con gobiernos y tradiciones políticas sumamente diversas. Se comparan las distintas formas de incorporar en el ámbito doméstico las obligaciones en materia de derechos humanos de fuente internacional. De igual forma, se analizarán las prácticas de revisión judicial conferidas a las y los juzgadores de ambos países tomando en consideración los esquemas políticos e institucionales en cada uno de ellos. Por último, se debe tomar la lectura de este artículo como un comparativo entre la protección a derechos humanos en ambos países, no solamente en el plano teórico sino también en su implementación en la práctica.

## 2. REINO UNIDO

### 2.1. Protección a derechos humanos en el ámbito doméstico

El Reino Unido tiene un sistema de gobierno denominado *monarquía parlamentaria*, en el cual el Parlamento es soberano, lo cual significa que éste tiene la facultad de crear o restarle validez a cualquier ley y que además ningún otro ente o persona está facultada para anular la legislación adoptada por el mismo.<sup>2</sup> Este aspecto es muy importante al momento de considerar las obligaciones en materia de derechos humanos como se explicará en esta sección.

Una de las particularidades de este sistema de gobierno es la ausencia de una Constitución escrita, si bien, no existe una Constitución codificada, los tribunales han desarrollado principios y valores constitucionales, los cuales se consideran torales; de igual forma, a pesar de no contar con un ordenamiento escrito, se le puede considerar al Reino Unido como precursor de conceptos del constitucionalismo legal moderno, tales como la separación de poderes y la existencia de una carta de derechos *bill of rights*.<sup>3</sup> Adicionalmente, existe legislación secundaria que regula distintos aspectos, desde la salud, hasta preceptos de Derecho Penal, es decir, el derecho común *common law* no es la única fuente de Derecho en este país.<sup>4</sup>

Ahora bien, en esta sección se hablará de una ley que regula la incorporación de los derechos humanos en este país, el *Human Rights Act (HRA)*. Es importante exponer que la visión de las autoridades para reconocer la protección de los derechos humanos, se remonta a 1945-1950 cuando después de la Segunda Guerra Mundial surgió una cons-

2 Dicey, Albert Venn, *Introduction to the study of the law of the Constitution*, 8va edición. Londres, Macmillan, 1987, pp. 37-38.

3 Bellamy, Richard, "Political constitutionalism and the Human Rights Act", *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, 2011, vol. 9, núm.1, 1 de enero de 2011, pp. 86-87.

4 Parlamento del Reino Unido, "Checking the work of Government", *Portal Web del Parlamento del Reino Unido*, Londres, 2018, <http://www.parliament.uk/about/how/role/scrutiny/>.

ciencia por reconocer al individuo derechos que protejan su dignidad humana, Reino Unido fue uno de los países que participó en la redacción de uno de los proyectos más ambiciosos de protección regional de derechos humanos, es decir del Sistema Europeo de Derechos Humanos, creado a partir del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, mejor conocido como Convención Europea de Derechos Humanos.<sup>5</sup> Sin embargo, debido al constitucionalismo que impera en el sistema británico, la celebración de este instrumento internacional quedó como una manifestación de buenas voluntades sin una aplicación concreta en el ámbito doméstico.

Cabe mencionar que el sistema del Reino Unido adopta una concepción dualista sobre el derecho internacional público, lo cual implica que se concibe al derecho doméstico y al derecho internacional como ordenamientos distintos, consecuentemente para que los preceptos de fuente internacional tengan vigencia en el ámbito interno se requiere de un acto de incorporación.<sup>6</sup> Es así que el Parlamento decidió redactar una ley en la cual se incorporaran los preceptos de la Convención Europea. Esto se hizo con la visión de dar vigencia a dichos preceptos, pero también con la intención de dotar de legitimidad a dicho instrumento. Fue así que en 1998, después de que el Partido del Trabajo, *Labour Party*, promoviera el slogan “traer los derechos de vuelta a casa”, el Parlamento adoptó el *HRA* que incorporaba en el ámbito doméstico la protección derivada de la Convención Europea. Asimismo esta legislación otorgaba a los tribunales domésticos la capacidad de llevar a cabo una revisión judicial, esto es, para corroborar la conformidad entre dicho instrumento internacional y la legislación local; bajo esa misma lógica, se creó una Suprema Corte dotada de independencia del Parlamento y del Gobierno, la cual también contaba con dicha facultad.<sup>7</sup> No obstante, se le ha considerado tradicionalmente a ésta como endeble o débil, ya que realmente los Tribunales no están dotados para dejar de aplicar una ley aprobada por el Parlamento, sino que únicamente pueden interpretar dicha legislación de conformidad con los estándares del Sistema Europeo de Protección a Derechos Humanos, o bien, emitir una declaratoria de incompatibilidad<sup>8</sup>. Esta discusión se retomará en una de las secciones subsecuentes.

## 2.2. Posible debilitamiento de la Soberanía Parlamentaria con el HRA

Una de las discusiones que se ha suscitado con la adopción del *HRA* es la relacionada al posible debilitamiento del principio de *soberanía parlamentaria*. Se ha llegado a considerar que al otorgar autonomía a la Suprema Corte y consecuentemente, la fa-

5 Morte Gómez, Carmen, “El Convenio Europeo de Derechos Humanos: primeros pasos para una nueva reforma”, *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, nueva época, 2004, vol. 5, 2004, pp. 755-756.

6 Amos, Merris, “Transplanting Human Rights Norms: The Case of the United Kingdom’s Human Rights Act”, *Human Rights Quarterly*, Baltimore Maryland, 2013, vol. 35, núm. 2, Mayo 2013, p. 391.

7 Bellamy, Richard, op. cit., pp. 87-89.

8 *Ibidem*, p. 89.

cultad de efectuar la revisión judicial, se ha transferido el poder político del ejecutivo y legislativo al judicial.<sup>9</sup> Esto puede llegar a implicar el cambio de una concepción constitucionalista política, como tradicionalmente se le ha considerado al Reino Unido, a una meramente legal; la diferencia entre uno y otro reside, entre otras cosas, en que el primero considera al Parlamento como la institución mejor posicionada para decidir soberanamente sobre ciertos principios constitucionales, como pueden ser los derechos humanos, en tanto que el segundo considera al poder judicial como el órgano idóneo para resguardar dichos principios.<sup>10</sup> En ese sentido, se evaluará si el *HRA* vulnera o no la concepción tradicionalista del constitucionalismo en el Reino Unido.

El *HRA* entró en vigor el 2 de octubre del 2000 en el Reino Unido y con ello, la protección a derechos humanos con la visión del Sistema Europeo de Protección a Derechos Humanos, no sólo se reconoció la existencia de ciertos derechos sino que también se adoptaron mecanismos internos para su protección, esto con la finalidad de proveer recursos efectivos contra la violación a derechos humanos en el ámbito doméstico.<sup>11</sup> El Partido del Trabajo, *Labour Party*, tenía por objetivo, al buscar la adopción del *HRA*, la protección desde el ámbito interno a derechos humanos, proporcionando remedios accesibles en el mismo, evitando que las víctimas tuvieran que recurrir al Sistema Europeo mediante una petición individual.<sup>12</sup> En el ámbito interno se adoptó el *test* que efectuaba la ahora extinta Comisión Europea de Derechos Humanos, sobre el estatus de víctima, y la compensación por los daños ocasionados.<sup>13</sup>

En efecto, lo que realmente se consiguió al adoptar el *HRA*, fue trasplantar un instrumento internacional. Inicialmente el *Labour Party* promovía la discusión sobre la adopción de una carta de derechos, la cual iniciaría con la adopción del *HRA* incorporando los preceptos de la Convención Europea, cuando en realidad, dicha discusión no se volvió a retomar y permaneció con vigencia el *HRA*.<sup>14</sup> Es evidente que la intención detrás de esto era proveer de legitimidad a un instrumento que no fue adoptado por mecanismos internos de legitimidad democrática, por esta razón se optó por un trasplante legal y no por la creación de una carta de derechos.

### 2.3. Legitimidad de los derechos humanos contemplados en fuentes internacionales

El principal debate en torno a la legitimidad de la protección a derechos humanos proveniente de fuentes internacionales se centra en cuestionar a ésta por carecer de

9 *Ibidem*, p. 87.

10 *Ibidem*, p. 89.

11 Amos, Merris, *op. cit.*, p. 387.

12 Boateng, Paul and Straw, Jack, "Bringing rights home: Labour's plans to incorporate the European Convention on Human Rights into UK law", *European Human Rights Law Review*, Reino Unido, 1997, p. 7.

13 Amos, Merris, *op. cit.*, p. 389.

14 *Ibidem*, p. 393.

un proceso democrático como respaldo. En el Reino Unido, como se expresó en secciones anteriores, uno de los principios constitucionales de mayor valor o jerarquía es el principio de la *soberanía parlamentaria* que consiste en que todas las decisiones adoptadas por el Parlamento no están sujetas a ningún mecanismo de revisión.<sup>15</sup> Las y los miembros del Parlamento *MP* son elegidos mediante un ejercicio democrático de elección popular, en ese sentido, éstos representan directamente al pueblo, incluso podría decirse que la legitimidad del poder ejercido por las autoridades gubernamentales en el Reino Unido, deviene formalmente de un proceso de consentimiento obtenido de manera democrática.<sup>16</sup> Ahora bien, si consideramos que la vigencia de la protección a derechos humanos reconocidos por el *HRA* representa un acto de incorporación de normas de carácter internacional, precisamente de la Convención Europea, entonces podría discutirse la legitimidad de ésta, por carecer de un proceso democrático en su creación, a pesar de haber sido el mismo Parlamento quien consintió su incorporación. La vigencia en las normas no necesariamente funciona como un conductor de su legitimidad. La cuestión con los derechos humanos es que generalmente son visiones que promueven la protección de minorías, es decir son contra mayoritarios. Por esta razón, no es deseable que su legitimidad provenga de la aprobación de las mayorías.<sup>17</sup>

La adopción del *HRA* ha traído consigo la intención de proveer un marco basado en derechos, esto quiere decir que la visión de derechos humanos permea a la actuación pública, principalmente a través de la herramienta de la revisión judicial, la discusión que acompaña a esto gira en torno a distinguir cuál es el órgano gubernamental mejor posicionado para decidir cuestiones de interpretación y/o aplicación de derechos humanos. Por un lado están los tribunales autónomos como la Suprema Corte de Justicia y por el otro se encuentran el ejecutivo y el legislativo, quienes representan y son elegidos directamente por el pueblo; existen sectores que aseguran que las decisiones de los tribunales no constituyen el medio idóneo para decidir sobre derechos, pues por su composición y forma de elección, no constituyen una cercanía directa con el electorado; de manera contraria, hay quienes consideran a éstos en mejor posición para decidir cuestiones de derechos humanos precisamente por su autonomía y carencia de intereses políticos, además por fungir como un contrapeso a las decisiones del ejecutivo y del legislativo, en donde se puedan ver pisoteados los derechos de las minorías.<sup>18</sup> Por otro lado, esto podría ser interpretado como una violación directa al principio de *soberanía parlamentaria*, ya que en teoría, las decisiones tomadas por el Parlamento no están sujetas a ningún tipo de revisión, toda vez que representan la opinión del electorado y por su cercanía con éste, se encuentran en una mejor posición

15 Dicey, Albert Venn, *op. cit.*, pp. 37-38.

16 Parlamento del Reino Unido, "Members of Parliament", Portal Web del Parlamento del Reino Unido, Londres, 2018, <http://www.parliament.uk/about/mps-and-lords/members/>.

17 O' Cinneide, Colm, "Democracy, rights and the Constitution— new directions in the human rights era", *Current Legal Problems Oxford Academic*, Oxford, 2004, vol. 57, núm. 1, 1 de enero a 1 de diciembre de 2004, p. 176.

18 *Ibidem*, p. 175.

para decidir sobre derechos.<sup>19</sup> El *HRA* fue diseñado para vigilar la observancia de los derechos humanos en el ejercicio de poder de las autoridades elegidas a través de un proceso democrático y para iniciar un debate público sobre el balance idóneo entre la vigilancia al respeto de estos derechos y el respeto al principio constitucional toral de la autodeterminación democrática.<sup>20</sup> De ahí que, a pesar de tratarse de un trasplante legal cuente con una autoridad moral considerable.

Asimismo, podría decirse que las decisiones que toman los tribunales no son completamente aisladas de la discusión política, es decir, el elemento de opinión pública generalmente es tomado en cuenta por éstos, en mayor o menor medida según sea el caso. La ventaja de esto, deviene en que las decisiones contienen un elemento de legitimidad democrática. No obstante, siempre está la posibilidad latente de que las decisiones de los tribunales sean ignoradas o anuladas, en este sentido, el *HRA* permite que la legislación aprobada por el Parlamento prevalezca por encima de cualquier decisión judicial, de igual forma el Parlamento está facultado para decidir por mayoría simple no tomar en cuenta una declaración de incompatibilidad emitida por los Tribunales, incluso el Parlamento está autorizado para alterar la interpretación de una ley hecha por los tribunales, bajo la sección 2 del *HRA*.<sup>21</sup>

#### 2.4. Principales aspectos introducidos con el HRA

Para comenzar se puede decir que la posibilidad de una revisión judicial traída con la adopción del *HRA* es en apariencia una muy débil, ya que el Parlamento conserva su soberanía y si bien, los tribunales se encuentran facultados para denunciar una inobservancia de derechos humanos en un acción del Parlamento o del ejecutivo, los tribunales se deben reducir a emitir una declaratoria de incompatibilidad, además no pueden dejar de aplicar en el caso en concreto dicha acción o legislación. La revisión judicial que se hace tomando como base los derechos humanos en cualquier sistema de gobierno, generalmente está sujeta al escrutinio o discusión democrática, por lo cual es difícil que ésta funcione como un contrapeso absoluto, pues todas las decisiones tomadas por tribunales judiciales son amenazadas potencialmente por la anulación de un proceso democrático, por esta razón no se debe considerar a los tribunales como la única y exclusiva vía para proteger e interpretar derechos, en esta tarea también tienen un rol muy importante los académicos, políticos, practicantes del Derecho, comisiones de derechos humanos y sociedad civil en general.<sup>22</sup>

Es evidente que tanto los tribunales como el legislativo y el ejecutivo tienen responsabilidades importantes en la implementación de esta visión de derechos humanos

---

19 *Idem.*

20 *Idem.*

21 *Ibidem*, p. 184.

22 O' Cinneide, Colm, *op. cit.*, p. 192.

traída con el *HRA* y en vez de percibir sus actuaciones como antagónicas, lo idóneo sería considerar sus opiniones en un diálogo interinstitucional enriquecedor, es decir, a pesar del principio de *soberanía parlamentaria*, ninguno de los distintos poderes posee una verdad absoluta en estos temas, y la actuación consecuente de los mismos desencadena un constante diálogo y discusión sobre el contenido y alcance de los derechos humanos.

Ahora bien, esta nueva visión de derechos humanos no es invencible y no implica que la protección de los mismos sea absoluta. De hecho, el mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos TEDH, admite la posibilidad de llevar a cabo un ejercicio de ponderación entre diversos intereses, a través de un test de proporcionalidad en el cual se ponen a consideración los intereses sustantivos del Estado contra la protección a ciertos derechos humanos, esta práctica ha sido adoptada por los tribunales del Reino Unido cuando aplican y/o interpretan el *HRA*, su objetivo es evaluar si las decisiones del legislativo o ejecutivo están basadas en argumentos lo suficientemente convincentes de protección a intereses estatales.<sup>23</sup>

## 2.5. Revisión judicial: ¿fuerte o débil?

El autor Tushnet ha hecho la distinción entre dos tipos de revisión judicial, a saber, la “fuerte” y la “débil”.<sup>24</sup> De acuerdo a esta distinción, una revisión judicial se puede considerar fuerte cuando la interpretación hecha por los jueces de la Constitución es determinante y no admite revisión alguna por parte del legislativo; en contraste, una revisión judicial débil sería aquella en la cual la interpretación que hacen los jueces o tribunales de la Constitución no es final ya que admite que la última palabra sea tomada por el legislativo, esto quiere decir que los tribunales no pueden invalidar o restarle efectos jurídicos a una legislación que contravenga normas de derechos humanos constitucionales.<sup>25</sup> Aunque a primera vista esta distinción pareciera un poco ociosa, en realidad detrás de esta diferenciación está la intención de asignar roles en la protección de derechos humanos, esto podría resultar en un diseño institucional en donde determinado órgano tenga facultades especiales en relación con la interpretación de los derechos humanos. Si bien en anteriores líneas se mencionó que tradicionalmente se le considera al Reino Unido como un país con una revisión judicial débil, es necesario un análisis a fondo sobre la relación entre los dos principales órganos encargados de velar por los derechos humanos: el legislativo y el judicial. Un análisis que no únicamente se enfoque en el diseño interinstitucional, sino que también considere el funcionamiento en la práctica del mismo.

23 *Ibidem*, p. 203.

24 Tushnet, Mark, *Weak Courts, Strong Rights Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2009, pp. x-xiii.

25 Kavanagh, Aileen, “What’s so weak about “weak-form review”? The case of the UK Human Rights Act 1998”, *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, 2015, vol. 13, núm. 4, Octubre 2015, p. 1011.

En el Reino Unido el *HRA* provee tres mecanismos para garantizar la protección a derechos en la legislación primaria. El primero de ellos está contenido en la sección 3 en donde se establece que las leyes primarias y subordinadas deberán ser interpretadas siempre de tal forma que sean compatibles con los derechos de la Convención Europea. El segundo mecanismo se puede activar cuando las y los juzgadores determinen que es imposible realizar una interpretación de conformidad con los derechos humanos contenidos en la Convención Europea, en cuyo caso lo que correspondería es emitir una declaratoria de incompatibilidad. Esta declaratoria no afecta la validez ni la operación o exigibilidad de dicha legislación, en realidad no produce ningún efecto jurídico, incluso las partes quejas en el juicio quedan sin remedio o recurso alguno en estos casos.<sup>26</sup> Estos dos primeros mecanismos corresponden al judicial, sin embargo existe un tercero el cual es conferido al legislativo, se trata del contemplado en la sección 19 del *HRA*, en donde se establece que un miembro del Parlamento deberá hacer una declaración de compatibilidad entre cualquier propuesta de ley y los derechos humanos contenidos en la Convención. También existe la posibilidad de que a pesar de ser imposible declarar la compatibilidad de una legislación propuesta con derechos humanos contenidos en la Convención Europea, se pueda declarar que el Parlamento tiene la intención de aprobar dicha legislación siempre y cuando haga pública la razón detrás de dicha intención.<sup>27</sup>

La interpretación que se hace conforme a la sección 3 del *HRA*, se hace en dos momentos o etapas, el primer paso consiste en establecer si la legislación en estudio viola los derechos contenidos en el mismo; el segundo paso, y en caso de encontrar una violación o incompatibilidad *prima facie*, es buscar la manera de que dicha legislación sea interpretada de tal forma que sea compatible con los derechos contenidos en el *HRA* de acuerdo a la sección 3(1) de éste, para eliminar o contrarrestar la incompatibilidad, la facultad de interpretación conferidas a los jueces les otorga una libertad de hacerlo conforme a su mejor criterio, es decir, realmente no existe una restricción expresa a la misma, de ahí que ellos la puedan llevar a cabo utilizando técnicas lingüísticamente poco tradicionales o apegadas al texto.

En pocas palabras, las y los juzgadores tienen la prerrogativa de expandir la lectura e interpretación de una disposición legislativa, en tanto encuentren la manera de obtener que la legislación secundaria sea compatible con los derechos contenidos en el *HRA*. Si bien, tradicionalmente se ha considerado que el Reino Unido cuenta con un mecanismo de revisión judicial débil, el Parlamento al conferir dicha facultad de interpretación a través de la sección 3(1) del *HRA* la cual demuestra que su intención es asignarle al judicial una tarea mucho más ardua y un rol mucho más importante en la interpretación de derechos derivados de la Convención. En la teoría el Parlamento posee soberanía y todas sus decisiones no están sujetas a revisión, pero a través de la

26 Amos, Merris, *op. cit.*, p. 389.

27 Bellamy, Richard, *op. cit.*, p. 98.

facultad derivada del 3(1) es claro que las y los juzgadores están facultados para incluso modificar el sentido corriente o usual de una legislación secundaria, con el objeto de hacer su interpretación compatible con los derechos derivados de la Convención y de esta forma proveer un recurso o remedio efectivo para las partes en el juicio, de tal forma que describir la práctica de la revisión judicial en el Reino Unido como “débil” dista mucho de la realidad, pareciera que han encontrado la fórmula del balance entre su principio constitucional de soberanía parlamentaria y la protección a derechos humanos contenidos en el *HRA* derivados de la Convención Europea de Derechos Humanos.<sup>28</sup>

Uno de los argumentos para tildar a la revisión judicial practicada por los tribunales del Reino Unido de débil es que ésta no puede desplazar o dejar sin efectos a la legislación emitida por el Parlamento. Sin embargo las y los jueces al estar facultados ampliamente para interpretar la misma a través de distintas técnicas, pueden llegar a ampliar el significado de una ley o incluso a modificarlo, con el fin de hacer que la misma sea compatible con los derechos humanos previstos en el *HRA*. De esta forma, aunque técnicamente no desplacen a una ley emitida por el Parlamento, al estar facultados para asignar o incluso reasignarle un significado distinto al previsto por éste, se puede afirmar que dicha revisión no es débil.<sup>29</sup>

### 3. MÉXICO

#### 3.1. Protección a derechos humanos en la Constitución Mexicana

A diferencia del Reino Unido, México cuenta con una Constitución codificada denominada la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos CPEUM, la cual contempla un catálogo de derechos humanos y establece las obligaciones de las autoridades públicas, así como las diversas fuentes vinculantes en las cuales se contemplan derechos humanos. En junio de 2011 se produjo una reforma a la Constitución en donde se introdujo uno de los principios torales en la protección a derechos humanos, el llamado principio *pro personae*, el cual establece que siempre se concederá la protección más amplia a las personas.<sup>30</sup>

Adicionalmente con esta reforma se produjo un cambio en el paradigma constitucional que impactó directamente en el contenido previsto en el artículo 133, a partir de este momento, las normas de carácter constitucional así como las provenientes de tratados internacionales en materia de derechos humanos gozarían de la misma jerarquía o valor.<sup>31</sup> Esto produjo consecuencias y cambios en el quehacer de las y los juzgadores

28 Kavanagh, Aileen, *op. cit.*, pp. 1008-1039.

29 *Idem*.

30 Carpizo, Jorge, “La Constitución mexicana y el derecho internacional de los derechos humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Ciudad de México, 2012, vol. XII, 2012, p. 804.

31 *Ibidem*, p. 814.

primordialmente, ya que a partir de ese momento se les facultó para ser vigilantes del bloque de constitucionalidad, el cual se explicará en esta sección.

La primordial modificación en la CPEUM, al introducirse esta nueva visión de protección a derechos humanos, la resintió el artículo primero el cual ahora 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.”* Esta sección se dedicará a analizar minuciosamente esta disposición en conexión con otras contempladas en la misma Constitución así como en tratados internacionales.

Las principales novedades introducidas con la reforma constitucional, particularmente con la modificación al artículo primero son las siguientes: se dejó de denominar a los derechos como “garantías individuales” y se les empezó a nombrar como derechos humanos; se aceptó la idea de que los derechos son fenómenos inherentes al ser humano y por lo cual la labor del Estado es reconocerlos y no otorgarlos; como se mencionaba en el párrafo anterior, se reconoció constitucionalmente la incorporación expresa de los preceptos contenidos en tratados internacionales de la materia; consecuentemente, se modificó la jerarquía normativa doméstica y se introdujo el principio *pro personae*; en relación con este principio se introduce la idea de una interpretación, que deben hacer los jueces y demás autoridades en el ámbito de sus competencias, de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales; se imponen obligaciones y límites específicos al poder público.<sup>32</sup>

### 3.2. Jerarquía de normas

El primer aspecto a tomar en cuenta es el relativo a la jerarquía de normas. Si bien este artículo prevé que las normas de derechos humanos serán interpretadas conforme a lo dispuesto en la misma Constitución, también admite la posibilidad de que sean señalados conforme a los tratados internacionales de la materia. La implicación detrás de esto es que la misma Constitución a través de este artículo pareciera que le está asignando el mismo valor a las normas de ambas fuentes. Sin embargo este análisis merece la lectura del artículo 133 constitucional: *“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...”*. A simple vista en una lectura conjunta de los artículos 1 y 133 pudiera deducirse que los tratados internacionales en la materia y los derechos humanos contenidos en la Constitución tienen el mismo valor jerárquico. Sin embargo, el artículo 133 tiene por intención darle prioridad a la

32 Salazar Ugarte, Pedro, “La disputa por los derechos”, *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Ciudad de México*, 2015, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3980/34.pdf>.

Constitución, ya que claramente establece que los tratados internacionales deben su validez en el ámbito interno a su conformidad con ésta.

En relación a lo anterior, resulta relevante estudiar la resolución 293/2011 emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación SCJN la cual es una jurisprudencia obtenida a través de la resolución de una contradicción de tesis aisladas. A través de esta jurisprudencia la SCJN interpretó que los derechos humanos contenidos en tratados internacionales y en la Constitución conforman un parámetro de control de regularidad constitucional, es decir que el actuar de las autoridades así como las leyes secundarias deben conformarse a estos estándares; sin embargo, también estableció que en caso de existir en la Constitución una restricción expresa al ejercicio de algún derecho, entonces se deberá estar a lo que dicte ésta.<sup>33</sup> De esta forma quedó confirmada la supremacía de la Constitución en la jerarquía de normas mexicanas. Esto puede compararse con la actitud de Reino Unido frente a la Convención Europea de Derechos Humanos, ya que llevaron a cabo un acto de incorporación al derecho doméstico con el objetivo de dar validez interna a dichas disposiciones, favoreciendo en todo momento la supremacía constitucional y la *soberanía parlamentaria*.

### 3.3. Bloque de constitucionalidad

Ahora bien, también se habla de la existencia de un bloque de constitucionalidad, el cual se encuentra conformado por: la Constitución y los preceptos secundarios que reconocen derechos humanos; las normas de derechos humanos provenientes de instrumentos internacionales ratificados debidamente de acuerdo al derecho doméstico; el derecho internacional consuetudinario y las normas de *ius cogens*; la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos Corte IDH (todas las sentencias emitidas por este órgano) siempre y cuando concedan una protección más amplia; las resoluciones de la SCJN y los derechos humanos implícitos.<sup>34</sup>

Este bloque funge como el parámetro central para el control de la regularidad constitucional, lo que quiere decir que todas las autoridades en el ámbito de sus competencias están obligadas a velar por el cumplimiento de las normas ahí contenidas favoreciendo en todo momento la protección más amplia a las personas, de acuerdo con el principio *pro personae*. Lo anterior presenta diversas reglas para su correcta aplicación las cuales se explicarán a continuación.

### 3.4. El principio *pro personae*

El artículo 1 de la CPEUM establece en su segundo párrafo lo siguiente: “*Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta*

33 Tesis P./J. 20/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, abril de 2014, p. 202.

34 Carpizo, Jorge, *op. cit.*, p. 817.

*Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.*” De esta manera se introdujo este principio en la Constitución el cual marca una nueva pauta en la interpretación de derechos humanos, ya que obliga a las autoridades a llevar a cabo las interpretaciones más favorables a los derechos.<sup>35</sup> Sin embargo, este principio no se aplica en un vacío legal, sino que depende a su vez de la aplicación de otros de manera complementaria, tales como el principio de complementariedad, interdependencia, indivisibilidad, etc.<sup>36</sup>

Se puede decir que este principio es un criterio hermenéutico a partir del cual se debe aplicar la interpretación más extensiva en el ámbito de reconocer derechos, o por lo contrario, más restrictiva cuando se trata de establecer restricciones o límites al ejercicio de derechos, es decir, ante la posibilidad de resolver un mismo problema con diversas soluciones, este principio otorga la pauta de hacerlo conforme a un sentido protector de la persona humana en los términos más amplios.<sup>37</sup> Esto podría compararse con la facultad que tienen los jueces en el Reino Unido de (re)interpretar una ley para obtener su conformidad con la Convención Europea, en el sentido de que la protección se debe centrar en favorecer a la persona, independientemente de las demás posibles interpretaciones a un mismo precepto o conflicto de preceptos.

### **3.5. Obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

A diferencia de Reino Unido, en México toda la jurisprudencia emitida por la Corte IDH es obligatoria y vinculante al Estado Mexicano.<sup>38</sup> México ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos CADH en 1981, pero no fue sino hasta 1998 que México aceptó la competencia contenciosa de la Corte IDH.<sup>39</sup> La CADH instauró la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH y la Corte IDH, la primera desempeña un doble papel dentro del sistema interamericano, como órgano vigilante de la protección a derechos humanos en los países que no han ratificado la Convención, y como órgano de supervisión para los países que ya la han ratificado, de igual forma la Corte IDH cuenta con dos funciones, la consultiva y la jurisdiccional.<sup>40</sup> Es conveniente mencionar que la existencia de la CIDH precede a la de la Corte IDH, toda vez que la primera fue creada en el marco del establecimiento de la Organización de los Estados Americanos OEA con la adopción de su estatuto en 1960, y la última fue

35 Salazar Ugarte, Pedro (coord.), *La reforma constitucional sobre derechos humanos, una guía conceptual*, Ciudad de México, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, 2014, p.22.

36 *Ibidem*, p. 81.

37 *Ibidem*, p. 75.

38 Tesis P./J. 21/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época*, t. I, abril de 2014, p. 204.

39 Carpizo, Jorge, *op. cit.*, pp. 823-825.

40 *Idem*.

creada en 1978, es decir por 18 años la CIDH fungió como el único órgano protector de derechos humanos dentro la OEA.<sup>41</sup>

La Corte IDH desarrolla sus criterios a través de sus dos funciones. A través de su función consultiva emite opiniones con relación a temas específicos solicitados por los propios Estados miembros, los órganos principales de la Carta o de la CIDH, si bien estas opiniones consultivas no tienen un carácter vinculante, representan un autoridad moral y doctrinaria tal que pueden constituir fuentes de derecho denominada *soft law*, de acuerdo con lo establecido por el artículo 38 de la Corte Internacional de Justicia. Incluso la misma Corte IDH hace referencia en su jurisprudencia a estas opiniones consultivas, ya que éstas constituyen interpretaciones y desarrollo de los derechos contenidos en la CADH, asimismo, en su función jurisdiccional plena la Corte IDH desarrolla e interpreta o incluso amplía los derechos contemplados en la CADH.<sup>42</sup> En ese sentido, esta función es sumamente importante debido a que los Estados parte están obligados a cumplir lo establecido por la Corte en sus sentencias en contra de éstos. Esto se establece en el artículo 68 de la CADH en donde se dispone que los Estados están comprometidos a obedecer las sentencias emitidas por la Corte IDH en los casos en que sean parte. En el caso de México y por decisión de su máximo órgano judicial, la SCJN, se ha establecido que no solamente la jurisprudencia en la cual México sea parte será obligatoria sino que todas las que emita dicho órgano.<sup>43</sup> Esto significa que la jurisprudencia de la Corte IDH constituye para México una fuente de derecho incorporada en el ámbito doméstico. Esto, ya que las sentencias son la interpretación última que hace la Corte sobre la CADH, consecuentemente deben ser tomadas como las más actualizadas interpretaciones que se hacen sobre dichos preceptos.

### 3.6. Revisión judicial: ¿fuerte o débil?

A raíz de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, se introdujo la posibilidad de que las y los juzgadores del Estado mexicano llevaran a cabo un análisis de compatibilidad de los preceptos legales del ámbito doméstico aplicados en el caso concreto con la CADH. A este análisis se le denominó control de convencionalidad, e incluso la propia Corte IDH se ha referido a éste en su jurisprudencia, en donde ha concluido que el Poder Judicial de los Estados que han aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte deben realizar un control de convencionalidad entre los preceptos internos y la CADH, entendida esta última no únicamente como el conjunto normativo, sino también tomando en cuenta las interpretaciones que de la misma ha hecho la propia Corte IDH.<sup>44</sup> Asimismo, también se ha referido al papel sumamente

41 *Ibidem*, p. 827.

42 Carpizo, Jorge, *op. cit.*, p. 827.

43 Tesis P./J. 21/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época*, t. I, abril de 2014, p. 204.

44 Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Serie C núm. 154, *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 26 de septiembre de 2006.

importante que juegan las y los jueces en la vigilancia y protección a derechos humanos, ya que ha indicado que cuando el legislativo comete fallas y adopta leyes contrarias a la CADH, es cuando el judicial asume un papel de vigilante ya que éste continúa obligado por el artículo 1 del Pacto de San José.<sup>45</sup>

A lo largo del desarrollo jurisprudencial, la Corte IDH llegó a consolidar este concepto, asignándoles a las y los jueces de los Estados el rol de vigilancia de la CADH. En ese sentido, éstos están obligados a realizar un control de convencionalidad, toda vez que deben velar por el cumplimiento de un “efecto útil” de la Convención y a no permitir que las leyes que contradigan o limiten el ámbito protector de ésta inhiban la plena protección a los derechos humanos conforme a los estándares interamericanos.<sup>46</sup> Posteriormente la Corte introdujo un nuevo concepto en la sentencia Cabrera García Montiel Flores vs. México, se trataba del control *difuso* de convencionalidad. Este nuevo concepto establece que todos los órganos del Estado están obligados a realizar un control de convencionalidad dentro del ámbito de sus competencias, en lo que respecta a las autoridades encargadas de la impartición de justicia, todas se encuentran facultadas para llevar a cabo dicho control, sin importar su jerarquía.<sup>47</sup> Es decir, anteriormente a los jueces de primera y segunda instancia locales, así como a los juzgadores de procesos federales (que no conocen de amparo), tradicionalmente se les consideraba como de *legalidad* ya que únicamente velaban por el apropiado cumplimiento de la legislación secundaria, y nunca sobre preceptos constitucionales, ya que éstos estaban reservados únicamente para los jueces de *constitucionalidad*, es decir los que conocían del amparo y el máximo órgano judicial. Vale la pena hacer la distinción entre el sistema del Reino Unido y el mexicano en este aspecto. Como bien se explicaba en secciones anteriores, en el sistema judicial del Reino Unido los tribunales están facultados para hacer una reinterpretación o lectura amplia de la legislación emitida por el Parlamento, sin embargo al hacer esta revisión judicial no está vinculado legalmente a tomar en cuenta las últimas interpretaciones hechas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es decir debe hacerlo y debe tener razones lo suficientemente fuertes como para no hacerlo, sin embargo no existe un dispositivo o mandato legal que así se lo ordene como en el caso mexicano.

En México la obligación de efectuar un control difuso de convencionalidad no únicamente abarca a la legislación secundaria sino también al propio actuar de las y los juzgadores, es decir la jurisprudencia establecida por los órganos judiciales también debe ser de conformidad con la CADH y con la jurisprudencia de la Corte IDH, siempre aplicando el denominado principio *pro personae*.<sup>48</sup>

45 *Ibidem*, párrafo 121.

46 Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado, Alfaro y otros) vs. Perú excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Serie C núm. 158, *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 24 de noviembre de 2006, párrafo 128.

47 Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Serie C núm. 220, *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 26 de noviembre de 2010, párrafo 225.

48 Tesis P./J. 20/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, abril de 2014, p. 202.

### 3.7. Legitimidad del Poder Judicial por encima del legislativo y ejecutivo en la interpretación de derechos

En México, a diferencia del Reino Unido, la discusión no está tan centrada y ocupada por demostrar qué órgano se encuentra mejor posicionado para establecer o interpretar derechos humanos, puesto que la misma Corte IDH ya se ha pronunciado al respecto de esto en su jurisprudencia, citadas en la sección anterior. Además existe una diferencia total entre ambos sistemas y es que en el Reino Unido a pesar de no tener una Constitución escrita, uno de sus principios constitucionales más valiosos es la *soberanía parlamentaria*.<sup>49</sup> En México este no es el caso, debido a que la discusión se centra en otro punto, específicamente en las garantías de independencia de los jueces. Existe esta idea en el sistema interamericano de protección a derechos humanos, de que la democracia por sí sola sin derechos, no puede llegar a consolidarse como una forma de gobierno orientada por la autonomía política de las personas, se cree que los derechos son precondiciones a la democracia y no un elemento antagónico a ésta, se cree que si no existen derechos garantizados entonces no existe una democracia real, sino una aparente.<sup>50</sup> Esto es ya que la falta de garantías de protección a los derechos humanos no implica inmediatamente una violación a éstos, sin embargo, genera condiciones que debilitan el contexto de su protección en diversas esferas, haciendo proclive la violación a estos por actores diversos al poder público.<sup>51</sup>

Una situación muy particular que distingue la protección a derechos humanos en México y en Reino Unido, es que en el primero surge un fenómeno muy interesante, en el cual el constitucionalismo democrático que introduce un catálogo amplio de derechos ha impactado en el plano teórico, sin embargo esto aún no ha permeado con la misma intensidad en la práctica. Desafortunadamente, en México y en la mayoría de los países latinoamericanos los derechos tienden a servir como moneda de cambio en las transacciones y negociaciones políticas.<sup>52</sup> En México los derechos humanos han estado presentes en el discurso político con mucho más ahínco, a partir de la reforma constitucional del 2011. Incluso podría decirse que la revisión judicial en México, es fuerte ya que el Poder Judicial a través de su última instancia, la SCJN, puede invalidar una legislación secundaria por tildarla de inconstitucional/inconvencional, y por vía de la jurisprudencia y en aplicación a los casos concretos, dicha legislación deja de aplicarse o queda sin efectos prácticos.<sup>53</sup> Asimismo, las y los jueces están facultados para dejar de aplicar una ley que consideren contraria a derechos humanos reconocidos en la

49 Dicey, Albert Venn, *op. cit.*, pp. 37-38.

50 Salazar Ugarte, Pedro, "La disputa por...", *cit.*, p. 635.

51 *Ibidem*, p. 636.

52 *Ibidem*, p. 637.

53 Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Qué hace la Suprema Corte de Justicia de la Nación", Portal Web de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana, Ciudad de México, 2018, <https://www.scjn.gob.mx/conoce-la-corte/que-hace-la-scjn>.

Constitución, ya sea de fuente internacional o doméstica.<sup>54</sup> Por otro lado, como ya se ha mencionado con anterioridad, esto no se ha reflejado con el mismo ímpetu en la práctica. Basta con mirar el volumen de sentencias condenatorias emitidas por la Corte IDH en contra del Estado Mexicano, así como la cantidad de peticiones individuales presentadas por mexicanas y mexicanos ante la CIDH.<sup>55</sup>

Por todas estas razones, en México se le considera al juez como el funcionario garante de los derechos humanos en última instancia, sin embargo esto no quiere decir que sea la única institución encargada de velar por los derechos humanos. Podría decirse que en la estructura, son el último eslabón de una cadena y de ahí la gran importancia de promover la independencia judicial. No obstante, los demás elementos constituyentes de la misma tienen un rol importante en las obligaciones de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, previstas en el artículo primero constitucional. Esto porque los derechos son fenómenos o constructos complejos que requieren garantías del tipo político, económico y social, todo esto, por supuesto en un contexto compatible con la cultura de derechos humanos.<sup>56</sup> De todos modos, se debe reconocer que en el sistema interno de protección a derechos humanos en México la función jurisdiccional es muy relevante ya que si ésta falla, los reclamos quedan insatisfechos. Consecuentemente, las instituciones en su conjunto comienzan a perder legitimidad y por esta razón el papel de las y los jueces va más allá de la impartición de justicia y de la protección de los derechos humanos, siendo considerados éstos como garantes del sistema democrático en su conjunto. Adicionalmente, las y los juzgadores a través de sus sentencias no únicamente resuelven casos concretos, sino que inciden en la moral positiva de determinado lugar en determinado tiempo, es decir, también tienen una función política y no meramente legal.<sup>57</sup>

Al respecto de la reforma en materia de derechos humanos que se suscitó en México en el año 2011, el Ministro de la SCJN Arturo Zaldívar expresó que dicha reforma representaba una enorme relevancia para el constitucionalismo mexicano, toda vez que se configuró un nuevo paradigma constitucional el cual fortalece la concepción de los derechos humanos “como finalidad última de la ingeniería constitucional.”<sup>58</sup>

#### 4. CONCLUSIÓN

Es posible concluir que aunque las tradiciones y diseños institucionales de ambos países son diversos, así como sus sistemas de control y balance del poder público, ambos

54 Tesis 1a./J. 4/2016 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, febrero de 2016, p. 430.

55 Martínez, Antonio, “La CIDH en crisis”, *Animal Político*, México, 31 de mayo de 2016, <https://www.animalpolitico.com/blogueros-riguroso-remix/2016/05/31/la-cidh-en-crisis/>.

56 Salazar Ugarte, Pedro, “La disputa por...”, *cit.*, p. 639.

57 *Ibidem*, p. 641.

58 Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, “Informe del presidente de la Primera Sala”, Portal Web de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana, Ciudad de México, 2011, [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/informe\\_labores/documento/2016-10/Informe\\_Primer\\_Sala\\_2011.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/informe_labores/documento/2016-10/Informe_Primer_Sala_2011.pdf).

han demostrado una voluntad política creciente en lo referente a la protección a derechos humanos. Por un lado, el Reino Unido a pesar de tener como principio total constitucional la *soberanía parlamentaria*, ha encontrado en la práctica una especie de balance, en donde la vigilancia a los derechos humanos efectuada por los jueces tiene un peso considerable. Por otro lado, en México, se podría decir que a pesar de la voluntad política por firmar y ratificar tratados internacionales en la materia, como es el caso de la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte IDH, dicha voluntad no ha permeado con la misma fuerza en la práctica, esto se puede apreciar con el número de peticiones anuales hechas por mexicanos y mexicanas ante la CIDH. Asimismo, en México la práctica de la revisión judicial se ha visto fortalecida con la introducción de la reforma en materia de derechos humanos del 2011 y el concepto de control de convencionalidad.

Adicionalmente, se puede concluir que la clasificación en el plano teórico del ejercicio de la revisión judicial como fuerte o débil, debe hacerse tomando en cuenta elementos prácticos así como teóricos. Ya que no solamente basta la voluntad política o ausencia de ésta en cuanto a la incorporación de protecciones a derechos humanos de fuente internacional, para llevar a cabo una evaluación de la revisión judicial, sino que debe analizarse el contexto en el que se ejerce esta herramienta.

## 5. FUENTES DE CONSULTA

### Bibliografía

- AMOS, MERRIS, "Transplanting Human Rights Norms: The Case of the United Kingdom's Human Rights Act", *Human Rights Quarterly*, Baltimore Maryland, 2013, vol. 35, núm. 2, Mayo 2013, p. 391.
- BELLAMY, RICHARD, "Political constitutionalism and the Human Rights Act", *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, 2011, vol. 9, núm.1, 1 de enero de 2011, pp. 86-87.
- BOATENG, PAUL AND STRAW, JACK, "Bringing rights home: Labour's plans to incorporate the European Convention on Human Rights into UK law", *European Human Rights Law Review*, Reino Unido, 1997, p. 7.
- CARPISO, JORGE, "La Constitución mexicana y el derecho internacional de los derechos humanos", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Ciudad de México, 2012, vol. XII, 2012, p. 804.
- DICEY, ALBERT VENN, *Introduction to the study of the law of the Constitution*, 8va edición., Londres, Macmillan, 1987, pp. 37-38.
- KAVANAGH, AILEEN, "What's so weak about "weak-form review"? The case of the UK Human Rights Act 1998", *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, 2015, vol. 13, núm. 4, Octubre 2015, p. 1011.
- MARTÍNEZ, ANTONIO, "La CIDH en crisis", *Animal Político*, México, 31 de mayo de 2016, <https://www.animalpolitico.com/blogeros-riguroso-remix/2016/05/31/la-cidh-en-crisis/>.

MORTE GÓMEZ, CARMEN, “El Convenio Europeo de Derechos Humanos: primeros pasos para una nueva reforma”, *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, nueva época, 2004, vol. 5, 2004, pp. 755-756.

O’CINNEIDE, COLM, “Democracy, rights and the Constitution— new directions in the human rights era”, *Current Legal Problems Oxford Academic*, Oxford, 2004, vol. 57, núm. 1, 1 de enero a 1 de diciembre de 2004, p. 176.

PARLAMENTO DEL REINO UNIDO, “Checking the work of Government”, *Portal Web del Parlamento del Reino Unido*, Londres, 2018, <http://www.parliament.uk/about/how/role/scrutiny/>.

PARLAMENTO DEL REINO UNIDO, “Members of Parliament”, *Portal Web del Parlamento del Reino Unido*, Londres, 2018, <http://www.parliament.uk/about/mps-and-lords/members/>.

SALAZAR UGARTE, PEDRO, “La disputa por los derechos”, *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Ciudad de México*, 2015, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3980/34.pdf>.

SALAZAR UGARTE, PEDRO (coord.), *La reforma constitucional sobre derechos humanos, una guía conceptual*, Ciudad de México, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, 2014, p.22.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Qué hace la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, *Portal Web de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana*, Ciudad de México, 2018, <https://www.scjn.gob.mx/conoce-la-corte/que-hace-la-scjn>.

TUSHNET, MARK, *Weak Courts, Strong Rights Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2009, pp. x-xiii.

ZALDÍVAR LELO DE LARREA, ARTURO, “Informe del presidente de la Primera Sala”, *Portal Web de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana*, Ciudad de México, 2011, [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/informe\\_labores/documento/2016-10/Informe\\_Primer\\_Sala\\_2011.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/informe_labores/documento/2016-10/Informe_Primer_Sala_2011.pdf).

## Jurisprudencia

Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Serie C núm. 154, *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 26 de septiembre de 2006.

Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Serie C núm. 220, *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 26 de noviembre de 2010.

Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado, Alfaro y otros) vs. Perú excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Serie C núm. 158, *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 24 de noviembre de 2006, párrafo 128.

Tesis 1a./J. 4/2016 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, febrero de 2016, p. 430.

Tesis P./J. 20/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, abril de 2014, p. 202.

Tesis P./J. 21/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, abril de 2014, p. 204.

### **Legislación**

Human Rights Act, 2 de octubre de 2000, Reino Unido.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 5 de febrero de 1917.



# INTERDISCIPLINA Y DERECHO: EL ASCENSO DE LA *TECNARQUÍA* Y UN LLAMADO A DECONSTRUIR LA TORRE DE BABEL DE LAS PROFESIONES

Por MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ DELGADO<sup>1</sup>

*El objetivo de la interdisciplinariedad no es erradicar disciplinas del ámbito académico, sino, por el contrario, capitalizar las competencias disciplinarias para establecer un diálogo entre ellas y promover la eliminación de barreras y la integración de las ideas que cada una proporciona.*— F. Darbellay<sup>2</sup>.

*Recapacítense los adelantos extraordinarios hechos por las máquinas en los últimos siglos, y obsérvese con qué lentitud progresan los reinos animal y vegetal. Las máquinas de organización más complicada son creaciones, no ya de ayer, sino de los últimos cinco minutos, por decirlo así, en comparación con el pasado. Admítase, para hacer más clara nuestra argumentación, que los seres conscientes hayan existido unos veinte millones de años ¡y véase qué camino han recorrido las máquinas durante los últimos diez siglos! ¿No puede durar el mundo veinte millones de años todavía? Si así fuere, ¡qué no llegarán a ser las máquinas! ¿No sería más prudente cortar el mal en flor prohibiéndolas nuevos adelantos?*— S. Butler<sup>3</sup>.

**RESUMEN:** Ante los cambios desmedidos que ha introducido la innovación tecnológica en las últimas décadas, se sugiere que los abogados, en lugar de cantar las exequias de su profesión, se preparen a vivir en el nuevo escenario. Puesto que nuestro interés es principalmente pedagógico, hacemos una propuesta para preparar a las nuevas generaciones a través de una formación interdisciplinaria. Con este fin se ofrece un panorama de lo que es la tecnología y los factores que han favorecido su ascenso, y las relaciones que ha tenido con el derecho, además de plantear algunos problemas teóricos de su vinculación. Enseguida, por medio de tres ejemplos paradigmáticos (las humanidades digitales, la Inteligencia Artificial y la neurociencia) señalaremos algunos de los principales retos y oportunidades que los profesionales del derecho deberán afrontar en el porvenir cercano. Al final, ofrecemos un panorama general de la enseñanza interdisciplinaria y sus problemáticas, y también algunas propuestas que podrían facilitarla.

**PALABRAS CLAVE:** Interdisciplina, Tecnología y derecho, Humanidades digitales, Inteligencia artificial, Neurociencia, Pedagogía jurídica

- 1 Investigador del Centro de Investigación e Informática Jurídica de la Escuela Libre de Derecho. Todas las traducciones del presente trabajo son obra del autor.
- 2 Darbellay, Frédéric, "The circulation of knowledge as an interdisciplinary process: Travelling concepts, analogies and metaphors", en *Issues in Integrative Studies*, no. 30, 2010, p. 10.
- 3 Butler, Samuel, *Erewhon o Allende las montaña*, Barcelona, Editorial Bruguera, 1982, pp. 234-235.

**ABSTRACT:** Given the excessive changes that technological innovation has introduced in recent decades, we suggest lawyers, instead of singing the obsequies of their profession, to be prepared for a life in the new scenario. Since our interest is primarily pedagogical, we make a proposal to prepare the new generations through an interdisciplinary education. For this purpose we offer an overview of what technology is and the factors that have favored its advancement, and the relationships it has had with the law, as well as to propose some theoretical problems of their bonding. Next, by means of three paradigmatic examples (digital humanities, Artificial Intelligence, and neuroscience) we will point out some of the main challenges and opportunities that law professionals will have to face in the near future. In the end, we offer an overview of interdisciplinary teaching and its main problems, and also some proposals that could make it work smoothly.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. HUMANIDADES DIGITALES. 3. INTELIGENCIA ARTIFICIAL. 4. NEUROCIENCIA. 5. PROPUESTA Y CONCLUSIONES. 6. FUENTES DE CONSULTA.

## 1. INTRODUCCIÓN

A principios del siglo III de nuestra era, Ulpiano acuñó una bien conocida definición de la jurisprudencia, que entendió como “el conocimiento de las cosas divinas y humanas, y la ciencia de lo justo y de lo injusto”, la cual, apuntan algunos estudiosos, refleja la impronta de la filosofía griega en el derecho romano, al prescribir un amplio espectro de conocimientos, por parte de los juristas, para lograr establecer lo justo y su contrario<sup>4</sup>. Hoy, a dieciocho siglos de distancia, los profesionales del derecho no podrían hallarse más lejos de los asuntos divinos, por motivos que ahora no nos conciernen, empero, harían bien en preocuparse más en la amplia, cambiante y cada vez más compleja gama de los asuntos humanos.

Desde 1965, el perspicaz futurólogo e intelectual estadounidense Alvin Toffler acuñó el término *shock del futuro*, para referirse al fenómeno que describió como la agobiante tensión y desorientación que podría embargar al común de las personas obligadas a experimentar un cambio excesivo a su alrededor, en un tiempo demasiado corto<sup>5</sup>. Al publicar, cinco años después, el *best-seller* del mismo título, el vocablo se popularizó, pero dentro del catálogo de patologías contemporáneas, como sinónimo de “la enfermedad del cambio”<sup>6</sup>.

Casi al final del siglo, Ungson y Trudel evidenciaron el mismo fenómeno en términos más propios de una crisis general, sin dejar de ver en él nuevas oportunidades: “La mayoría de los expertos e intelectuales admiten ahora que nunca ha existido un momento en la historia en que la humanidad haya enfrentado tantos cambios. Lo cual significa, paradójicamente, tanto lo mejor como lo peor de los tiempos. La oportunidad abunda,

4 Argüello, Luis Rodolfo, *Manual de Derecho Romano*, 3ª ed. corregida, Buenos Aires, 1992, p. 9.

5 Toffler, Alvin, *El <<Shock>> del Futuro*, 5ª ed., Barcelona, Plaza & Janés Editores, 1990, p. 8.

6 *Ibid.*, p. 9.

pero las bases económicas, sociales y tecnológicas de la Era de la Máquina se desmoronan”<sup>7</sup>.

El escenario mundial no ha dejado de transformarse ni los cambios han dado tregua; en tiempos recientes, ha sido tan acelerado que podemos afirmar que el *shock del futuro* alcanzó también a la ciencia, pues la velocidad a la que circula el conocimiento aumenta cada vez, de tal modo que hay quienes hablan de dos formas de hacer o concebir el quehacer científico, la ciencia rápida (*fast science*) y la ciencia lenta (*slow science*)<sup>8</sup>. La primera da primacía a las consideraciones cuantitativas y consiste en concebir el quehacer científico como producción acelerada, con énfasis en la especialización y la competitividad entre investigadores, en una ambigua búsqueda de la “excelencia”. Su contraparte, la ciencia lenta, es partidaria de la desaceleración, de aprovechar el tiempo para profundizar el conocimiento y la creatividad, a mediano y largo plazo, con el fin de lograr investigaciones más trascendentes<sup>9</sup>. Por lo mismo, el *Manifiesto de la Ciencia Lenta* culmina con estas palabras: “*bear with us, while we think*” (ten paciencia con nosotros, mientras pensamos)<sup>10</sup>.

Es verdad que las agencias de gobierno que supervisan la labor de los investigadores en México y otros países latinoamericanos, parecen favorecer la ciencia rápida, pues conceden mayor importancia a la cantidad que a la calidad de las publicaciones y colaboraciones científicas, aunque los descubrimientos así logrados son, hasta ahora, la excepción. Basta revisar la historia de los científicos ganadores del premio Nobel para demostrar que los descubrimientos más importantes han sido producto de algunas décadas de trabajo<sup>11</sup>, es decir, de lo que ahora se denomina ciencia lenta, pero no vamos a transitar hacia este tema, por demás complejo, si bien, parece una nueva forma de contar la fábula de la liebre y la tortuga<sup>12</sup>, aunque su moraleja, o no podemos descubrirla o parece demasiado abierta a las interpretaciones.

Por otro lado, producto de los debates sobre la filosofía de la ciencia en la década de los noventa, el enfoque posmoderno está ganando terreno, y ahora también se distingue entre el punto de vista clásico del pensamiento científico, de principios deterministas y mecanicistas, basados en una absoluta claridad, certeza y búsqueda de la objetividad; y la idea posmoderna, que niega los anteriores presupuestos, y varios filósofos y cientí-

7 Ungson, Gerardo, y John D. Trudel, *Engines of Prosperity: New templates for the Information Age*, Londres, Imperial College Press, 1998, p. vii.

8 Darbellay, *op. cit.*, pp. 5-6.

9 *Ibid.*

10 “Slow-Science.org”, en <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2011/07/the-slow-science-manifesto-we-dont-twitter/242770/>. 24-VI-19.

11 Garfield, Eugene, “Commentary on ‘Fast science vs. slow science, or slow and steady win the race’”, en *The Scientist*, septiembre, 1990, en <https://www.the-scientist.com/commentary/commentary-fast-science-vs-slow-science-or-slow-and-steady-wins-the-race-61087>. 25-VI-19.

12 Darbellay, *op. cit.*, p. 13n. 18.

ficos ven representada en las disciplinas de los sistemas dinámicos complejos<sup>13</sup>. Lo que debe interesarnos de esta polémica, sin tomar partido, es que el punto de vista de la posmodernidad científica evita dividir las ciencias en compartimientos, al abordarlas con un enfoque integral<sup>14</sup>.

Pero los problemas teóricos no son nuestra preocupación principal, sino exponer algunas ideas con el propósito de lograr una mejor preparación de las nuevas generaciones de abogados para enfrentar un mundo sumergido y asediado por oleadas continuas de cambios. Ya Toffler advirtió que mientras “más cambiante y nuevo sea el medio, mayor información necesita el individuo para tomar decisiones efectivas y racionales”<sup>15</sup>. De aquí que llamemos a la apertura hacia una formación interdisciplinaria en la enseñanza y también en la práctica y la investigación jurídica, pues la única certeza con la que contamos ahora es que el orbe entero seguirá transformándose, y a pesar de vivir en países alejados de las sedes de los principales desarrollos que se aproximan, lo cual no significa minimizar lo que se hace en nuestro país, que ya está, en ciertos aspectos, inmerso en ellos, el mundo globalizado, de acuerdo con su dinámica, siempre logrará involucrarnos a todos en sus movimientos.

En el Foro Económico Mundial, celebrado en 2016, en Davos-Klosters, Suiza, el ingeniero y economista Klaus Schwab, fundador y presidente ejecutivo del evento, anunció la apertura de la que nombró Cuarta Revolución Industrial, para la cual se contará con un centro de operaciones en San Francisco, y adelantó que ofrecerá singulares desarrollos en robótica, Inteligencia Artificial, nanotecnología, computación cuántica, biotecnología, el Internet de las Cosas, el Internet Industrial de las Cosas, el consenso descentralizado, la tecnología 5G, la impresión en 3D y los vehículos completamente autónomos<sup>16</sup>.

Los abogados, sobre todo en las naciones más industrializadas, hace algunos años comenzaron a experimentar los primeros indicios de esta invasión silenciosa. El periodista Andrés Oppenheimer, en su estudio sobre el porvenir de las profesiones, refiere un antecedente desde 1999, cuando se llevó a juicio, en una corte de Texas, a cierta compañía de informática por haber creado un programa de *software* llamado *Quicken Family Lawyer* (Abogado Familiar Acelerado) capaz de auxiliar en la preparación de testamentos y algunos contratos sencillos. El demandante, un improvisado Comité

13 Parsons, Keith, *The Science Wars: Debating scientific knowledge and technology*, Nueva York, Prometheus Books, 2003.

14 Valanciene, Dovile, “Neuroscience is coming to the law: What is happening and what should we know about it?”, en Tamašauskaitė-Janickė, Gintarė, y Vigitė Vėbraitė (eds.), *4th International Conference of PhD Students and Young Researchers: Interdisciplinary Approach to Law in Modern Social Context. Conference papers*, Vilnius, Lithuania, Vilnius University Faculty of Law, 2016, p. 357.

15 Toffler, *op. cit.*, p. 436.

16 Schwab, Klaus, “The Fourth Industrial Revolution: What it means, how to respond”, en <https://www.weforum.org/agenda/2016/01/the-fourth-industrial-revolution-what-it-means-and-how-to-respond/>. 23-VII-19.

contra la Práctica Desautorizada de la Abogacía, compuesto por abogados que acusaron a la compañía por ejercer sin título, ganó el juicio, pero este resultado no desanimó a los programadores al darse cuenta que el público solicitaba otros similares, pues con ellos podían lograr ahorros considerables<sup>17</sup>.

El progreso de la Inteligencia Artificial, como veremos más adelante, ha permitido a otras compañías ofrecer servicios legales en línea más complejos. En algunos estados del vecino país del norte, se les volvió a demandar por desempeñarse como abogados sin título, pero los tribunales empezaron a desechar las demandas, o bien, la plataforma de servicios se ubicaba en otro país que les permitiera continuar, aprovechando el carácter ubicuo de la red global. En 2016, puesto que la American Bar Association (Asociación de Barras de Abogados estadounidenses, ABA) se asoció con una de estas compañías, llamada RocketLawyer, para ofrecer ciertos trabajos a los usuarios, el presidente de los abogados de Pennsylvania amenazó con retirar a sus agremiados de la ABA a menos que se diera por terminada dicha alianza, y la asociación cedió, pero, como anota Oppenheimer, “al menos por el momento”, pues resulta poco creíble que estos invasores silenciosos se retiren del escenario<sup>18</sup>.

Richard Susskind, pionero de la informática jurídica, profesor de la Universidad de Oxford y miembro de la Sociedad para las Computadoras y el Derecho, publicó en 2010 *The End of Lawyers? Rethinking the nature of legal services* (¿El fin de los abogados?: Volver a pensar la naturaleza de los servicios jurídicos), donde sostiene que no sólo los practicantes del derecho, sino el común de las profesiones deberán transformarse y trabajar de la mano de la tecnología, pero los abogados, especialmente, tendrán que adoptar una imagen más accesible para el común de los usuarios, o desaparecer si persisten en ofrecer servicios anticuados, caros y elitistas<sup>19</sup>.

La tecnología, sobre la que discutiremos más adelante, ha dado a los clientes cada vez más poder e información, y el monopolio del saber de los abogados también parece en riesgo por otros motivos, pues existen naciones cuyas leyes han permitido a bancos y centros comerciales ofrecer algunos servicios legales<sup>20</sup>. Las llamadas “Cuatro Grandes” empresas de contabilidad a nivel mundial, Deloitte, EY, KPMG y PwC, y otros despachos contables, también ofrecen asesoría jurídica en algunos países, casi siempre a menores precios que los bufetes de abogados<sup>21</sup>.

En este escenario, la profesión jurídica, al igual que las demás, deberá transformarse para poder cumplir su función, porque la ola de cambios no será momentánea ni parece que disminuirá su marcha en el futuro previsible. Es por eso que hablaremos sobre

17 Oppenheimer, Andrés, ¡Sálvese quien pueda! El futuro del trabajo en la era de la automatización, México, Debate, 2018, p. 169.

18 *Ibid.*, pp. 169-170.

19 *Ibid.*, pp. 170-171.

20 *Ibid.*, pp. 171-172.

21 *Ibid.*, pp. 178-180.

la urgente necesidad de sumar nuevos elementos interdisciplinarios a la formación y práctica profesional, para que resulte más fácil comprender y adaptarnos a la realidad, sin quedar relegados ni ser arrastrados al participar en esta revolución silenciosa.

Comúnmente se entiende por interdisciplinario, al referirse a un estudio o una actividad académica, “aquello que se realiza con la cooperación de varias disciplinas”<sup>22</sup>, o “la calidad o el hecho de involucrar o recurrir a dos o más ramas del conocimiento”<sup>23</sup>. Refiriéndose específicamente a nuestro tema y a la forma en que se desenvuelve, Balthazar Durand-Jamis aclara que la aproximación interdisciplinaria consiste en iniciar con el campo teórico de una disciplina específica para luego desarrollar problemáticas e hipótesis en parte consistentes con aquellas elaboradas por otras disciplinas, es decir, “articular” el conocimiento al reorganizar los diversos campos teóricos<sup>24</sup>.

El enfoque interdisciplinario no es novedoso en ciertas escuelas de derecho europeas y en algunas universidades de los Estados Unidos, donde fue introducido desde la década de los ochenta, aunque en forma irregular y con resultados no siempre satisfactorios<sup>25</sup>. Ahora, la realidad ha obligado a reconsiderarla, porque, al menos en estos centros académicos, se ve como una necesidad y no como un simple medio para encontrar un mejor trabajo o conseguir más clientes.

En mayo de 2019, en la Cumbre celebrada en la Ciudad de México sobre innovación tecnológica y derecho, fue notoria, tanto entre los ponentes como en la audiencia, una creciente preocupación por el tema y la mayoría de los participantes acordó que debe abordarse desde los aspectos profesional, académico, regulatorio y legislativo, en asociaciones de abogados y, desde luego, a nivel pedagógico. Nosotros le daremos un enfoque primordialmente pedagógico. Aunque hay poco escrito, porque la interdisciplina es un asunto tan vasto como novedoso, consideramos que el mejor punto de partida es el de la formación de las nuevas generaciones de los profesionales del derecho.

Hablaremos, para comenzar, sobre algunos pormenores teóricos de la tecnología y daremos un repaso de su ascenso, de algunos de sus efectos a nivel social y cultural, así como de su relación con el derecho. Enseguida, expondremos tres ejemplos de áreas de innovación, aunque no podremos ahondar en ninguno de ellos por razones de espacio, en los que será indispensable la aproximación interdisciplinaria: las humanidades digitales, la inteligencia artificial y la neurociencia. Por último, ofreceremos algunas propuestas y conclusiones.

22 *DRAE* en línea, <https://dle.rae.es/?id=LtY2zG5>. 24-V-19.

23 *Diccionario Oxford* en línea, <https://www.lexico.com/en/definition/interdisciplinarity>. 23-VII-19.

24 Durand-Jamis, Balthazar, “‘Cross-disciplinary’ approaches to law: A theoretical analysis”, en Tamašauskaitė-Janickė, y Vébraité, *op. cit.*, p. 87.

25 Tokarz, Karen, “Introduction: Promoting justice through interdisciplinary teaching, practice, and scholarship”, en *Journal of Law & Policy*, 11, 2003, [https://openscholarship.wustl.edu/law\\_journal\\_law\\_policy/vol11/iss1/2/](https://openscholarship.wustl.edu/law_journal_law_policy/vol11/iss1/2/). 23-VII-19.

## 1.1. Ascenso de la *tecnarquía*

A pesar de la importancia que ha adquirido en siglos recientes, es relativamente poco lo escrito acerca de la tecnología. El *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* la define como el “conjunto de teorías y de técnicas que permiten el aprovechamiento práctico del conocimiento científico”<sup>26</sup>. De forma similar, pero con un sentido menos abstracto y más pensado en sus consecuencias, la *Encyclopaedia Britannica* en línea, la define como “la aplicación del conocimiento científico a los objetivos prácticos de la vida humana o, como se expresa a veces, al cambio y la manipulación del entorno humano”<sup>27</sup>. Por limitaciones de espacio, solamente intentaremos ofrecer una aproximación histórica y filosófica elemental de la tecnología.

A la cultura germana se deben las primeras apreciaciones críticas de nuestra área como área individual del conocimiento. Johann Beckmann, escritor de temas científicos y económicos, introdujo el término *tecnología*, en un tratado de 1777 –si bien, no arraigó hasta mucho después–, donde realizó un ensayo de historia y un intento de clasificación de las técnicas, las artes prácticas y las manufacturas que halló en la *Encyclopédie* de Diderot y D’Alembert<sup>28</sup>. Las primeras reflexiones filosóficas, *Grundlinien einer Philosophie der Technik* (Fundamentos para una filosofía de la técnica, Düsseldorf, 1877), fueron obra de Ernst Kapp, para quien la tecnología no sólo era un saber, sino también un poder forjador de cultura. Con el propósito de explicarla se valió de un símil antropológico, pues consideró que las herramientas y las armas eran en cierto sentido “proyecciones de órganos”, del intelecto humano y de sus fuerzas, potenciadas por la técnica, quizá recordando las palabras de Aristóteles, al referirse a la mano como “la herramienta de las herramientas”<sup>29</sup>.

Con el tiempo, la aproximación teórica de Kapp a la tecnología se denominó prostética, porque vio a las maquinarias y utensilios como prótesis o extensiones de los sentidos humanos. Resulta fácil comprender, como él explicó, que el martillo o el desarmador son derivados de la mano; que el catalejo es un ojo de largo alcance y el altavoz un amplificador del oído; pero no tan sencillas resultan sus comparaciones cuando afirma que los huesos podrían ser proyecciones de puentes y grúas; los nervios, cables; el sistema circulatorio, redes ferroviarias; o el sistema nervioso, una red de telégrafos, pues con estos últimos ejemplos pareciera abandonar la teoría para adentrarse en el arte surrealista. Sin abundar más en esto, así fue como quiso explicar el filósofo el símil prostético<sup>30</sup>. Kapp también imaginó el lenguaje y al Estado, en otra proyección orgánica, como extensiones del pensamiento humano. Es curioso que, casi un siglo después, el filósofo canadiense Marshall McLuhan revitalizara e hiciera popular estas

26 *DRAE* en línea, <https://dle.rae.es/?id=ZJ2KRZZ>. 27-VI-19.

27 <https://www.britannica.com/search?query=technology>. 27-VI-19.

28 Capanna, Pablo, *Maquinaciones. El otro lado de la tecnología*, Buenos Aires, Paidós, 2011, p. 15.

29 *Ibid.*, p. 17.

30 *Ibid.*, p. 18.

metáforas orgánicas, sin citar a Kapp, acorde con las tecnologías en boga. En *Understanding media: The extensions of man* (Comprendiendo a los medios: las extensiones del hombre, 1964), afirmó que el libro, el periódico, la radio o la televisión, eran una especie de prótesis del cerebro humano, de la vista o el oído, y que el lenguaje era, también, una tecnología<sup>31</sup>. ¿Coincidencia o plagio? No lo sabemos, pero quizá, años antes, cuando Sigmund Freud definió al ser humano como “un dios de prótesis”<sup>32</sup>, además de recordar el pensamiento de Kapp, estableció un puente entre ellos. Sobre McLuhan volveremos más tarde.

Lo anterior es un reflejo del ascenso político, social y cultural de la Revolución científica, surgida a mediados del siglo XVI, y de la aparición de su propio método, el cual requirió, cada vez más, de aparatos especializados para poder contar, pesar y medir sus resultados, los cuales fueron elaborados por los propios científicos, en un principio, pero, paulatinamente, su manufactura fue relegándose a manos de técnicos especializados. Por las mismas razones, comenzaron a fundarse academias y escuelas para la nueva clase científica. De corta vida fue la *Accademia dei Lincei* o Academia Linceana (1603-1651), antes de su resurrección en el siglo XIX. Después vinieron *The Royal Society* (1661) de Londres y la Academia de Ciencias de París (1666), mientras Leibniz convenció al emperador Federico II para crear la Academia de Berlín, en 1700.

Un nuevo modelo a seguir en el resto del mundo, fue la Escuela Politécnica de París (1794), que fundó Napoleón, a partir de una academia de ingenieros militares<sup>33</sup>. El famoso Instituto de Tecnología de Massachusetts (MIT, por sus siglas en inglés), se fundó en 1861, siguiendo el mismo paradigma, y haciendo hincapié en las prácticas de laboratorio, la ciencia aplicada y la ingeniería.

A partir del siglo XX, la palabra tecnología comenzó a utilizarse, sobre todo en Alemania y Estados Unidos, no solamente para referirse a las artes prácticas, sino también en su aplicación a los procesos industriales o artefactos. El historiador estadounidense Charles A. Beard, al término de la década de los veinte, fue el encargado de vincular el término con la idea de progreso<sup>34</sup>. Poco después, en 1934, el escritor autodidacta Lewis Mumford publicó un estudio muy ambicioso sobre la tecnología<sup>35</sup> –que prefirió seguir llamando técnica<sup>36</sup>–, con una visión más humanista y menos extravagante que el enfoque ingenieril de Kapp. Mumford recuperó las enseñanzas de su maestro,

31 *Ibid.*, p. 20.

32 *Ibid.*, pp. 9-10.

33 *Ibid.*, pp. 207-208.

34 Schatzberg, Eric, “*Technik* comes to America: Changing meanings of technology before 1930”, en *Aphelis*, <https://aphelis.net/emtechnikem-comes-america-eric-schatzberg-2006/>. 1-VII-2019.

35 Mumford, Lewis, *Technics and Civilization*, San Diego, Nueva York, Londres, Harcourt Brace, Harvest, 1963.

36 Mumford consideraba la “tecnología” como una especie del género “técnica”, que definió como “la interacción entre el medio social y la innovación tecnológica”. Por lo mismo, la técnica no se reducía a sus productos más visibles, sino también al arte, las costumbres, los juegos, la política y las instituciones, de los que las máquinas sólo significan un símbolo. Capanna, *op. cit.*, p. 24.

Patrick Geddes, que acuñó un nombre especial para la era tecnológica, la *tecnarquía*, pero fue mucho más allá, pues realizó un estudio íntegro del fenómeno de la máquina y sus efectos en la civilización. En su obra, si no se refiere a una maquinaria específica, utiliza el término máquina en abstracto, “como el complejo tecnológico en conjunto”<sup>37</sup>. En sus palabras: “Si deseamos tener una noción clara acerca de la máquina, debemos pensar tanto en sus orígenes psicológicos como prácticos; del mismo modo, debemos evaluar sus resultados éticos y estéticos”<sup>38</sup>. Por eso, cuando Kapp expresó que “la máquina es la imagen fiel de lo viviente”<sup>39</sup>, se refería, como diría Mumford, a su condición de símbolo del pensamiento de sus creadores.

El escritor inglés Samuel Butler, impresionado por *El origen de las especies* de Darwin, comenzó a publicar una serie de historias al estilo de *Los viajes de Gulliver* de Swift, donde imaginó una “sociedad” de máquinas en las que el darwinismo social sólo permitía sobrevivir a las más aptas, y a la vez intercaló, entre bromas y veras, sus propias reflexiones sobre el porvenir de la nueva “especie”. Luego las reunió y publicó en forma de libro, bajo el título de *Erewhon o Allende las montañas* (1872). Butler fue uno más entre los pensadores ingleses que recibieron con escepticismo los beneficios de la Revolución industrial<sup>40</sup>, pero su originalidad consistió en hacerlo, al mismo tiempo, a través de una sátira de la sociedad victoriana, y por medio de especulaciones sobre la posibilidad de que las máquinas desarrollaran una conciencia propia, en caso de seguir, como la evidencia demostraba, una evolución paralela a la natural<sup>41</sup>. Bajo esta lógica, advirtió su próximo dominio de la raza humana, pues las máquinas la someterían como si se tratara de su propio ganado<sup>42</sup>. Por último, demostró que la metáfora prostética ya circulaba, al menos en Europa, antes de su desarrollo por Ernst Kapp, porque se refirió a un filósofo que predicaba que todos los artefactos deberían tomarse como “miembros extracorporales” del ser humano<sup>43</sup>.

## 1.2. Tecnología y derecho

Hasta aquí las consideraciones teóricas e imaginativas de la tecnología, que ponen en evidencia sus dos caras o, más bien, su doble filo. La cultura de masas también nos demuestra la inquietud que despierta en la mayoría de las personas. Otro filósofo, el argentino Pablo Capanna, de quien obtuvimos una orientación general sobre el tema, lo explica así: “En general, lo que provoca sentimientos ambivalentes no es la tecnología en sí, que nunca deja de ofrecer aspectos positivos. Lo que más preocupa es la ve-

37 Mumford, *op. cit.*, p. 12.

38 *Ibid.*, pp. xi-xii.

39 Capanna, *op. cit.*, p. 19.

40 Entre ellos: John Stuart Mill, Thomas Carlyle, Matthew Arnold y George Moore. Mumford, Peter, “Introducción” a Butler, *op. cit.*, pp. 15-16.

41 Butler, *ibid.*, pp. 235-240.

42 *Ibid.*, pp. 260-266.

43 Mumford, *op. cit.*, p. 15.

locidad y la imprevisibilidad del cambio, especialmente porque no vemos hacia dónde va, ni podemos apreciar cuánto habrá de durar. Y sobre todo, el miedo a que se vuelva incontrolable”<sup>44</sup>.

Desde 1970, Alvin Toffler propuso la creación de un *ombudsman* tecnológico<sup>45</sup>, sin el propósito de supervisar la creatividad, simplemente para exigir responsabilidad a los introductores de tecnologías con efectos dañinos: “Un buen paso... sería crear una agencia de reclamaciones tecnológicas, una agencia pública encargada de recibir, estudiar y resolver las quejas referentes a la aplicación irresponsable de la tecnología”<sup>46</sup>. Es decir, sugirió un remedio *ex post facto*, y no una forma de prevenir los resultados negativos de invenciones con peligros potenciales.

El derecho podría intervenir, sin duda, para introducir algo similar a lo sugerido por Toffler, pero quizá, también, y mejor aún, para que no fuera necesario. La complejidad del tema parece inabordable si la aproximación se reduce nada más a los principios jurídicos; pero no lo es tanto con un enfoque interdisciplinario.

En la Cuarta Conferencia Internacional de estudiantes de doctorado y jóvenes investigadores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Vilnius, Lituania (21 y 22 de abril, 2016), se abordó la “Aproximación interdisciplinaria al derecho en el contexto social moderno”, cuyos ponentes trataron temas relacionados con derecho y economía, derecho y tecnologías diversas, bioética, influencia del derecho en las relaciones internacionales, políticas estatales y desarrollo social, entre otros, con estudiantes e investigadores de Francia, Alemania, Italia, Kazajistán, Lituania, Polonia, Portugal, Rusia, España, Ucrania y el Reino Unido. El propósito de la mayoría de los participantes fue dar a conocer la necesidad de profundizar el conocimiento en los aspectos interdisciplinarios del derecho. A las actas de este encuentro haremos continua referencia a lo largo de este trabajo.

El Dr. Sebastian Bretthauer, de la Universidad Goethe de Frankfurt, planteó la pregunta que podría marcar nuestro punto de partida: ¿es la ley la que debe decir lo que puede ser la tecnología, o es ésta la que debe avanzar hasta donde la norma jurídica, *a posteriori*, lo permita?<sup>47</sup> Para dar una respuesta llevó a cabo el estudio de caso de las cámaras de videovigilancia, pero también ofreció ejemplos históricos con el propósito de demostrar que las leyes casi siempre vienen a la zaga de los inventos.

El primer caso que citó lo obtuvo de la historia inglesa. En Londres, en el siglo XIII, fue necesario dictar leyes para detener el deterioro ambiental ocasionado por el carbón. Mumford recuerda que transcurrió un siglo entre la expedición de la carta real

44 Capanna, *op. cit.*, p. 55.

45 Toffler, *op. cit.*, pp. 547-550.

46 *Ibid.*, p. 549.

47 Bretthauer, Sebastian, “Law by technology or technology by law? An illustration using the example of videosurveillance”, en Tamašauskaitė-Janickė, y Vébraité, *op. cit.*, pp. 69-78.

para permitir la extracción de carbón y la ordenanza para regular las molestias que su uso inmoderado había ocasionado en la capital inglesa<sup>48</sup>.

Brethauer trajo otros ejemplos, como la máquina de vapor, introducida a mediados del siglo XVII, para la que no hubo necesidad de normatividad alguna hasta la aparición, en la década de 1830, en Prusia, del conjunto normativo llamado *Dampfesselgesetzgebung* o legislación de la caldera de vapor. Otros progresos en el siglo XIX obligaron también a regular las industrias química y óptica, sólo por mencionar algunos de los ejemplos más tempranos, los cuales poco después aumentaron exponencialmente, en particular después de la segunda mitad del siglo XX<sup>49</sup>.

En todos los casos enumerados por Brethauer, y otros que vienen a la mente, la liebre tecnológica ha corrido sin rumbo hasta que la tortuga legal, tarde o temprano, total o parcialmente, y en buenos o malos términos, la alcanza, pero no puede evitar que reinicie otra competencia y de nuevo correr tras ella. Tal vez pensando en esto mismo, el escritor Charles Stross, en forma por demás sarcástica, imaginó a los legisladores, sin distinciones, como seres peculiares a los que llamó “*legislatosaurios*”<sup>50</sup>.

En Alemania, las cámaras colocadas estratégicamente con fines de vigilancia, se utilizaron desde los años sesenta, pero su legislación, no obstante un par de iniciativas, de 1988 y 1997, no se consideró necesaria hasta el 2001, dentro de una norma de protección de datos. Brethauer señaló que, a pesar de los avances, se requieren regulaciones más específicas<sup>51</sup>. Ahora, cuando una cadena global de supermercados, con el deseo de disminuir robos y pérdidas, ha asociado, al interior de sus instalaciones, cámaras de videovigilancia con Inteligencia Artificial<sup>52</sup>, la normatividad se volverá indispensable no sólo en Alemania.

Es probable que existan partidarios de maniar *a priori* la tecnología por medio de leyes, pero no conocemos una propuesta académica seria al respecto. Para Brethauer, el proceso que hemos apuntado, donde el primer paso lo da la innovación tecnológica y a mediano o largo plazo aparece la reacción legal, es positivo, porque favorece el progreso material y la libertad que no impide los inventos ni frena a los inventores<sup>53</sup>. Sin embargo, aclaró que las “nuevas tecnologías requieren respuestas específicas a preguntas legales concretas”<sup>54</sup>, pues desarrollos recientes, como los automóviles autónomos, la Inteligencia Artificial, los drones utilizados en conflictos armados o el Internet

48 Mumford, *op. cit.*, p. 156.

49 Brethauer, *op. cit.*, p. 74.

50 Stross, Charles, *Accelerando*, Nueva York, Ace Books, 2006, p. 8.

51 Brethauer, *op. cit.*, pp. 75-76.

52 Peterson, Hayley, “Walmart reveals it’s tracking checkout theft with A I-powered cameras in 1,000 stores”, en <https://www.businessinsider.com/walmart-tracks-theft-with-computer-vision-1000-stores-2019-6?r=US&IR=T>. 4-VII-19.

53 Brethauer, *op. cit.*, p. 75.

54 *Ibid.*, p. 74.

de las Cosas, son avances que requieren una estructura legal, misma que puede aplicarse a las innovaciones del porvenir. De aquí, señaló el autor, que sea necesario que los ingenieros colaboren con los abogados<sup>55</sup>. Como conclusión, para responder a su pregunta del comienzo, afirmó que la ley no debe ser determinante para la tecnología, ni esta última arrastrar a la ley, sino que debe pensarse la tecnología *con* la ley<sup>56</sup>.

Un ejemplo de esto último fue propuesto recientemente, en el ensayo ganador del primer Premio de Innovación Jurídica, 2016-2017, donde Pedro Gerson Ugalde y Ana Bertha Cruz Martínez explicaron el uso de microdirectivas, es decir, leyes, normas o estándares que prescriben conductas flexibles o de interpretación abierta, para regular, verbigracia, los límites de velocidad para los automóviles a ciertas horas o en condiciones específicas, con ayuda de un algoritmo de Inteligencia Artificial capaz de calcular y prescribir lo más conveniente en cada momento<sup>57</sup>.

En el mismo congreso de la Universidad de Vilnius, la doctoranda Margo Bernelin, de la Universidad del Oeste de París Nanterre, se preguntó si nuestro actual entorno legal era capaz de regular asuntos tan rápidamente cambiantes o si sería necesario crear nuevas instituciones legales para abordar las revoluciones científicas y tecnológicas, porque el debate ha rebasado el ámbito jurídico, y requiere, además, consideraciones morales y éticas<sup>58</sup>. No le quedaron dudas: “el derecho necesita... abrirse a otros campos, para aprender de ellos con el fin de comprender mejor sus propios objetos de conocimiento”<sup>59</sup>. También se valió de ejemplos para ilustrar mejor sus ideas: el problema de los embriones humanos y el de la Inteligencia Artificial. En ambos casos, se han reiterado las preguntas que buscan establecer si estamos o no ante seres vivos o conscientes, lo cual solamente ha sido posible aventurar a través de un acercamiento interdisciplinario. Bernelin resumió la forma en que se abordó el debate sobre los embriones en Inglaterra, con la colaboración de médicos, filósofos, teólogos, trabajadores sociales y abogados<sup>60</sup>. En el tema, todavía no resuelto, de la Inteligencia Artificial, los profesionales del derecho han trabajado con ingenieros y filósofos, especialmente para definir el significado de la autonomía y saber si podría atribuírsele responsabilidad civil<sup>61</sup>.

La misma autora reconoció los problemas metodológicos de una aproximación interdisciplinaria, pero apuntó que será inevitable tratarlos, especialmente porque

---

55 *Ibid.*, p. 69.

56 *Ibid.*, p. 76.

57 Ugalde, Pedro Gerson, y Ana Bertha Cruz Martínez, “¿Una ley para cada quien?: Cómo generar leyes más eficientes y justas con herramientas tecnológicas”, en Cossío Díaz, José Ramón (coord.), *Innovación Jurídica*, México, Tirant lo Blanch, El Colegio Nacional, 2018, pp. 15-39.

58 Bernelin, Margo, “Interdisciplinary approach: A useful but challenging tool for the regulation of science and technologies”, en Tamašauskaitė-Janickė y Vėbraité, *op. cit.*, pp. 62-68.

59 *Ibid.*, p. 63.

60 *Ibid.*, pp. 64-65.

61 *Ibid.*, pp. 65-66.

ahora ninguna área del conocimiento puede contener todas las respuestas para los nuevos desafíos y realidades<sup>62</sup>. En cuanto al derecho, fue muy clara al señalar que debemos dejar atrás la idea de encontrar *la solución jurídica correcta*, a lo más que podemos aspirar es a *la mejor solución jurídica* para cada caso específico<sup>63</sup>. En el mismo congreso de Lituania, Yuliya Milto, doctorando de la Universidad de Bolonia, concluyó que la ley no debe considerarse una panacea de los problemas que encara el mundo de hoy, sino solamente un elemento de regulación junto con la gobernanza, la sociedad, la ética y la ciencia<sup>64</sup>, pues la interdisciplina no consiste solamente en reunir las humanidades con las ciencias exactas, a los ingenieros, técnicos y científicos con los profesionales de las disciplinas sociales, sino algo más: “Diseñar una ley para que sea más flexible y eficiente requiere una aproximación interdisciplinaria y la cooperación entre disciplinas vinculadas que tomen en cuenta una gran variedad de elementos”<sup>65</sup>.

Para lograr algo así también se necesita un mayor número de investigadores *nómadas*, los que, a diferencia de los *sedentarios*, deben desplazarse a otros mundos conceptuales, métodos y formas de pensamiento científico, sin abandonar su área de especialidad. Frédéric Darbellay, profesor de la Universidad de Ginebra y uno de los más reconocidos teóricos de la interdisciplinariedad, ha escrito al respecto: “El trabajo sobre conceptos circulantes y su configuración como redes que trascienden las divisiones disciplinarias ciertamente ofrece un estilo de razonamiento que no es puramente lineal, causal y unidireccional, encordando disciplinas en una relación de yuxtaposición, sino uno que aboga por una descentralización, una apertura de disciplinas al diálogo, con el fin de revelar el potencial para interrelacionarlas”<sup>66</sup>. Desde luego, esto más fácil decirlo que hacerlo. Pero la realidad no ofrece muchas alternativas.

Hace ya casi un siglo que la historia de la ciencia demostró que la producción e investigación científica y tecnológica también responde a condicionamientos sociales, económicos e ideológicos, a partir del trabajo del filósofo e historiador de la ciencia ucraniano, Boris Hessen, sobre la influencia del contexto histórico en el que Newton publicó sus famosos *Principia mathematica*<sup>67</sup>. Es decir, los logros de la ciencia y la tecnología no surgen de las universidades y los laboratorios simplemente, y en la mayoría de los casos, porque fueron descubiertos o inventados en la mente privilegiada de sus creadores, sino a veces por motivos que no atienden al simple deseo de hacernos la vida más fácil y eficiente o, por lo menos, no para la mayoría. De aquí que surjan los temores referidos al principio de este apartado. Sobre esto hallaremos ejemplos más adelante.

62 *Ibid.*, pp. 64-65.

63 *Ibid.*, pp. 66-67.

64 Milto, Yuliya, “Efficiency of law in innovation environment”, en Tamašauskaitė-Janickė y Vébraité, *op. cit.*, p. 201.

65 *Ibid.*, p. 195.

66 Darbellay, *op. cit.*, p. 8.

67 Hessen, Boris, “Las raíces socioeconómicas de la mecánica de Newton”, en Saldaña, Juan José (ed.), *Introducción a la teoría de la historia de las ciencias*, México, UNAM, 1989, pp. 79-145.

## 2. HUMANIDADES DIGITALES

Una de las razones de la controversia entre la ciencia rápida y la ciencia lenta, referida en los párrafos introductorios, ha sido la tecnología digital, por la sencillez y prontitud en la comunicación de sus resultados, si se compara con la letra impresa, la cual ha dejado de ser la forma privilegiada de compartir los adelantos científicos.

Las humanidades digitales, como podría suponerse, no comenzaron con Internet, ni fueron sus iniciadores gurús o genios de la informática que preferían el monitor de una computadora a las páginas de un libro impreso, sino humanistas y profesores universitarios que reconocieron en las tecnologías emergentes una valiosa herramienta para llevar a cabo su labor. Un breve repaso de sus orígenes nos dará una mejor idea de lo que son, lo mismo acerca de su importancia y utilidad.

El pionero de las humanidades digitales fue un jesuita italiano, Roberto Busa (1913-2011), que en cuanto se enteró de la existencia y capacidades de los “cerebros electrónicos”, como se llamaba entonces a las computadoras, a finales de la década de 1940, pensó encontrar en ellos un instrumento invaluable para sus estudios tomísticos e imaginó la posibilidad de preparar una concordancia de Santo Tomás, pues para él “*digitus Dei est hic!*” (iel dedo de Dios está aquí!). En 1949, logró convencer a la compañía IBM de involucrarse en su proyecto, el cual inició en Milán, dos años después, con experimentos de lingüística automatizada. Con paciencia de santo o, en este caso, ignaciana, luego de tres décadas y múltiples asistentes, pruebas y errores, en 1980, apareció, finalmente, el *Index Thomisticus*, en 56 volúmenes. Hoy, la Alliance of Digital Humanities Organizations (Alianza de Organizaciones de Humanidades Digitales), concede, en su honor, el *Roberto Busa Prize*, a quienes han realizado labores destacadas a lo largo de los años en esta misma especialidad<sup>68</sup>. A lo largo de sesenta años, de acuerdo con el testimonio de Busa, procesó más de 22 millones de palabras de la filosofía escolástica –la mitad en latín– en 23 lenguas y 9 alfabetos, mismas que registró y clasificó con ayuda de asistentes<sup>69</sup>. El proyecto iniciado por el jesuita no ha dejado de ramificarse hasta nuestros días, pues, a partir del texto original digitalizado, Enrique Alarcón creó una aplicación para teléfonos inteligentes que permite consultar la *Summa Theologica* de diferentes formas (índices, palabras clave, secciones, tratados o añadir marcas personalizadas) en su latín original<sup>70</sup>.

Antes de que Busa hallara los dígitos divinos en la tecnología computacional, la poetisa, crítica literaria y profesora de la Universidad de California, Berkeley, Josephine Miles (1911-1985), en los años treinta y cuarenta, llevó a cabo estudios pioneros sobre

68 Alliance of Digital Humanities Organizations, “Awards”, <https://adho.org/awards/roberto-busa-prize>. 24-VI-19.

69 Schriebman, Susan, Ray Siemens, y John Unsworth, *A Companion to Digital Humanities*, en <http://www.digitalhumanities.org/companion/view?docId=blackwell/9781405103213/9781405103213.xml&chunk.id=ss1-1-2&toc.depth=1&toc.id=ss1-1-2&brand=default>. 8-VII-19.

70 <http://www.corpusthomicum.org/eandroid.html>. 24-VI-2019.

métodos de estudio cuantitativos en la literatura, primero acerca de los adjetivos preferidos por los poetas románticos y luego sobre frases verbales de la poesía inglesa de los siglos XVII al XIX. En los años cincuenta, esta vez asistida por computadoras, dirigió un proyecto para crear las concordancias de la obra poética de John Dryden, retomándolo de un intento previo, de Guy Montgomery, del que heredó 64 cajas de zapatos con fichas de indexación, las cuales, trasladadas al departamento de Ingeniería Eléctrica de su universidad, fueron procesadas y capturadas por sus alumnas graduadas, y el resultado se publicó en 1957<sup>71</sup>.

El ascenso de la tecnología digital en las siguientes décadas permitió que las humanidades digitales se divulgaran y entendieran como las investigaciones que vinculan el trabajo colaborativo, transdisciplinario<sup>72</sup> y asistido por las ciencias computacionales para llevar a cabo labores de investigación, enseñanza y publicaciones académicas<sup>73</sup>.

Un grupo de especialistas de esta nueva área del conocimiento, durante un encuentro en París, el 18 y 19 de mayo de 2010, firmó un *Manifiesto de las Humanidades Digitales*<sup>74</sup>, cuyos tres principios definitorios hablan por sí solos:

El giro digital de la sociedad cambia y cuestiona las condiciones de la producción y distribución del conocimiento.

Para nosotros, las humanidades digitales abarcan la totalidad de las ciencias sociales y humanidades. Las humanidades digitales no son *tabula rasa*. Al contrario, se sustentan en todos los paradigmas, *know-how / savoir-faire* [saber hacer] y conocimientos específicos de estas disciplinas, organizando las herramientas y perspectivas únicas habilitadas por la tecnología digital.

Las humanidades digitales designan una “transdisciplina”, que incorpora todos los métodos, sistemas y perspectivas heurísticas vinculadas con lo digital dentro de los campos de las humanidades y las ciencias humanas.

No conocemos muchos ejemplos del uso de las humanidades digitales en el ámbito jurídico. En derecho romano, hace pocas décadas se utilizaba un programa de nombre FIURIS, en CD-Rom, creado por CNR y la Universidad La Sapienza de Roma, que

71 Buurma, Rachel Sanger y Laura Heffernan, “Search and replace: Josephine Miles and the origins of distant reading”, en <https://modernismmodernity.org/forums/posts/search-and-replace>. 31-V-19.

72 A diferencia de la interdisciplina, que parte de un solo campo de conocimiento para luego vincularse con los enfoques de otros, la transdisciplina no mantiene la aproximación específica de un solo campo, sino el de varios. Por eso, algunos autores la denominan “integración” de disciplinas. Durand-Jamis, *op. cit.*, p. 87.

73 Burdick, Anne, *et al.*, *Digital Humanities*, Cambridge, London, The MIT Press, 2012, pp. 3-4, en [https://web.archive.org/web/20161026210950/https://mitpress.mit.edu/sites/default/files/9780262018470\\_Open\\_Access\\_Edition.pdf](https://web.archive.org/web/20161026210950/https://mitpress.mit.edu/sites/default/files/9780262018470_Open_Access_Edition.pdf). 24-VI-19.

74 ThatCamp Paris, “User Generated Unconference on Digital Humanities”, <https://tcp.hypotheses.org/411>. 24-VI-19.

funcionaba como base de datos para facilitar la ubicación de fuentes hemerográficas relacionadas con las fuentes romanas, publicadas sobre todo entre 1965 y 1992. También contenía un *thesaurus* de términos griegos y latinos. Sin embargo, la aparición de Google y otros motores de búsqueda, lo volvieron obsoleto.

Al elaborar una obra de referencia sobre la historia intelectual de los diputados constituyentes de 1916-1917, con motivo del centenario de nuestra Carta Magna, en colaboración entre el maestro Alejandro Mayagoitia y el autor de estas líneas<sup>75</sup>, resultó no sólo muy útil sino indispensable para llevarlo a cabo, una versión digital del *Diario de los Debates* del Congreso de Querétaro –casi 2400 páginas impresas–, que permitió buscar y hacer estudios cuantitativos por palabra, diputado, sesión, fecha, tema, etc.

Las humanidades digitales tal vez parezcan todavía distantes, pero su uso e influencia en el mundo académico va en aumento<sup>76</sup>. No es una moda, sino una tendencia a nivel global. Desde luego, habrá quien opine que las humanidades digitales tienen tanto de humanidades o de humano, como los discos duros de las computadoras o los monitores que despliegan sus resultados, pero, como apunta Burdick, no deben verse “como una amenaza, sino como una oportunidad para demostrar que los valores y el conocimiento de las humanidades se consideran cruciales para forjar cualquier dominio de la cultura y la sociedad”<sup>77</sup>.

Las aulas, como ya lo advertimos en la introducción, deben ser uno de los lugares obligados para enseñar cómo afrontar en forma crítica la novedad tecnológica. Asumir una actitud tecnofóbica o de rechazo ante los nuevos instrumentos para la enseñanza, obligando a los alumnos a usar la tecnología del pasado, por temor a que hagan mal uso de las existentes, la mayoría de las veces resulta contraproducente, sobre todo porque lo que para el catedrático parece una moda, para el alumno es lo más parecido al medio tecnológico en el que tendrá que desenvolverse profesionalmente.

No ser críticos con la tecnología ni con los medios por los cuales circula la información, puede llevarnos a culpar a los indolentes aparatos de gran parte de lo que sucede en el entorno, y esto quizá tiene que ver más con la que en un inicio llamamos enfermedad del cambio y la inhabilidad de la mayoría para adaptarnos a sus revoluciones instantáneas, y no menos a ciertos daños colaterales. Desde 1970, Toffler los advirtió y describió el fenómeno de este modo:

La afirmación de que el mundo <<se ha vuelto loco>>, el eslogan pintado en las paredes de que <<la realidad es una muleta>>, el interés por las drogas alucinógenas, el entusiasmo por la astrología y el ocultismo, la busca de la verdad en la sensación, el éxtasis y la <<experiencia cumbre>>, la desviación hacia un subjetivismo extremado,

---

75 Betanzos Torres, Eber, y Jaime Chávez Alor (coords.), *Los Constituyentes de 1917*, México, Secretaría de la Función Pública, Fondo de Cultura Económica, 2017.

76 Darbellay, *op. cit.*, p. 5n. 7.

77 Burdick, *op. cit.*, p. vii.

los ataques contra la ciencia, la progresiva creencia de que al hombre le ha fallado la razón, reflejan la experiencia cotidiana de masas de personas corrientes que descubren que no pueden enfrentarse racionalmente con el cambio<sup>78</sup>.

Al tiempo que vivimos en la era de la información, resulta paradójico que también parecemos sumergirnos en una edad de incredulidad e ignorancia favorecida por las mismas vías del mundo globalizado. Gracias a Internet las comunicaciones se han puesto al alcance de la mayoría, pero también a muchos los ha llevado a vivir en una “burbuja con filtros”, la cual sólo deja pasar la información con la que están de acuerdo y contactar más fácilmente con quienes piensan igual<sup>79</sup>.

Refiriéndonos solamente a los nuevos medios y la enseñanza, porque el tema, en sentido más amplio, es demasiado extenso y complejo, recordamos el reportaje que Achenbach realizó sobre la sociedad estadounidense, refiriendo sintomatologías que se han visto en otros lugares: “La gente se siente *empoderada* por sus propias fuentes de información y sus propias interpretaciones de lo que es / debe ser la investigación científica”<sup>80</sup>. Por ejemplo, una celebridad, ahora convertida en activista antivacuna porque cree que las vacunas causaron el autismo de su hijo, asegura con ironía que su certeza la debe al título que obtuvo en “la Universidad de Google”<sup>81</sup>, respuesta que a más de un catedrático debe recordarle episodios similares sucedidos en clase. Otro caso parecido, de mayor alcance, también de los Estados Unidos, se refiere a que el 40% de sus habitantes dudan sobre la existencia del cambio climático y de la responsabilidad de las actividades humanas en el fenómeno. Además, la mayoría cree que sus partidarios hablan de este último para atacar al mercado libre y la sociedad industrial en general<sup>82</sup>.

Achenbach no guarda reservas al decir: “El razonamiento científico debe enseñarse, y a veces no se hace bien. Varios estudiantes creen que la ciencia es una colección de hechos, no un método. Otros no comprenden lo que es una evidencia”<sup>83</sup>; para concluir, acompaña su artículo de un llamado urgente: “Debemos mejorar mucho en encontrar respuestas, porque es verdad que las preguntas no van a volverse más sencillas”<sup>84</sup>.

No cabe duda que toda pedagogía del presente debería partir de un uso responsable y crítico de la tecnología. De aquí que volvamos a insistir en su necesidad desde los primeros años escolares y quizá antes<sup>85</sup>. Para tener una idea más concreta de su necesidad

78 Toffler, *op. cit.*, p. 454.

79 Achenbach, Joel, “The Age of Disbelief”, *National Geographic*, vol. 227, no. 3, marzo, 2015, pp. 32, 45-47.

80 *Ibid.*, p. 34.

81 *Ibid.*, p. 47.

82 *Ibid.*, pp. 41 y 44.

83 *Ibid.*, p. 47.

84 *Idem.*

85 Contra la exposición temprana de los infantes a la tecnología, se ha pronunciado la Dra. Mary Aiken (*The Cyber Effect*, Nueva York, Spiegel & Grau, 2017, pp. 88-118).

en el ámbito educativo, recordemos la última reencarnación de la metáfora protésica de la tecnología.

En los términos de McLuhan, los medios de comunicación son prolongaciones de los órganos de los sentidos, y los circuitos electrónicos pueden asimilarse al sistema nervioso humano. En la década de los sesenta, dejó en claro que, gracias a la radio y la televisión, había sido posible comunicarnos para producir una simultaneidad múltiple del pensamiento y crear un espacio al que nombró aldea global<sup>86</sup>. El filósofo canadiense murió en 1980, sin conocer la red informática mundial o *World Wide Web*, pero no solamente sus discípulos aseguran que fue un precursor de su existencia y alcances. Con su famoso *dictum* “el medio es el mensaje”, quiso explicar que los medios no sólo eran canales de información, sino que conducían el pensamiento y le daban forma a su proceso<sup>87</sup>. Como apuntó uno de sus críticos, “por muy evidentemente exagerado que resulte... la pretensión de que el medio *sea* el mensaje, el medio *ejerce* efectivamente un efecto sobre y por encima del contenido en el mensaje mismo”<sup>88</sup>.

Nicholas Carr, periodista científico que ha estudiado los efectos de la tecnología digital en nuestro cerebro, recuerda que también McLuhan advirtió algo más sobre los medios, los cuales terminarían por aletargar cualquier parte de ese mismo cuerpo protésico cada vez que éste fuera amplificado<sup>89</sup>. En lo que a la lectura se refiere, por ejemplo, no es necesario explicar el descenso en el número de lectores de los medios impresos en décadas recientes, que algunas personas, incluso académicos y no sólo las nuevas generaciones, consideran obsoleto, porque la red informática mundial permite encontrar el dato específico requerido, sin necesidad de consultar múltiples fuentes en papel<sup>90</sup>. Es cierto, además, que también se ha generalizado la práctica de leer libros impresos como la mayoría leemos revistas y periódicos, es decir, un poco por aquí y otro poco por allá<sup>91</sup>, aunque esto último, consideramos, se hace más por carecer de tiempo que por falta de interés en sumergirse por completo en la lectura, aunque no podemos asegurar que lo mismo suceda con la mayoría de los alumnos.

Otro efecto de las innovaciones tecnológicas, señalado por Carr, consiste en las transformaciones de una obra impresa, sobre todo si se trata de una obra canónica. Una vez trasladada a un medio digital, especialmente si está conectado a la red, “se convierte en algo muy similar a un sitio *Web*... La linealidad del libro impreso es destrozada, junto con la atención tranquila que alienta en el lector”<sup>92</sup>.

---

86 Miller, Jonathan, *McLuhan*, Barcelona, México, Grijalbo, 1972, p. 20.

87 *Ibid.*, p. 6.

88 *Ibid.*, p. 22.

89 Carr, Nicholas, *The Shallows: What the Internet is doing to our brains*, Nueva York, Londres, W. W. Norton, 2010, p. 210.

90 *Ibid.*, pp. 8-9.

91 *Ibid.*, p. 103.

92 *Ibid.*, p. 104.

Estos son algunos de los efectos en la lectura<sup>93</sup>. El entorno digital también afecta la forma de escribir<sup>94</sup>, pero esto apenas se ha estudiado.

Un grupo de investigadores de la Fundación Universitaria Los Libertadores y de la Universidad Sergio Arboleda, de Colombia, publicó recientemente, en inglés –la lengua más socorrida para comunicar la ciencia<sup>95</sup>–, un artículo sobre el papel que juegan las tecnologías de la información y la comunicación (ICTS) en la educación universitaria de su país, acentuando sus ventajas, pero sin olvidar el enfoque crítico. Las ICTS, apuntan, se utilizan en todos los contextos de la vida y conllevan una revolución cultural que está transformando las sociedades. En el campo de la investigación, es una herramienta que contribuye al trabajo colaborativo, desarrollo del conocimiento y la divulgación; por otro lado, también permite crear representaciones no lingüísticas de lo aprendido; impulsa el autoaprendizaje, así como una mayor interacción entre maestros y alumnos<sup>96</sup>. De hecho, la Web 2.0, también llamada red participativa, está pensada en facilitar el trabajo colaborativo<sup>97</sup>.

Los mismos autores reducen a cuatro las habilidades que, ante todo, deben desarrollar los estudiantes para poder manejar los retos actuales y venideros: la capacidad crítica, la capacidad colaborativa, la habilidad de comunicar y la creatividad<sup>98</sup>. Desde luego, son tareas e ideales pedagógicos de siempre, pero que pueden ser potenciados con las ICTS y las humanidades digitales. Al final de su artículo, los investigadores colombianos hacen una reflexión importante al advertir que el “formalismo en exceso, los métodos radicales y el sistema que impide una enseñanza que promueva las capacidades científicas, son algunos de los factores que hacen que el alumno pierda el interés” en estos temas<sup>99</sup>.

### 3. INTELIGENCIA ARTIFICIAL

La Inteligencia Artificial (IA) suele definirse de acuerdo con el área para la cual se utiliza, por eso optamos por un concepto más general, del *Diccionario Oxford*, esto es, la teoría y desarrollo de sistemas computacionales capaces de llevar a cabo tareas que re-

---

93 Otros más pueden hallarse en Carr, *ibid.*, pp. 126-138.

94 *Ibid.*, p. 104.

95 Shum, Greta, “¿Tiene que ser el inglés la lengua dominante de la ciencia?”, en *Scientific American*, en <https://www.scientificamerican.com/espanol/noticias/tiene-que-ser-el-ingles-la-lengua-dominante-de-la-ciencia/>. 25-VI-19.

96 Linares Laguna, Luz Mariela *et al.*, “Use of information technologies and communications (ICTS) in University research culture”, en *Revista Observatório*, vol. 5, no. 2, abr.-jun., 2019, pp. 4-10, en <https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/observatorio/search/authors/view?firstName=Luz%20Mariela%20Linares&middleName=&lastName=Laguna&affiliation=Fundaci%C3%B3n%20Universitaria%20Los%20Libertadores&country=CO>. 29-VII-19.

97 *Ibid.*, p. 12.

98 *Ibid.*, p. 11.

99 *Ibid.*, p. 12.

quieren normalmente la participación de la inteligencia humana, como la percepción visual, el reconocimiento de voz, la toma de decisiones, y la traducción a diferentes lenguas<sup>100</sup>. Dentro de la Cumbre La (R) evolución del Derecho, celebrada el 16 de mayo de 2019 en la Ciudad de México, fueron señalados los principales usos actuales de la IA en el mundo jurídico: predicción de sentencias, *bots* conversacionales<sup>101</sup>, automatización de servicios legales, y procesamiento de lenguaje natural<sup>102</sup>. Antes de hablar de algunos de ellos, mencionaremos que, en el mismo encuentro, se abordó el problema que tiene la mayoría de los abogados para adoptar y afrontar cambios en su práctica profesional, sobre todo si son disruptivos, como el que se avecina gracias al desarrollo de la tecnología, si bien, como mencionamos en la introducción, este problema no debe verse como algo exclusivamente profesional, sino generacional, por el fenómeno del *shock* del futuro.

Así como la ley de Moore habló en los noventa del crecimiento exponencial del poder de cómputo, se acuñó otra más general, la ley de Martec, para referirse al potencial avasallador de la innovación: Mientras la tecnología cambia exponencialmente, las organizaciones lo hacen logarítmicamente. Cuando es muy grande el margen entre la tecnología disponible y la tecnología utilizada, es probable que las compañías y los negocios deban replantearse un cambio, aunque resulte altamente disruptivo<sup>103</sup>.

El desarrollo de la IA, en general, se puede demostrar fácilmente con algunos ejemplos. El programa *Deep Blue* de IBM, en 1997 derrotó al campeón mundial de ajedrez. Apenas transcurrieron diecinueve años, para que Google, con el programa *AlphaGo*, que imita la forma en que los seres humanos practican videojuegos, venciera al campeón de go, donde se requiere mayor intuición que lógica. En el ámbito jurídico, una *Legal Tech Startup* o compañía emergente de tecnología legal, llamada *Case Crunch*, en septiembre de 2017, organizó una competencia en la que involucró a los cien despachos más respetados de Londres para competir contra su programa *Case Cruncher Alpha*, creado por estudiantes de derecho de la Universidad de Cambridge, Inglaterra. A los competidores les entregó los datos de cientos de casos de seguros de protección de pagos (PPI), para que los participantes previeran en cuáles de ellos el Ombudsman Financiero aceptaría reclamaciones. En total, fueron enviadas 775 predicciones y el programa obtuvo una fácil victoria con un 86.6% de aciertos, contra un 66.3% de los abogados<sup>104</sup>.

100 “Artificial Intelligence”, en [https://www.lexico.com/en/definition/artificial\\_intelligence](https://www.lexico.com/en/definition/artificial_intelligence). 16-VII-19.

101 *Bot* (abreviatura de robot) es un programa autónomo en una red informática (especialmente Internet) capaz de interactuar con otros sistemas o con usuarios.

102 El procesamiento de lenguaje natural o PLN, se refiere a la interacción entre la tecnología de las comunicaciones y el lenguaje de los seres humanos, en especial para que los programas de cómputo sean capaces de procesar y analizar grandes cantidades de la expresión oral, lo cual no es exclusivo del mundo jurídico.

103 “Martec’s Law: the greatest management challenge of the 21st century”, en <https://chiefmartec.com/2013/06/martecs-law-technology-changes-exponentially-organizations-change-logarithmically/> 17-V-19.

104 Cellan-Jones, Rory, “The robot lawyers are here-and they’re winning”, en <https://www.bbc.com/news/technology-41829534>. 15-VII-19.

Ian Dodd, juez que supervisó la competencia, sentenció lo que para él significaba este resultado, con palabras que a la vez reflejan lo que muchos profesionistas temen: “*The knowledge jobs will go, the wisdom jobs will stay*” (los trabajos de conocimiento se irán, los trabajos de sabiduría permanecerán)<sup>105</sup>.

Por medio de algoritmos, es decir, los procesos o series de reglas que deben seguirse en operaciones de cálculo y solución de problemas, especialmente realizados a través de programas informáticos, ahora es posible llevar a cabo análisis predictivos, muy utilizados en el mundo de los negocios, pero también para predecir sentencias. En los Estados Unidos, uno de los más destacados es LexMachina, que surgió por iniciativa del profesor Mark Lemley, de la facultad de derecho de la Universidad de Stanford y director de su Programa de Derecho, Ciencia y Tecnología. La compañía se especializó al comienzo en casos de propiedad intelectual, analizando los archivos de un sinnúmero de patentes, pero también del historial de las decisiones de los jueces y de los mismos clientes, para adelantar el resultado más probable. Su éxito pronto le permitió extenderse a nuevas áreas, incluyendo las decisiones de la Corte Suprema de su país, y también para evaluar tribunales, jueces en lo particular y bufetes de abogados<sup>106</sup>.

Como se mencionó en la introducción, hay abogados que se oponen a la existencia de plataformas que ofrecen servicios legales automatizados en línea, como Legal Zoom, Rocket Lawyer o Law Depot. En países como los Estados Unidos y Gran Bretaña, a través de ellos se pueden hacer consultas y obtener documentos simples para testamentos, divorcios, contratos de arrendamiento y sociedades, ya que sus precios están muy por debajo de las tarifas de los profesionales del derecho, de ahí su popularidad. Sin embargo, dicha oferta a veces resulta ser solamente el cebo para que los clientes contraten verdaderos abogados que trabajan para las mismas compañías, en caso de que su trámite no resulte tan sencillo<sup>107</sup>.

También hay compañías como eBay y PayPal, que contratan servicios externos para resolver conflictos de sus compradores, como Modria, una especie de juez letrado virtual para el comercio en línea, que en ciertos casos admite apelaciones. Si después de las dos instancias el cliente no queda satisfecho, entonces interviene un empleado de carne y hueso<sup>108</sup>.

Es verdad que la participación de la IA en el ámbito jurídico es limitada en el momento actual, pero subsiste la inquietud acerca de su progreso. Oppenheimer ha encontrado datos relevantes sobre su desarrollo inmediato:

John O. McGinnis, profesor de la escuela de Derecho de la Universidad Northwestern, y Russell G. Pearce, de la escuela de Derecho de la Universidad de Fordham, concluyeron

---

105 *Idem*.

106 Oppenheimer, *op. cit.*, pp. 174-176.

107 *Ibid.*, pp. 163-164.

108 *Ibid.*, pp. 166-168.

en un estudio que las áreas del trabajo de los abogados que se automatizarán a más corto plazo serán las de revisión de documentos, la búsqueda de antecedentes de casos legales, y el análisis predictivo de las posibilidades de ganar casos. Antes... los abogados buscaban documentos en sitios de internet especializados como Lexis con palabras clave, pero se trataba de un método deficiente, pues muchas veces un documento relevante podía no contener la palabra clave que ingresaba el abogado. O, también, la búsqueda podía arrojar documentos no relevantes al caso. Pero ahora, los algoritmos han perfeccionado el arte de decidir si un documento es relevante o no. En la actualidad la inteligencia artificial permite hacer búsquedas con conceptos expresados con palabras sencillas, en lugar de palabras clave, y encontrar los documentos más relevantes.

Por supuesto, estos algoritmos también pueden ser imperfectos, pero los robots se equivocan menos, afirman los autores. “La imperfección es la norma, incluso cuando los abogados hacen esta tarea, en que la fatiga, el aburrimiento y otras debilidades que no afectan a las máquinas inteligentes pueden reducir seriamente la calidad de la revisión de documentos”, afirman. Pero ahora los nuevos programas de búsqueda de antecedentes legales serán enormemente más efectivos, dicen los autores<sup>109</sup>.

Tal vez el juez Dodd no estaba tan errado al sentenciar que “los trabajos de conocimiento se irán”, si entendemos por ellos las labores repetitivas y el procesamiento cuantitativo de datos, es decir, las labores más tediosas y rutinarias. Sea lo que fuere, ninguna tecnología, hasta donde se puede prever, podrá sustituir la presencia humana en el foro y el vínculo personal entre el cliente y el abogado<sup>110</sup>. Además, la IA sólo puede procesar información existente, no los proyectos o las iniciativas ni adelantar las interpretaciones legales, es decir, predecir las ideas ni el ingenio humano. Quizá por eso también sentenció Dodd: “los trabajos de sabiduría permanecerán”.

Las nuevas tecnologías también pueden crear oportunidades para quienes saben aprovecharlas. Una de ellas tiene que ver con el mal uso de los algoritmos de IA. En una valiente y bien documentada y ahora galardonada investigación, la doctora en matemáticas por la Universidad de Harvard, Cathy O’Neal, que se desempeña como científica de datos, una de las profesiones emergentes de nuestra era, explica cómo los grandes datos (*big data*) que ella y sus colegas manejan, al igual que los modelos matemáticos empleados para nutrir algoritmos, cuyos creadores consideran imparciales, en muchos casos no lo son, sino que deberían llamarse como el título de su libro, *armas de destrucción matemática*<sup>111</sup>.

Los grandes datos, mejor conocidos como *big data*, se utilizan con éxito, desde principios de este siglo, por ejemplo, en el béisbol de las Grandes Ligas, según explica el

109 *Ibid.*, pp. 172-173.

110 *Ibid.*, p. 177.

111 O’Neal, Cathy, *Weapons of math destruction: How big data increases inequality and threatens democracy*, Nueva York, Broadway Books, 2017.

libro de Michael Lewis, *Moneyball* (2003), adaptado para la película *El juego de la fortuna* (*Moneyball*, dir. Bennett Miller, 2011). Las estadísticas de jugadores y equipos, que a muchos parecen inútiles y de uso excesivo, se utilizan para presentar la mejor selección de jugadores y obtener más victorias con la ayuda de sofisticados modelos matemáticos. Este es un empleo exitoso y recomendable de los algoritmos, en el que se ha demostrado que los modelos deben ser lo más precisos posibles y evolucionar al tiempo que lo hacen las condiciones para las que fueron creados, bajo pena de tornarse inútiles o perniciosos<sup>112</sup>.

Pero no todos lo han comprendido así. Ya lo apuntó Andrés Oppenheimer, “los algoritmos son tan buenos como los datos con los que fueron alimentados”<sup>113</sup>. También en el vecino país del norte, se han documentado casos en los que fueron utilizados estos modelos y la IA para despedir maestros de escuelas, basándose únicamente en las evaluaciones de los alumnos, o para contratar trabajadores, a partir nada más del historial crediticio de los candidatos<sup>114</sup>, como si fueran los únicos datos posibles a ponderar, y estuvieran exentos por completo de subjetividad. Al utilizar lo que O’Neal llama despectivamente *proxies*, o aproximaciones sesgadas, incompletas, subjetivas o abiertamente discriminatorias y xenofóbicas, los algoritmos descubren fácilmente la parcialidad de sus programadores al tiempo que reflejan las metas e ideología de sus creadores<sup>115</sup>. Por lo mismo, señala O’Neal, la cuestión de los algoritmos consiste ahora en preguntarnos si gracias a ellos logramos deshacernos de la parcialidad humana o simplemente la hemos disimulado con la tecnología<sup>116</sup>.

Ya existen organizaciones privadas para combatir el mal uso de algoritmos con IA, como la Algorithmic Justice League<sup>117</sup> (Liga de la Justicia Algorítmica), un colectivo que señala su uso indebido, recibe denuncias y exige responsabilidades; o bien OR-CAA<sup>118</sup> (siglas en inglés de Consultoría de Riesgos & Auditoría Algorítmica O’Neal) de la propia Cathy O’Neil, por tratarse de un terreno donde legisladores y abogados apenas han tomado cartas.

Otro no menos dañino empleo de los algoritmos con IA, es el uso sin permiso ni regulación de fotografías de los usuarios de redes sociales para entrenar a los programas de reconocimiento facial<sup>119</sup>, si bien esta tecnología no se restringe ya a las grandes compañías. Un empleado de Amazon creó un programa de IA que le impide al gato entrar

112 *Ibid.*, pp. 17-18.

113 Oppenheimer, *op. cit.*, p. 177.

114 O’Neal, *op. cit.*, pp. 7-8.

115 *Ibid.*, p. 21.

116 *Ibid.*, p. 25.

117 <https://www.ajlunited.org/>. 18-VII-19.

118 <http://www.oneilrisk.com/>. 18-VII-19.

119 Metz, Cade, “Facial recognition tech is growing stronger, thanks to your face”, en *The New York Times*, 13 de julio de 2019, <https://www.nytimes.com/2019/07/13/technology/databases-faces-facial-recognition-technology.html>. 18-VII-19.

a su departamento con comida a horas inconvenientes<sup>120</sup>. No tardarán las personas en crear otros similares y seguramente más perjudiciales y abiertamente dañinos para deshacerse de vecinos, predicadores, policías o gente que consideren indeseable.

#### 4. NEUROCIENCIA

La neurociencia es la disciplina que estudia la estructura y función del sistema nervioso y el cerebro<sup>121</sup>. La Sociedad para la Neurociencia (SFN) también la define como la ciencia que busca conocer el pensamiento, las emociones y el comportamiento humano<sup>122</sup>. Es cierto que el estudio del sistema nervioso y el cerebro humano tiene antecedentes remotos, pero la moderna neurociencia surgió apenas en las décadas de 1950 y 1960. Gradualmente, esta área del conocimiento y sus investigaciones se han extendido, por vía interdisciplinaria, hacia la medicina, la biología, la química, la física, la psicología, las matemáticas, las ciencias computacionales, la ingeniería, la filosofía y, desde luego, al derecho<sup>123</sup>. A principios de la década de los noventa, en algunos países se acuñaron los términos *neurolawyer* (neuroabogado) y *neurolaw* (neuroderecho)<sup>124</sup>.

De acuerdo con la exposición de Dvile Valanciene, doctor en ciencias sociales, la neurociencia y el derecho comparten el interés por el comportamiento humano y sus principales intereses tienen que ver con el cerebro, la conducta y la responsabilidad; los fundamentos de la neurociencia cognitiva (por ejemplo, la estructura cerebral y sus funciones); el cerebro con lesiones; pensamiento y sentimientos (verbigracia, la memoria, las emociones, detección de mentiras, formación de juicios); el desarrollo cerebral, así como el efecto que tienen en el mismo las adicciones. También se interesa en problemas relacionados con la ética y la moral, como el libre albedrío, la responsabilidad y los juicios morales<sup>125</sup>. Estos últimos, aunque no libres de polémicas, se cuentan entre los estudios de mayor interés, sobre todo la forma en que los principios morales influyen en las nociones jurídicas, en la obligatoriedad de la ley y en la toma de decisiones en el foro<sup>126</sup>.

O. D. Jones ofrece algunos ejemplos de su uso práctico, como el examen del cerebro de los adolescentes, sobre todo en juicios penales; los estados de la mente, para determinar la condición de las personas al momento de realizar ciertas conductas; la memoria, la cual cobra enorme importancia, especialmente en el caso de los testigos, pues está demostrado que las personas son capaces de recordar sucesos que

---

120 Kelion, Leo, "Cat flap uses A I to punish pet's killer instincts", en <https://www.bbc.com/news/technology-48825761>. 18-VII-19.

121 "Neuroscience", en <https://www.lexico.com/en/definition/neuroscience>. 18-VII-19.

122 Valanciene, *op. cit.*, p. 358.

123 *Idem.*

124 *Ibid.*, p. 359.

125 *Ibid.*, p. 362.

126 *Ibid.*, pp. 363-364.

en realidad no han experimentado; asimismo, porque existen peculiaridades en los recuerdos de individuos que fueron víctimas de experiencias traumáticas, sin olvidar las diferencias en la memoria de infantes y adultos mayores, al igual que la de otros grupos vulnerables<sup>127</sup>.

El abogado y biólogo Owen D. Jones, consciente del empleo en ascenso de las IRMF (imágenes por resonancia magnética funcional) en juicios civiles y criminales en los Estados Unidos, encabezó a un grupo de neurocientíficos y psicólogos para elaborar una guía de uso<sup>128</sup>, ya que llegan a utilizarse en casos que no lo ameritan, además, es fácil malinterpretarlas o usarlas en forma deficiente por jueces y jurados. Su uso más generalizado tiene lugar dentro del derecho penal, por ejemplo, para probar la inimputabilidad del acusado o su falta de premeditación<sup>129</sup>; pero también aparecen las IRMF en juicios del orden civil, como en el caso de Brent Boyd, ex liniero ofensivo de los Vikingos de Minnesota, que demandó a la Liga Nacional de Fútbol Americano (NFL) por su discapacidad degenerativa cerebral resultado de ocho años de juego profesional; y en la demostración del vínculo entre los videojuegos violentos con el aumento de pensamientos y conductas agresivas en los adolescentes<sup>130</sup>.

El uso de la neurociencia resultó determinante para que, en 2005, la Corte Suprema de los Estados Unidos declarara inconstitucional aplicar la pena de muerte a los menores de 18 años, pues la corteza prefrontal del cerebro se forma entre los 18 y los 25 años, razón por la cual los jóvenes suelen ser más impulsivos e irracionales, y no es posible exigirles idéntica responsabilidad que a los adultos<sup>131</sup>.

En 2007, la Fundación MacArthur realizó un donativo millonario para impulsar esta área de estudio y creó la Red de Investigación sobre Neurociencia y Derecho<sup>132</sup>, en cuyo sitio en línea es posible encontrar la más reciente información sobre el tema, conferencias y noticias, al igual que la bibliografía de un campo en continuo crecimiento, así como las instituciones y universidades interesadas<sup>133</sup>.

La neurociencia también se ha utilizado para estudiar la conducta de jueces y abogados, revelando que parecen poco apegados a la máxima socrática, *nosce te ipsum* (conócete a ti mismo), pues si así fuera, sabrían cómo manejar el estrés, optimizar el desempeño cerebral, concentrarse, y mejorar sus resoluciones. Por ejemplo, algunos estudios demuestran que es mejor tomar decisiones por la mañana, alrededor de las once, cuando los niveles de serotonina son mayores. Los jueces son más proclives a

---

127 *Idem*.

128 Jones, Owen D. *et al.*, "Brain imaging for legal thinkers: A guide for the perplexed", en *Stanford Technology Law Review*, 5, 2009, 49 p.

129 *Ibid.*, p. 3.

130 *Ibid.*, pp. 2-3.

131 Valanciene, *op. cit.*, pp. 363-364.

132 <http://www.lawneuro.org/>. 18-VII-19.

133 Valanciene, *op. cit.*, pp. 359-362.

conceder la libertad condicional alrededor de estas horas o inmediatamente después de los recesos<sup>134</sup>.

Dado que nuestro interés es principalmente pedagógico, también debemos mencionar que la neurociencia se emplea para lograr un mejor desempeño de los alumnos en las aulas, especialmente en los primeros años escolares<sup>135</sup>.

La neurociencia no está exenta de críticas en su aplicación al derecho, como siempre sucede y es conveniente para el sano desarrollo de toda disciplina científica, pues hay opiniones que le reclaman el traer más problemas que soluciones. Como contraparte, sus defensores aseguran que transformará el derecho y las leyes, al mismo tiempo que la intuición moral de las personas sobre el libre albedrío y la responsabilidad<sup>136</sup>.

Lo cierto es que ya existen casos documentados en que se ha utilizado con intenciones perversas, pues la neurociencia, en combinación con la IA, ha permitido a grandes compañías y gobiernos manipular la mente de ciertas personas. Verbigracia, por el tipo de lugares que se visitan o las palabras de búsqueda empleadas regularmente en la red global, un algoritmo puede identificar a quienes están predispuestos, por ejemplo, en favor de los inmigrantes o en contra de algún candidato o partido político, de tal modo que seleccione la aparición de las siguientes noticias en su monitor para tratar de manipularlo según su programación, del mismo modo que las grandes compañías nos ofrecen aquellos productos por los que saben que tenemos debilidad. Así lo sentencia alguien que ha escrito sobre el tema: “El mejor método es pulsar los botones del miedo, el odio o la codicia que llevamos dentro”<sup>137</sup>. Un caso reciente y bien acreditado, ocurrido en las votaciones sobre el Brexit en Gran Bretaña y en las presidenciales de 2016 en los Estados Unidos, fue estudiado por la periodista Carole Cadwalladr, sobre el cual ofreció una conferencia que puede recuperarse en línea<sup>138</sup>.

Sin nociones científicas ni tecnológicas y sin conocernos a nosotros mismos, como diría Samuel Butler, cada vez estamos más cerca de convertirnos, en forma más clara y definitiva, en herramientas de las propias herramientas.

Las nuevas generaciones de abogados no requieren la interdisciplina nada más –como ocurrió en los primeros cursos ofrecidos en la década de los ochenta–, para ser más competentes y captar mayor clientela, sino para comprender el mundo cambiante en

134 *Ibid.*, p. 364.

135 Terada, Youki, “Why students forget-and what you can do about it”, en [https://www.edutopia.org/article/why-students-forget-and-what-you-can-do-about-it?utm\\_source=Edutopia+News&utm\\_campaign=3cc0f5a9fe-EMAIL\\_CAMPAIGN\\_101117\\_enews\\_whystudentsforget\\_mc&utm\\_medium=email&utm\\_term=0\\_29295b4c8b-3cc0f5a9fe-64657495](https://www.edutopia.org/article/why-students-forget-and-what-you-can-do-about-it?utm_source=Edutopia+News&utm_campaign=3cc0f5a9fe-EMAIL_CAMPAIGN_101117_enews_whystudentsforget_mc&utm_medium=email&utm_term=0_29295b4c8b-3cc0f5a9fe-64657495). 23-VII-19.

136 Valanciene, *op. cit.*, pp. 362 y 365.

137 Harari, Yuval Noah, “Los cerebros ‘hackeados’ también votan”, en *Ideas* (suplemento de *El País*), no. 190, domingo 9 de enero, 2019, pp. 1-4.

138 “It’s not about privacy-it’s about power”, en [https://www.ted.com/talks/carole\\_cadwalladr\\_face-book\\_s\\_role\\_in\\_brexit\\_and\\_the\\_threat\\_to\\_democracy?language=es](https://www.ted.com/talks/carole_cadwalladr_face-book_s_role_in_brexit_and_the_threat_to_democracy?language=es). 26-VII-19.

el que viven y en la que deben desempeñarse. Por eso, como apuntó S. K. Erickson, refiriéndose a la utilidad de la disciplina en comentario: “La neurociencia afecta al derecho en forma dramática e inevitable. Deberíamos darnos cuenta de que cada nueva aproximación al derecho, cada nuevo diálogo con otras ciencias enriquece la ciencia jurídica...”<sup>139</sup>.

## 5. PROPUESTAS Y CONCLUSIONES

Hace ya casi medio siglo que el Dr. Ernesto Grün, profesor de Teoría General del Derecho en la Universidad de Buenos Aires, sugirió la necesidad de introducir una materia que podría llamarse “jurisprudencia creativa”, para que los estudiantes trabajaran con asuntos de escenarios hipotéticos, que la evolución social, científica y tecnológica podría depararles en su futuro ejercicio profesional, legislativo o judicial<sup>140</sup>. Esta asignatura, todavía inexistente, si bien esperamos, no por mucho tiempo, deberá contener principios, como hemos visto hasta aquí, de un estudio interdisciplinario.

Dentro de un ciclo de conferencias sobre nuestro tema, celebrado en la Universidad de Washington (13-15 de marzo, 2003), los expositores destacaron las diversas formas en que la enseñanza interdisciplinaria, su práctica e introducción en los planes de estudio, promueven la colaboración, la comunicación, la diversidad cultural, la comprensión ética y la justicia. Karen Tokarz señaló que son cada vez más los profesionistas de múltiples especialidades que reconocen sus beneficios. Las escuelas de derecho de su país han desarrollado cursos a manera de clínicas y otros en una gran variedad de áreas y con muy diversos enfoques de aproximación interdisciplinaria. Sin embargo, reconoció que no siempre se han puesto de acuerdo sobre los objetivos<sup>141</sup>. Una sincera confesión sobre las dificultades pedagógicas y metodológicas de dicho enfoque.

Otra de las participantes en el evento mencionado, Kim Diana Connolly, profesora de la Universidad de Carolina del Sur, donde también dirige una clínica de derecho ambiental, preparó una sólida propuesta pedagógica para que los estudiantes de leyes tengan una adecuada formación interdisciplinaria. Para ella, el reto a vencer es similar a la fábula de los seis hombres ciegos del Indostán que intentaron describir a un elefante. Como el paquidermo que ellos creen conocer, el derecho no puede abarcar la compleja realidad presente desde su sola perspectiva sin obtener una imagen distorsionada del conjunto<sup>142</sup>.

139 Valanciene, *op. cit.*, p. 365.

140 Grün, Ernesto, “El derecho y la ciencia ficción”, en *Nueva Dimensión*, no. 19, febrero, 1971, p. 132.

141 Tokarz, *op. cit.*

142 Connolly, Kim Diana, “Elucidating the elephant: Interdisciplinary Law School Classes”, en *Washington University Journal of Law & Policy*, vol. 11, junio, 2003, p. 13, [https://openscholarship.wustl.edu/law\\_journal\\_law\\_policy/vol11/iss1/3/.](https://openscholarship.wustl.edu/law_journal_law_policy/vol11/iss1/3/.) 29-VII-19.

La autora está de acuerdo con quienes favorecen este cambio en la enseñanza del derecho, y copió en su apoyo una larga cita de Mary C. Daly:

Para las escuelas de derecho, el reto será preparar a sus egresados para trabajar en un ambiente nuevo y evolutivo. Todos los aspectos del plan de estudios se verán afectados. Del lado del derecho sustantivo, las clases tendrán que tomar en cuenta material multidisciplinario. Así como el derecho y la economía y la responsabilidad profesional se han arrastrado sigilosamente en varios cursos, así también se tendrá que crear espacio para el aprendizaje y los materiales multidisciplinarios. Las escuelas jurídicas del pasado por lo general se han enorgullecido de su aislamiento intelectual de otras escuelas o facultades dentro de la universidad. Con las excepciones ocasionales de un profesor de filosofía enseñando un curso de jurisprudencia, de un profesor de economía enseñando finanzas, de un profesor de la escuela de negocios enseñando contabilidad para abogados, o un profesor de inglés enseñando un curso de derecho y literatura, la enseñanza interdisciplinaria en las escuelas de derecho ha sido ignorada. Mientras que las MDPs [prácticas multidisciplinarias] tienen éxito como proveedores alternativos de servicios legales y el número de abogados que emplean crece proporcionalmente, el mercado obligará a las escuelas de derecho a modificar su plan de estudios. Los equipos de profesores se extenderán para incluir cursos enseñados por profesores de derecho y maestros de otras facultades y disciplinas... Los estudiantes incluso dejarán las escuelas de derecho, inscribiéndose en clases de otras disciplinas dentro de su universidad... Las mejores universidades y escuelas de derecho se llamarán “escuela interdisciplinaria de derecho” para el milenio interdisciplinario<sup>143</sup>.

Para Connolly, el término interdisciplina en las aulas se refiere a la educación que pone énfasis en los beneficios de la conexión de dos o más disciplinas académicas<sup>144</sup>, y recordó que, a diferencia del derecho, hay carreras universitarias en las que esta aproximación es común (v. gr. pedagogía, matemáticas, biología y medicina). Enseguida repasó los debates en torno al valor de esta clase de enseñanza y aprendizaje en la educación jurídica, sin olvidar sus dificultades, empezando por su duración, la logística y los costos<sup>145</sup>, pero señaló que, a final de cuentas, resulta positiva para formar estudiantes de leyes y fundamental para la educación y preparación de practicantes capaces y eficientes. Entre sus beneficios específicos enumeró el desarrollo de competencias prácticas; la habilidad para trabajar en grupo; la capacidad para cubrir necesidades de múltiples clientes al mismo tiempo; el saber apreciar las limitaciones del saber jurídico; y, no menos importante, la diversión de los estudiantes<sup>146</sup>.

También propuso los lineamientos básicos de un curso interdisciplinar para los estudiantes de leyes<sup>147</sup>, pero basta con echarle un vistazo para caer en cuenta que va dirigi-

---

143 *Ibid.*, p. 16.

144 *Ibid.*, p. 8n.15.

145 *Ibid.*, p. 27.

146 *Idem.*

147 *Ibid.*, pp. 22-27.

do a instituciones con una infraestructura y recursos más complejos que la del común de nuestras universidades. No obstante, también apuntó valiosas reflexiones a tomar en cuenta para todo intento de abordar una enseñanza del derecho como la sugerida, entre ellos, cambiar algunas características del perfil individual en el que se forma a los abogados.

Uno de los asuntos más complejos, quizá, consiste en que los abogados deben adquirir la capacidad de reconocer los límites del conocimiento jurídico, donde Connolly apuntó, con razón, que su educación, por tradición inmemorial, poco hace por proveerlos con habilidades para trabajar o lidiar con ideas no jurídicas y los profesionistas entrenados o preparados con ellas. También es necesario que los abogados reconozcan que no tienen respuestas para todos los problemas de sus clientes, aunque su formación puede hacerlos creer lo contrario; lo que se requiere es que acepten sus limitaciones y admitan cuándo es necesario recomendar acudir con expertos de otras áreas del derecho, o con especialistas no abogados<sup>148</sup>.

Relacionado con este complejo de pitonisa, también refirió las diferencias entre el modo de trabajar de los estudiantes de derecho y el resto de los estudiantes de humanidades. En palabras de Connolly: “El estudiante graduado en humanidades tiene la sensación de participar en una empresa compartida y ennoblecedora que da coherencia y significado a los rigores de la escuela... Los estudiantes de derecho, por el contrario, no tienen ese sentido de propósito compartido. En cambio, se les alienta implícitamente a tener un objetivo: superar a sus colegas. Es esta lucha moralmente vacía por la supremacía lo que le da a la educación legal su carácter estrecho y desagradable”<sup>149</sup>. No es necesario preguntar a muchos estudiantes de facultades vecinas a la de derecho si consideran a los futuros abogados individualistas y competitivos, o a muchas otras personas si comparten la idea de que los abogados trabajan solamente con sus pares y en contra de otros abogados<sup>150</sup>.

La autora y también la editora del número especial dedicado a este ciclo de conferencias, anotaron otros problemas, como diferentes nociones sobre la ética profesional<sup>151</sup>, que no mencionaremos, porque parecen corolarios de lo ya mencionado.

La reforma pedagógica sugerida también significa un reto para los maestros. Connolly señaló que no es suficiente tener buenos catedráticos de derecho, sino que se debe pensar en alguien al que le resulte cómodo desenvolverse en un ambiente interdisciplinario. Tampoco es indispensable que los candidatos hayan obtenido títulos académicos de otras disciplinas, basta con tener conocimientos básicos para trabajar a fondo el tema principal. El profesor debe ser capaz de identificar y enseñar ideas abstractas,

---

148 *Ibid.*, p. 14.

149 *Ibid.*, p. 26.

150 *Ibid.*, p. 14.

151 Tokarz, *op. cit.*; Connolly, *ibid.*, p. 25.

además de apreciar un panorama amplio (*big picture*) para ayudar a los estudiantes a reconocer los patrones, las conexiones y transmitirles el conocimiento<sup>152</sup>. Hay quienes sugieren que los cursos interdisciplinarios los impartan profesores con experiencia laboral interdisciplinaria, o que pasaron al derecho desde otras carreras, otros dicen que esto no es indispensable. Unos más, proponen contratar adjuntos especializados<sup>153</sup>.

Para cumplir su función, las clases interdisciplinarias no deben considerarse créditos o labores extracurriculares, sino hallarse vinculadas con el plan de estudios. También deben contar con metas explícitas, desde luego, no muy rigurosas, sobre todo al principio, y contar con materiales apropiados, entre los que se sugieren tomar cursos en línea<sup>154</sup>. Por experiencia, como señaló Connolly, algunas partes de dichos cursos pueden ser incomprensibles para estudiantes carentes de conocimientos en ciertas disciplinas; además, la extensión de los temas cubiertos puede resultar en un análisis superficial de las problemáticas. Comúnmente, el nivel de enseñanza en una clase interdisciplinaria suele ser demasiado elemental para varios estudiantes, o quedar fuera de la comprensión de la mayoría<sup>155</sup>. De aquí que sea necesario una supervisión continua y un mayor cuidado en la preparación de los cursos.

En las universidades estadounidenses, entre las clases que tradicionalmente cuentan con aproximaciones interdisciplinarias, esto es, aquellas que por su definición abarcan otras disciplinas, se encuentran: literatura y derecho, derecho y economía, temas de niños, temas de gente de la tercera edad, violencia doméstica, derecho familiar, jurisprudencia, jurisprudencia terapéutica, y propiedad intelectual<sup>156</sup>. Existen otras, más polémicas, como los cursos de *queer theory*<sup>157</sup>, pero la mayoría de los catedráticos e investigadores están de acuerdo en crear o impulsar otras áreas con mayor acento interdisciplinar, como el derecho ecológico, el derecho de la agricultura, el derecho de la construcción, el derecho de los deportes, el derecho del desarrollo comunitario de vivienda, el derecho fiscal, el derecho penal, el derecho administrativo, la práctica forense, el derecho antimonopolios, el derecho internacional, el derecho electoral, los derechos humanos, el derecho de los negocios, el derecho de la pobreza, el régimen jurídico de los pacientes con VIH, el derecho de la energía, etc.<sup>158</sup>

Una posibilidad más asequible son las MDP o prácticas multidisciplinarias<sup>159</sup>, por las siglas de su lengua de origen, en donde los abogados ofrecen asesorías integrales a los clien-

152 Connolly, *ibid.*, p. 31.

153 *Ibid.*, p. 32.

154 *Idem.*

155 *Idem.*

156 *Ibid.*, p. 14.

157 Campo de estudio que surgió en la década de los noventa en los Estados Unidos, enfocado en el examen del género y la sexualidad de las personas, partiendo de la idea de que son construcciones sociales y no naturales.

158 Connolly, *op. cit.*, pp. 14-17.

159 *Ibid.*, p. 27.

tes, en colaboración con otros profesionistas, cuya utilidad y uso a la alza en algunos países, ha sido apreciado por Oppenheimer, pues los clientes prefieren resolver sus problemas de una vez y en un solo lugar<sup>160</sup>. En las universidades sería posible hacer simulacros de dichas MDP, en las que participarían también estudiantes y profesores de otras disciplinas.

También en nuestro ámbito, se podría reforzar la colaboración con instituciones académicas de especialidades diversas, sin que falten aquellas donde se forman técnicos y profesionales de las nuevas tecnologías; celebrar más coloquios interdisciplinarios sobre temas de vanguardia científica y tecnológica; invitar, si no se les puede contratar, a más ingenieros, filósofos, sicólogos, contadores, analistas de datos, médicos, sólo por mencionar algunos, a dar clases en las escuelas y facultades de derecho.

Para tener mayor presencia internacional, no solamente dentro de las humanidades digitales, sino a nivel general, se pueden publicar más revistas en línea, de preferencia bilingües (español-inglés) o, por lo menos, con *abstract* y palabras clave en inglés, en las que cada artículo sea dictaminado por pares especializados en la materia sobre la que versa el artículo, para asegurar su rigor e impacto en el extranjero.

El tema, como hemos visto, puede ser a la vez tan complejo como novedoso, tan atractivo como enigmático o intimidante, pero no deja de ofrecer oportunidades para quienes saben apreciarlas o introducirlas.

La tecnología no puede maniatarse, pero sí controlarse y debe ser criticada desde que es concebida y sobre todo, introducida. También podría pensarse, si no es tiempo todavía de plantear la responsabilidad de sus creadores, al menos en alguna forma de *compliance* tecnológico, para identificar sus potenciales riesgos operacionales y legales.

En fin, sólo son algunas propuestas para un tema que no deja de transformarse ni volverse más complejo, pero que, según hemos visto, es urgente atender.

Insistimos en la necesaria proximidad y en una mayor comprensión de las profesiones para deconstruir el desconcierto simbolizado por la torre de Babel, que por siglos ha impedido hablar un lenguaje más inteligible, aunque el objetivo no sea construir una torre o una escalera al cielo, sino evitar, como hasta ahora, que, por falta de planificación o por las malas intenciones de algunos poderosos, sigamos construyendo un amplio camino hacia su lado opuesto.

## 6. FUENTES DE CONSULTA

Achenbach, Joel, "The Age of Disbelief", *National Geographic*, vol. 227, no. 3, marzo, 2015, pp. 32-47.

Aiken, Mary, *The Cyber Effect*, Nueva York, Spiegel & Grau, 2017.

Algorithmic Justice League, en <https://www.ajlunited.org/>. 18-VII-19.

---

160 Oppenheimer, *op. cit.*, pp. 183-184.

- Alliance of Digital Humanities Organizations, “Awards”, <https://adho.org/awards/roberto-busa-prize>. 24-VI-19.
- Argüello, Luis Rodolfo, *Manual de Derecho Romano*, 3ª ed. corregida, Buenos Aires, 1992.
- Bernelin, Margo, “Interdisciplinary approach: A useful but challenging tool for the regulation of science and technologies”, en Tamašauskaitė-Janickė, Gintarė, y Vigita Vėbraité (eds.), *op. cit. infra*, pp. 62-68.
- Betanzos Torres, Eber, y Jaime Chávez Alor (coords.), *Los Constituyentes de 1917*, México, Secretaría de la Función Pública, Fondo de Cultura Económica, 2017.
- Brethauer, Sebastian, “Law by technology or technology by law? An illustration using the example of videosurveillance”, en Tamašauskaitė-Janickė, Gintarė, y Vigita Vėbraité (eds.), *op. cit. infra*, pp. 69-78.
- Encyclopaedia Britannica*, en línea, <https://www.britannica.com>.
- Burdick, Anne, et al., *Digital Humanities*, Cambridge, London, The MIT Press, 2012, pp. 3-4, en [https://web.archive.org/web/20161026210950/https://mitpress.mit.edu/sites/default/files/9780262018470\\_Open\\_Access\\_Edition.pdf](https://web.archive.org/web/20161026210950/https://mitpress.mit.edu/sites/default/files/9780262018470_Open_Access_Edition.pdf). 24-VI-19.
- Buurma, Rachel Sanger y Laura Heffernan, “Search and replace: Josephine Miles and the origins of distant reading”, en <https://modernismmodernity.org/forums/posts/search-and-replace>. 31-V-19.
- Butler, Samuel, *Erewhon o Allende las montaña*, Barcelona, Editorial Bruguera, 1982.
- Capanna, Pablo, *Maquinaciones. El otro lado de la tecnología*, Buenos Aires, Paidós, 2011.
- Carr, Nicholas, *The Shallows: What the Internet is doing to our brains*, Nueva York, Londres, W. W. Norton, 2010.
- Cellan-Jones, Rory, “The robot lawyers are here-and they’re winning”, en <https://www.bbc.com/news/technology-41829534>. 15-VII-19.
- Connolly, Kim Diana, “Elucidating the elephant: Interdisciplinary Law School Classes”, en *Washington University Journal of Law & Policy*, vol. 11, junio, 2003, en [https://openscholars-hip.wustl.edu/law\\_journal\\_law\\_policy/vol11/iss1/3/](https://openscholars-hip.wustl.edu/law_journal_law_policy/vol11/iss1/3/). 29-VII-19.
- Corpus Thomisticum*, en <http://www.corpusthomisticum.org/eandroid.html>. 24-VI-2019.
- Darbellay, Frédéric, “The circulation of knowledge as an interdisciplinary process: Travelling concepts, analogies and metaphors”, en *Issues in Integrative Studies*, no. 30, 2010, pp. 1-18, en [http://03\\_Vol\\_30\\_pp\\_1\\_18\\_The\\_Circulationof\\_Knowledge\\_as\\_an\\_Interdisciplinary\\_Process\\_Travelling\\_Concepts\\_Analogies\\_and\\_Metaphors\\_Frederic\\_Darbellay.pdf](http://03_Vol_30_pp_1_18_The_Circulationof_Knowledge_as_an_Interdisciplinary_Process_Travelling_Concepts_Analogies_and_Metaphors_Frederic_Darbellay.pdf). 24-VI-19.
- Diccionario Oxford* en línea, <https://www.lexico.com/en/definicion/interdisciplinarity>.
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, en línea, <http://www.rae.es>.
- Durand-Jamis, Balthazar, “‘Cross-disciplinary’ approaches to law: A theoretical analysis”, en Tamašauskaitė-Janickė, Gintarė, y Vigita Vėbraité (eds.), *op. cit. infra*, pp. 85-98.
- Garfield, Eugene, “Commentary on ‘Fast science vs. slow science, or slow and steady win the race’”, en *The Scientist*, septiembre, 1990, en <https://www.the-scientist.com/commentary/commentary-fast-science-vs-slow-science-or-slow-and-steady-wins-the-race-61087>. 25-VI-19.

- Harari, Yuval Noah, “Los cerebros ‘hackeados’ también votan”, en *Ideas* (suplemento de *El País*), no. 190, domingo 9 de enero, 2019, pp. 1-4.
- Hessen, Boris, “Las raíces socioeconómicas de la mecánica de Newton”, en Saldaña, Juan José (ed.), *Introducción a la teoría de la historia de las ciencias*, México, UNAM, 1989, pp. 79-145.
- Grün, Ernesto, “El derecho y la ciencia ficción”, en *Nueva Dimensión*, no. 19, febrero, 1971, pp. 131-132.
- “It’s not about privacy-it’s about power”, en [https://www.ted.com/talks/carole\\_cadwalladr\\_facebook\\_s\\_role\\_in\\_brexit\\_and\\_the\\_threat\\_to\\_democracy?language=es](https://www.ted.com/talks/carole_cadwalladr_facebook_s_role_in_brexit_and_the_threat_to_democracy?language=es). 26-VII-19.
- Jones, Owen D. *et al.*, “Brain imaging for legal thinkers: A guide for the perplexed”, en *Stanford Technology Law Review*, 5, 2009, en [https://papers.ssrn.com/sol3/Data\\_Integrity\\_Notice.cfm?abid=1563612](https://papers.ssrn.com/sol3/Data_Integrity_Notice.cfm?abid=1563612). 25-VII-19.
- Kelion, Leo, “Cat flap uses A I to punish pet’s killer instincts”, en <https://www.bbc.com/news/technology-48825761>. 18-VII-19.
- Linares Laguna, Luz Mariela *et al.*, “Use of information technologies and communications (ICTS) in University research culture”, en *Revista Observatório*, vol. 5, no. 2, abril-junio, 2019, pp. 4-10, en <https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/observatorio/search/authors/view?firstName=Luz%20Mariela%20Linares&middleName=&lastName=Laguna&affiliation=Fundaci%C3%B3n%20Universitaria%20Los%20Libertadores&country=-CO>. 29-VII-19.
- The MacArthur Foundation Research Network on Law and Neuroscience, en <http://www.law-neuro.org/>. 18-VII-19.
- “Martec’s Law: the greatest management challenge of the 21st century”, en <https://chiefmartec.com/2013/06/martecs-law-technology-changes-exponentially-organizations-change-logarithmically/> 17-V-19.
- Metz, Cade, “Facial recognition tech is growing stronger, thanks to your face”, en *The New York Times*, 13 de julio de 2019, <https://www.nytimes.com/2019/07/13/technology/databases-faces-facial-recognition-technology.html>. 18-VII-19.
- Miller, Jonathan, *McLuhan*, Barcelona, México, Grijalbo, 1972.
- Milto, Yuliya, “Efficiency of law in innovation environment”, en Tamašauskaitė-Janickė, Gintarė, y Vigita Vėbraité (eds.), *op. cit. infra*, pp. 195-202.
- Mumford, Lewis, *Technics and Civilization*, San Diego, Nueva York, Londres, Harcourt Brace, Harvest, 1963.
- O’Neal, Cathy, *Weapons of math destruction: How big data increases inequality and threatens democracy*, Nueva York, Broadway Books, 2017.
- Oppenheimer, Andrés, ¡Sálvese quien pueda! El futuro del trabajo en la era de la automatización, México, Debate, 2018.
- ORCAA, en <http://www.oneilrisk.com/>. 18-VII-19.
- Parsons, Keith, *The Science Wars: Debating scientific knowledge and technology*, Nueva York, Prometheus Books, 2003.

- Peterson, Hayley, “Walmart reveals it’s tracking checkout theft with A I-powered cameras in 1,000 stores”, en <https://www.businessinsider.com/walmart-tracks-theft-with-computer-vision-1000-stores-2019-6?r=US&IR=T>. 4-VII-19.
- Schatzberg, Eric, “*Technik* comes to America: Changing meanings of technology before 1930”, en *Aphelis*, <https://aphelis.net/emtechnikem-comes-america-eric-schatzberg-2006/>. 1-VII-2019.
- Schriebman, Susan, Ray Siemens, y John Unsworth, *A Companion to Digital Humanities*, en <http://www.digitalhumanities.org/companion/view?docId=blackwell/9781405103213/9781405103213.xml&chunk.id=ss1-1-2&toc.depth=1&toc.id=ss1-1-2&brand=default>. 8-VII-19.
- Schwab, Klaus, “The Fourth Industrial Revolution: What it means, how to respond”, en <https://www.weforum.org/agenda/2016/01/the-fourth-industrial-revolution-what-it-means-and-how-to-respond/>. 23-VII-19.
- Shum, Greta, “¿Tiene que ser el inglés la lengua dominante de la ciencia?”, en *Scientific American*, en <https://www.scientificamerican.com/espanol/noticias/tiene-que-ser-el-ingles-la-lengua-dominante-de-la-ciencia/>. 25-VI-19.
- Slow-Science.org”, en <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2011/07/the-slow-science-manifesto-we-dont-twitter/242770/>. 24-VI-19.
- Stross, Charles, *Accelerando*, Nueva York, Ace Books, 2006.
- Tamašauskaitė-Janickė, Gintarė, y Vīgita Vėbraité (eds.), *4th International Conference of PhD Students and Young Researchers: Interdisciplinary Approach to Law in Modern Social Context. Conference papers*, Vilnius, Lithuania, Vilnius University Faculty of Law, 2016, en <http://www.tf.vu.lt/wp-content/uploads/2016/04/Interdisciplinary-Approach-to-Law-in-Modern-Social-ContextPranesimu-rinkinys.pdf>.
- Terada, Youki, “Why students forget-and what you can do about it”, en [https://www.edutopia.org/article/why-students-forget-and-what-you-can-do-about-it?utm\\_source=Edutopia+-News&utm\\_campaign=3cc0f5a9fe-EMAIL\\_CAMPAIGN\\_101117\\_enews\\_whystudentsforget\\_mc&utm\\_medium=email&utm\\_term=0\\_29295b4c8b-3cc0f5a9fe-64657495](https://www.edutopia.org/article/why-students-forget-and-what-you-can-do-about-it?utm_source=Edutopia+-News&utm_campaign=3cc0f5a9fe-EMAIL_CAMPAIGN_101117_enews_whystudentsforget_mc&utm_medium=email&utm_term=0_29295b4c8b-3cc0f5a9fe-64657495). 23-VII-19.
- ThatCamp Paris, “User Generated Unconference on Digital Humanities”, <https://tcp.hypotheses.org/411>. 24-VI-19.
- Toffler, Alvin, *El <<Shock>> del Futuro*, 5ª ed., Barcelona, Plaza & Janés Editores, 1990.
- Tokarz, Karen, “Introduction: Promoting justice through interdisciplinary teaching, practice, and scholarship”, en *Journal of Law & Policy*, 11, 2003, [https://openscholarship.wustl.edu/law\\_journal\\_law\\_policy/vol11/iss1/2/](https://openscholarship.wustl.edu/law_journal_law_policy/vol11/iss1/2/). 23-VII-19.
- Ugalde, Pedro Gerson, y Ana Bertha Cruz Martínez, “¿Una ley para cada quien?: Cómo generar leyes más eficientes y justas con herramientas tecnológicas”, en Cossío Díaz, José Ramón (coord.), *Innovación Jurídica*, México, Tirant lo Blanch, El Colegio Nacional, 2018, pp. 15-39.
- Ungson, Gerardo, y John D. Trudel, *Engines of Prosperity: New templates for the Information Age*, Londres, Imperial College Press, 1998.
- Valanciene, Dovile, “Neuroscience is coming to the law: What it means, how to respond”, en Tamašauskaitė-Janickė, Gintarė, y Vīgita Vėbraité (eds.), *op. cit. supra*, pp. 357-369.

# ACTIO PRO SOCIO Y PÉRDIDA DOLOSA DE LA POSESIÓN

POR YURI GONZÁLEZ ROLDÁN<sup>1</sup>

**RESUMEN:** La responsabilidad del socio se encontraba limitada al *id quod facere potest* (aquello que puede realizar), esto significa que el demandado tenía el beneficio que la condena no habría superado el activo patrimonial a menos que las deudas no fueran originadas por la misma sociedad '*ex ipsa societate debeatur*' (el así llamado '*beneficium competentiae*') evitándose en tal modo la ejecución patrimonial: *missio in possessionem* y *bonorum venditio*. Sin embargo, podía suceder que el pretor después de la *causa cognita*, hubiera negado de favorecer al demandado con la *taxatio* en razón de su comportamiento doloso y este aspecto es el que se analiza en la presente investigación.

**PALABRAS CLAVE:** *Societas*, Dolo, Culpa, *Interdicta*, Jurisprudencia.

**ABSTRACT:** The partner's responsibility was limited to the *id quod facere potest* (what he can do), this means that the defendant had the benefit that the conviction would not have exceeded the equity asset unless the debts were not originated by the same company '*ex ipsa societate debeatur*' (the so-called '*beneficium competentiae*') thus avoiding patrimonial execution: *missio in possessionem* and *bonorum venditio*. However, it could happen that the praetor after the cognitive cause would have refused to favor the defendant with the *taxatio* because of his malicious behavior and this aspect is the one analyzed in the present research.

**KEYWORDS:** *Societas*, Fraudulent conduct, Guilt, *Interdicta*, Court precedent.

**SUMARIO:** 1. EL CONTENIDO DE LA FÓRMULA DE LA ACTIO PRO SOCIO. 2. LA INTERPRETACIÓN ANALÓGICA EN D. 17.2.68.1 (GAI 10 AD EDICT. PROV.). 3. EL CRITERIO DE LA PÉRDIDA DOLOSA DE LA POSESIÓN APLICADO A TODOS LOS TIPOS DE SOCIETATES. 4. EL SOCIO DEMANDADO NO SE ENCUENTRA OBLIGADO POR SU CULPA SINO QUE ÚNICAMENTE ES RESPONSABLE POR EL DOLO. 5. CONCLUSIONES. 6. FUENTES DE CONSULTA.

## 1. EL CONTENIDO DE LA FÓRMULA DE LA ACTIO PRO SOCIO

En una anterior investigación<sup>2</sup> consideramos la *actio pro socio* dentro de las acciones en donde el empobrecimiento doloso del deudor antes de la *litis contestatio* concedía al demandante la posibilidad de ejercitar la acción en el juicio en contra del demandado como demuestran diferentes textos de la jurisprudencia antonina y severiana [...*quo minus facere possit, qui erogat bona sua in fraudem futurae actionis...* en D. 17.2.68.1 (Gai 10 ad edict. prov.); ...*in id quod facere possunt quodve dolo malo fece-*

1 Profesor en la Universidad de los Estudios de Bari 'Aldo Moro', Italia.

2 Y. GONZÁLEZ ROLDÁN, *Dolo desinere possidere fra editto del pretore e scienza giuridica*, Bari-Cacucci 2010, 208-211.

*rint quo minus possint...* en D. 17.2.63 pr. (Ulp. 31 *ad edict.*); ...*quod dolo fecit quo minus possit...* en D. 17.2.63.7 (Ulp. 31 *ad edict.*)]. En esta sede tenemos la intención de profundizar la problemática para explicar aspectos que necesitan de una mayor atención.

Como es notorio, la responsabilidad del socio se encontraba limitada al *id quod facere potest* (aquello que puede realizar), esto significa que el demandado tenía el beneficio que la condena no superaría el activo patrimonial a menos que las deudas no fueran originadas por la misma sociedad '*ex ipsa societate debeatur*' (el así llamado '*beneficium competentiae*') evitándose en tal modo la ejecución patrimonial: *missio in possessionem* y *bonorum venditio*<sup>3</sup>. Sin embargo, podía suceder que el pretor después de la *causa cognita*, hubiera negado de favorecer al demandado con la *taxatio* en razón de su comportamiento doloso, como por ejemplo, el caso del receso fraudolento e inmediato del *socius* para evitar de compartir los beneficios obtenidos por motivo de una herencia<sup>4</sup> o el hecho de negar falsamente de no haber efectuado el contrato de

- 3 D. 17.2.63.3 (Ulp. 31 *ad ed.*): *Id quod facere socius potest quemadmodum aestimandum sit? et placuit non debere deduci aes alienum quod debetur a socio: ita et Marcellus libro septimo digestorum scripsit, nisi forte, inquit, ex ipsa societate debeatur.* (¿En que modo deben ser estimados los límites de las posibilidades económicas del socio? Y parece bien que no se deban deducir las deudas que son debidas por el socio; así escribió también Marcelo, en el libro séptimo de los digestos, siempre y cuando no sean debidos por motivo de la misma sociedad). Tal beneficio de carácter personal se extendió al garante del socio como se demuestra en D. 17.2.63.1 (Ulp. 31 *ad ed.*): *Videndum est, an et fideiussori socii id praestari debeat an vero personale beneficium sit, quod magis verum est. sed si hic fideiussor quasi defensor socii iudicium suscepit, proderit sibi: namque Iulianus libro quarto decimo digestorum scripsit defensorem socii in id quod socius facere potest condemnari oportere...* (Se necesita observar si tal beneficio deba ser extendido también al garante del socio o si se trate mas bien de un beneficio personal, que resulta ser lo más correcto. Sin embargo, si el garante aceptó la *litis contestatio* como defensor del socio tal beneficio será concedido también a esta persona. Juliano en el libro décimo cuarto de los digestos escribió que el defensor del socio debe ser condenado en los límites de las posibilidades económicas del socio...) Sobre el argumento ver: A. GUARINO, *Studi sulla "Taxatio in id quod facere potest"*, en *SDHI* 7, 1941, 5-34; *idem*, *La società in diritto romano*, Napoli-Jovene rist. 1988, 195-201, *idem*, *La condanna nei limiti del possibile*, Napoli-Jovene rist. 2015, 22-32; V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, 2a rist., Napoli-Jovene 1950, 29-31, 183-188; O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Aalen-Scientia Antiquariat, 3a ed., 1956, 297-299; M. BIANCHINI, *Studi sulla società*, Milano-Giuffrè 1967, 86-99.; J. GILDEMEISTER, *Das beneficium competentiae im römischen Recht*, Göttingen-Schwartz 1986, 27-31.; M. TALAMANCA, *v. Società (dir. Rom.)*, en *ED*, XLII, Sep-Sorv, Milano-Giuffrè 1990, 852-854; M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, 2a auf., München-C.H. Beck 1996, 316 n. 35; D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, 2a ed., Padova-CEDAM 1999, 54 n. 145.
- 4 Como se demuestra en D. 17.2.65.3 (Paul.32 *ad ed.*)...*Cassius scripsit eum qui renuntiaverit societati a se quidem liberare socios suos, se autem ab illis non liberare. quod utique observandum est, si dolo malo renuntiatio facta sit, veluti si, cum omnium bonorum societatem inissemus, deinde cum obvenisset uni hereditas, propter hoc renuntiavit...*(Casio escribió que aquél que haya hecho la rescisión de la sociedad libre de cualquier tipo de obligación respecto a sus socios no se libera de ellos. Y este derecho debe ser observado si el receso fue efectuado con dolo, como por ejemplo, en el caso en que nosotros hubieramos constituido una sociedad de todos los bienes y si hubiera llegado a uno solo de ellos una herencia y por este motivo haya renunciado a formar parte de la sociedad. Sobre este último argumento ver F. BONA, *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, Milano-Giuffrè 1973, 79-115.

sociedad<sup>5</sup>, pero el argumento que a nosotros nos interesa en este momento consiste en la exclusión del beneficio cuando el socio, considerando la eventualidad que se deba ejercitar una acción en su contra, hubiera enajenado o dilapidado el propio patrimonio con la finalidad de defraudar al demandante en el proceso.

La *actio pro socio* forma parte de los *bonae fidei iudicia* al mismo modo que otras acciones que encuentran su fundamento en el consentimiento como se indica en Gai 4.62: *Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto vendito, locato conducto..., mandati..., pro socio...* Pero son juicios de buena fe aquellos que provienen de una acción de compraventa, de arrendamiento, de mandato, de sociedad) y por esto, después de la designación del juez (*iudicis nominatio*) se incorporaban en la fórmula la *demonstratio*, una *intentio incerta* y una *condemnatio* incluyéndose en el deber (*oportere*) la cláusula de buena fe (*ex fide bona*<sup>6</sup>) como claramente se observa en la reconstrucción de Lenel (*Das Edictum Perpetuum*, Tit. XIX § 109):

*Quod A. Agerius cum N. Negidio societatem omnium bonorum coit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio (alterum alteri) dare facere (praestare?) oportet ex fide bona dumtaxat quod N. Negidius facere potest, eius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvito.*

Sea juez Gayo Aquilio. Ya que Aulo Agerio (el demandante) se unió con Numerio Negidio (el demandado) en sociedad *omnium bonorum* (por la totalidad del patrimonio) materia motivo de la controversia, respecto a todo esto que, por tal motivo, Numerio Negidio debe dar o hacer de lo cual debe responder a favor de Aulo Agerio según la buena fe, en los límites de las posibilidades de Numerio Negidio, el juez condene a Numerio Negidio a favor de Aulo Agerio; si no resulta en tal modo, lo absuelva.

En el modelo de fórmula propuesto por Lenel se encuentra indicado el *quod facere potest* (lo que puede hacer) no obstante el maestro reconozca que tal beneficio habría

5 Caso indicado en D. 42.1.22.1 (Pomp. 21 *ad Quin.Muc.*): *Quod autem de sociis dictum est, ut et hi in quantum facere possint condemnentur, causa cognita se facturum praetor edicit. causae cognitio autem in hoc erit, ut neganti se socium esse aut ex doli clausula obligato non succurratur.* ( Pero lo que se ha dicho de los socios, que también ellos son condenados a cuanto pueden satisfacer, dice el pretor que lo hará el con conocimiento de causa, pero el conocimiento de causa consistirá en esto, para que no se auxilie al que niega que es socio o al que está obligado por virtud de cláusula de dolo). Como menciona ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano* cit. 184, la negación de la efectiva celebración del contrato de sociedad es una forma de defensa inspirada demasiado en la mala fe porque quien la realiza no puede obtener un tratamiento benigno.

6 Sobre el argumento ver L. WENGER, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, München-M. Hueber 1925,156; F. WIEACKER, *Zum Ursprung der bonae fidei iudicia*, en ZSS 80, 1963, 1-41; M. TALAMANCA, v. *Processo civile (dir. rom.)*, en ED, XXXVI, Proc-Prog, Milano-Giuffrè 1987, 64-68; *Idem*, v. *Società (dir. Rom.)* cit. 852-354. *Idem*, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformel» e valori dell'ordinamento*, en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*. Padova, Venezia, Treviso, 14-16 giugno 2001, IV, Padova-CEDAM 2003, 131-157; KASER- HACL, *Das römische Zivilprozessrecht* cit. 153-157. R. CARDILLI, «Bona fides» tra storia e sistema, Torino-Giappichelli, 2004, 100-106.

sido concedido después de una evaluación discrecional del pretor en una *causae cognitio*, opinión aceptada casi por la totalidad de la doctrina<sup>7</sup> como se demuestra en D. 42.1.22.1 (Pomp. 21 *ad Quint. Muc.*): *Quod autem de sociis dictum est, ut et hi in quantum facere possint condemnentur, causa cognita se facturum praetor edicit...* ( Pero lo que se dijo respecto a los socios, que también ellos son condenados en la medida de lo que puedan satisfacer, dice el pretor que lo otorgará con conocimiento de causa...) El pretor en tal sede debería apreciar las circunstancias específicas para conceder al demandado el '*beneficium competentiae*' si no se hubiera encontrado en situaciones contrarias a la *bona fides*; por ello, si Numerio Negidio hubiera declarado la falta de fundamento de la demanda por justos motivos o hubiera indicado circunstancias por las cuales efectivamente hubiera existido la deuda pero todavía no era exigible (por ejemplo, no había transcurrido el tiempo indicado en el pacto), el magistrado habría concedido el juicio con la limitación indicada en la fórmula. Si el pretor, por el contrario, hubiera negado al demandado la limitación de la condena por su comportamiento doloso porque antes del proceso enajenó o dilapido el patrimonio con la finalidad de defraudar a la contraparte, la fórmula quedaría sin el límite indicado como ya había hecho notar Arangio-Ruiz<sup>8</sup>:

*Quod Aulus Agerius cum Numerio Negidio societatem omnium bonorum coiit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret absolvito.*

Ya que Aulo Agerio (el demandante) se unió con Numerio Negidio (el demandado) en sociedad *omnium bonorum* (por la totalidad del patrimonio) materia motivo de la controversia, respecto a todo esto que, por tal motivo, Numerio Negidio debe dar o hacer de lo cual debe responder a favor de Aulo Agerio según la buena fe el juez condene a Numerio Negidio a favor de Aulo Agerio; si no resulta en tal modo, lo absuelva.

Ferrini<sup>9</sup> critica la tesis de Lenel que presenta la *societas omnium bonorum* como modelo de reconstrucción de la fórmula porque el desarrollo del contrato de sociedad es independiente al *consortium erecto non cito*, situación por la cual, según el, habría sido extraño que el pretor hubiera considerado en la fórmula propuesta en su edicto la so-

7 La tesis de LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung* cit. 298 es aceptada por ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano* cit. 30 n. 2, pero prefiere suprimir la frase *dumtaxat quod Numerius Negidius facere potest* (en los límites de las posibilidades de Numerio Negidio), porque como había hecho notar el mismo Lenel (p. 298) la limitación de la condena habría sido concedida por el mismo pretor previa *causae cognitio*; BIANCHINI, *Studi sulla società* cit. 88, reconoce que la reconstrucción leneliana, modelada en el ejemplo de la *societas omnium bonorum* encontró el favor unánime de la doctrina como habría aceptado también TALAMANCA, *v. Società (dir. Rom.)* cit. 852 n. 413 y MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano* cit. 54 (con pequeñas modificaciones de forma) si bien es cierto, existen opiniones de investigadores que tienen dificultad a aceptar tal pensamiento como se verá enseguida.

8 ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano* cit. 30-31.

9 C. FERRINI, *Le origini del contratto di società* [1887], en *Opere di C. Ferrini* III, Milano-Hoepli 1929, 32-36.

*cietas omnium bonorum*. El texto que sirve a Lenel como fundamento de su propuesta [D. 17.2.63 pr. (Ulp. 31 *ad ed.*): ...*etiamsi non universorum bonorum socii sint, sed unius rei...*(también si no se trata de socios de todos los bienes, sino también de una cosa específica)] no forma parte del comentario de Ulpiano a la fórmula de la *actio pro socio* sino al edicto del pretor en donde se debía determinar si el demandado habría gozado del derecho de limitar su responsabilidad en el *id quod facere potest* (en lo que puede hacer): ...*attamen in id quod facere possunt...*

El investigador considera además que, si la fórmula de la *actio pro socio* hubiera tomado en consideración la sociedad universal, tal esquema no se podía adaptar haciendo pequeñas modificaciones para aplicarla a la *societas alicuius negotii*, se trata según Ferrini, di ‘una fattispecie ben diversa e di ben diversa efficacia’, si bien es cierto el autor reconoce que tal posibilidad existe en el edicto del pretor [por ejemplo en el caso del Tit. XLIII § 248 (Lenel) *a quo fundus petetur, si rem nolit defendere* (si se pida un fundo, si no quiera defender la cosa) en donde la palabra «*fundum*» empleada en el interdicto se podría sustituir con cualquier otro bien inmueble como se demuestra en *Fragm. Vindob § 4*], y por este motivo el remedio más probable habría sido el de usar acciones útiles. Si los juristas cuando comentan el edicto parten del análisis de la sociedad universal, la razón no es debida al hecho de que tal tipo hubiera servido como modelo de fórmula, sino porque los mismos inician su comentario a partir de la *societas* más amplia y completa.

Arangio-Ruiz<sup>10</sup> comentando únicamente la primera afirmación de Ferrini, declara justamente que Ulpiano, cuando recuerda los casos en donde se puede aplicar el beneficio en D. 42.1.16 (Ulp. 63 *ad ed.*), subraya claramente ...*socium autem omnium bonorum accipiendum est...* (pero se ha de entender por socio el que es de todos los bienes) y como se observa en tal texto, el verbo *accipere* (entender) se refiere al argumento tratado en la obra del interprete en donde el modelo de la fórmula de la *actio pro socio* corresponde a la *societas omnium bonorum*. En relación al segundo argumento, debemos subrayar que efectivamente el uso de *actiones utiles* era un remedio del magistrado para utilizar la fórmula a otras especies similares ya consideradas por el *ius civile* por ejemplo, cuando el fundamento de la acción era una ley (el daño en el caso concreto no había sido causado *corpore* como exigía la *lex Aquilia*), sin embargo debemos notar una cosa evidente, los dos tipos de *societates* tienen en común la *actio pro socio* porque son *species* del mismo *genus* (Gai 3.148:*Societatem coire solemus aut totorum bonorum aut unius alicuius negotii...* Nos podemos unir en sociedad por todos los bienes o por un negocio determinado) y, puesto que el pretor escoge como ejemplo de fórmula la especie más amplia, la posibilidad del uso de una acción útil en el caso de la *societas unius negotiationis* resulta a nuestro parecer improponible. El último fundamento de Ferrini a su tesis no parece corresponder al método usado por la jurisprudencia para comentar el edicto del pretor porque, como es notorio, los

10 ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano* cit. 30-31.

juristas, cuando analizan una determinada acción o interdicto, parten siempre de un comentario literal del edicto y no vemos el motivo por el cual, en el caso de la *actio pro socio* la situación hubiera sido diferente.

También Guarino<sup>11</sup> habría manifestado su oposición a la reconstrucción de la fórmula de la *actio pro socio* de Lenel afirmando que tal propuesta se encuentra sin fundamentos en la parte '*Quod As. As. cum No. No. societatem omnium bonorum coitit*' (Ya que Aulo Agerio se unió con Numerio Negidio en sociedad por la totalidad del patrimonio) proponiendo de eliminar la indicación a la *societas omnium bonorum* en este modo: '*Quod As. As. cum No. No. societatem coitit*' (Ya que Aulo Agerio se unió con Numerio Negidio en sociedad) porque a su parecer, el recuerdo a la sociedad universal en los textos jurisprudenciales en donde se comenta la *actio pro socio*<sup>12</sup> tienen un valor 'absolutamente nulo', pero respecto a tal tesis, como habíamos dicho *supra* en relación al criterio de Ferrini, los juristas, cuando comentan el edicto del pretor, parten de un análisis de las palabras usadas en la fórmula y no vemos razón por la cual la sociedad universal no hubiera podido servir como modelo de fórmula propuesto en el edicto. El investigador además, en referencia a D. 17.2.63 pr. (Ulp. 31 *ad ed.*), texto que será motivo de estudio por nosotros y en el que se indica la *societas omnium bonorum* y la *taxatio*, considera que no resulta ser una prueba suficiente por la que tales elementos deberían ser considerados en la fórmula de la *actio pro socio*.

Kaser<sup>13</sup> opina que no se puede aceptar la posición de Guarino, ya que si se elimina la referencia al tipo de sociedad, la fórmula carecería de una clara determinación del objeto y, si el demandante no precisaba en juicio a que tipo de sociedad hacía referencia, la demanda resultaría incompleta; por ejemplo, en el caso de las acciones que tienen como fundamento una compraventa (*actio empti* o *venditi*) deben especificar en la fórmula la *res* vendida o comprada (*Quod A. Agerius N. Negidio hominem quo de agitur vendidit, qua de re agitur*. Ya que Aulo Agerio vendió a Numerio Negidio el esclavo del cual se trata y que es la materia por la que se demanda/ *Quod A. Agerius de N. Negidio hominem quo de agitur emit, qua de re agitur*. Ya que Aulo Agerio compró a Numerio Negidio el esclavo del cual se trata y que es la materia por la que se demanda) porque en caso contrario la pretensión resulta imprecisa. Ciertamente, continua a argumentar Kaser, en D. 17.2.7 (Ulp. 30 *ad Sab.*) se dice: *Coiri societatem et simpliciter licet: et si non fuerit distinctum, videtur coita esse universorum quae ex quaestu veniunt...* (Se puede constituir una sociedad también simplemente y, si no se hicieron indicaciones al respecto, se considera que se constituyó por todos los bienes), pero tal presupuesto

11 GUARINO, *La società in diritto romano*, cit. 8-11.

12 D. 17.2.1.1 (Paul. 32 *ad ed.*): *In societate omnium bonorum...* (En la sociedad de todos los bienes...); D. 17.2.3 pr. (Paul. 32 *ad ed.*): *Ea vero, quae in nominibus erunt, manent in suo statu...* Todo aquello que consistirá en créditos, permanecerá en el estado en que se encontraba (respecto a la *societas omnium bonorum*); D. 17.2.5 pr. (Ulp. 31 *ad ed.*): *Societates contrahuntur sive universorum bonorum...* (Se contraen sociedades bien sea por todos los bienes...) y Gai 3.148: *Societatem coire solemus aut totorum bonorum...* (Nos unimos en sociedad bien sea de todos los bienes...)

13 M. KASER, *Neue Literatur zur 'Societas'*, en *SDHI* 41, 1975, 290-292.

se refiere a la constitución de la sociedad y no al ejercicio de la *actio pro socio*, ya que seguramente en la *demonstratio* de la fórmula de tal acción, se debía declarar el tipo de sociedad por la cual se ejercitaba la acción en el juicio.

## 2. LA INTERPRETACIÓN ANALÓGICA EN D. 17.2.68.1 (GAI 10 AD ED. PROV.)

La limitación de la responsabilidad del demandado al *id quod facere potest* (en la medida de lo que puede hacer), habría sido la buena fe, como dijimos arriba, pero podía suceder que el magistrado hubiera decidido de no conceder el beneficio porque el socio, considerando probable que sería demandado en futuro, se encontrase en la imposibilidad de cumplir enajenando o despilfarrando el propio patrimonio con la finalidad de defraudar el demandante en el procedimiento.

Ferrini<sup>14</sup> correctamente indica que el grupo de pasajes que se encuentran en la compilación en D. 17.2.63 pr.-7 (Ulp. 31 *ad ed.*) se refieren a la *causae cognitio* anterior a la concesión de la fórmula con limitación de responsabilidad. De estos textos serán motivo de estudio D. 17.2.63 pr. y D. 17.2.63.7, porque tratan el problema del campo de aplicación del dolo en la *actio pro socio* que veremos a continuación. Además de estos, los compiladores incorporaron D. 17.2.68.1 (Gai 10 *ad edict. prov.*) que representa el punto de partida de nuestra investigación por el hecho de que cita las palabras usadas por el procónsul en el edicto provincial:

*Illud quaeritur, utrum is demum facere videtur quo minus facere possit, qui erogat bona sua in fraudem futurae actionis, an et qui occasione acquirendi non utitur. sed verius est de eo sentire proconsulem, qui erogat bona sua, idque ex interdictis colligere possumus, in quibus ita est: 'quod dolo fecisti, ut desineres possidere'.*

Se presenta la cuestión si se considera que haga en modo de no poder hacer aquel que gasta sus bienes en fraude de una acción futura o también aquel que no se aproveche de la oportunidad de adquirir (*illud-non utitur*). Pero resulta cierto que el procónsul se ocupa de aquel que gasta los bienes propios, y esto lo podemos inferir de los interdictos en los cuales se encuentra escrito en este modo 'porque haz hecho con dolo en modo de no poseer' (*sed-possidere*).

El texto forma parte de los pocos pasajes del comentario gayano al edicto provincial en relación a la *actio pro socio* que se incorporaron en la compilación (D. 17.2.2, 22, 34, 66 e 68). El jurista toma como modelo la *societas omnium bonorum* ya que, como hechos tratado de demostrar en el párrafo anterior, tal dato se encontraba indicado en la misma fórmula<sup>15</sup> y entre los presupuestos para el ejercicio de la acción, cita las

14 C. FERRINI, *Le origini del contratto di società*, cit. 33.

15 O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis I*, Il Cigno-Roma (rist.) 2000, 214-215. Que en D. 17.2.2 Gayo hubiera tomado como modelo la *societas omnium bonorum* se puede comprobar con la unión que los compiladores hicieron entre D. 17.2.1.1 (Paul. 32 *ad edict.*) y D. 17.2.2 (Gai 10 *ad edict. prov.*). Paulo ini-

palabras del procónsul que se encontraban en el edicto en donde se debía decidir la limitación de la *condemnatio* al socio demandado después de haber examinado en concreto la cuestión<sup>16</sup>; si bien es cierto Gayo no habla del pretor sino del procónsul, es evidente que la misma situación debía verificarse también en el edicto del pretor urbano porque, como comenta Guarino<sup>17</sup>, los libros del jurista sabiniano *ad edictum provinciale* «facevano puro e semplice riferimento o rinvio a quello del *praetor urbanus*».

Los términos '*qui erogat bona sua*' usados por el procónsul probablemente corresponden al momento preciso en donde la autoridad habría decidido de no conceder el beneficio ya que relacionando esta parte de la frase a la *quaestio* propuesta por el jurista, se observa una referencia al comportamiento doloso que es el motivo por el cual el pretor habría negado de favorecer al demandado con la *taxatio*; además, si Gayo relaciona la parte del presente enunciado con los *interdicta*, deberemos suponer que se trate de un caso en donde el procónsul (o el pretor) haya hecho valer en primera persona su autoridad en referencia a una situación de conflicto, como sucede también en los interdictos<sup>18</sup>. Gayo presenta dos casos por los que el demandado no habría podido cumplir la pretensión del demandante, el primero, que el socio, considerando la eventualidad que sería demandado en juicio, gastaba sus haberes en fraude de una acción futura y el segundo, que no haya aprovechado la oportunidad de adquirir. El jurista, recordando la declaración del procónsul (debemos de recordar que Gayo está analizando el edicto de una provincia senatoria) analiza el primer supuesto '*qui erogat bona sua*' (quien gasta sus propios bienes) relacionando el caso con los interdictos que incorporaron el criterio de la pérdida dolosa de la posesión<sup>19</sup>.

---

cia a explicar que en la *societas omnium bonorum* todas las cosas que pertenecen a los socios se vuelven comunes (*In societate omnium bonorum omnes res quae coeuntium sunt continuo communicantur*). La exposición se completa con el texto de Gayo en donde se explica que, si bien falta un acto de transmisión de propiedad, se considera que se transmiten los bienes en modo tácito (*quia, licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire*).

- 16 Dificilmente se puede aceptar la tesis de ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano* cit. 184, que la expresión *in id quod facere potest* (en los límites de lo que puede hacer el demandado) sea el resultado de una síntesis de la fórmula pretoria que se concluía con las palabras *vel dolo malo fecerit quo minus possit* (o bien con dolo ha hecho en modo de no poder hacer) excluyendo el beneficio por aquella parte del patrimonio que el demandado hubiera enajenado o dilapidado con la finalidad de defraudar la contraparte. La dificultad que encontramos en tal posición se encuentra determinada en el hecho que en D. 17.2.68.1 (Gai 10 *ad edict. prov.*) el recuerdo al dolo no resulta incorporado en la fórmula de la *actio pro socio*, sino que es el presupuesto identificado por la jurisprudencia para no conceder al demandado el *beneficium competentiae*.
- 17 A. GUARINO, *Gaio e l'«edictum provinciale»*, en *Iura* 20, 1969, 154-171.
- 18 Gai 4. 139: *Certis igitur ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis interponit. Quod tum maxime facit...inter aliquos contenditur*. (En ciertos casos el pretor –o el procónsul– hace valer en primera persona su autoridad para poner fin a las controversias y lo hace sobretodo cuando surge un conflicto).
- 19 Argumento que ya tratamos en otras sedes: GONZÁLEZ ROLDÁN, *Dolo desinere possidere fra editto del pretore e scienza giuridica* cit. 167 ss. = *Interdicta y pérdida dolosa de la posesión*, en *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. A. Guzmán Brito II*, Alessandria-Orso 2011, 651 ss.

La relación que efectúa Gayo entre la *causae cognitio* y los *interdicta* tiene como finalidad subrayar la analogía entre las dos disposiciones del magistrado respecto al dolo (*idque ex interdictis colligere possumus*), ya que, al mismo modo por el cual un socio gasta sus propios bienes para evitar de encontrarse en la posibilidad de satisfacer la pretensión del demandante, lo mismo podía suceder con las órdenes del magistrado en donde se considera la conducta fraudulenta: *interdicto quorum bonorum*<sup>20</sup>, *quod*

- 20 *Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides possideresve, si nihil usucaptum esset, quodque dolo malo fecisti uti desineres possidere, id illi restituas* (De aquellos bienes, cuya posesión fue otorgada de acuerdo a mi edicto, aquello que posees a título de heredero o poseedor o bien comenzarías a poseer si nada hubiera sido usucapido o bien haz hecho dolosamente en modo de cesar de poseer, restitúyelo) (Tit. XLIII § 227 ed. Lenel). La reconstrucción de LENEL, *Das Edictum perpetuum* cit. 452, toma como fuente D. 43.2.1 pr. (Ulp 67 ad ed.): *Ait praetor: 'Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides possideresve, si nihil usucaptum esset, quod quidem dolo malo fecisti, uti desineres possidere, id illi restituas'. Hoc interdictum restitutorium est et ad universitatem bonorum, non ad singulas res pertinet et appellatur 'quorum bonorum' et est apiscendae possessionis universorum bonorum.* (Dice el Pretor: 'De aquellos bienes cuya posesión fue otorgada por virtud de mi edicto a una determinada persona, debes entregarle la cosa que posees y que forma parte de los mismos bienes, o poseyeres como heredero o como poseedor, si nada hubiera sido usucapido, y lo que con dolo hiciste con la finalidad que dejaras de poseer'). P. BONFANTE, *Corso di Diritto Romano. La proprietà*.2.II, Milano-Giuffrè 1968, 344 (con referencias bibliográficas) tiene dudas que sean clásicos los términos *possideresve si nihil usucaptum esset*, sin dar una respuesta al respecto, pero claramente M. KASER, *Pro herede vel pro possessore* en *Studi in O. di A. Biscardi* II, Milano-Cisalpio 1982, 221 ss, explica que tales palabras, (si bien no encuentran confirmación en una constitución de Diocleciano y Maximiano del año 294 d.C. en C. 8.2.2, donde se menciona tal parte del edicto) son indispensables, porque en este modo se encuentra comprendido el caso de que la persona a la que va dirigida la orden del magistrado no tenga la posibilidad de tener las cosas hereditarias mediante la asignación de las mismas por parte del pretor.
- 21 *Quod de his bonis, quorum possessio ex edicto meo illi data est, legatorum nomine non voluntate illius possides quodque dolo malo fecisti quo minus possideres, id si eo nomine satisdatum sit sive per illum non stat ut satisdetur, illi restituas* (Aquellos que de aquellos bienes, cuya posesión le fue otorgada con base en mi edicto, posees a título de legados no por su voluntad o bien haz hecho dolosamente en modo de no poseer, siempre que le sea otorgada garantía a tal título o bien no sea a él imputable la falta de entrega, restitúyelo) (Tit. XLIII § 228 ed. Lenel). La indicación de la pérdida dolosa de la posesión se encuentra en D. 43.3.1.7 (Ulp 67 ad ed.): *Quod ait praetor 'aut dolo desit possidere', sic accipere debemus 'desiit facultatem habere restituendi'* (Lo que dice el Pretor: o dejó de poseer con dolo malo, debemos entenderlo así 'dejó de tener la posibilidad de restituir'. La tesis de PH. LOTMAR, *Zur Geschichte des Interdictum quod legatorum*, en *ZSS* 31, 1910, 129 ss, que en origen el *interdictum quod legatorum* tutelaba quien había obtenido la *bonorum possessio* por parte del pretor, como demuestra *Fragm. Vat. 90* y D. 43.3.2.1 (Pau. 63 ad ed.), fue aceptada por la doctrina, pero todavía se discute si los compiladores interpolaron los textos en donde se indica al heredero en lugar del *bonorum possessor*, como supone tal investigador. Puesto que los pasajes que se encuentran en la compilación se refieren al comentario de Ulpiano al presente interdicto y visto que en el periodo histórico en el que escribe se encuentran en el mismo nivel el heredero y el *bonorum possessor*, resulta probable, según nosotros, que la aplicación de tal interdicto al heredero hubiera sucedido antes de Justiniano, y en este sentido se expresan autores como E. PERROT *L'exercice de l'interdit quod legatorum par l'héritier civil* in *Études d'histoire juridique offertes à P. F. Girard* I, Paris-Paul Geuthner, 1913, 171 ss., O. LENEL, *Die Aktivlegitimation beim Interdictum quod legatorum* en *Mélanges P.F. Girard* II, Aalen-A. Rousseau, 1912, 63 ss., y en *Das Edictum perpetuum*, cit, 453 ss. Contrario C. FERRINI, *Teoria Generale dei Legati e dei Fedecommessi*, Roma-Bretschneider rest. 1976, 415 ss., y P. VOICI, *Teoria dell'acquisto del legato secondo il diritto romano*, Milano-Giuffrè 1936, 48 ss. Más prudentes, sin escoger una u otra tesis B. BIONDI, *Successione testamentaria. Donazioni*, Milano-Giuffrè 1943, 374 ss. y G. GROSSO, *I legati nel diritto romano*, Torino-Giappichelli 1962, 410. Por último, M. D'ORTA, *Il legatum per praeceptionem*, Torino-Giappichelli 2004, 110 n.16 acepta la tesis de Lotmar.

*legatorum*<sup>21</sup>, *de tabulis exhibendis*<sup>22</sup>, *quod precario*<sup>23</sup>, *de liberis exhibendis, item ducendis*<sup>24</sup>.

Vista tal analogía, para entender los términos *qui erogat bona sua* (quien gasta sus propios bienes) resulta indispensable considerar los supuestos indicados por los juristas respecto a la tutela interdictal.

Una clara y precisa definición ulpiana de pérdida dolosa de la posesión viene indicada en D. 43.3.1.7 (Ulp. 67 *ad ed.*) cuando trata del *interdictum quod legatorum* con el cual el pretor permitía al *bonorum possessor* de hacerse restituir la cosa que el legatario hubiera ocupado sin su voluntad:

*Quod ait praetor 'aut dolo desiit possidere', sic accipere debemus 'desiit facultatem habere restituendi'.*

Lo que dice el Pretor: o dejó de poseer con dolo, debemos entenderlo en este modo, que dejó de tener la posibilidad de restituir.

Ulpiano interpreta la pérdida dolosa de la posesión en el sentido de dejar de tener la facultad de restituir, pero considerar tal criterio en relación a la *actio pro socio* según el pensamiento gayano en D. 17.2.68.1 presenta una cierta dificultad, ya que, como es notorio, en esta acción el demandante no pretende un *restituere* sino que considera el deber de *dare, fare, praestare ex fide bona* que concedía al juez una amplia discrecio-

22 *Quas tabulas Lucius Titius ad causam testamenti sui pertinentes reliquisset, si hae penes te sunt aut dolo malo tuo factum est ut desinerent esse, ita eas illi exhibeas* (Si las tablas que se afirman fueron otorgadas por Lucio Ticio en relación a su testamento se encuentran contigo o por tu dolo sucedió que desaparecieran, exhibelas (Tit. XLIII § 232 ed. Lenel). El contenido se obtiene de D. 43.5.1pr. (Ulp. 68 *ad ed.*): *Praetor ait: 'Quas tabulas Lucius Titius ad causam testamenti sui pertinentes reliquisset dicitur, si hae penes te sunt aut dolo malo tuo factum est, ut desinerent esse, ita eas illi exhibeas...* Sobre el argumento ver A. BISCARDI, *v. Interdictum de tabulis exhibendis*, en *NNDI*, VIII, Torino-UTET 1968, 10 ss.; M. MARRONE, *A proposito di perdita dolosa del possesso*, en *Studi in Onore di A. Biscardi* VI, Milano-Cisalpine 1987, 185 ss., con referencias bibliográficas en la nota 21.

23 *Quod precario ab illo habes aut dolo malo fecisti ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas* (Lo que tienes a título de precario de él o haz hecho dolosamente en modo de cesar de tener sobre lo cual se está reclamando, restitúyesele) (Tit. XLIII § 258 ed. Lenel), así se indica en D. 43.26.2 pr. (Ulp. 71 *ad ed.*): *Ait praetor: 'Quod precario ab illo habes aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas.* Sobre tal argumento ver: P. ZAMORANI, *Precario habere*, Milano-Giuffrè 1969, 211 ss.; M. MARRONE, *Precario habere e precarium* en *Labeo* 17, 1971, 210 ss. y M. KASER, *Zur Geschichte des precarium*, en *ZSS* 89, 1972, 94 ss.

24 *Qui quaeve in potestate Lucii Titii est, si is eave apud te est dolove malo tuo factum est quo minus apud te esset, ita eum eamve exhibeas* ( Si una persona de sexo masculino o femenino que está en la potestad de Lucio Ticio se encuentra contigo o por tu dolo sucedió que no se encontrara contigo, exhibela) (Tit. XLIII § 262 ed. Lenel). Interdicto indicado en D. 43.30.1 pr. (Ulp. 71 *ad ed.*): *Ait praetor: 'Qui quaeve in potestate Lucii Titii est, si is eave apud te est dolove malo tuo factum est, quo minus apud te esset, ita eum eamve exhibeas'.* Sobre el argumento ver A. BERGER, *v. Interdictum* en *RE*, IX.2, Stuttgart-Metzler 1916, 1642 ss.; A. MASI *v. Interdictum de liberis ducendis (exhibendis)* en *NNDI*, VIII, Torino-UTET 1962, 801 ss. y A. MORDECHAI RABELLO, *Effetti personali della patria potestas*, Milano-Giuffrè 1979, 275 n. 57.

nalidad. Tal obstáculo es fácilmente superable ya que los términos *colligere possumus* (podemos relacionar) usados por Gayo no significan que el jurista pretenda la identidad de resultados entre las acciones y los *interdicta*, sino únicamente una relación entre las diferentes partes del edicto para aclarar el significado del dolo que, en el caso de la *actio pro socio*, debería ser evaluado por parte del juez para establecer la *condemnatio* que otorgaría al demandante la atribución del *id quod interest*<sup>25</sup>.

El socio demandado puede meterse en las condiciones de no cumplir la pretensión del demandante en modo doloso mediante los casos indicados en D. 43.5.3.6 (Ulp. 68 *ad ed.*) que se refieren al *interdictum de tabulis exhibendis* como la sustracción, ocultamiento y la entrega de la cosa a un tercero<sup>26</sup>. Contrariamente, si el socio hubiera vendido las cosas de la sociedad para evitar de satisfacer la pretensión del demandante, tal caso no sería

25 Que la jurisprudencia haya considerado el *id quod interest* en la *actio pro socio* se constata en varios pasajes como por ejemplo en D. 17.2.65.4 (Pau. 32 *ad ed.*): *...teneberis quanti interest mea...*(te encontrarás obligado hacia mí respecto al valor que yo considere respecto al interés que tenga sobre la cosa); D. 17.2.52.10 (Ulp. 31 *ad ed.*): *...potest tamen pro socio agere ad hoc, ut consequatur quod sua intererat...* (sin embargo puedes ejercitar la acción *pro socio* con la finalidad de obtener aquello que corresponde a tu interés). Sobre el argumento ver: D. MEDICUS, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadensatzes*, Köln-Graz-Böhlau 1962, 197 ss. y H. Honsell, *Quod interest im bonae-fidei-iudicium. Studien zum römischen Schadensatzrecht*, München-C.H.Beck 1969, 159 ss.

26 *Si quis dolo malo fecerit, quo minus penes eum tabulae essent, nihilo minus hoc interdicto tenebitur, nec praeiudicatur aliquid legi Corneliae testamentariae, quasi dolo malo testamentum suppresserit. nemo enim ideo impune retinet tabulas, quod maius facinus admisit, cum exhibitis tabulis admissum eius magis manifestetur. et posse aliquem dolo malo facere, ut in eam legem non incidat, ut puta si neque amoverit neque celaverit tabulas, sed idcirco alii tradiderit, ne eas interdicenti exhiberet, hoc est si non suppresserit animo vel consilio fecit, sed ne huic exhiberet.*(Si alguien hubiera hecho con dolo que no se encontraran en su poder las tablas del testamento, estará sin embargo obligado por este interdicto. Y en nada se perjudicará a la ley Cornelia sobre los testamentos como si con dolo hubiera suprimido el testamento porque nadie considera impunemente las tablas porque haya cometido un delito mayor, puesto que con las tablas exhibidas se manifiesta más bien su delito; y puede uno hacer con dolo de modo que no incurra en esta ley, por ejemplo, si ni hubiere sustraído, ni ocultado las tablas, sino que las hubiere entregado a otro precisamente para no exhibirlas al que ejercitaba el interdicto, esto es, si no lo hizo con ánimo o deseo de suprimirlas, sino para no exhibirlas a este). Substraer o esconder son claros ejemplos de pérdida dolosa de la posesión por los cuales el pretor habría concedido el *interdictum de tabulis exhibendis* y los mismos casos eran considerados también en la ley Cornelia como se indica en D. 48.10.2 (Paul. 3 *ad Sab.*): *qui testamentum amoverit celaverit eripuerit deleverit interleverit subiecerit resignaverit...legis Corneliae poena damnatur* (El que hubiere sustraído, ocultado, robado, borrado, tachado, substituido o abierto un testamento...es condenado con la pena de la ley Cornelia). Una misma situación generaba en este modo dos intereses diferentes que requerían ser tutelados: un interés público y un interés pecuniario privado. Cfr. G. ARCHI, *Interesse privato e interesse pubblico nell'apertura e pubblicazione del testamento romano*, en *Iura* 20, 1969, 396 ss., = *Scritti di Diritto Romano II*, Milano-Giuffrè 1981, 875 ss. Podía darse el caso que el poseedor de las tablas hubiera hecho con dolo de no tenerlas consigo por motivos diferentes a los considerados por la ley; así, la entrega a otra persona era una pérdida dolosa de la posesión sancionada por el interdicto, mientras que el destinatario de este último no era responsable de acuerdo a la ley Cornelia porque tal supuesto no se encontraba considerado en la *lex*. Sobre el argumento ver A. BISCARDI, v. *Interdictum de tabulis exhibendis*, en *NNDI VIII*, Torino-UTET 1968, 10 ss.; M. MARRONE, *A proposito di perdita dolosa del possesso*, en *Studi in Onore di A. Biscardi VI*, Milano-Cisalpine 1987, 185 con referencias bibliográficas en la nota 21 y por último GONZÁLEZ ROLDÁN, *Dolo desinere possidere fra editto del pretore e scienza giuridica* cit.171 ss.

considerado un ejemplo de pérdida dolosa ya que, como sucede en el interdicto *quorum bonorum*, quien recibe un precio continúa a poseer, criterio ya estudiado por nosotros en otra sede<sup>27</sup> y confirmado en D. 29.4.4.3 (Ulp. 50 *ad ed.*) cuando se trata del *edictum si quis omissa causa testamenti*, en donde se declara que no cesa con dolo de poseer la persona que vendió la *res* (herencia), ya que de todos modos resulta que sigue poseyendo (*si quis vendiderit hereditatem, utique possidere videtur, non dolo fecisse, quo minus possideat*).

### 3. EL CRITERIO DE LA PÉRDIDA DOLOSA DE LA POSESIÓN APLICADO A TODOS LOS TIPOS DE SOCIETATES

Como hemos visto en D. 17.2.68.1 (Gai 10 *ad ed. prov.*) Gayo interpreta las palabras *qui erogat bona sua* (quien gasta sus bienes) usadas por el procónsul en la *causae cognitio* en el mismo sentido de *quod dolo fecisti, ut desineres possidere* (lo que haz hecho con dolo para dejar de poseer) para negar al demandado, que no se comporta según los criterios de buena fe, la limitación de la *condemnatio* en la medida de sus propias posibilidades (*id quod facere potest*).

Tal problema es tratado por el jurista sabiniano respecto a la *societas omnium bonorum* ya que en el *principium* de D. 17.2.68 así se encuentra claramente indicado: *...etsi totorum bonorum socii sint* (si bien se trate de socios de todos los bienes), pero no se dice nada si el criterio de la limitación de la responsabilidad del demandado hubiera sido aplicado también a la *societas unius rei*. Sobre este aspecto encontramos dos textos de Ulpiano que se encuentran en comentarios diferentes del edicto y que parecen contradecirse; por una parte, en D. 17.2.63 pr. (Ulp. 31 *ad edict.*) se considera factible la limitación de la responsabilidad del socio no únicamente en el caso de la sociedad universal, sino además en la *societas unius rei*, recordando el pensamiento de Sabino sobre la materia: *Verum est quod Sabino videtur, etiamsi non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei, attamen in id quod facere possunt... condemnari oportere...* (Resulta ser verdadero lo que afirma Sabino, que también si no son socios de todos los bienes sino de una sola cosa, deben ser condenados en la medida de las propias facultades) pero en D. 42.1.16 (Ulp. 63 *ad ed.*) parece decir lo contrario: *Sunt qui in id quod facere possunt conveniuntur, id est non deducto aere alieno, et quidem sunt hi fere. qui pro socio conveniuntur (socium autem omnium bonorum accipiendum est)...* (Hay quienes son demandados por lo que pueden pagar, esto es, sin haberse deducido las deudas; y esto sucede normalmente en el caso de los que son demandados con la acción de sociedad, pero se ha de entender por socio el que es de todos los bienes...)

Antes de afrontar la cuestión debemos analizar D. 17.2.63 pr. (Ulp. 31 *ad edict.*) porque tal texto forma parte de la *sedes materiae* a diferencia de D. 42.1.16 (Ulp. 63 *ad edict.*) que trata de la acción Rutiliana (Tit. XL § 218 Lenel):

27 Y. GONZÁLEZ ROLDÁN, *Il Senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano*, Bari-Cacucci 2008, 107 ss.

*Verum est quod Sabino videtur, etiamsi non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei, attamen in id quod facere possunt quodve dolo malo fecerint quo minus possint, condemnari oportere. hoc enim summam rationem habet, cum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat*<sup>28</sup>.

Resulta ser verdadero lo que afirma Sabino, que también si no son socios de todos los bienes sino de una sola cosa, deben ser condenados en la medida de las propias facultades o de lo que con dolo hayan evitado que formara parte. Ciertamente este criterio tiene un grande fundamento racional teniendo la sociedad en cierto sentido un derecho de hermandad (*hoc-habeat*).

Según la opinión de Sabino<sup>29</sup>, bien sea en la *societas omnium bonorum* bien sea en la *societas unius rei*, los socios eran condenados entre los límites del activo del demandado (*in id quod facere potest*); esto es, entregando la cosa que era debida y que poseían; pero, si el socio dolosamente se hubiera encontrado en las condiciones de no cumplir (perdiendo con dolo la posesión de la cosa), el así llamado '*beneficium competentiae*' no habría tenido aplicación y habría debido ser condenado por aquella parte del patrimonio que el socio demandado no hubiera adquirido, hubiera enajenado o dilapidado con la finalidad de defraudar a la contraparte<sup>30</sup>. Si bien es cierto en el texto no se habla

- 
- 28 La frase *societas-habeat* fue considerada interpolada (se vean las referencias bibliográficas recordadas por M. BREONE, *Consortium e Communio*, en *Labeo* 6, 1960, 177 n. 1), pero después del descubrimiento de Gai 3.154 a-b tal tesis resultó injustificada por D. DAUBE, *Societas as consensual contract*, en *CLJ* 6, 1938, 381. BREONE, *idem*, 177 n.1, piensa que la referencia al *ius quodammodo fraternitatis* se refiere en época clásica únicamente a la *societas omnium bonorum*, como podría demostrar D. 42.1.16 (Ulp. 63 *ad ed.*), y por esto D. 17.2.63 pr. resulta ser una interpolación 'extensiva'. Según nuestra opinión, tal afirmación se refiere también a la *societas unius rei*, porque si bien el vínculo de *fraternitas* se indican en origen al primer tipo de sociedad, debe notarse que el contenido de la responsabilidad sería la misma en los dos tipos de *societas* según Sabino, y por ello Ulpiano habría podido incluir en su razonamiento también la *societas unius alicuius negotii*. Sobre este punto cfr. A. GUARINO, *La condanna nei limiti del possibile*, Napoli-Jovene 1975, 29, con referencias bibliográficas en la página 104 y J. GILDEMEISTER, *Das beneficium competentiae im römischen Recht*, Göttingen-Schwartz 1986, 27 ss.
- 29 Respecto al pensamiento de Sabino en el presente texto cfr.: F. BONA, *Contributi alla storia della societas universorum quae ex quaestu veniunt in diritto romano*, en *Studi in onore di G. Grosso* I, Torino-Giappichelli 1968, 447 n. 102 y W. LITEWSKI, *Das beneficium competentiae im römischen Recht* en *Studi in onore di E. Volterra* IV, Milano-Giuffrè 1971, 547 ss.
- 30 Sobre este punto ver V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, Napoli-Jovene 1950, 184 ss; GILDEMEISTER, *Das beneficium competentiae im klassischen römischen Recht* cit. 27 ss. Efectivamente, como destaca TALAMANCA, *v. Società (dir. Rom.)* cit. 853, el *beneficium* era concedido por el pretor *causa cognita* como se demuestra en D. 42.1.22.1 (Pomp. 21 *ad Q. Muc.*). Claramente Pomponio indica que la finalidad del *beneficium* era evitar que el demandado que niega de ser socio o que se encuentra obligado por la cláusula de dolo fuera protegido: *Quod autem de sociis dictum est, ut et hi in quantum facere possint condemnentur, causa cognita se facturum praetor edicit. causae cognitio autem in hoc erit, ut neganti se socium esse aut ex doli clausula obligato non succurratur*. (Pero lo que se dijo respecto a los socios, que también ellos son condenados a cuanto pueden satisfacer, dice el Pretor que lo hará él con conocimiento de causa; pero el conocimiento de causa versará sobre esto, para que no se auxilie al que niega que el es socio o al que está obligado en virtud de la cláusula de dolo). Evidentemente el demandado habría podido defenderse con una *exceptio* denominada en las fuentes '*quod facere possit*' (para lo que pueda hacer) como se observa en D. 44.1.7 pr. (Paul. 3 *ad Plau.*): *Exceptiones*,

de pérdida dolosa de la posesión o de la falta de adquisición, sin embargo, debemos considerar el hecho de que el socio dolosamente se hubiera podido meter en las condiciones de no cumplir mediante un acto que tuviera como finalidad la pérdida de la posesión o la falta de adquisición de la cosa debida.

El mismo jurista severiano en su comentario a la acción Rutiliana en D. 42.1.16 (Ulp. 63 *ad edict.*) parece negar lo que había dicho en el pasaje anterior:

*Sunt qui in id quod facere possunt conveniuntur, id est non deducto aere alieno, et quidem sunt hi fere. qui pro socio conveniuntur (socium autem omnium bonorum accipiendum est)...*

Hay quienes son demandados por lo que pueden pagar, esto es, sin haberse deducido las deudas; y esto sucede normalmente en el caso de los que son demandados con la acción de sociedad, pero se ha de entender por socio el que es de todos los bienes...

El texto indica como hicimos notar al inicio de nuestra investigación que la responsabilidad del socio se encontraba limitada en la medida de sus propias facultades (*id quod facere potest*), por lo cual el demandado tendría el beneficio que la condena no habría superado el activo patrimonial, pero causa sorpresa que después el mismo jurista diga que tal responsabilidad solo corresponde cuando se trata del socio de todos los bienes (*socium autem omnium bonorum accipiendum est*) pareciendo existir una contradicción con D. 17.2.63 pr. (Ulp. 31 *ad ed.*): *etiamsi non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei, attamen in id quod facere possunt... condemnari oportere* (también si no son socios de todos los bienes sino de una sola cosa, deben ser condenados en la medida de las propias facultades).

La doctrina se encuentra dividida sobre el problema, mientras algunos prefieren dar mayor crédito a D. 42.1.16 considerando interpolado D. 17.2.63 pr.<sup>31</sup>, otros piensan lo contrario<sup>32</sup>. Nosotros ya indicamos nuestro parecer al respecto sobre D. 17.2.63 pr., en donde resulta claro que la extensión de la condena en los límites de lo posible a la *socie-*

---

*quae personae cuiusque cohaerent, non transeunt ad alios, veluti ea quam socius habet exceptionem 'quod facere possit'...* (Las excepciones que son inherentes a la persona de cualquiera, no pasan a otros, por ejemplo, la excepción que tiene el socio para lo que pueda hacer...) La *taxatio* no se encontraba incluida en la fórmula como se observa en la reconstrucción de Lenel que transcribimos en el § 1 de esta investigación, resultando, como indica GUARINO, *La condanna nei limiti del possibile* cit. 27, 'inserta nel *iudicium* solo se e quando la specifica *causae cognitio* lo avesse consigliato'. Sobre el argumento KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht* cit. 260 n. 27 y 316 n. 35.

31 ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano* cit. 122-123 declara: 'Solo in via di congettura abbiamo creduto di dover dare a quest'ultimo testo il maggiore credito' considerando así la extensión del *beneficium* a todo tipo de socios como una falsa integración de los compiladores.

32 LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung* cit. 298 n.7, considera la frase '*socium autem omnium bonorum accipiendum est*' en D. 42.1.16 poco oportuna y escrita en un pésimo latín como pensaron también GUARINO, *La condanna nei limiti del possibile* cit. 26-32 = *La società in diritto romano* cit. 195-201; LITEWSKI, *Das beneficium competentiae im römischen Recht* cit. 550-551; KASER, *Neue Literatur zur 'Societas'* cit. 292 n. 53.

*tas unius rei* ya había sido afirmado por Sabino y que tal opinión había sido aceptada por Ulpiano. Resulta difícil pensar que los compiladores hubieran atribuido a Sabino una noticia falsa pero tampoco dudando de la veracidad de la información que se encuentra en D. 42.1.16 se resuelve el problema porque la alteración habría debido tener una finalidad que personalmente no logramos encontrar.

Probablemente Ulpiano, en una sede diferente al comentario que ya había hecho respecto a la *actio pro socio*, habría hecho un elenco en D. 42.1.16 de una serie de casos en donde la responsabilidad del demandado se habría limitado a aquello que se encontrara en las propias posibilidades (*id quod facere potest*) y leyendo nuevamente sus comentarios anteriores al libro sesenta y tres *ad edictum* habría indicado que el *beneficium competentiae* se concedía al demandado en la *actio pro socio* especificando un dato evidente, que la fórmula propuesta por el pretor correspondía a la *societas omnium bonorum*. Para demostrar nuestra tesis basta observar que el jurista severiano usa el verbo *accipere* (entender) para explicar el contenido del edicto con su *congruens interpretatio*; por ejemplo, en D. 43.3.1.7 (Ulp 67 *ad edict.*) cuando el jurista trata del interdicto *quod legatorum* transcribe el contenido del edicto para después explicarlo con sus palabras: *Quod ait praetor 'aut dolo desiit possidere', sic accipere debemus 'desiit facultatem habere restituendi'* (Lo que dice el pretor: o dejo de poseer con dolo, debemos enterlo en este modo, que dejó de tener la posibilidad de restituir). En el libro 63 *ad edictum* Ulpiano no debe repetir que el beneficio es concedido también al demandado en el caso de la *societas unius rei*, como ya había dicho en D. 17.2.63 pr, únicamente interpreta aquello que se encuentra escrito en el edicto sin incorporar mayores noticias<sup>33</sup>.

#### 4. EL SOCIO DEMANDADO NO SE ENCUENTRA OBLIGADO POR SU CULPA SINO ÚNICAMENTE POR SU DOLO

Otra referencia al dolo se encuentra también en D. 17.2.63.7 (Ulp. 31 *ad ed.*):

*Hoc quoque facere quis posse videtur, quod dolo fecit quo minus possit: nec enim aequum est dolum suum quemquam relevare, quod et in ceteris, qui in id quod facere possunt conveniuntur, accipiendum est. si tamen non dolo, sed culpa sua facere posse desiit, dicendum est condemnari eum non debere<sup>34</sup>.*

Se considera que alguien pueda hacer esto, que con dolo haya hecho en modo de no incrementar el patrimonio, ya que no resulta equo que sea liberado del propio dolo

33 También GILDEMEISTER, *Das beneficium competentiae im römischen Recht* cit. 27-31, busca una solución a la contradicción aparente entre D. 17.2.63 pr. y D. 42.1.16 y, sin negar el contenido clásico del segundo texto, considera que Ulpiano es simplemente poco riguroso en su indicación.

34 GUARINO, *La condanna nei limiti del possibile* cit.127, piensa que los términos *quod-accipiendum* fueron incorporados en el texto originario como podría ser demostrado con el uso del verbo *conveniuntur*, pero según nuestra opinión, tal parte del pasaje demostraría simplemente que la presente tesis fue aceptada por el mismo Ulpiano aplicándola a todos los casos en donde hubiera sido requerido un *facere posse*.

(*hoc-relevare*). Esto debe ser aceptado también para todos aquellos que son demandados en los límites de las propias posibilidades económicas (*quod-accipiendum est*). Sin embargo, si no por razón de dolo, sino por su culpa haya cesado de poder hacer, debe ser considerado que no será condenado (*si-debere*).

El socio se encuentra obligado por todo aquello que habría debido hacer y no había hecho por razón de su dolo; así, si dentro de las actividades que debía hacer, se encontraba la de entregar una cosa y el socio en lugar de hacerlo, hubiera perdido la posesión de la misma intencionalmente o no la hubiera adquirido, el juez consideraría su valor en la *condemnatio*<sup>35</sup> a diferencia del caso en donde la pérdida no fuera debida por causa de su dolo sino por su culpa.

Respecto a este texto queremos notar que Ulpiano hace entrar en el *dumtaxat quod N. Negidius facere potest* (en los límites de la posibilidad de Numerio Negidio) el *quod dolo fecit quo minus possit* (lo que ha dejado de tener con dolo) y la *ratio* encuentra como fundamento un criterio de equidad: no resulta equo que el dolo de uno lo libere de sus deudas. Uniendo este pasaje a D. 17.2.63 pr., (del mismo autor) respecto a la parte final en donde se indica que en el contrato de sociedad existe un cierto vínculo jurídico de hermandad (*cum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat*), resalta la razón por la que se excluye la responsabilidad por culpa, ya que, una relación de hermandad representa una conexión y unión de situaciones armónicas contrarias a conductas fraudulentas<sup>36</sup>.

35 GUARINO, *La condanna nei limiti del possibile* cit., 81, 88 ss. e 127, piensa que los términos *quod dolo fecit quo minus possit* demuestran la incorporación en el *id quod debitor facere potest* (aquello que el deudor puede hacer) del *id quod dolo desiit possidere* (lo que con dolo había dejado de poseer). Esta tesis fue objetada por LITEWSKI, *Das beneficium competentiae im römischen Recht* cit. 474 n.20, porque las palabras del pasaje no admiten tal interpretación pero, según nosotros, si bien es cierto que estos términos no significan literalmente una pérdida dolosa de la posesión, podrían, sin lugar a dudas comprenderla como hemos querido tratar de demostrar en esta investigación.

36 No es esta la sede para analizar el problema de la responsabilidad del socio ya que debemos tomar en consideración textos que sobrepasan los límites del presente estudio, únicamente queremos notar que Ulpiano en D. 17.2.63.7 excluye que el demandado sea obligado por la pérdida culposa de la posesión por los motivos indicados *supra*. De este texto no queremos dar por supuesto que adherimos a la tesis de ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano* cit. 188 ss, que el socio se encuentra obligado únicamente al dolo y no a la culpa ya que existen textos en donde se constata una responsabilidad por esta última. Claramente el jurista severiano en D. 17.2.52.2 (Ulp. 31 *ad ed.*) examina la cuestión: (*Utrum ergo tantum dolum an etiam culpam praestare socium oporteat*, quaeritur...Se pone la cuestión si el socio debe responder por dolo o por culpa) y presenta la tesis de Celso, el cual afirma en su libro séptimo *digestorum* que el socio es responsable también por culpa (...*et Celsus libro septimo digestorum ita scripsit: socios inter se dolum et culpam praestare oportet...*) en el caso específico del socio que haya prometido su actividad lavorativa y su pericia (...*si in coeunda societate, inquit, artem operamve pollicitus est alter...*). Evidentemente tal caso específico es diferente al problema motivo de nuestra investigación. Sobre el argumento, con amplia discusión de la doctrina reenvío a R. CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C.-II sec. d.C)*, Milano-Giuffrè 1995, 454 ss.

## 5. CONCLUSIONES

La responsabilidad del socio se encontraba limitada al *id quod facere potest* (aquello que puede realizar), esto significa que el demandado tenía el beneficio que la condena no habría superado el activo patrimonial a menos que las deudas no fueran originadas por la misma sociedad '*ex ipsa societate debeat*' (el así llamado '*beneficium competentiae*') evitándose en tal modo la ejecución patrimonial: *missio in possessionem y bonorum venditio*. Podía suceder, sin embargo, que el pretor después de la *causa cognita* hubiera negado de favorecer al demandado con la *taxatio* en razón de su comportamiento doloso como por ejemplo cuando el socio, considerando la eventualidad que se deba ejercitar una acción en su contra, hubiera enajenado o dilapidado el propio patrimonio con la finalidad de defraudar al demandante en el proceso. La jurisprudencia romana analiza el problema y propone los mismos criterios interpretativos que ya había efectuado en relación del dolo aplicado a la materia interdictal.

## 6. FUENTES DE CONSULTA

### Corpus Iuris Civilis

#### *Digesta*

D. 17.2.63 pr. (Ulp. 31 *ad ed.*)

D. 17.2.63.7 (Ulp. 31 *ad ed.*)

D. 17.2.68.1 (Gai 10 *ad ed. prov.*)

D. 29.4.4.3 (Ulp. 50 *ad ed.*)

D. 43.3.1.7 (Ulp. 67 *ad ed.*)

D. 43.5.3.6 (Ulp. 68 *ad ed.*)

### Bibliografía

ARANGIO-RUIZ V, *La società in diritto romano*, Napoli-Jovene 1950.

ARCHI G., *Interesse privato e interesse pubblico nell'apertura e pubblicazione del testamento romano*, en *Iura* 20, 1969, 396 ss., = *Scritti di Diritto Romano II*, Milano-Giuffrè 1981, 875 ss.

BERGER A, *v. Interdictum* en *RE*, IX.2, Stuttgart-Metzler 1916, 1642 ss.

BIANCHINI M., *Studi sulla società*, Milano-Giuffrè, 1967.

BIONDI B, *Successione testamentaria. Donazioni*, Milano-Giuffrè, 1943.

BISCARDI A, *v. Interdictum de tabulis exhibendis*, en *NNDI*. VIII, Torino-UTET 1968, 10 ss.

BONA F, *Contributi alla storia della società universorum quae ex quaestu veniunt in diritto romano*, en *Studi in onore di G. Grosso I*, Torino-Giappichelli 1968, 447 ss.

BONFANTE P, *Corso di Diritto Romano. La proprietà*. 2.II, Milano-Giuffrè, 1968.

- BRETONE M, *Consortium e Communio*, en *Labeo* 6, 1960.
- CARDILLI R, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilit  contrattuale in diritto romano (II sec. a.C.-II sec. d.C)*, Milano-Giuffr , 1995.
- D'ORTA M., *Il legatum per praeceptionem*, Torino-Giappichelli, 2004.
- FERRINI C, *Teoria Generale dei Legati e dei Fedecommissi*, Roma-Bretschneider rest. 1976.
- GILDEMEISTER J, *Das beneficium competentiae im römischen Recht*, Göttingen-Schwartz, 1986.
- GONZÁLEZ ROLDÁN Y, *Il Senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano*, Bari-Cacucci, 2008.
- GONZÁLEZ ROLDÁN, Y. *Dolo desinere possidere fra editto del pretore e scienza giuridica*, Bari-Cacucci, 2010.
- GROSSO G, *I legati nel diritto romano*, Torino-Giappichelli, 1962.
- Honsell H., *Quod interest im bonae-fidei-iudicium. Studien zum römischen Schadensersatzrecht*, München-C.H.Beck, 1969.
- GUARINO A, *La condanna nei limiti del possibile*, Napoli-Jovene, 1975.
- KASER M., *Zur Geschichte des precarium*, en *ZSS* 89, 1972, 94 ss.
- KASER M, *Pro herede vel pro possessore en Studi in O. di A. Biscardi II*, Milano-Cisalpio 1982, 221 ss.
- KASER M.- HACKL K, *Das römische Zivilprozessrecht*, München-C.H. Beck 1996, 153 ss.
- LENEL O, *Die Aktivlegitimation beim Interdictum quod legatorum en Mélanges P.F. Girard II*, Aalen-A. Rousseau, 1912, 63 ss.
- LENEL O., *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Aalen-Scientia Antiquariat, 1956.
- LITEWSKI W, *Das beneficium competentiae im römischen Recht en Studi in onore di E. Volterra IV*, Milano-Giuffr  1971, 547 ss.
- LOTMAR PH, *Zur Geschichte des Interdictum quod legaturum*, en *ZSS* 31, 1910, 129 ss.
- MANTOVANI D, *Le formule del processo privato romano*, Padova-CEDAM, 1999.
- MARRONE M, *Precario habere e precarium en Labeo* 17, 1971, 210 ss.
- Marrone M, *A proposito di perdita dolosa del possesso*, en *Studi in Onore di A. Biscardi VI*, Milano-Cisalpio 1987, 185 ss.
- MASI A, *v. Interdictum de liberis ducendis (exhibendis) en NNDI*, VIII, Torino-UTET 1962, 801 ss.
- MEDICUS D, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes*, Köln-Graz-Böhlau, 1962.
- MORDECHAI RABELLO A, *Effetti personali della patria potestas*, Milano-Giuffr , 1979.
- PERROT E, *L'exercice de l'interdit quod legatorum par l'h ritier civil en  tudes d'histoire juridique offertes   P. F. Girard I*, Paris-Paul Geuthner, 1913, 171 ss.,

TALAMANCA M, *v. Processo civile (dir. rom.)*, en *ED. XXXVI*, Milano-Giuffrè 1987, 64 ss.

TALAMANCA M, *v. Società (dir. Rom.)*, en *ED. XLII*, Milano-Giuffrè 1990, 852 ss.

VOCI P, *Teoria dell'acquisto del legato secondo il diritto romano*, Milano-Giuffrè, 1936.

WENGER L, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, München-M. Hueber 1925.

WIEACKER F, *Zum Ursprung der bonae fidei iudicia*, en *ZSS.* 80, 1963, 1 ss.

ZAMORANI P, *Precario habere*, Milano-Giuffrè, 1969.



# TLALIXTAC DE CABRERA, OAXACA: LA ASAMBLEA GENERAL COMUNITARIA COMO GARANTE DEL DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN Y AUTONOMÍA

Por RAFAELA HERNÁNDEZ CHÁVEZ<sup>1</sup>  
y PARASTOO ANITA MESRI HASHEMI-DILMAGHANI<sup>2</sup>

**RESUMEN:** El objetivo de este capítulo es describir algunos aspectos de la estructura de gobierno y Derecho Zapoteco vigentes en Tlaxiactac de Cabrera, Oaxaca, para contextualizar los hechos transcurridos en el año 2015 y la defensa jurídica que llevó el municipio de su derecho colectivo a la libre determinación y autonomía. Dicha defensa llegó hasta la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), con el fin de exigir que se haga respetar la decisión de su máxima autoridad, la Asamblea General Comunitaria, con relación a la destitución de sus autoridades municipales y el nombramiento de nuevas. La relevancia de la resolución del TEPJF es que se aplicaron los más altos estándares internacionales y nacionales al ordenar hacer respetar la decisión de la Asamblea General Comunitaria, juzgando con una perspectiva intercultural y de pluralismo jurídico.

**PALABRAS CLAVE:** Tlaxiactac de Cabrera, sistemas normativos indígenas, libre determinación y autonomía, asamblea general comunitaria.

**ABSTRACT:** The object of this chapter is to describe some elements of the current government structure and Zapotec Law of Tlaxiactac de Cabrera, Oaxaca, to better understand the events that took place in 2015 and the legal defense that the municipality realized of its collective right to self-determination and autonomy. The case arrived to the Superior Chamber of the Electoral Court of the Judicial Branch of the Federation (TEPJF), so as to achieve the respect of the decision of the most important community authority, the General Community Assembly, regarding the destitution of municipality authorities and the designation of new ones. The sentence of the TEPJF is important because it applied the highest international and national standards and ordered that the decision of the General Community Assembly be respected, applying intercultural justice and legal plurality.

**KEYWORDS:** Tlaxiactac de Cabrera, Indigenous legal systems, Right to self-determination and autonomy, General community assembly.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN Y LA ASAMBLEA GENERAL COMUNITARIA EN TLALIXTAC DE CABRERA. 3. “LA ASAMBLEA PONE Y LA ASAMBLEA QUITA”. LA DESTITUCIÓN DE AUTORIDADES COMO MECANISMO EJEMPLAR DE RENDICIÓN DE CUENTAS EN LOS SISTEMAS NORMATIVOS INDÍGENAS. 4. REFLEXIONES FINALES. 5. FUENTES DE CONSULTA.

1 Ex presidenta municipal de Tlaxiactac de Cabrera, Oaxaca.

2 Profesora-investigadora de El Colegio de Tlaxcala, A.C. Al momento del asunto aquí descrito, fungía como funcionaria de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) y acompañó a la comisión durante todo el trayecto del asunto.

## 1. INTRODUCCIÓN

Tlaxiactac de Cabrera, perteneciente al territorio del pueblo Zapoteca, es uno de los 417 municipios del estado de Oaxaca, México que se rigen por sistemas normativos indígenas o “usos y costumbres”, régimen jurídico comunitario reconocido ampliamente en el marco legal internacional, nacional y estatal, en particular, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT); el artículo 2º apartado A) fracción II y III de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el 16 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca.

En este municipio normado por su propio sistema jurídico, la Asamblea General de la población es la máxima autoridad para tratar todos los asuntos trascendentales. Es también órgano de nombramiento de autoridades (“elección”) y de observancia de la actuación de las mismas.

Su organización político-social y derecho propio son parecidos a los de otras comunidades Zapotecas de la Región de los Valles Centrales y, en general, otras comunidades indígenas del estado en muchos sentidos. Carmen Cordero Avendaño, en sus investigaciones sobre el Derecho Zapoteco del Valle de Tlacolula, en que estudió los sistemas normativos de 11 comunidades del Valle, incluyendo Tlaxiactac de Cabrera, explicó lo siguiente:

La organización civil de los pueblos indígenas del estado de Oaxaca en la actualidad, está basada en las instituciones oficiales; con el transcurso del tiempo estas instituciones que les fueron impuestas han sido asimiladas por ellos y las han hecho suyas, no sin olvidar ciertas costumbres locales de su organización consuetudinaria no reconocidas en los textos legales y que comprende una parte importante de esta organización... La organización comunal, ya sea un municipio o una agencia, la podemos clasificar en dos agrupaciones, cada una con sus reglas y organización interna... Estas dos estructuras, la civil y la religiosa, se formaron con relaciones muy estrechas entre ambas, notándose que se conserva muchos de las mismas en los pueblos estudiados...<sup>3</sup>

El objetivo de este capítulo es describir algunos aspectos de la estructura de gobierno y Derecho Zapoteco vigentes en Tlaxiactac de Cabrera, para contextualizar los hechos transcurridos en el año 2015 y la defensa jurídica que llevó el municipio de su derecho colectivo a la libre determinación y autonomía. Dicha defensa llegó hasta la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), con el fin de exigir que se haga respetar la decisión de su máxima autoridad, la Asamblea General Comunitaria, respeto a la destitución de sus autoridades municipales y el nombramiento de nuevas. Lo anterior, como ejercicio de transparencia y rendición de cuentas,

3 Cordero Avendaño de Durand, Carmen, *Supervivencia de un derecho consuetudinario en el Valle de Tlacolula*, México, H. Cámara de Diputados, LX Legislatura-Miguel Ángel Porrúa, 2009, p. 49.

pues al no satisfacer a la Asamblea sus actuaciones, y después de varias oportunidades brindadas para mejorar su conducta, el mismo órgano que puso a las autoridades las quitó. Lo anterior es un rasgo común del Derecho Indígena a lo largo y ancho del país, donde coloquialmente se dice que “la asamblea pone y la asamblea quita”.

En el segundo apartado, se describirá a las Asambleas Comunitarias de la comunidad Zapoteca de Tlalixtac de Cabrera, cabecera municipal del municipio del mismo nombre. En el tercer apartado, se narrarán los hechos sucedidos en los años 2014 y 2015 que motivaron la destitución de las autoridades y la defensa jurídica realizada en los tribunales electorales para que se reconozca tal decisión como un ejercicio concreto del derecho a la libre determinación y autonomía.

Finalmente, en el cuarto apartado, se presentarán unas breves reflexiones finales, para ubicar la importancia del precedente del asunto de Tlalixtac de Cabrera y la resolución emitida por la Sala Superior del TEPJF. La sentencia representa un criterio inequívoco de observación obligatoria para todas las autoridades estatales y federales en México en que se afirmó que en las comunidades que se rigen por ordenamientos jurídicos indígenas, la Asamblea es la máxima autoridad y está facultada para nombrar a las autoridades y también para quitarlas en caso de infracciones al derecho propio.

## **2. EL DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN Y LA ASAMBLEA GENERAL COMUNITARIA EN TLALIXTAC DE CABRERA**

Las formas de organización político-social diferenciadas e instituciones jurídicas comunitarias, incluyendo la Asamblea General Comunitaria, son la expresión concreta de la libre determinación y autonomía en Oaxaca. En palabras del Zapoteco serrano Jaime Martínez Luna, teórico de la comunalidad y comunero de Guelatao de Juárez, en la Región de la Sierra Norte de Oaxaca:

Nuestras comunidades han estado organizadas de manera tal, que cuentan con instancias de participaciones muy precisas y cristalinas. La asamblea es la máxima autoridad en la comunidad, es la reunión de todos los jefes de familia, en la que intervienen también las mujeres. En ella participan lo mismo silentes que parlantes, lo mismo trabajadores del campo que artesanos y profesionales.<sup>4</sup>

Las comunidades se encuentran en una resistencia constante para hacer que el Estado respete estas estructuras de gobierno e instituciones propias. En palabras de Martínez Luna: “La autodeterminación ha sido un sueño eterno de nuestras comunidades, algunas, por cuestiones geográficas o también organizacionales, hemos logrado mantener

4 Martínez Luna, Jaime, *Eso que llaman comunalidad*, Oaxaca, Culturas Populares-CONACULTA-Secretaría de Cultura, Gobierno de Oaxaca-Fundación Alfredo Harp Helú Oaxaca, A.C.-CAMPO, 2010, p. 48.

cierto margen de ésta, la cual siempre ha sido resultado de una tensa relación con el Estado-nación.”<sup>5</sup>

Tal como lo afirmó Martínez Luna, en todas las comunidades que se rigen por el Derecho Indígena, la asamblea es la máxima autoridad. Ésta institución jurídica comunitaria es además la base del Derecho Electoral Indígena, o las normas y procedimientos propios para el nombramiento de sus autoridades, también conocido como sistemas normativos indígenas o “usos y costumbres”. En sus palabras: “La máxima autoridad de nuestras comunidades es la asamblea general... Es esta asamblea quien nombra a sus órganos de gobierno. A partir de estos órganos se ejecutan las decisiones colectivas y se intentan resolver los problemas que enfrenta cada comunidad.”<sup>6</sup>

En Tlalixtac de Cabrera, las Asambleas Comunitarias se clasifican en Ordinarias y Extraordinarias. Las primeras se convocan para tratar asuntos inherentes a la administración propia del municipio, entre otros, la presentación de los informes anuales de la tesorería municipal y de los distintos comités que contribuyen al ejercicio de la administración; la discusión sobre las obras realizadas u por realizar; la generación de los acuerdos sobre los nombramientos de cargos (“servicios”) que requieren de la intervención de la asamblea; y, para tratar diversos asuntos que trascienden a la vida de la comunidad.

Las Asambleas Extraordinarias se convocan para tratar asuntos específicos que requieren de un profundo análisis del problema o situación que se plantee por parte de la autoridad en función. Dentro de este tipo de asambleas se llevan a cabo el nombramiento (la elección) de concejales para la integración de un nuevo ayuntamiento para un periodo de tres años, la duración que tienen en el cargo en la actualidad en Tlalixtac de Cabrera. En ambos casos existe un protocolo de acuerdo al sistema normativo comunitario relativo a la instalación legal de la asamblea, su desarrollo y la clausura de la misma.

Aparte de las Asambleas Generales (tanto Ordinarias como Extraordinarias) de Tlalixtac de Cabrera, claro está, existen otras Asambleas dentro del territorio del municipio. Por ejemplo, las cuestiones relativas al territorio pueden ser tratadas en la Asamblea General, y también en la Asamblea General de Comuneros. La existencia de diversas asambleas es un rasgo común a las comunidades y los municipios que rigen por el derecho propio, como fue documentado también en el caso de la comunidad Zapoteca serrana de Santa Catarina Ixtepeji, en la Región de la Sierra Norte de Oaxaca.<sup>7</sup>

Es necesario precisar que en este municipio, la forma de nombramiento o “elección” del cabildo municipal y los requisitos que deben reunir las personas propuestas para

5 *Ibidem*, p. 47.

6 *Ibidem*, p. 66.

7 Mesri Hashemi-Dilmaghani, Parastoo Anita, y González Guerrero, Maribel, *La organización político-social de una comunidad oaxaqueña (pueblo zapoteco serrano)*, México, TEPJF, 2014, p. 63.

ser concejales se determinan una vez que la asamblea ha sido legalmente constituida. Como ejemplo de ello, en el marco del desarrollo de la Asamblea Extraordinaria donde se llevó a cabo la elección de concejales que integraron el Ayuntamiento 2014 – 2016, en esta ocasión se determinó que un requisito determinante para ser integrante del cabildo fuera el de haber sido mayordomo de una imagen de la iglesia católica. El argumento para ello fue que por este motivo, los recursos económicos de los diferentes ramos serían manejados con honestidad, honradez y transparencia.

Lo anterior es un rasgo común del Derecho Electoral Indígena en Oaxaca, pues dentro de los 417 municipios que se rigen por este régimen, cada uno tiene sus normas relativas al nombramiento de autoridades y los requisitos que existen. En este sentido, el antropólogo Jorge Hernández Díaz afirmó que “sería un error tratar de representar estas experiencias como un sistema homogéneo, pues se distinguen precisamente por su heterogeneidad y dinamismo.”<sup>8</sup>

En particular, para servir en los cargos de mayor responsabilidad, que tratan en general de ciertos servicios que conforman los de mayor jerarquía en el escalafón de cargos (presidenta o presidente municipal, alcalde, cargos religiosos de mayor nivel, etc.), existen requisitos específicos en cada comunidad. Por ejemplo, generalmente debe de haberse cumplido los cargos anteriores, de menor rango o responsabilidad, y demostrado el buen desempeño en los mismos. Lo anterior se conoce como el “escalafón” dentro de los sistemas de cargos.

Además de haber cumplido el escalafón, las leyes de muchas comunidades contemplan otros requisitos, como hablar la lengua materna del lugar o, haber nacido allí. En palabras de Hernández Díaz:

En la mayoría de los municipios están claramente definidos los requisitos y las características que deben cubrir los posibles aspirantes o potenciales autoridades. Si bien es cierto que no están codificados en forma escrita, salvo en algunos pocos casos donde existen los estatutos comunitarios, aquellos que mantienen estas prácticas tienen una idea clara de la manera correcta de realizar el proceso de designación de autoridades municipales... existe una forma jurídica, aunque no esté escrita.<sup>9</sup>

Por su parte, la antropóloga María Teresa Valdivia Dounce, al analizar el sistema jurídico electoral Mixe en los 17 municipios que componen el Distrito Mixe, en la Región de la Sierra Norte del estado, identificó diversos requisitos para acceder y ascender en los sistemas de cargos. Estos requisitos incluyen ser nativo del municipio o ser ciuda-

8 Hernández-Díaz, Jorge, “Dilemas en la construcción de ciudadanía diferencias en un espacio multicultural: el caso de Oaxaca”, en Hernández-Díaz, Jorge (coord.), *Ciudadanías diferenciadas en un estado multicultural: los usos y costumbres en Oaxaca* México, Siglo XXI editores-Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca, 2007, p. 41.

9 *Ibidem*, p. 42.

dano Mixe; haber cumplido con sus obligaciones anteriormente; haber cumplido con cargos de gastos fuertes; haberse desempeñado bien en los cargos; y poseer diversas cualidades personales, entre muchos otros. En cuanto a las cualidades personales, por ejemplo, reportó que “para todos aquellos cargos en donde el ciudadano maneje dinero de la comunidad, se requiere que el sujeto sea reconocidamente honesto y que no sea borracho.”<sup>10</sup>

Sin embargo, tal vez lo más importante es la percepción que se tiene en la comunidad de la disposición y capacidad de trabajar, lo que se observa en general en el comportamiento y prestigio que uno tiene dentro de la comunidad y durante el desempeño en los cargos anteriores. En palabras de Martínez Luna: “Para nuestros ancestros y en la actualidad obtener prestigio es trabajar. El discurso significa pero no trasciende. Si hay algo profundo en el quehacer cotidiano de la población originaria, es que su sensibilidad no se fundamenta en el texto, pero sí en el sudor. Esto puede entenderse como una elevada capacidad de resistencia.”<sup>11</sup>

Este sistema normativo y de organización comunitaria, donde se busca que la autoridad trabaja siempre para el bienestar colectivo, implica una serie de normas que requieren que la autoridad acate los acuerdos de la Asamblea, la máxima autoridad, y que sea obediente. Es un rasgo que distingue al Derecho Electoral Indígena del sistema de partidos políticos, y justo es la Asamblea que permite que exista la “transparencia” y “rendición de cuentas”, tan anhelados en el sistema del derecho positivo. Es así que ser autoridad es algo diferente en una comunidad donde es la Asamblea quien la nombró:

La elección de las autoridades no refleja ninguna intención o lineamiento partidista, se fundamenta en el prestigio y éste en el trabajo. El trabajo y la capacidad en el tequio, en el campo, en la coordinación, en la obediencia, en el pensamiento, en fin, en todos los ámbitos. Las autoridades como tales responden a un plan de participación que lo mismo los estimula que les presiona...<sup>12</sup>

En resumen, la libre determinación y autonomía se fundamenta en instituciones comunitarias como es la Asamblea General Comunitaria; ella, como máxima autoridad, es quien nombra a las autoridades para el gobierno propio y las vigila. Las normas sobre el nombramiento de autoridades y además, de su permanencia o no en el cargo (existiendo la posibilidad de destitución si el desempeño no es el adecuado) son una parte fundamental de la vida comunitaria en Oaxaca. En palabras de Valdivia Dounce: “Las elecciones por usos y costumbres son una parte inherente a toda organización social, ya que expresan la manera en que ésta se encuentra ordenada y revelan los valores y códigos culturales en los que se justifica dicho ordenamiento.”<sup>13</sup>

10 Valdivia Dounce, María Teresa, *Pueblos mixes: sistemas jurídicos, competencias y normas*, Instituto de Investigaciones Antropológicas-UNAM, 2010, p. 331.

11 Martínez Luna, Jaime, *Eso que llaman comunalidad*, cit., p. 44.

12 *Ibidem*, p. 48.

13 Valdivia Dounce, María Teresa, *Pueblos mixes...*, cit., p. 293.

Lo anterior representa una forma de gobierno descrito por Jaime Martínez Luna como comunalicracia: “Muchos libros se han escrito sobre esta caracterización, pero son pocos los que han podido asimilarla como una organización política que sin poder explicarse como democracia, permea toda la vida cotidiana de nuestros pueblos... Con esto estamos hablando de autodeterminación política limitada al ámbito comunitario.”<sup>14</sup>

Ahora bien, tomando como base el contexto presentado en las líneas anteriores, en el siguiente apartado, se narrarán los hechos que provocaron que la Asamblea General Comunitaria, máxima autoridad de Tlaxiactac de Cabrera, destituyera a las autoridades municipales nombradas para servir en el periodo 2014-2016.

### **3. “LA ASAMBLEA PONE Y LA ASAMBLEA QUITA”. LA DESTITUCIÓN DE AUTORIDADES COMO MECANISMO EJEMPLAR DE RENDICIÓN DE CUENTAS EN LOS SISTEMAS NORMATIVOS INDÍGENAS**

La destitución de autoridades es una institución comúnmente existente en las comunidades que se rigen por su propia normatividad electoral, pues “la asamblea pone y la asamblea quita”. La destitución sirve como un mecanismo sumamente eficaz para asegurar la transparencia y rendición de cuentas efectivas en dichas comunidades.

El fundamento de la vigilancia de las autoridades por parte de la asamblea –y su destitución al no obrar bien– es la comunalidad misma, es decir, el bienestar colectivo, o un código de ética comunitario. Parte del hecho de que existen reglas que rigen las relaciones en la comunidad. En palabras de don Floriberto Díaz Gómez, teórico de la comunalidad y comunero de Tlahuitoltepec, Distrito Mixe, en la Región de la Sierra Norte:

En una comunidad entonces se establece una serie de relaciones, primero entre la gente y el espacio y, en segundo término, de las personas entre sí. Para estas relaciones existen reglas, interpretadas a partir de la propia naturaleza, y definidas con las experiencias de las generaciones de personas... cuando hablamos de organización, de reglas, de principios comunitarios, no estamos refiriéndonos sólo al espacio físico y a la existencia material de los seres humanos, sino a su existencia espiritual, a su código ético e ideológico y por consiguiente a su conducta política, social, jurídica, cultural, económica y civil.<sup>15</sup>

En las investigaciones realizadas por Laura Nader sobre el Derecho Indígena y los sistemas de resolución de conflictos en la comunidad Zapoteca serrana de Talea de Castro, también en la Región de la Sierra Norte, la investigadora documentó la vigilancia de las autoridades y las normas relativas a su comportamiento de forma detallada: “los

14 Martínez Luna, Jaime, *Eso que llaman comunalidad*, cit., pp. 48 y 49.

15 Robles Hernández, Sofía y Cardoso Jiménez, Rafael (comps.), *Floriberto Díaz Escrito. Comunalidad, energía viva del pensamiento mixe*, México, UNAM, 2007, p. 39.

zapotecos son intensamente igualitarios en cuanto a su gobierno. Es decir, consideran que las personas que ocupan puestos públicos deben responsabilizarse y deben, en ocasiones, rendir cuentas públicamente.”<sup>16</sup>

En cuanto a las sanciones a autoridades, Nader relató lo siguiente: “Una acusación legal en contra de una autoridad puede resultar en una pérdida de prestigio, tiempo y dinero, porque si no está respaldado por el pueblo en conjunto, se ven afectadas tanto su vida como las de su familia.”<sup>17</sup> Más específicamente, narró:

En algunas instancias de conducta inadecuada de los funcionarios, el resultado es la destitución, una respuesta más drástica que las multas. Por ejemplo, un síndico fue removido por una decisión de la junta local, porque era “arbitrario y drástico en sus decisiones”... Generalmente son reprendidos, encarcelados y multados, pero no retirados de sus cargos. A veces un expresidente puede ser llamado para explicar cuentas inadecuadas...<sup>18</sup>

En el caso concreto de Tlalixtac de Cabrera, los primeros hechos tuvieron lugar cuando los C.C. Crispín Santiago Calderón y Luis Miguel Bautista Cabrera, regidor de hacienda y tesorero municipal respectivamente, el día 27 de marzo del año 2014, a escasos dos meses y veintisiete días de haber iniciado la administración, en la segunda Asamblea General de población celebrada, dieron a conocer una serie de irregularidades detectadas con la empresa contratada para dar asesoría integral al Ayuntamiento, así como el desvío de recursos, manipulación de las cuentas de cheques, y la omisión de la firma y consentimiento del regidor de hacienda.

La situación fue ampliamente discutida en las subsecuentes Asambleas Generales de la población celebradas los días 4 del mes de septiembre y 16 del mes de octubre del año 2014, como se constata en las actas de asamblea comunitaria respectivas. Se analizaron los hechos, se tomaron acuerdos y se hicieron recomendaciones, sin que éstos se cumplieran por parte de la autoridad municipal. Los asambleístas, al observar que el resto de los integrantes del ayuntamiento no ponían el mínimo de voluntad para acatar lo observado en las respectivas Asambleas, se cansaron de la situación, lo que originó que decidieran la destitución de los integrantes del Ayuntamiento, al concluir que “si se iban el regidor y el tesorero se iban todos.”

En esa fecha (16 de octubre) cupo la prudencia, pues a pesar de observar que los ciudadanos que ostentaban los cargos de regidor de hacienda y tesorero municipal respectivamente, antepusieron su dignidad a coludirse en los malos manejos y corruptelas, los ciudadanos asistentes a la Asamblea exigieron al entonces presidente municipal una

16 Nader, Laura, *Ideología armónica. Justicia y control en un pueblo de la montaña zapoteca*, México, Instituto Oaxaqueño de las Culturas-Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, 1998, p. 344.

17 *Ibidem*, p. 346.

18 *Ibidem*, p. 350.

disculpa pública. Además, solicitaron a los integrantes del Ayuntamiento para que en lo consecuente, se condujeran con honestidad, responsabilidad y transparencia. En esa fecha se les otorgó el perdón. Una vez que se aceptaron las respectivas renunciaciones, asumió el cargo de regidor de hacienda el suplente, C. Daniel López Lorenzo. Asimismo, y se nombró al C. Manuel Nicolás López García como tesorero municipal, pues dicho cargo no tiene suplente.

El anterior acuerdo fue tomado por la Asamblea para evitar que el congreso del estado declarara la desaparición de poderes y se designara a un administrador municipal, en la actualidad, conocido como “comisionado”.<sup>19</sup> La existencia de esta figura en las leyes de Oaxaca es una situación anacrónica, anticonstitucional y anticonvencional, al referirse a los 417 municipios que se rigen por su propio sistema normativo, pues representa una grave violación al derecho a la libre determinación y autonomía, puesto que el congreso, una institución foránea a la comunitaria, es quien designa a la persona que va a “administrarla”.

Fue así que la Asamblea de Tlaxiact de Cabrera decidió dejar la mayoría del cabildo en funciones y sólo aceptar la renuncia del regidor de hacienda (propietario) y el tesorero municipal.

Posteriormente, con fecha 2 de julio del año 2015, el C. Daniel López Lorenzo, regidor suplente de hacienda en funciones, presentó ante el cabildo municipal su solicitud de licencia por tiempo indefinido e irrevocable del cargo conferido por la Asamblea. En el escrito que presentó, hizo observar nuevamente un sin número de irregularidades en el manejo de los recursos y documentos municipales. El contenido del documento fue dado a conocer en Asamblea General Extraordinaria de la población celebrada el día 20 de agosto del año 2015, celebrada en su segunda convocatoria.

En este contexto, una vez discutido y analizado el asunto, la Asamblea determinó destituir a todos los integrantes del ayuntamiento y al tesorero municipal, como quedó constatado en el acta de Asamblea respectiva. En ese mismo acto, la Asamblea determinó el nombramiento de los nuevos concejales y tesorero municipal, para evitar lo que el Estado podría calificar como un vacío de poder o ausencia de autoridades y así, designar un administrador municipal, ya que para esa fecha, los rumores de los sucesos ya habían llegado al Congreso del Estado.

En este sentido, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en el asunto de Mazatlán Villa de Flores, identificado con la clave SUP-JDC-2487/2014, pronunció sobre la anti convencionalidad y anti constitucionalidad de los administradores. La sentencia estuvo a cargo del magistrado presidente José

---

19 García, Ismael, “Congreso de Oaxaca cambia nombre a figura legal declarada inconstitucional,” *El Universal*, 16 de abril de 2017, <https://www.eluniversal.com.mx/articulo/estados/2017/04/16/congreso-de-oaxaca-cambia-nombre-figura-legal-declarada-inconstitucional>. Aunque hoy en día, a esta figura se le denomina “comisionado”, lo único que cambió es el nombre.

Alejandro Luna Ramos, de cuya ponencia surgieron la mayoría de las mejores sentencias sobre los derechos colectivos de los pueblos originarios en la historia del TEPJF, con la destacada labor del maestro Fernando Ramírez Barrios, abogado que estuvo, a final de la presidencia del magistrado Luna Ramos, a cargo de la coordinación de su ponencia.

En la resolución,<sup>20</sup> el TEPJF argumentó que de la lectura efectuada de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca estatal y la Ley Orgánica Municipal del Estado de Oaxaca (refiriéndose a las versiones vigentes en el momento de la resolución), “se advierte que ni el Constituyente local ni el legislador estatal previeron la distinción entre la designación de un Administrador Municipal en municipios cuyos órganos de representación se eligen bajo sistemas normativos internos y los municipios que lo deciden bajo el sistema de partidos políticos.”<sup>21</sup> En este sentido, el tribunal concluyó:

Omitir distinguir entre ambos sistemas en las normas aplicables cuando se trata de un Estado, como el de Oaxaca, de una gran diversidad cultural y sin esa distinción hacer el nombramiento de un funcionario como el Administrador Municipal quien básicamente se encarga de tomar las riendas del Ayuntamiento de manera transitoria en lo que se define la situación política de la comunidad de trato, hace nugatorios los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, pues impide que los integrantes de la comunidad, de manera endógena, decidan por sus autoridades, con independencia de que dicha decisión tenga el carácter de temporal.<sup>22</sup>

Los administradores no son originarios de la comunidad y la comunidad jamás es consultada sobre quién debe estar en dicho puesto y por cuánto tiempo. En el asunto de San Juan Sosola, municipio de San Jerónimo Sosola, Oaxaca, identificado con la clave SUP-REC-180/2016, una comunidad que tiene la categoría administrativa de “agencia municipal”, el TEPJF pronunció, de forma limitada, sobre éste matiz de la problemática. En el caso, el presidente municipal designó un “administrador” para San Juan Sosola. Dicha designación de un individuo “señalada como una persona ajena a la comunidad de la Agencia Municipal de San Juan Sosola,” para el TEPJF, constituyó “una vulneración a los principios de autodeterminación y autogobierno... pues incide en su sistema normativo interno, al tratarse de una persona ajena a la comunidad que se pretende administrar.”<sup>23</sup>

Además, los administradores obran, notoriamente, de forma opaca, manejando los recursos del municipio a su discreción. Peor de todo, los legisladores locales siempre

20 La resolución fue formulada por Ramírez Barrios y su colaborada, Martha Fabiola King Tamayo.

21 SUP-JDC-2487/2014, 1 de octubre de 2014, p. 43, [https://www.te.gob.mx/Informacion\\_juridiccional/sesion\\_publica/ejecutoria/sentencias/SUP-JDC-2487-2014.pdf](https://www.te.gob.mx/Informacion_juridiccional/sesion_publica/ejecutoria/sentencias/SUP-JDC-2487-2014.pdf).

22 *Ibidem*, p. 44.

23 SUP-REC-180/2016, 28 de julio de 2016, p. 67, [https://www.te.gob.mx/Informacion\\_juridiccional/sesion\\_publica/ejecutoria/sentencias/SUP-REC-0180-2016.pdf](https://www.te.gob.mx/Informacion_juridiccional/sesion_publica/ejecutoria/sentencias/SUP-REC-0180-2016.pdf).

buscan que haya cierto número de municipios con administradores, pues los partidos dividen los puestos como botín entre sí.<sup>24</sup>

Ahora bien, regresando al caso concreto, al término del proceso de nombramiento de autoridades, se procedió a la toma de protesta, misma que fue llevada a cabo por el Alcalde Primero Constitucional C. Alfonso García González. Asimismo, la Asamblea acordó el nombramiento de una comisión que observe el acto de recepción de los bienes municipales, así como de los trámites para la acreditación de los concejales ante las diversas instancias gubernamentales. Ésta comisión fue integrada por tres ciudadanas y dos ciudadanos, incluyendo a la ex presidenta municipal, C. Rafaela Hernández Chávez.

Cabe recalcar que este acto se dio en el más alto plano de civilidad y *armonía*, prevaleciendo el dialogo y el “derecho de réplica”, como se concibe en el derecho positivo, a todos los involucrados directamente. El principio de armonía sirve de base de todo el ordenamiento jurídico de Tlaxiactac y del sistema de gobierno que emana de ello. Es un principio fundamental común al Derecho Indígena. En palabras de don Floriberto Díaz:

Consecuente con el principio de armonía entre todos los seres vivos, la gente busca cómo lograr que cada uno de los habitantes actúe positivamente en función de la comunidad, pensando en los demás, antes que pensar en sí mismo. Que visto modernamente desde cualquier sistema jurídico, es bastante similar al principio del “bien común” para definir derechos y obligaciones.<sup>25</sup>

De la misma manera, las investigaciones realizadas por Laura Nader sobre el Derecho Indígena y los sistemas de resolución de conflictos en Talea de Castro, citadas en líneas anteriores, documentaron la existencia de “la construcción del derecho por medio de la ideología armónica”.<sup>26</sup> Esta ideología es parte importante de la resistencia a toda intervención del Estado en sus asuntos internos: “Los taleanos operan bajo la premisa de que si no vivieran vidas pacíficas y armoniosas, el Estado interferiría en sus asuntos.”<sup>27</sup>

De forma semejante, en su investigación reciente en otra comunidad Zapoteca serrana, Santa Catarina Ixtepeji, a la que también se hizo referencia en líneas anteriores, Parastoo Anita Mesri Hashemi-Dilmaghani y Maribel González Guerrero documentaron que el valor de la armonía sustenta toda la vida comunitaria y el ordenamiento jurídico ixtepejano:

Existe otro valor fundamental que sustenta la vida colectiva y el ordenamiento jurídico de Ixtepeji, que parecería ser el fin u objetivo de los otros valores aquí

24 Martínez Ortega, Gerardo, “Oaxaca: El embate de los administradores municipales”, *El Oriente*, 28 de enero de 2017, <http://www.elorienten.net/home/2017/01/28/oaxaca-embate-los-administradores-municipales-gerardo-martinez-ortega/>.

25 Robles Hernández, Sofía y Cardoso Jiménez, Rafael (comps.), *Floriberto Díaz Escrito...*, cit., p. 43.

26 Nader, Laura, *Ideología armónica...*, cit., p. 22.

27 *Ibidem*, p. 32.

mencionados (el orden, el respeto, la ayuda mutua, y el cumplimiento de obligaciones para poder gozar de derechos) y de todas las normas que emanan de ellos: la armonía. En palabras del presidente municipal actual, el comunero Mario Santiago Castellanos, eso es “vivir en armonía con uno mismo y la gente que le rodea”. El extesorero, Ignacio Castellanos León, al listar los principales valores de la comunidad, cuando llegó al tema, declaró: “La más importantísima es que haya armonía, paz y tranquilidad”.<sup>28</sup>

Mesri y González, igual que Nader, demostraron que “no es que siempre haya armonía, sino que es el fin mismo de las leyes comunitarias y, por ende, cualquier comportamiento que signifique un rompimiento con el orden y la armonía es clasificado como ilegal, o en la visión propia, reprochable y por tanto, sancionable...”<sup>29</sup> Asimismo, arribaron a la misma conclusión que Nader: la importancia de mantener o re establecer la armonía, al momento de ser quebrantado, es asegurar la continuidad de la autonomía: “También tiene que ver con la autonomía misma, pues en la medida en que se pueden resolver los conflictos de forma interna, la intervención de foráneos y del derecho ajeno es menos.”<sup>30</sup>

Regresando de nueva cuenta a los hechos transcurridos en Tlaxiactac de Cabrera, el día 20 de agosto de 2015, una vez tomados y realizados todos los acuerdos en comento, el presidente municipal destituido, en uso de la palabra, señaló que acataba lo acordado y que esperaba se le indicara fecha y hora para la entrega correspondiente. No obstante, faltando a su propia palabra y a los acuerdos de asamblea, al día siguiente por los medios impresos de información del Estado, dio a conocer su versión de los hechos, ostentándose él y el resto de integrantes del ayuntamiento como víctimas y ofreciendo a la comunidad una oficina alterna para seguir prestando los servicios municipales, siempre en el marco constitucional de lo dispuesto para gobiernos municipales regidos por el sistema de partidos políticos.

Fue que de esta forma el 27 de agosto del año 2015, la comunidad de Tlaxiactac de Cabrera, a través de la comisión nombrada para observar el acto de recepción de los bienes municipales, así como de los trámites para la acreditación de los concejales ante las diversas instancias gubernamentales, presentó el acta de asamblea correspondiente y su solicitud al Consejo General del Instituto Estatal Electoral y de Participación Ciudadana de Oaxaca (IEEPCO) para que otorguen la constancia de mayoría y validez a las nuevas autoridades.

Es importante mencionar que en un artículo publicado en la revista del mismo TEPJF, *Justicia Electoral*, en el año 2013, una de las autoras del presente capítulo ya había expresado su opinión de que el hecho de que el IEEPCO tenga la facultad, según los términos del artículo 282 de la ahora denominada Ley de Instituciones y Procedimientos

28 Mesri Hashemi-Dilmaghani, Parastoo Anita, y González Guerrero, Maribel, *La organización político-social...*, cit., p. 132.

29 *Ibidem*, p. 133.

30 *Idem*.

Electorales del Estado de Oaxaca,<sup>31</sup> de expedir la constancia de mayoría necesaria para que la autoridad civil (municipal) comunitaria ejerza sus funciones, resulta “radicalmente antiautonómica y, además, innecesaria.”<sup>32</sup> La autora argumentó lo siguiente:

Incluso, para cualquier trámite o gestión, el acta de asamblea y el nombramiento expedidos por la autoridad comunitaria deben ser suficiente para demostrar su calidad de miembro del cabildo municipal. No hace falta una segunda validación por una institución estatal, y lo anterior es una violación clara a la libre determinación y a la autonomía indígena y una subordinación innecesaria (el ilegal) de sus procesos e instituciones legales a las autoridades estatales.<sup>33</sup>

Sin embargo, la realidad actual es que dicha disposición obligó a que la comunidad, a través de las personas que fungieron como integrantes de la Mesa de Debates de la asamblea del 20 de agosto, acudiera al IEEPCO a presentar el acta de la asamblea donde se realizó su nombramiento para pedir que se les expida su constancia de mayoría y validez.<sup>34</sup> El 30 de septiembre del mismo año, el Consejo General del citado instituto aprobó el acuerdo IEEPCO-CG-SNI-2/2015, a través del cual declaró como “inválida” la asamblea y el nombramiento de autoridades realizados el 20 de agosto.<sup>35</sup>

Frente esta decisión tan desafortunada y anti-autonómica (y por ende, anticonvencional y anticonstitucional) del IEEPCO, la Comisión para la Observancia del Proceso de Entrega-Recepción y Acreditación de los Nuevos Concejales ante las diversas instancias gubernamentales fue obligada a impugnar el acuerdo emitido frente el Tribunal Estatal Electoral del Poder Judicial de Oaxaca (TEEPJO) a través de un Juicio para la Protección de los Derechos Políticos Electorales en el Régimen de Sistemas Normativos Indígenas. La resolución del citado tribunal, en el juicio identificado con la clave JDCI/60/2015, del 23 de noviembre de 2015, fue en el sentido de declarar la validez de la asamblea (y por ende, de la destitución de autoridades) y del nombramiento de nuevos concejales en Asamblea Extraordinaria efectuada el día 20 de agosto del año 2015. Además, ordenó al Instituto Estatal Electoral y de Participación Ciudadana de Oaxaca expidiera las constancias de mayoría a los ciudadanos que resultaron nombrados.<sup>36</sup>

31 Ley de Instituciones y Procedimientos Electorales del Estado de Oaxaca, p.169, <http://ieepco.org.mx/archivos/documentos/2018/LIPEEO%202018.pdf>.

32 Mesri Hashemi-Dilmaghani, Parastoo Anita, “Imposición de la ‘normalidad’ institucionalizada. Una crítica a la reciente reforma al código electoral de Oaxaca”, *Justicia Electoral*, México, 2013, Cuarta Época, núm. 12, julio-diciembre de 2013, pp. 288.

33 *Ibidem*, p. 289.

34 Iban acompañados siempre de la nueva autoridad y de la comisión nombrada por la misma asamblea.

35 ACUERDO IEEPCO-CG-SNI-2/2015, 30 de septiembre de 2015, <http://www.ieepco.org.mx/archivos/acuerdos/2015/ACUERDOCGTLALIXTAC.pdf>. Cabe aquí señalar que esta calificación se dio por el IEEPCO aplicando criterios y argumentos como si Tlaxiactac de Cabrera se rigiera por el sistema de partidos políticos. Además, la apreciación de la comisión, las autoridades y las y los integrantes de la Mesa de Debates fue que existió una tendencia muy marcada de protección hacia las autoridades destituidas.

36 JDCI/60/2015, 23 de noviembre de 2015, pp. 30-31, <http://teoax.org/index.php/resoluciones/resoluciones-2015/jdci/82-jdci-60-2015>.

En la sentencia, a cargo de la entonces magistrada presidenta, Ana Mireya Santos López, se dio a conocer diversos elementos de las normas comunitarias vigentes en Tlalixtac de Cabrera, según los lineamientos de la *Guía de actuación para juzgadores en materia de derecho electoral indígena*, publicación del mismo TEPJF.<sup>37</sup> Además, la magistrada ponente, quien durante su presidencia fue muy activa en la capacitación y sensibilización del tribunal a su cargo sobre el respeto a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, aclaró lo siguiente:

En ese contexto, resulta importante entender que las comunidades que se rigen por su propio sistema normativo, tienen derecho a *organizar y dirigir su vida interna, de acuerdo a sus propios valores, instituciones, y mecanismos, dentro del marco del Estado del cual forman parte (autonomía); así como tienen el derecho de ejercer el control sobre sus propios destinos y de vivir en los órdenes institucionales de gobierno que se diseñen de acuerdo con ese derecho (libre determinación)*.<sup>38</sup>

Como consecuencia, el día 28 de noviembre del mismo 2015 las autoridades destituidas promovieron ante la Sala Regional Xalapa del TEPJF un Juicio de Revisión Constitucional y Juicio para la Protección de los Derechos Político-Electorales del Ciudadano. De forma notoria, desde la presencia de las tres magistradas que conformaron dicha sala anteriormente, y continuando con los magistrados que la integraban en el momento del juicio que aquí se analiza, las resoluciones emitidas por la Sala Regional Xalapa en asuntos relativos a sistemas normativos indígenas de Oaxaca han sido problemáticas. Se nota una franca hostilidad a la comunalidad y las formas de gobierno que ella implica, con una visión muy cerrada y limitada al derecho ajeno (derecho mestizo, derecho occidental, derecho hegemónico). Peor aún, hay comunidades que hasta la fecha, no han recuperado de los conflictos que las resoluciones emitidas por Xalapa han causado; caso notorio es la comunidad *Ayuujk* (Mixe) de San Juan Cotzocón, en la Sierra Norte de Oaxaca. Frente sus determinaciones anti-autonómicas, recurrir, en última instancia a la Sala Superior, ha sido la única solución.

En este contexto, era de esperarse que con su resolución en el asunto identificado con la clave SX-JDC-964/2015 y acumulados, del 15 de enero de 2016, la Sala Regional

37 La redacción de la guía estuvo a cargo de una de las dos autoras de este artículo, Parastoo Anita Mesri Hashemi-Dilmaghani. Mesri contó con el apoyo del licenciado Gabriel Sánchez Cruz, abogado Zapoteco integrante del Centro Profesional Indígena de Asesoría, Defensa y Traducción (CEPIADET), A.C., y de diversos consejos de expertas y expertos conformados por autoridades, ex autoridades e integrantes activos de distintas comunidades indígenas en el país, incluyendo a la otra co autora, Rafaela Hernández Chávez.

38 JDCl/60/2015... *cit.*, p. 16. Es relevante señalar que este proceso se llevó a cabo justo en el tiempo en que el Congreso del Estado había aprobado la Ley de Instituciones y Procedimientos Electorales (9 de julio de 2015) y la invalidación de la misma por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (5 de octubre de 2015) en las acciones de inconstitucionalidad 53/2015 y sus acumuladas 57/2015, 59/2015, 61/2015, 62/2015 y 63/2015. Véase TEPJF, "Acción de inconstitucionalidad 53/2015 y sus acumuladas," <https://www.te.gob.mx/candidaturas-independientes/content/acci%C3%B3n-de-inconstitucionalidad-532015-y-sus-acumuladas>.

Xalapa haya revocado la sentencia del TEEPJO. El resultado jurídico era, en palabras del magistrado ponente Octavio Ramos Ramos, que la resolución “deja sin efectos la designación de los Concejales electos en la Asamblea General Extraordinaria de veinte de agosto de dos mil quince.”<sup>39</sup> Resulta realmente difícil de concebir, bajo los más altos estándares internacionales y nacionales, como un tribunal de tres magistrados mestizos, totalmente ajenos de la vida comunitaria, sin más remordimiento, podrían considerarse con la autoridad para echar para abajo la decisión de la máxima autoridad de una comunidad, favoreciendo una autoridad que ya fue rechazada por ella, pues su resolución además fue en el sentido de “restituir” a los destituidos en el cargo.<sup>40</sup>

Fue así que la comisión y las autoridades legítimas tuvieron que recurrir, a través de un Recurso de Reconsideración, a la Sala Superior del TEPJF. Con la resolución identificada con la clave SUP-REC-6/2016 y acumulado, del 17 de febrero de 2016, la máxima instancia electoral en el país revocó la sentencia de la Sala Regional Xalapa, confirmó la del TEEPJO, y ordenó al IEEPCO expedirles a las autoridades sus constancias de mayoría y validez, con una argumentación a la altura de los más altos estándares en la materia de derechos colectivos de los pueblos originarios.<sup>41</sup>

La resolución, cuya redacción estuvo a cargo de Andrés Carlos Vázquez Murillo y Roberto Jiménez Reyes, destacó lo siguiente sobre el pluralismo jurídico y juzgar con perspectiva intercultural:

La comprensión del derecho indígena implica el reconocimiento de sistemas jurídicos diversos, con instituciones que le son propias, lo cual implica para el juzgador la deconstrucción de puntos de vista previamente concebidos, con el fin de evitar la imposición de instituciones creadas bajo la lógica del sistema legislado formalmente, que más bien se identifican con el sistema jurídico continental, de corte romano-germánico y no propiamente con el indígena.<sup>42</sup>

Uno de los argumentos de Xalapa para declarar la “invalidez” de la asamblea fue que la destitución de autoridades y nombramiento de nuevas no apareció en el orden del día que contenía la convocatoria a la misma, sino sólo aparecía lo relativo a la solicitud de licencia por tiempo indefinido al cargo de Regidor de Hacienda de Daniel López Lorenzo. Por ende, según los tres magistrados de dicha sala regional, aunque durante el desarrollo de la asamblea, se les otorgó el uso de la voz a diversos integrantes del Ayuntamiento, no tuvieron el tiempo suficiente de preparar una defensa adecuada y de aportar todas las pruebas a fin de controvertir las imputaciones que se les estaban efectuando.

39 SX-JDC-964/2015 Y ACUMULADO, 15 de enero de 2016, p. 1, <https://www.te.gob.mx/salasreg/ejecutoria/sentencias/xalapa/SX-JDC-0964-2015.pdf>.

40 *Ibidem*, p. 77.

41 SUP-REC-6/2016 Y SU ACUMULADO SUP-REC-15/2016, 17 de febrero de 2016, p. 66, [https://www.te.gob.mx/Informacion\\_juridiccional/sesion\\_publica/ejecutoria/sentencias/SUP-REC-0006-2016.pdf](https://www.te.gob.mx/Informacion_juridiccional/sesion_publica/ejecutoria/sentencias/SUP-REC-0006-2016.pdf).

42 *Ibidem*, p. 27.

La contestación de la Sala Superior fue la siguiente:

Esta Sala Superior considera que la determinación asumida por la Sala Regional, impuso que se violaran en perjuicio de los pobladores de la comunidad de Tlaxitac de Cabrera, Oaxaca, el derecho a la libre autodeterminación y autogobierno, pues les privó a que con base sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, pudieran remover y elegir a las autoridades de su Ayuntamiento, lo cual no resulta compatible con un juzgamiento con perspectiva intercultural.<sup>43</sup>

Se abundó sobre este punto de la siguiente manera:

Resulta incorrecta la consideración de la responsable, en el sentido de que el acuerdo tomado por la asamblea comunitaria de Tlaxitac de Cabrera, Oaxaca, en el sentido de remover a sus concejales no puede ser validado, dado que en la convocatoria para la celebración de la citada asamblea, no se precisó como punto del orden del día el análisis de dicha cuestión.

Esto, ya que si bien resulta cierto que en dicho documento no se expresó dicho aspecto, pues sólo se estableció el relativo a la solicitud de licencia por tiempo indefinido al cargo de Regidor de Hacienda de Daniel López Lorenzo, ello no era obstáculo para que sí así lo estimaba la asamblea, como máxima autoridad, pudiera incorporar para su discusión el propio día de la reunión, otros temas relevantes para la comunidad, como lo era la potencial remoción de sus concejales.

En efecto, exigir la precisión apuntada en la convocatoria de la asamblea general comunitaria, implica la imposición de un formalismo que no es parte de las instituciones propias del derecho electoral vigente en Tlaxitac de Cabrera. Además, resulta complejo que las propias autoridades que iban a ser destituidas, hicieran constar el que uno de los motivos de la reunión era precisamente determinar si continuaban o no en sus encargos.

En tal sentido, no resulta dable calificar de ilegal el que los asistentes de la asamblea comunitaria, hubiesen considerado durante el debate que se dio respecto a la solicitud de renuncia del Regidor de Hacienda, el discutir también la permanencia del todo cabildo, dado los problemas que se venían arrastrando principalmente, en lo que hace al manejo de los recursos públicos del Ayuntamiento.<sup>44</sup>

Otro argumento de Xalapa fue que se violó el derecho al “debido proceso” y audiencia a las autoridades destituidas. La Sala Superior afirmó que no fue así, y que dichos derechos deben entenderse desde el propio ordenamiento jurídico de la comunidad, puesto que los sistemas normativos indígenas “se caracterizan por ser orales y dinámicos, desprovistos de formalismos que no corresponden a sus características esenciales”.<sup>45</sup>

En este sentido, la Sala Superior abundó: “Se afirma lo anterior, ya que según se desprende del acta de asamblea general extraordinaria de veinte de agosto de dos mil

43 *Ibidem*, p. 52.

44 *Ibidem*, p. 53-54.

45 *Ibidem*, p. 64.

quince, los ciudadanos que fueron removidos acudieron a la reunión comunitaria, en donde se les permitió expresar lo que a sus intereses convino, respecto a las imputaciones que les fueron realizadas.”<sup>46</sup> Además, precisó:

Es más, al final de que se tomó la decisión de removerlos, la persona que venía ocupando el cargo del Presidente Municipal, dio muestras de que aceptaba la determinación asumida por la asamblea, dado que precisó que en ese acto hacia entrega del bastón de mando y las llaves de la oficina municipal al Alcalde Primero Constitucional. Esa vertiente, no puede sostenerse que no se les respetaron las formalidades esenciales del procedimiento, pues bajo el sistema normativo de la comunidad, se les dio la oportunidad de que alegaran los que a sus intereses conviniera, a fin de desestimar las imputaciones que pesaban en su contra.<sup>47</sup>

El punto más importante de la resolución fue que la destitución y nombramiento de autoridades fue decisión de la máxima autoridad, la asamblea general comunitaria, por lo que tenía que respetarse: “En efecto, en los sistemas normativos indígenas la asamblea general comunitaria es el órgano máximo de decisión al cual le corresponde tomar las decisiones que resultan trascendentes para la comunidad, al integrarse con los ciudadanos que se encuentren en ejercicio de sus derechos comunitarios.”<sup>48</sup>

Sobre la asamblea, el TEPJF también enfatizó lo siguiente: “**En las asambleas se elige al poder político comunal, como encargados de ejercer la voluntad de la comunidad**, a través de los sistemas de cargos, que comprenden autoridades, comisiones y comités, tanto civiles como religiosos.”<sup>49</sup>

Finalmente, es relevante otra parte de la argumentación de la Sala Superior que va en este mismo sentido:

Ciertamente, en acciones como la emprendida es donde se advierte la fuerza y trascendencia de la comunidad, pues fueron sus propios integrantes quienes ante el descontento del trabajo que venían desempeñando sus autoridades, a través de su asamblea como máxima autoridad de decisión, fue que sometieron a votación de los asistentes a la misma, la permanencia o remoción del mandato de las autoridades que venían desempeñando el cargo, así como a la postre la designación de nuevos concejales.<sup>50</sup>

#### 4. REFLEXIONES FINALES

Desde la llegada de los españoles hasta la actualidad, las comunidades originarias han sido partícipes de un proceso constante de resistencia a los esfuerzos del Estado para homogenizarlos a través de la intervención en sus asuntos internos. Hoy día, el Estado

---

46 *Ibidem*, p. 60.

47 *Ibidem*, p. 63.

48 *Ibidem*, p. 41

49 *Ibidem*, p. 43.

50 *Ibidem*, pp. 55-56

nacional y las entidades federativas están obligados a respetar la autonomía y el pluralismo jurídico, para evitar el etnocidio, pérdida cultural que provocan los procesos de homogenización e integración.<sup>51</sup>

En el caso aquí relatado de la comunidad de Tlalixtac de Cabrera, se evidencia que fue la Asamblea General Comunitaria quien aseguró el respeto a su libre determinación y autonomía. En palabras de Fernando Ramírez Barrios: “En las comunidades indígenas, el espacio principal y superior para la toma de decisiones es la asamblea, que a su vez actúa como un mecanismo de legitimación de las decisiones adoptadas, con el previo consenso de sus integrantes.”<sup>52</sup> Los acuerdos tomados por la Asamblea General siempre tenían como propósito establecer y mantener la armonía y asegurar el buen funcionamiento del gobierno propio y además, el respecto a la autonomía comunitaria.

Lo anterior puede ser entendido desde la teoría de la comunalidad, cuyos elementos son precisamente las condiciones necesarias para la autonomía: el territorio comunal, la asamblea general, los sistemas de cargos, el trabajo colectivo o *tequio*, y las fiestas y ritos colectivos.<sup>53</sup>

El significado de ser autoridad en comunidades en que se vive en comunalidad y bajo el derecho propio es muy distinto al creado por el sistema occidental de partidos políticos. Al hablar del pueblo *Ayuujk* (Mixe), don Floriberto Díaz lo describió de la siguiente manera:

*Kutunk*, en mixe, nada tiene que ver con el significado occidental de la palabra autoridad, significa literalmente “cabeza de trabajo”, “jefe de trabajo”; en la práctica es quien con su ejemplo motiva a la comunidad para realizar las actividades necesarias para obras de beneficio colectivo. Por ello, a pesar de que todos nacemos signados para ser servidores, solamente aspiran a ser *měj kutunk* (gran autoridad) aquellos que mediante el escalafón de servicios demuestran a la comunidad que tienen capacidad para ser cabezas.<sup>54</sup>

Más importante aún para el caso analizado en el presente capítulo es lo afirmado por don Floriberto sobre la asamblea: “Llegar a ser autoridad no depende de la persona o de sus amigos. Es la comunidad en asamblea la que escoge y decide quiénes deben ser *kutunk*. No es capricho de una minoría ni de una publicidad anticipada, pues la comunidad juzga en base a lo actuado por las personas.”<sup>55</sup> Lo anterior es clave en la autonomía tal como se vive actualmente en la comunidad Zapoteca de Tlalixtac de Ca-

51 Ramírez Barrios, Fernando, *Elementos para la caracterización del sistema electoral consuetudinario en Oaxaca*, México, TEPJF, 2013, pp. 52, 54-57.

52 *Ibidem*, p. 80.

53 Rendón Monzón, Juan José, *La comunalidad. Modo de vida en los pueblos indios*, México, CONACULTA, 2003, t. 1, pp. 39-44.

54 Díaz Gómez, Floriberto, “Principios comunitarios y derechos indios” en Rendón Monzón, Juan José, *La comunalidad. Modo de vida en los pueblos indios*, México, CONACULTA, 2003, t. 1, p. 114.

55 *Idem*.

brera, donde la asamblea pone y la asamblea quita, y sirve como ejemplo de una forma de organización comunitaria donde la “transparencia” y “rendición de cuentas”, tan anhelado por el sistema de partidos políticos, es una realidad por la cual la comunidad y la misma asamblea ha resistido y luchado hasta las últimas instancias.

## 5. FUENTES DE CONSULTA

### Bibliografía

- Cordero Avendaño de Durand, Carmen, *Supervivencia de un derecho consuetudinario en el Valle de Tlacohula*, México, H. Cámara de Diputados, LX Legislatura-Miguel Ángel Porrúa, 2009.
- Díaz Gómez, Floriberto, “Principios comunitarios y derechos indios” en Rendón Monzón, Juan José, *La comunalidad. Modo de vida en los pueblos indios*, México, CONACULTA, 2003, t. 1, pp. 109-120.
- Hernández-Díaz, Jorge, “Dilemas en la construcción de ciudadanías diferencias en un espacio multicultural: el caso de Oaxaca”, en Hernández-Díaz, Jorge (coord.), *Ciudadanías diferenciadas en un estado multicultural: los usos y costumbres en Oaxaca*, México, Siglo XXI editores-Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca, 2007, pp. 35-86.
- Martínez Luna, Jaime, *Eso que llaman comunalidad*, Oaxaca, Culturas Populares-CONACULTA-Secretaría de Cultura, Gobierno de Oaxaca-Fundación Alfredo Harp Helú Oaxaca, A.C.-CAMPO, 2010.
- Mesri Hashemi-Dilmaghani, Parastoo Anita, “Imposición de la ‘normalidad’ institucionalizada. Una crítica a la reciente reforma al código electoral de Oaxaca”, *Justicia Electoral*, México, 2013, Cuarta Época, núm. 12, julio-diciembre de 2013, pp. 269-305.
- , y González Guerrero, Maribel, *La organización político-social de una comunidad oaxaqueña (pueblo zapoteco serrano)*, México, TEPJF, 2014.
- Nader, Laura, *Ideología armónica. Justicia y control en un pueblo de la montaña zapoteca*, México, Instituto Oaxaqueño de las Culturas-Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, 1998.
- Ramírez Barrios, Fernando, *Elementos para la caracterización del sistema electoral consuetudinario en Oaxaca*, México, TEPJF, 2013.
- Rendón Monzón, Juan José, *La comunalidad. Modo de vida en los pueblos indios*, México, CONACULTA, 2003, t. 1.
- Robles Hernández, Sofía y Rafael Cardoso Jiménez (comps.), *Floriberto Díaz Escrito. Comunalidad, energía viva del pensamiento mixe*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.
- Valdivia Dounce, María Teresa, *Pueblos mixes: sistemas jurídicos, competencias y normas*, Instituto de Investigaciones Antropológicas-UNAM, 2010.

### Recursos electrónicos

Acuerdo: IEEPCO-CG-SNI-2/2015, del Consejo General del Instituto Estatal Electoral y de Participación Ciudadana de Oaxaca, por el que se califica la asamblea general comunitaria

de fecha veinte de agosto del dos mil quince, celebrada en el municipio de Tlaxiaco de Cabrera, en cumplimiento al acuerdo dictado por el Tribunal Estatal Electoral del Poder Judicial de Oaxaca, en el expediente número CA/84/2015, <http://www.ieepco.org.mx/archivos/acuerdos/2015/ACUERDOCGTLALIXTAC.pdf>.

García, Ismael, "Congreso de Oaxaca cambia nombre a figura legal declarada inconstitucional," *El Universal*, 16/04/2017, <https://www.eluniversal.com.mx/articulo/estados/2017/04/16/congreso-de-oaxaca-cambia-nombre-figura-legal-declarada-inconstitucional>.

JDCI/60/2015, 23 de noviembre de 2015, <http://teoax.org/index.php/resoluciones/resoluciones-2015/jdci/82-jdci-60-2015>.

LEY DE INSTITUCIONES Y PROCEDIMIENTOS ELECTORALES DEL ESTADO DE OAXACA, <http://www.ieepco.org.mx/archivos/documentos/2017/LEY%20DE%20INSTITUCIONES%20Y%20PROCEDIMIENTOS%20ELECTORALES%20DEL%20ESTADO%20DE%20OAXACA.pdf>.

Martínez Ortega, Gerardo, "Oaxaca: El embate de los administradores municipales", *El Oriente*, 28 de enero de 2017, <http://www.eloriente.net/home/2017/01/28/oaxaca-embate-los-administradores-municipales-gerardo-martinez-ortega/>.

SUP-REC-180/2016, 28 de julio de 2016, [https://www.te.gob.mx/Informacion\\_juridiccional/sesion\\_publica/ejecutoria/sentencias/SUP-REC-0180-2016.pdf](https://www.te.gob.mx/Informacion_juridiccional/sesion_publica/ejecutoria/sentencias/SUP-REC-0180-2016.pdf).

SUP-REC-6/2016 Y SU ACUMULADO SUP-REC-15/2016, 17 de febrero de 2016, [https://www.te.gob.mx/Informacion\\_juridiccional/sesion\\_publica/ejecutoria/sentencias/SUP-REC-0006-2016.pdf](https://www.te.gob.mx/Informacion_juridiccional/sesion_publica/ejecutoria/sentencias/SUP-REC-0006-2016.pdf).

SX-JDC-964/2015 Y ACUMULADO, 15 de enero de 2016, <https://www.te.gob.mx/salasreg/ejecutoria/sentencias/xalapa/SX-JDC-0964-2015.pdf>.

SUP-JDC-2487/2014, 1 de octubre de 2014, [https://www.te.gob.mx/Informacion\\_juridiccional/sesion\\_publica/ejecutoria/sentencias/SUP-JDC-2487-2014.pdf](https://www.te.gob.mx/Informacion_juridiccional/sesion_publica/ejecutoria/sentencias/SUP-JDC-2487-2014.pdf).

TEPJF, "Acción de inconstitucionalidad 53/2015 y sus acumuladas," <https://www.te.gob.mx/candidaturas-independientes/content/acci%C3%B3n-de-inconstitucionalidad-532015-y-sus-acumuladas>.

# LA RECLASIFICACIÓN DEL DELITO O CLASIFICACIÓN JURÍDICA DISTINTA: *INCONSTITUCIONALIDAD DE LA MISMA*

Por PABLO HERNÁNDEZ-ROMO VALENCIA<sup>1</sup>

**RESUMEN:** En los procedimientos penales en México, en no pocas ocasiones el Ministerio Público, no obstante ya haber dado una clasificación jurídica del delito por el que se seguirá un proceso penal, cambia –reclasifica– el delito por el que se seguirá el proceso penal, lo que constituye violación a la defensa adecuada, entre otros derechos humanos.

**PALABRAS CLAVE:** Reclasificación del delito, Clasificación jurídica distinta, Inconstitucionalidad, Violación a la defensa adecuada.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA RECLASIFICACIÓN 3. LA RECLASIFICACIÓN EN EL CNPP. 4. LA CLASIFICACIÓN JURÍDICA. 5. LA CLASIFICACIÓN JURÍDICA DISTINTA EN EL CNPP. 6. CONCLUSIONES. 7. FUENTES DE CONSULTA.

## 1. INTRODUCCIÓN

En el procedimiento penal, cuando una persona es considerada imputada, se le debe de decir quién lo acusa y de qué se le acusa; a esto se le conoce desde la óptica de los derechos humanos como “naturaleza y causa de la acusación”. Así mismo, se le debe decir todos los datos de prueba que constan en la carpeta de investigación para que entonces el imputado pueda ejercer su derecho de defensa adecuada. Únicamente conociendo exactamente de qué se le acusa a una persona, esta se podrá defender.

No obstante lo anterior, en no pocas ocasiones, ya avanzada la investigación o el proceso penal, la ley permite al Ministerio Público cambiar la imputación o acusación; esto es, que no obstante ya se le dijo al imputado que se le imputaba o acusaba de X delito, el Ministerio Público puede decir que ya no se le imputa o acusa del delito previamente mencionado, sino que ahora será el Y. Como cualquier persona puede apreciar, hacer esto implica que el imputado tenga que plantearse una nueva estrategia de defensa, toda vez que el delito por el que estaba imputado o se le acusaba ya no es el mismo. A lo antes mencionado se le conoce en la ley penal como “reclasificación del delito”.

El término *reclasificar*, gramaticalmente hablando no existe. Existe el término *clasificar* que significa *ordenar o disponer por clases algo*. El prefijo *re* significa *repetición*. Por lo tanto el término *reclasificar*, gramaticalmente hablando, significa *repetir lo ordenado o dispuesto por clases*.

---

1 Profesor de Derecho penal y procesal penal en el ITAM. Abogado.

No obstante lo anterior, en materia procesal penal el término reclasificación se utiliza para efectos del delito; esto es, se habla de la reclasificación del delito. Como se puede apreciar, el término reclasificar, como se utiliza en materia procesal penal, carece de un significado adecuado. Lo anterior, toda vez que el término reclasificar únicamente puede tener la acepción antes mencionada, toda vez que no existe interpretación auténtica alguna de dicho término. En pocas palabras, se va más allá de lo que el lenguaje permite.

No obstante lo previamente mencionado, y por si no fuera suficiente, la misma ley, le permite al juez penal dar una clasificación jurídica distinta a la dada por el Ministerio Público. En efecto, si el Ministerio Público dijo que se formulaba imputación por X delito, el juez penal puede corregir la plana y decir que la imputación será por Z. A este actuar del juez penal se le conoce en la ley penal como “clasificación jurídica distinta”.

A mi parecer, tanto lo que puede hacer el Ministerio Público, como lo que puede hacer el juez penal, implica, en la mayoría de las veces, violación al derecho humano a la defensa adecuada, así como violación a la tutela judicial efectiva y otras garantías penales, mismas que se explicarán a lo largo del presente trabajo.

En este trabajo explicaré las razones por las que considero que tanto la reclasificación jurídica como la clasificación jurídica distinta, constituyen tanto violaciones al derecho humano de defensa adecuada, como al del debido proceso legal y a la administración de justicia.

Así mismo, diré cuáles son las razones por las que considero que el actuar del juez, al dar una “clasificación jurídica distinta” puede constituir un delito contra la administración de justicia.

## 2. LA RECLASIFICACIÓN

Tal y como lo mencioné en la introducción, lo primero que tiene que hacer el Ministerio Público cuando tiene en su presencia a una persona como imputada es decirle la naturaleza y causa de la acusación. Dentro de esta, se comprende la clasificación jurídica.

En efecto, de conformidad con el texto constitucional en su artículo 20, apartado B, fracción III, se prevé la obligación a la autoridad correspondiente –Ministerio Público o Juez– para que se le informe, a toda persona imputada, tanto en el momento de su detención como es su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten.

La mención a los “hechos” se refiere a la naturaleza y causa de la acusación; como ahora se verá.

El que se le diga al imputado la naturaleza y causa de la acusación, es un derecho humano, de conformidad con lo que se establece en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, en su artículo 14.3, inciso a), mismo que establece:

*“Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:*

*a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;”*

Así mismo, en la *Convención Americana sobre los Derechos Humanos*, se aprecia una norma en sentido muy similar, prevista en el artículo 8.2, inciso b), misma que establece:

*“...Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:*

...

*b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;”*

Lo previamente dicho, respecto de la “acusación”, no debe confundirse con el término “acusación” que se utiliza en el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP).

El término “acusación” que se utiliza en el CNPP es de reciente creación, esto es, desde el año 2014; mientras que el término “acusación” o “naturaleza y causa de la acusación” a que se refieren los tratados internacionales antes mencionados, datan desde 1978, por lo que hace a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y es obligatorio para México desde 1981, mientras que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos entró en vigor en 1976 y es obligatorio para México desde 1981.

En estos dos tratados internacionales, cuando se hace referencia a esos dos términos, se refiere a darle a conocer al imputado, quién y de qué lo acusan, así como enseñarle y decirle todos los datos de prueba que obran en su contra. Lo mismo estaba previsto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, desde 1917.<sup>2</sup>

De conformidad con el artículo 141 CNPP cuando se hace referencia a la *clasificación jurídica* se especificará: *“el tipo penal que se atribuye, el grado de ejecución del hecho, la forma de intervención y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta”*.

Esto es, se le debe de decir al imputado, cuál es el delito que se le atribuye, y lo demás que se menciona en el artículo. Cuando se hace referencia aquí al “delito que se le atribuye”, se refiere a la descripción típica que debe de existir en alguna norma de carácter penal.

2 Hernández-Romo Valencia, Pablo: *Las garantías del inculpado*, 2ª ed., México: Porrúa/ELD, 2012, pp. 239 y ss.

Luego entonces, si el Ministerio Público reclasifica, gramaticalmente hablando, se tendría que entender, que debería repetir lo ordenado o dispuesto; esto es, debería volver a decirle el tipo penal que se le atribuye, el grado de ejecución del hecho, la forma de intervención y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta.

No obstante lo anterior, en materia procesal penal cuando se habla de la reclasificación que hace el Ministerio Público, se refiere a dar una clasificación distinta del tipo penal que se le atribuye. Esto es, si antes era el delito previsto en el artículo, por ejemplo, 194, fracción I del Código Penal Federal, en la reclasificación bien pueden decir que reclasifican por el delito previsto en el artículo 194, fracción II; y que corresponde a un tipo penal diverso. Lo anterior traería como consecuencia dejar al imputado en estado de indefensión. Vayamos por partes.

El Ministerio Público, como cualquier persona, se puede equivocar. Lo anterior indica que la “reclasificación” es correcta. Ahora bien, será correcta, siempre y cuando se haga en el momento oportuno, sin que se deje al imputado en estado de indefensión. El fundamento de dicho actuar está previsto en el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), en donde se establece que el ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. Esto es, salvo una excepción que no es necesario mencionar ahora, se puede decir, que prácticamente el monopolio de la acción penal lo tiene el Ministerio Público y solo a él le corresponde dar la clasificación por la que ejercitará la acción penal.

Si como consecuencia de dicha reclasificación, se le dejara en estado de indefensión al imputado, se entiende que se viola el derecho humano a la defensa adecuada.

Así lo entendieron nuestros más altos tribunales desde hace muchos años, como se aprecia de las siguientes tesis.

Quinta Época

Registro: 294100

Instancia: Primera Sala

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo CXXV

Materia(s): Penal

Tesis:

Página: 637

#### CLASIFICACIÓN DEL DELITO, CAMBIO DE LA, POR PARTE DEL JUZGADOR, AGRAVANDO LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL ACUSADO.

Si el representante de la acción persecutoria encuadró el delito como homicidio perpetrado en riña, en la que el acusado tuvo el carácter de provocado, al formular sus conclusiones, y el órgano jurisdiccional, al pronunciar su fallo condenatorio, reclasificó el delito considerando el homicidio como simple intencional,

tal reclasificación del delito, agravando la situación jurídica del acusado, viola garantías en su perjuicio, supuesto que el imputado había enderezado sus defensas en contra del homicidio en riña, y al rebasarse el ámbito de la acusación se le causa indefensión, lo cual implica una transgresión al imperativo del artículo 21 constitucional.

Amparo penal directo 3792/54. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del ponente. 21 de julio de 1955. Mayoría de tres votos. Disidentes: Luis Chico Goerne y Teófilo Olea y Leyva. Ponente: Rodolfo Chávez Sánchez.

Octava Época

Registro: 218509

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo X, Septiembre de 1992

Materia(s): Penal

Tesis:

Página: 260

#### DELITO. CUANDO NO ES VIOLATORIA DE GARANTÍAS SU RECLASIFICACIÓN.

De acuerdo con diversas ejecutorias sostenidas por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no se violan garantías en perjuicio de los indiciados, cuando se cambia la clasificación del delito sin modificar los hechos delictuosos que se les imputaron desde el ejercicio de la acción penal y respecto de los cuales tuvieron la posibilidad de defensa.

#### TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 275/92. Gabriel Pastrana Sánchez. 29 de abril de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: José Angel Mandujano Gordillo. Secretaria: Julieta María Elena Anguas Carrasco.

Como se puede apreciar de las tesis transcritas, el eje rector de las mismas es que sí se permite la reclasificación jurídica tanto por parte del Ministerio Público como del juez, pero: 1) si reclasifica, el órgano jurisdiccional, no puede agravar la situación jurídica del acusado toda vez que eso implicaría indefensión; 2) el juez no puede reclasificar toda vez que eso implica rebasar el ámbito de la acusación, lo que implica transgresión a lo previsto en el artículo 21 constitucional; 3) que lo que importa es que no se modifiquen los hechos delictuosos que se le imputan, toda vez que es respecto de estos que se tuvo la posibilidad de defensa.

Como se puede apreciar de lo dicho en las tesis, a mi parecer, no queda clara la postura; esto es, primero dicen que el juez sí puede reclasificar, pero que no puede agravar la situación del inculpado; y después dicen que el juez no puede reclasificar, toda vez que eso implica transgresión al artículo 21 constitucional.

### 3. LA RECLASIFICACIÓN EN EL CNPP

En el CNPP se hace referencia a la expresión *reclasificación* en los artículos 141, 145, 398, en los cuáles se establece que el Ministerio Público podrá:

**“Artículo 141. Citatorio, orden de comparecencia y aprehensión**

Cuando se haya presentado denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, el Ministerio Público anuncie que obran en la carpeta de investigación datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y exista la probabilidad de que el imputado lo haya cometido o participado en su comisión, el Juez de control, a solicitud del Ministerio Público, podrá ordenar:

I Citatorio al imputado para la audiencia inicial;

II. Orden de comparecencia, a través de la fuerza pública, en contra del imputado que habiendo sido citado previamente a una audiencia no haya comparecido, sin justificación alguna, y

III. Orden de aprehensión en contra de una persona cuando el Ministerio Público advierta que existe la necesidad de cautela.

En la clasificación jurídica que realice **el Ministerio Público** se especificará el tipo penal que se atribuye, el grado de ejecución del hecho, la forma de intervención y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta, **sin perjuicio de que con posterioridad proceda la reclasificación correspondiente.**

También podrá ordenarse la aprehensión de una persona cuando resista o evada la orden de comparecencia judicial y el delito que se le impute merezca pena privativa de la libertad.

La autoridad judicial declarará sustraído a la acción de la justicia al imputado que, sin causa justificada, no comparezca a una citación judicial, se fugue del establecimiento o lugar donde esté detenido o se ausente de su domicilio sin aviso, teniendo la obligación de darlo. En cualquier caso, la declaración dará lugar a la emisión de una orden de aprehensión en contra del imputado que se haya sustraído de la acción de la justicia.

El Juez podrá dictar orden de reaprehensión en caso de que el Ministerio Público lo solicite para detener a un imputado cuya extradición a otro país hubiera dado lugar a la suspensión de un procedimiento penal, cuando en el Estado requirente el procedimiento para el cual fue extraditado haya concluido.

El Ministerio Público podrá solicitar una orden de aprehensión en el caso de que se incumpla una medida cautelar, en los términos del artículo 174, y el Juez de control la podrá dictar en el caso de que lo estime estrictamente necesario.”

Como se puede apreciar del artículo transcrito, el Ministerio Público puede “reclasificar”, esto es, dar una clasificación distinta de la que previamente dio en la investigación inicial.

En efecto, de conformidad con el citado artículo, la reclasificación será durante la audiencia inicial; lo que implica que la defensa que planteó el imputado durante la investigación inicial ya no funcionará, toda vez que la nueva clasificación, o reclasificación, como se le llama en el CNPP, será de un tipo penal distinto.

No obstante lo anterior, esta reclasificación no considero que sea tan grave; toda vez que el imputado puede hacer uso del derecho de defensa adecuada. Si bien el lapso de tiempo será breve, puede hacer uso del mismo, hasta antes de que se dicte el auto de vinculación a proceso.

Independientemente de lo anterior, surge la duda: ¿por qué razón el Ministerio Público no reclasificó durante la investigación inicial, dando así la oportunidad de defensa al imputado, y posteriormente ejercita la acción penal con base en el nuevo tipo? Si hiciese esto, el derecho a la defensa adecuada no se vería trastocado.

**“Artículo 145. Ejecución y cancelación de la orden de comparecencia y aprehensión**

La orden de aprehensión se entregará física o electrónicamente al Ministerio Público, quien la ejecutará por conducto de la Policía. Los agentes policiales que ejecuten una orden judicial de aprehensión pondrán al detenido inmediatamente a disposición del Juez de control que hubiere expedido la orden, en área distinta a la destinada para el cumplimiento de la prisión preventiva o de sanciones privativas de libertad, informando a éste acerca de la fecha, hora y lugar en que ésta se efectuó, debiendo a su vez, entregar al imputado una copia de la misma.

Los agentes policiales deberán informar de inmediato al Ministerio Público sobre la ejecución de la orden de aprehensión para efectos de que éste solicite la celebración de la audiencia inicial a partir de la formulación de imputación.

Los agentes policiales que ejecuten una orden judicial de comparecencia pondrán al imputado inmediatamente a disposición del Juez de control que hubiere expedido la orden, en la sala donde ha de formularse la imputación, en la fecha y hora señalada para tales efectos. La Policía deberá informar al Ministerio Público acerca de la fecha, hora y lugar en que se cumplió la orden, debiendo a su vez, entregar al imputado una copia de la misma.

Cuando por cualquier razón la Policía no pudiera ejecutar la orden de comparecencia, deberá informarlo al Juez de control y al Ministerio Público, en la fecha y hora señaladas para celebración de la audiencia inicial.

**El Ministerio Público podrá solicitar la cancelación de una orden de aprehensión o la reclasificación de la conducta o hecho por los cuales hubiese ejercido la acción penal, cuando estime su improcedencia por la aparición de nuevos datos.**

La solicitud de cancelación deberá contar con la autorización del titular de la Procuraduría o del funcionario que en él delegue esta facultad.

El Ministerio Público solicitará audiencia privada ante el Juez de control en la que formulará su petición exponiendo los nuevos datos; el Juez de control resolverá de manera inmediata.

La cancelación no impide que continúe la investigación y que posteriormente vuelva a solicitarse orden de aprehensión, salvo que por la naturaleza del hecho en que se funde la cancelación, deba sobreseerse el proceso.

La cancelación de la orden de aprehensión podrá ser apelada por la víctima o el ofendido.”

Como se puede apreciar del artículo transcrito, el Ministerio Público puede, una vez librada la orden de aprehensión, esto es, una vez que el juez ya consideró que obran datos que establecen que se ha cometido “ese hecho” y que existe la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión, solicitar la reclasificación de la conducta, toda vez que, en virtud de la aparición de nuevos datos, considera que se trata de otro delito.

De lo previamente dicho se desprende entonces, que la orden de aprehensión debería de ser cancelada y en su lugar se debería de librar una nueva orden de aprehensión. Lo anteriormente dicho hace que surja la duda: ¿qué fue del derecho de defensa del imputado entonces? La pregunta surge, toda vez que si aparecieron nuevos datos, lo lógico es que el imputado los conozca y pueda plantear una defensa adecuada.

Surge otra duda: ¿en qué momento aparecieron esos nuevos datos y por qué no se le dio el derecho de defensa adecuada al imputado?

#### **“Artículo 398. Reclasificación jurídica**

Tanto en el alegato de apertura como en el de clausura, **el Ministerio Público podrá plantear una reclasificación respecto del delito invocado en su escrito de acusación.** En este supuesto, el juzgador que preside la audiencia dará al imputado y a su Defensor la oportunidad de expresarse al respecto, y les informará sobre su derecho a pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar su intervención. Cuando este derecho sea ejercido, el Tribunal de enjuiciamiento suspenderá el debate por un plazo que, en ningún caso, podrá exceder del establecido para la suspensión del debate previsto por este Código.”

Si como ya se dijo al inicio de este trabajo, la reclasificación implica que se señale un tipo distinto al que se le dijo previamente, no se entiende cómo es que una vez iniciado el proceso penal, se pueda reclasificar el mismo. Máxime que la CPEUM prohíbe esto.

En efecto, la CPEUM en su artículo 19 prohíbe eso exactamente, como se aprecia del quinto párrafo, mismo que transcribo para mayor facilidad.

*“Todo proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de investigación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente”.*

Es importante mencionar que el término “hechos delictivos” no puede tomarse como *cosa que sucede que implica delito*; sino que deberá de tomarse como *acción*, más específicamente, como acción típica; esto es, como alguna conducta descrita en un tipo penal.

Es importante que se aprecie, que la interpretación que propongo es la sistemática; misma que se observa si se analiza el tercer párrafo del artículo 16 CPEUM, en donde se hace referencia a *“obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y ...”*.

Esto es, cuando se libra una orden de aprehensión, en la misma se debe de decir no solamente cuáles son los hechos en los que se basa el juez para librar la orden, sino que con base en esos hechos y con lo que solicitó el Ministerio Público, de conformidad con algún tipo, es que el Juez señala en la orden, cuál es el delito por el que se libró la orden de aprehensión.<sup>3</sup>

A mi parecer, no es correcto dar diversos significados a los mismos términos que utilizó el constituyente permanente en materia procesal penal. En efecto, sería un sinsentido decir que en el artículo 16 CEPUM la palabra “hecho que la ley señale como delito” tiene un significado y en el 19 CPEUM, una expresión muy similar –hecho delictuoso–, tenga otro significado. Además de que el constituyente permanente nunca hizo mención a eso.

De hecho, tanto para que se libre una orden de aprehensión como para que se dicte el auto de vinculación a proceso, se exigen los mismos requisitos, como lo ha señalado la SCJN. Si bien en las tesis que a continuación señalo hacen referencia a la CPEUM antes de la reforma del 18 de junio del 2008, los argumentos son válidos, para estos efectos.

Novena Época

Registro: 173237

Instancia: Primera Sala

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo XXV, Febrero de 2007

Materia(s): Constitucional, Penal

Tesis: 1a./J. 102/2006

Página: 452

**ORDEN DE APREHENSIÓN. PARA SU DEBIDA MOTIVACIÓN DEBE SEÑALAR EL LUGAR, TIEMPO Y CIRCUNSTANCIAS DE EJECUCIÓN DEL DELITO QUE SE IMPUTA AL ACUSADO.**

Si bien es cierto que el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no indica que en la orden de aprehensión deban expresarse el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución del delito que se le imputa al acusado –requisitos que establece el artículo 19 constitucional para el auto de formal prisión–, también lo es que a efecto de cumplir con la garantía de mo-

3 En sentido similar, Meza Fonseca, Emma: “Artículo 16”, en Cossío Díaz, José Ramón (Coordinador) y AAVV: *Constitución política de los estados unidos mexicanos comentada*, Tomo I, México: Tirant lo blanch, 2017, p. 332, para quien: “..., respecto a los datos que obran en la carpeta de investigación que establezcan que se ha cometido ese hecho, el Ministerio Público debe precisar: i) el tipo penal que se atribuye, esto es, el Ministerio Público debe acreditar los elementos que integran la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal;...”

tivación contenida en el citado artículo 16, la autoridad que emite la referida orden debe señalar dichos datos, ya que son los que permiten comprender la forma y condiciones en que se llevó a cabo la conducta delictiva en el mundo fáctico, lo cual permite al acusado conocer con amplitud los motivos por los que se ordena su captura, estando así en posibilidad de desplegar eficazmente su defensa.

Contradicción de tesis 50/2006-PS. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito. 25 de octubre de dos mil seis. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Ana Carolina Cienfuegos Posada.

Novena Época

Registro: 184304

Instancia: Primera Sala

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo XVII, Mayo de 2003

Materia(s): Penal

Tesis: 1a./J. 18/2003

Página: 175

#### ORDEN DE APREHENSIÓN. AL DICTARSE, EL JUEZ DEBE ANALIZAR LAS MODALIDADES O CALIFICATIVAS DEL DELITO.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sustentó el criterio jurisprudencial de que para el dictado de un auto de formal prisión, la autoridad judicial no debía limitar su actividad al estudio del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, sino analizar las modalidades o circunstancias modificativas o calificativas del delito, con independencia de que estas últimas deban ser objeto de prueba durante el proceso penal correspondiente, en cuya sentencia se define, en su caso, el grado de responsabilidad del procesado, dado que es justamente en dicho proceso en donde se le brinda el legítimo derecho de defensa, es decir, de ofrecer las pruebas y formular las manifestaciones que estime pertinentes. En congruencia con tal criterio y en virtud de las semejanzas en los requisitos de fondo para dictar una orden de aprehensión y un auto de formal prisión, según lo dispuesto en los artículos 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en la historia legislativa de dichos preceptos constitucionales, se concluye que los requisitos señalados para dictar un auto de formal prisión, deben hacerse extensivos a la orden de aprehensión y, por ello, en el dictado de ésta deben incluirse las modalidades o circunstancias modificativas o calificativas del delito.

Contradicción de tesis 80/2002-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero, ambos del Décimo Cuarto Circuito. 26 de marzo de 2003. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Juventino V. Castro y Castro. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: José de Jesús Bañales Sánchez.

Como se puede apreciar, la única forma de hablar de modalidades o circunstancias modificativas o calificativas del delito es cuando previamente se dijo cuál era el delito por el que se libraba la orden de aprehensión. Delito en el sentido de clasificación jurídica; no de conjunto de hechos materia de la consignación, como alguna vez lo dijo la Suprema Corte de Justicia de la Nación.<sup>4</sup>

Aunado a lo anterior, dese cuenta el lector, cómo es indispensable que el Ministerio Público y el juez, conozcan cuál es la clasificación jurídica de los hechos, esto es, cuál es el tipo penal por el que se busca se inicie el proceso; tan es así, que si no tuviera sentido mencionar el tipo en el que encuadran los hechos, no sabrían qué medida cautelar imponer. En efecto, no sabrían si se trata de un delito que amerita prisión preventiva oficiosa o cuánto tiempo puede durar la investigación complementaria.

Esto es, si solamente se hablara de hechos, sin mencionar el tipo penal aplicable, no se podría imponer medida cautelar alguna, ya que es requisito indispensable para efectos del juez, saber si se está en presencia de alguno de los delitos mencionados por el constituyente permanente y que ameritan prisión preventiva oficiosa. Amén de que de no saberse la clasificación jurídica se dejaría en estado de indefensión al imputado.

- 
- 4 Novena Época  
Registro: 184032  
Instancia: Primera Sala  
Tipo de Tesis: Aislada  
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta  
Tomo XVII, Junio de 2003  
Materia(s): Penal  
Tesis: 1a. XXVI/2003  
Página: 200

RECLASIFICACIÓN DEL DELITO. CUANDO EL JUEZ DE LA CAUSA DICTA SENTENCIA POR UNO DIVERSO AL CONTENIDO EN EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN, TENIENDO COMO BASE LOS MISMOS HECHOS, NO VIOLA LAS GARANTÍAS DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL).

Dicho precepto constitucional exige, como uno de los requisitos para el dictado del auto de formal prisión, que se expresen el delito que se imputa al acusado y los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado; asimismo, establece que todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Ahora bien, la palabra delito empleada en la citada disposición constitucional, debe entenderse no en el sentido literal del nombre con el que se denomina al hecho delictuoso (en su clasificación legal), sino como el conjunto de hechos materia de la consignación, y de aquellos por los que se decreta la formal prisión. En estas condiciones, si se dicta auto de formal prisión por un delito (entendido como la clasificación legal contenida en los Códigos Penales) y, posteriormente, en atención a que el Ministerio Público precisó su pretensión y formuló sus conclusiones acusatorias por uno diverso, con base en los mismos hechos, y a que el procesado estaba en oportunidad de formular su defensa en contra de dicha acusación, el Juez de la causa dicta la sentencia correspondiente y clasifica los hechos en forma distinta a la contenida en el auto de formal prisión, se concluye que tal actuación es acorde con lo establecido en el precepto constitucional de referencia, y que dicha reclasificación no viola las garantías de legalidad y seguridad jurídica.

Amparo directo en revisión 263/2003. 12 de marzo de 2003. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz.

No obstante lo anterior, en el artículo transcrito del CNPP se establece, que en la etapa de juicio, esto es, una vez pasadas las etapas de investigación, que comprende la de la investigación inicial y la complementaria, así como la etapa intermedia, iniciado el juicio o a punto de finalizar el mismo, el Ministerio Público puede reclasificar el delito invocado en su escrito de acusación. Vayamos por partes.

Para entender lo desgarrador e inconstitucional de lo que contempla el artículo 398 CNPP, es de suma importancia conocer qué sucede en el procedimiento penal.<sup>5</sup>

Durante la investigación inicial el Ministerio Público tiene la obligación de decirle al imputado la razón por la que se le investiga. Dicha razón implica que se le dé acceso a todo lo que consta en la carpeta de investigación y que el Ministerio Público le diga el delito por el que se le investiga.

Únicamente conociendo esos datos es que se puede ejercer el derecho de defensa adecuada. Imagínese el lector, el escenario contrario. El imputado acude ante el Ministerio Público en razón de que fue citado y llegando a la mesa de dicho servidor público se le presta el expediente para que pueda leerlo, pero no se le dice de qué delito se le acusa. ¿Cómo entonces podrá defenderse el imputado? Máxime que su conducta puede tener cabida en varios tipos penales.

Una vez pasada la etapa de la investigación inicial, sigue la de la investigación complementaria, en donde, en presencia del juez de control, se le dice al imputado de qué delito se le investiga y se le enseñan los datos de prueba que obran en su contra. Esto es, se le señala cuál es el delito por el que se le está investigando y continuará la investigación, pero ahora judicializada. Dicha investigación complementaria puede durar hasta seis meses, dependiendo del delito de que se trate y el tiempo que solicite el Ministerio Público. Finalizado dicho plazo, durante el cual se estuvo investigando por parte del Ministerio Público y defendiéndose el imputado, el Ministerio Público puede llegar a decir que no tiene suficientes elementos para que se continúe el proceso o puede decir que tiene suficientes elementos y entonces formulará acusación.

En el escrito de acusación, dirá ahora, cuál es el delito por el que acusa; delito que no puede ser distinto al que se señaló en la etapa de la investigación complementaria, toda vez que en dicha etapa forzosamente se tuvo que dictar el auto de vinculación a proceso. Digo que forzosamente, toda vez que de no hacerse eso, no existiría la investigación complementaria. Lo previamente dicho es una exigencia constitucional, tal como quedó demostrado previamente.

Formulada la acusación, se debatirá, en la etapa intermedia, cuáles son los medios de prueba que se desahogarán en juicio, de conformidad con lo manifestado en la acusación.

---

5 En opinión de Pérez Daza, este hecho no se considera violatorio de derecho; su opinión se sustenta en una tesis de la SCJN. *Vid.* Pérez Daza, Alfonso: *Código Nacional de Procedimientos Penales. Teoría y práctica del proceso penal acusatorio*, México: Tirant lo blanch, 2016, pp. 461, 462.

Pues bien, puede suceder, según señala el artículo del CNPP antes mencionado, que iniciada la etapa de juicio, esto es, en el alegato de apertura, el Ministerio Público reclasifique el delito mencionado en la acusación; esto es, que señalará un nuevo tipo penal. Pero no solo eso, puede suceder, que en el alegato de clausura, de nueva cuenta reclasifique el delito, esto es, que puede señalar un nuevo tipo. Si esto surgiese, surgen las dudas: ¿cómo puede operar el derecho a la defensa adecuada?, ¿qué acaso eso no sería contrario a lo que se dijo en la CPEUM en su artículo 19, párrafo quinto?

#### 4. LA CLASIFICACIÓN JURÍDICA

Ahora bien, una cosa es la reclasificación que puede hacer el Ministerio Público y otra cosa es la clasificación jurídica que puede hacer un juez. En realidad es lo mismo; lo único que cambia es el sujeto que está poniendo una nueva clasificación jurídica; siendo lo hecho por el segundo más grave.

Cuando en materia procesal penal se hace referencia a la clasificación jurídica que hace el juez, prácticamente es lo mismo que la reclasificación hecha por el Ministerio Público, lo que pasa es que cuando lo hace el juez se le conoce como “clasificación jurídica”. Esto es, estrictamente hablando, el juez no puede hacer clasificación jurídica distinta a la que el Ministerio Público haya hecho, toda vez que, de hacer esto, estaría realizando funciones que le competen exclusivamente al Ministerio Público, de conformidad con lo que se establece en el artículo 21 CPEUM. Así también lo entendió la SCJN desde hace ya mucho tiempo, como se aprecia de la siguiente tesis.

Quinta Época

Registro: 294499

Instancia: Primera Sala

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo CXXIV

Materia(s): Penal

Tesis:

Página: 1058

#### **CLASIFICACIÓN DEL DELITO (ROBO).**

En orden al imperativo que establece el artículo 21 constitucional, no puede reclasificarse la acción del agente, subsumiéndola correctamente dentro del tipo de robo calificado, si la acción persecutoria se ejercitó considerando la conducta del acusado como configuración del delito de robo simple.

Amparo penal directo 1667/54. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 18 de junio de 1955. Unanimidad de cuatro votos. Excusa: Genaro Ruiz de Chávez. Ponente: Teófilo Olea y Leyva.

## 5. LA CLASIFICACIÓN JURÍDICA DISTINTA EN EL CNPP

En el CNPP se establece cuándo el juez puede hacer una clasificación distinta de la hecha por el Ministerio Público. El artículo 143 en su cuarto párrafo establece:

**“Artículo 143. Resolución sobre solicitud de orden de aprehensión o comparecencia**

El Juez de control resolverá la solicitud de orden de aprehensión o comparecencia en audiencia, o a través del sistema informático; en ambos casos con la debida secrecía, y se pronunciará sobre cada uno de los elementos planteados en la solicitud.

En el primer supuesto, la solicitud deberá ser resuelta en la misma audiencia, que se fijará dentro de las veinticuatro horas a partir de la solicitud, exclusivamente con la presencia del Ministerio Público.

En el segundo supuesto, dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas, siguientes al momento en que se haya recibido la solicitud.

En caso de que la solicitud de orden de aprehensión o comparecencia no reúna alguno de los requisitos exigibles, el Juez de control prevendrá en la misma audiencia o por el sistema informático al Ministerio Público para que haga las precisiones o aclaraciones correspondientes, ante lo cual **el Juez de control podrá dar una clasificación jurídica distinta a los hechos que se planteen o a la participación que tuvo el imputado en los mismos**. No se concederá la orden de aprehensión cuando el Juez de control considere que los hechos que señale el Ministerio Público en su solicitud resulten no constitutivos de delito.

Si la resolución se registra por medios diversos al escrito, los puntos resolutivos de la orden de aprehensión deberán transcribirse y entregarse al Ministerio Público.”

A mi parecer, lo que se menciona en dicho artículo va más allá de lo permitido por la CPEUM. En efecto, si el ejercicio de la acción penal, es exclusivo del Ministerio Público, con la pequeña salvedad mencionada previamente, en la que un particular puede ejercitar la acción penal, carece de sentido que el Juez de control le pueda ayudar al Ministerio Público a ejercitar la misma.<sup>6</sup> En efecto, no solo lo estará ayudando, le está corrigiendo la plana.

Lo anterior implica colaborar con el Ministerio Público; lo que sale de las funciones del Juez de control. Esto es, si el Ministerio Público da una clasificación jurídica,

6 En sentido similar, Pérez Daza, Alfonso: *Código Nacional de Procedimientos Penales. Teoría y práctica del proceso penal acusatorio*, pp. 355, 356, para quien: “Asimismo, del contenido del numeral 143, se advierte que en caso de que la solicitud de orden de aprehensión o de comparecencia, no reúna alguno de los requisitos exigibles, el juez de control prevendrá en la misma audiencia o por el sistema informático al Ministerio Público para que haga las precisiones o aclaraciones correspondientes, circunstancia que se traduce en una suplencia a favor del Ministerio Público que rompe con el principio de contradicción que debe regir en el proceso penal acusatorio, generando una ventaja indebida a favor de la autoridad ministerial;...” En sentido contrario, para quienes esto no afecta la imparcialidad, *vid.*, Ponce Martínez, Jorge/ Hernández Martínez, Roberto/ Peredo Valderrama, Modesto: *Código Nacional de Procedimientos Penales anotado*, 2a ed., México: Radbruk E & A, 2016, p. 223.

es porque él consideró que esa es la adecuada y es el único facultado para hacer eso. El juez lo único que puede hacer es administrar justicia, pero no ayudar a las partes procesales; de hacer esto, se apreciaría un desequilibrio en el procedimiento penal. En efecto, de hacer eso, se apreciará parcialidad; lo que está prohibido por la CPEUM en su artículo 17 párrafo segundo, mismo que trascibo para facilidad del lector.

*“Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia prohibidas las costas judiciales.”*

Aunado a lo anterior, también se estaría violando el principio de contradicción, en el que se establece: “Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa”, como se aprecia, en el artículo 20, apartado A, fracción V, de la CPEUM.

Note el lector, cómo cuando el juez da una clasificación jurídica distinta, está ayudando a la acusación.

En el artículo 316 CNPP, que hace referencia a los requisitos para dictar el auto de vinculación a proceso, se establece:

**“Artículo 316. Requisitos para dictar el auto de vinculación a proceso**

El Juez de control, a petición del agente del Ministerio Público, dictará el auto de vinculación del imputado a proceso, siempre que:

- I. Se haya formulado la imputación;
- II. Se haya otorgado al imputado la oportunidad para declarar;
- III. De los antecedentes de la investigación expuestos por el Ministerio Público, se desprendan datos de prueba que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión. Se entenderá que obran datos que establecen que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito cuando existan indicios razonables que así permitan suponerlo, y
- IV. Que no se actualice una causa de extinción de la acción penal o excluyente del delito.

El auto de vinculación a proceso deberá dictarse por el hecho o hechos que fueron motivo de la imputación, **el Juez de control podrá otorgarles una clasificación jurídica distinta a la asignada por el Ministerio Público misma que deberá hacerse saber al imputado para los efectos de su defensa.**

El proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un hecho delictivo distinto del que se persigue, deberá ser objeto de investigación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación si fuere conducente.”

En opinión de un sector de la doctrina,<sup>7</sup> la clasificación jurídica distinta a la hecha por el Ministerio Público, que puede hacer el juez, ayuda en el proceso, si se le da al órgano acusador y a la defensa “posibilidades de actuación en un verdadero plano de igualdad, más aun si se reconoce al juez de control un carácter proactivo en función del cual debe proteger los derechos fundamentales de ambas partes”. De donde deducen entonces que: el “correcto encuadramiento de los hechos realizados por el juzgador, más que perjudicar al imputado, le beneficia al permitirle desarrollar su defensa respecto de la categoría jurídica relevante presente en los hechos atribuidos por el acusador”.

A mi parecer, si el juez diera una clasificación distinta bien podría estar cometiendo un delito contra la administración de justicia, mismo que se encuentra tipificado en el artículo 225, fracción IV, CPF, y que reza:

*“Son delitos contra la administración de justicia, cometidos por servidores públicos los siguientes:*

*IV. Dirigir o aconsejar a las personas que ante ellos litiguen”*

Si bien lo previamente dicho sorprenderá a varias personas, toda vez que el hecho de dar una clasificación jurídica distinta está permitido en el CNPP, y por lo tanto no podrá ser delictiva la conducta, habrá de ponderarse cuál es el actuar correcto del juez; si el ayudar al Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal o respetar el artículo 17 constitucional, en especial por lo que hace a la imparcialidad.

De cualquier forma, de algo no cabe duda: se está en presencia de una antinomia; misma que debe ser corregida a la brevedad posible.

No obstante lo anterior, recientemente nuestros más altos tribunales dijeron que la clasificación jurídica distinta, podía realizarse, siempre y cuando no se agravará la situación del imputado; como se aprecia de la siguiente tesis.

Décima Época

Registro: 2014665

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Publicación: viernes 30 de junio de 2017 10:36 h

Materia(s): (Penal)

Tesis: I.8o.P.12 P (10a.)

**AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. EL JUEZ DE CONTROL, AL EJERCER SU FACULTAD DE RECLASIFICAR LOS HECHOS MATERIA DE LA**

7 Ponce Martínez, Jorge/ Hernández Martínez, Roberto/ Peredo Valderrama, Modesto: *Código Nacional de Procedimientos Penales anotado*, p. 430.

IMPUTACIÓN MINISTERIAL, NO PUEDE AGRAVAR LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL IMPUTADO PUES, DE HACERLO, VIOLA EL PRINCIPIO ACUSATORIO Y LA NATURALEZA CONTRADICTORIA DE LA CONTIENDA, ASÍ COMO LA IMPARCIALIDAD DE LA DECISIÓN JUDICIAL (INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DEL ARTÍCULO 316, PÁRRAFO SEGUNDO, DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES).

De la interpretación sistemática de los artículos 20, apartado A, 21, párrafo primero y 102, apartado A, párrafos primero y cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 4 a 14 del Código Nacional de Procedimientos Penales, se advierte que la facultad del Juez de control para reclasificar los hechos materia de la imputación formulada por el agente del Ministerio Público, prevista en el numeral 316, párrafo segundo, del código procesal invocado, no es ilimitada, pues una de las principales características del sistema procesal penal acusatorio y oral, consiste en la separación de las funciones de acusación y jurisdicción. Así, el principio acusatorio que define al sistema de enjuiciamiento penal, constituye un mandato de optimización de las diversas normas que no tienen ese carácter, de manera que estructura el proceso, determina su finalidad y establece las directrices a seguir en su trámite, así como la manera correcta de interpretar y aplicar las normas procesales. Junto a dicho principio, destaca el de contradicción, en cuanto implica concebir el proceso penal acusatorio como un debate, en el que se presentan las partes –acusación y defensa–, con pretensiones opuestas que alegar y probar, a través de argumentos y contraargumentos, en igualdad de condiciones jurídicas, y ante un Juez que tiene el deber de garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las partes y de decidir la contienda imparcialmente. Por ello, de la interpretación sistemática del artículo 316, párrafo segundo, invocado, se concluye que, al vincular a proceso al imputado, el Juez de control puede reclasificar los hechos materia de la imputación ministerial, siempre que no agrave su situación jurídica pues, de hacerlo, viola el principio acusatorio y la naturaleza contradictoria de la contienda, así como la imparcialidad que debe regir en toda decisión judicial.

#### OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 244/2016. 9 de marzo de 2017. Unanimidad de votos; mayoría en relación con el criterio contenido en esta tesis. Disidente: José Pablo Pérez Villalba. Ponente: Taissia Cruz Parceró. Secretario: Ricardo Monterrosas Castorena.

Contrario a lo dicho por ese tribunal colegiado, a mi parecer, si el juez otorga una clasificación jurídica distinta, deja de ser imparcial; toda vez que está ayudando al Ministerio Público.

## 6. CONCLUSIONES

La reclasificación jurídica puede y debe realizarse siempre que no se deje en estado de indefensión al imputado; habrá ocasiones en que es claro que aun y cuando así se

establezca en el CNPP la reclasificación dejará al imputado o acusado en estado de indefensión; lo que implica vulneración al derecho humano a la defensa adecuada.

La clasificación jurídica distinta debe de eliminarse del CNPP toda vez que esta implica violación a la tutela judicial efectiva; más exactamente a la imparcialidad que debe operar en todos los jueces.

## 7. FUENTES DE CONSULTA

Hernández-Romo Valencia, Pablo, *Las garantías del inculpado*, 2ª ed., México: Porrúa/ELD, 2012.

Meza Fonseca, Emma, "Artículo 16", en Cossío Díaz, José Ramón (Coordinador) y AAVV: *Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, Tomo I, México: Tirant lo Blanch, 2017.

Pérez Daza, Alfonso, *Código Nacional de Procedimientos Penales. Teoría y práctica del proceso penal acusatorio*, México: Tirant lo blanch, 2016.

Ponce Martínez, Jorge/ Hernández Martínez, Roberto/ Peredo Valderrama, Modesto, *Código Nacional de Procedimientos Penales anotado*, 2a ed., México: Radbruk E & A, 2016.

# EL BUEN GOBIERNO Y LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LA EXPERIENCIA EUROPEA: CALIDAD DE ADMINISTRACIÓN Y RESPETO DE DERECHOS

Por ANA RUTH HERRERA GÓMEZ<sup>1</sup>  
y MICHAEL VORBECK<sup>2</sup>

**RESUMEN:** La evolución en la manera de concebir la administración pública en Europa se refleja en estándares para lograr “calidad en la administración”, lo cual exige eficiencia, profesionalismo, ser acorde a las demandas de un mundo globalizado y dinámico, gestión sana, Estado de Derecho, democracia y respeto a los derechos fundamentales, entre otros aspectos.

De tal manera, la calidad de la administración no se limita a cumplir con la ley, cuyo contenido y/o implementación puede ser deficiente, sino la pregunta crucial atañe a la obligación de dar el mejor servicio público, *ratio* de la Administración Pública.

El rol del Consejo de Europa y fundamentalmente del Ombudsman Europeo destacan en los resultados obtenidos y los desafíos por lograr una buena administración, lo cual incide en el derecho de los ciudadanos a una buena administración. Al respecto, se detecta una relación indirecta entre el Ombudsman Europeo y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el primero enfocado a investigar casos de mala administración y propiciar su mejora en el servicio público, influenciando incluso a otros sectores; el segundo, enfocado a la protección de los derechos protegidos en el Convenio Europeo para la Protección de Derechos y Libertades Fundamentales –bajo los supuestos de procedencia previstos en el mismo–, que en aquellos casos de verse mermados a causa de una mala administración, dejan ver que el respeto de los derechos es uno de los pilares de una buena administración.

**PALABRAS CLAVE:** Administración pública, Buen gobierno, Buena administración, Ombudsman europeo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Responsabilidad del Estado.

**ABSTRACT:** The evolution in the way of conceiving public administration in Europe is reflected in standards to achieve “quality in the administration”, which requires efficiency, professionalism, being in accordance with the demands of a globalized and dynamic world, sound management, rule of law, democracy and respect for fundamental rights, among other aspects.

In this way, the quality of the administration is not limited to complying with the law, whose content and / or implementation may be deficient, but the crucial question concerns the obligation to provide the best public service, Public Administration ratio.

- 1 Abogada egresada de la Escuela Libre de Derecho, Maestra y Doctora en Derecho Público por la Universidad de Strasbourg en Francia, miembro de la *Association Française de Droit Constitutionnel*, abogada en Petróleos Mexicanos.
- 2 Doctor por la Universidad de Munich, ejerció cargos como asesor diplomático en el Consejo de Europa, asesor por el Principado de Liechtenstein, Chevalier dans l'Ordre (français) des Palmes Académiques.

The role of the Council of Europe and fundamentally of the European Ombudsman stand out in the results obtained and the challenges of achieving a good administration, which affects the right of citizens to a good administration. In this regard, an indirect relationship is detected between the European Ombudsman and the European Court of Human Rights: the first focused on investigating cases of mismanagement and promoting its improvement in public service, influencing even other sectors; the second, focused on the protection of the rights protected in the European Convention for the Protection of Fundamental Rights and Freedoms –under the assumptions of origin provided therein–, which in those cases of being impaired due to bad administration, leave see that respect for rights is one of the pillars of good administration.

**KEYWORDS:** Public administration, Good governance, Good administration, European Ombudsman, European Court of Human Rights, State Responsibility.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Elementos de una buena administración y los mecanismos de la Unión Europea y del Consejo de Europa para evaluarla. 3. El control de la buena administración y su relación con el respeto de los derechos humanos. Roles del Ombudsman Europeo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 4. Conclusiones 5. Fuentes de consulta.

## 1. INTRODUCCIÓN

La creciente integración en Europa ha requerido la aplicación de una amplia dimensión de la Administración Pública, respecto de la cual se busca promover el buen gobierno, así como preservar los principios que rigen a la Administración, en donde no basta cumplir con la ley, sino que se debe dar el mejor servicio de calidad a los gobernados, para lo cual se deben tener disposiciones normativas y la correspondiente implementación de las mismas con sentido con el progreso y la protección efectiva de los derechos fundamentales.

Tal dimensión se presenta a nivel local, regional, provincial y/o nacional, en la cual como efecto de la movilidad europea, tanto de personas como de bienes y servicios, las autoridades tienen que lidiar con situaciones relacionadas con sociedades pluriculturales, integración de los habitantes, seguridad, trámites para la implementación de la regulación, entre otros, lo cual incluye a su vez acuerdos de colaboración a nivel nacional e internacional<sup>3</sup>.

3 Cabe precisar que el progreso y la cooperación no se debe restringir a través de las instituciones gubernamentales ni centralizarse. Al respecto, se ha tenido un avance significativo a través de que integrantes de todas las ramas de la Administración y de otros ámbitos del sector público como privado tengan contacto entre sí, en comités de trabajo, en coloquios, conferencias, etc., a fin de intercambiar experiencias y resultados de las prácticas en distintos contextos, así como participar en su mejora. Esto ha ampliado y dado lugar a una evolución significativa en la dimensión de la Administración Pública. Otro aspecto que debe ser tomado en consideración es la importancia cada vez mayor de la sociedad civil, la cual también es parte de la dimensión europea; las ONG's nacionales e internacionales son consultadas, principalmente en lo relacionado con el respeto efectivo de los derechos fundamentales, el Estado de Derecho y el buen gobierno conforme a los estándares europeos.

De tal manera, no solo se cuida la aplicación de la regulación, sino también de los principios del servicio público a los particulares y el respeto real y eficiente de derechos fundamentales, lo cual en Europa ha implicado que los administradores hagan frente a estándares europeos cada vez mayores, en adición a la regulación local, regional, provincial y/o nacional.

Ello ha implicado un cambio de mentalidad de 27 países de la Unión Europea, además de Islandia, Liechtenstein y Noruega<sup>4</sup>. En efecto, la maestría de dicha tarea tratándose de una buena administración pública demanda tener apertura de visión, la cual es necesaria para comprender la razón de ser de cada una de las regulaciones, a fin de aplicarlas de manera correcta, integral y progresiva en beneficio de todos.

## **2. ELEMENTOS DE UNA BUENA ADMINISTRACIÓN Y LOS MECANISMOS DE LA UNIÓN EUROPEA Y DEL CONSEJO DE EUROPA PARA EVALUARLA**

En la Declaración de Varsovia adoptada en la Tercer Cumbre de Jefes de Estado del Consejo de Europa se determinó que “una democracia efectiva y un buen gobierno en todos los niveles son esenciales para prevenir los conflictos, promover la estabilidad, favorecer el progreso económico y social, partiendo de la creación de comunidades duraderas, lugares de vida y de trabajo para el presente y el devenir”<sup>5</sup>.

La Asamblea Parlamentaria determinó en su resolución 1060(1995), relativa a las políticas de cooperación al desarrollo, en su punto 8.2, que el buen gobierno implica “el respeto a la democracia, derechos humanos, no corrupción, reformas sociales que incluyan a los menos favorecidos, una reforma económica conforme a los principios del mercado, y protección amplia del medio ambiente”<sup>6</sup>. Para alcanzar dicho objetivo, el Consejo de Europa tiene un rol importante a fin de mejorar el buen gobierno, reforzar

4 Estos últimos tienen que respetar los estándares como miembros de la Zona Económica Europea, así como más de 200 Convenios firmados y ratificados por los 47 miembros del Consejo de Europa

5 «Déclaration de Varsovie », Troisième Sommet des Chefs d'Etat et de Gouvernement du Conseil de l'Europe, Varsovia, 16-17 mayo 2005, [https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=CM\(2005\)79&Language=lanFrench&Ver=final](https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=CM(2005)79&Language=lanFrench&Ver=final), consultado el 31 de mayo de 2019. :

« 3. Nous sommes convaincus qu'une démocratie effective et une bonne gouvernance à tous les niveaux sont essentielles pour prévenir les conflits, promouvoir la stabilité, favoriser le progrès économique et social, et partant la création de communautés durables, lieux de vie et de travail pour aujourd'hui et pour l'avenir... ».

(La traducción al español es nuestra).

6 « Politiques de coopération au développement », Résolution 1060 (1995), Assemblée Parlementaire, Conseil de l'Europe, texto adoptado el 27 de abril de 1995, <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-fr.asp?fileid=16471&lang=fr>, consultado el 31 de mayo de 2019 :

« 8.2. ... l'existence d'une «bonne gestion des affaires publiques» (good governance) dans les pays bénéficiaires, c'est-à-dire au respect de la démocratie et des droits de l'homme, à l'absence de corruption, à des réformes sociales engagées dans l'intérêt des défavorisés, à une réforme économique allant dans le sens des principes du marché, à une protection suffisante de l'environnement... »

(la traducción al español es nuestra).

la democracia y el Estado de Derecho, así como la promoción de normas en materia de derechos humanos en las “nuevas democracias”<sup>7</sup>.

## 2.1. Elementos de un buen gobierno y una buena administración

No hay como tal una “ley europea promulgada” relativa a procedimientos o principios administrativos, sino que hay disposiciones específicas en el Tratado de la Unión Europea respecto a diversos ámbitos relacionados con la Administración, como es en materia de protección al consumidor, competencia económica, políticas económicas, medio ambiente, etc.

Al respecto, el Consejo de Europa ha erigido los principios relativos a un buen gobierno, los cuales deben estar presentes en todos los niveles de la Administración Pública al servicio de los particulares. Dichos principios se encuentran inscritos en la Estrategia para la innovación y el buen gobierno a nivel local, aprobado en 2008 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa<sup>8</sup>, los cuales van más allá del cumplimiento del contenido legal y los son los siguientes:

- a) *Capacidad de respuesta*. Los objetivos, regulación, estructuras y procedimientos deben ser conformes a fines legítimos y a las necesidades de los gobernados. Asimismo, se debe garantizar el servicio público y atención a las demandas relacionadas con el mismo en un plazo razonable.
- b) *Eficacia y eficiencia*. Lo cual implica no solamente la obtención de los resultados conforme a los objetivos predeterminados, sino que los medios deben ser los óptimos; además debe preverse un sistema que permita medir los resultados de dicha gestión administrativa y mejorar el servicio público, incluso con la intervención de auditores independientes.
- c) *Transparencia*. Acceso público a información no clasificada; las políticas, decisiones y resultados deben ser públicos permitiendo a la población tener seguimiento de las mismas y contribuir de manera real a las acciones de mejora.
- d) *Estado de Derecho*. Se debe respetar la ley y las decisiones judiciales. La regulación debe adoptarse conforme a procedimientos claros y definidos, aplicados de manera imparcial.

7 Recommendation 1708 (2005), Situation actuelle au Kosovo, Assemblée Parlementaire, Conseil de l'Europe, 21 de junio de 2005, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-FR.asp?FileID=17350&lang=FR>, consultado el 31 de mayo de 2019 :

« 1. Le Conseil de l'Europe a joué un rôle majeur dans l'amélioration de la bonne gouvernance, le renforcement de la démocratie et de l'Etat de droit, et la promotion des normes relatives aux droits de l'homme dans les 'nouvelles démocraties'... ».

(la traducción al español es nuestra).

8 V. « Les 12 Principes de bonne gouvernance démocratique » en *Stratégie pour l'innovation et la bonne gouvernance au niveau local*, <https://rm.coe.int/168070169a>, consultado el 31 de mayo de 2019.

- e) *Comportamiento ético*. Se deben implementar medidas eficaces para prevenir y combatir la corrupción.
- f) *Capacidad profesional*. De parte de los servidores públicos, la cual debe ser reforzada de manera permanente, a fin de obtener los mejores resultados, de tal manera que se incentive a los servidores a incrementar sus capacidades.
- g) *Innovación y apertura ante los cambios*. Lo cual conlleva a dar soluciones nuevas y eficientes para alcanzar resultados de la más alta calidad a fin de asegurar el mejor servicio.
- h) *Resultados con duración a largo plazo*. Para lo cual las políticas deben tomar en consideración las necesidades de generaciones futuras y evitarles problemas, por ejemplo, aquéllos relacionados con el medio ambiente, financieros, económicos o sociales.
- i) *Gestión financiera sana*. Las cargas no deben exceder los costos de los servicios y no deben reducirse los servicios públicos esenciales.

La gestión financiera debe ejercerse con prudencia, particularmente en la contratación de préstamos, estimación de ingresos y recursos. Los riesgos deben ser calculados correctamente considerando las cuentas consolidadas, y en el caso de asociaciones público-privadas compartiendo de manera real los riesgos.

- j) *Derechos humanos, diversidad cultural y cohesión social*. Los cuales deben ser protegidos; la diversidad cultural es considerada parte de la riqueza a protegerse de tal manera que se asegure a todos un rol a desarrollar y fortalecer la cohesión social e integración de las regiones menos favorecidas.
- k) *Rendición de cuentas*. Lo cual se relaciona con la responsabilidad en la toma de decisiones, así como medidas reales para remediar los abusos administrativos.
- l) *Participación y elecciones conforme a Derecho*. De manera libre conforme a las normas internacionales y nacionales, sin fraude.

La aplicación de dichos principios lleva a distinguir entre *control legal* y *control de la ratio* de la Administración. Dicho de otra manera, *la buena administración no se limita a actuar conforme a la ley si su contenido y/o acciones adoptadas no son útiles y/o no tienen sentido para mejorar la Administración y dar un servicio público de calidad*.

Para lograr una buena administración, el Congreso de Autoridades Locales y Regionales del Consejo de Europa tiene como función primordial el desarrollo efectivo del buen gobierno y las democracias a nivel local y regional; al respecto, el Comité de Gobernanza es encargado de los asuntos legales y políticos con dicho fin, como es el buen funcionamiento de las autoridades locales y regionales, la participación ciudadana, las finanzas públicas, la cooperación transfronteriza e interregional y la democracia.

Por su parte, *la Carta Europea de Autonomía Local*, firmada en Estrasburgo por los Estados miembro del Consejo de Europa en 1985, busca salvaguardar y promover los ideales y los principios que son su patrimonio común<sup>9</sup>, considerando como medio para dicho fin que:

- i) la existencia de entidades locales investidas de competencias efectivas permite una administración a la vez eficaz y próxima al ciudadano,
- ii) el fortalecimiento de la autonomía local en los diferentes países de Europa representa una contribución esencial en la construcción de una Europa basada en los principios de democracia,
- iii) la importancia de la descentralización del poder requiere entidades locales dotadas de órganos de decisión democráticamente constituidos que se beneficien de una amplia autonomía

Cabe señalar que las instituciones y varios cuerpos de la UE (el Consejo, la Comisión, el Parlamento, las diversas agencias, etc.) no están a cargo de proveer servicios públicos como objetivo principal, (tales como educación, servicios de salud, etc.); sino que corresponde proveerlos al Estado. Incluso, la implementación del orden jurídico europeo en ámbitos como protección al consumidor, medio ambiente y otros de la Administración Pública queda a cargo de los Estados miembros, a nivel local, regional, provincial o nacional.

En lo que se refiere a las agencias e instituciones de la Unión, ha sido relevante la función del Ombudsman Europeo, el cual, como órgano independiente e imparcial cuida que dichas instituciones rindan cuentas; así también investiga reclamaciones por su mala administración y promueve principios y prácticas relativas a una buena administración, para lo cual es vital mantenga contacto cercano y constante con sus pares a nivel nacional.

A pesar de las anteriores instituciones y cuerpos europeos, la calidad de la Administración aún difiere considerablemente; en el Este y Sur de Europa se encuentra aún con mayor presencia la corrupción y el nepotismo. Para mejorar la capacidad de los

---

9 V. Carta Europea de la Autonomía Local, Estrasburgo, 15 de octubre de 1985, <https://rm.coe.int/1680719ca3>, consultado el 18 de mayo de 2019 :

“Artículo 3.º Concepto de la autonomía local.

1. Por autonomía local se entiende el derecho y la capacidad efectiva de las Entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la Ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes.

...”

Artículo 4.º Alcance de la autonomía local.

...”

3. El ejercicio de las competencias públicas debe, de modo general, incumbir preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos. *La atribución de una competencia a otra autoridad debe tener en cuenta la amplitud o la naturaleza de la tarea o las necesidades de eficacia o economía.*

...”

Estados miembros en la lucha contra la corrupción fue creado el *Grupo de Estados Contra la Corrupción* (conocido por sus siglas en francés GRECO – *Groupe d'États contre la Corruption*), compuesto por los 47 Estados miembros y por los Estados Unidos de Norteamérica. La corrupción es una amenaza al Estado de Derecho, la democracia y los derechos humanos, socava el buen gobierno, la equidad y la justicia social, distorsiona la competencia, obstaculiza el desarrollo económico y pone en peligro la estabilidad de las instituciones democráticas y los cimientos morales de la sociedad<sup>10</sup>. Así, el alcance real de “buen gobierno” y de “buena administración” requiere grandes esfuerzos para cambiar la mentalidad y hábitos en las Administraciones locales, regionales o nacionales.

Asimismo, se han logrado mejores resultados con el soporte de las instituciones europeas que están a cargo de la formación de los futuros servidores, así como también de las instituciones locales relacionadas tales como el *Bundesakademie für öffentliche Verwaltung* en Alemania, *l'École Nationale d'Administration* en Francia, *el British Civil Service College*, etc.; ello, con la precisión de que no es suficiente la formación teórica, sino es necesario un servicio civil de carrera.

## 2.2. El derecho a una buena administración

De los casos sometidos ante los tribunales y de sus resoluciones el Ombudsman Europeo se han desprendido principios en materia de administración, tal como el relativo a la *proporcionalidad de medidas implementadas* por la autoridad, lo cual se relaciona a su vez con la calidad de la administración y el inherente derecho a una buena administración.

Dicho Ombudsman ha buscado establecer límites al poder discrecional de las autoridades; al respecto bajo su iniciativa el Parlamento Europeo aprobó el *Código Europeo de Buena Conducta Administrativa* (CEBC)<sup>11</sup>, el cual ha tenido una amplia difusión. En realidad, un gran número de las fuentes que alimentaron dicho Código fueron casos judiciales, leyes administrativas de los países miembros, opiniones de los Ombudsmen nacionales y ejemplos de buenas prácticas administrativas presentados por estos últimos. Asimismo, se tomaron en consideración guías y notas de los Ombudsmen, así otras como fuentes proporcionadas por el Consejo de Europa, como “*The Admi-*

10 V. Convention Pénale sur la Corruption, en *Série des traités européens*, no. 173, Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 1999, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007f3f2> consultado el 31 de mayo de 2019.

Los instrumentos legales adoptados por el Consejo de Europa en materia de corrupción son: El Convenio Penal sobre Corrupción (ETS 173), su Protocolo Adicional (ETS 191), el Convenio de Derecho Civil sobre Corrupción (ETS 174), los veinte principios rectores contra la corrupción (Resolución (97) 24), la Recomendación sobre códigos de conducta para funcionarios públicos (Recomendación No. R (2000) 10), la Recomendación sobre normas comunes contra la corrupción en la financiación de partidos políticos y campañas electorales (Recomendación Rec (2003) 4).

11 Visible en <https://www.ombudsman.europa.eu/es/publication/es/3510>, consultado el 31 de mayo de 2019.

*nistration and you*”, de la Dirección de Asuntos Legales del Consejo de Europa, el cual contiene los principios básicos en materia de Administración Pública, e incumbe no solamente a las autoridades administrativas a fin de que rindan un buen servicio público, sino también la actuación de ombudsmen que revisan casos relativos a mala gestión administrativa, a los legisladores en la aprobación de leyes en materia administrativa, al Gobierno en la determinación de políticas públicas y los resultados obtenidos, a los jueces en la resolución de casos no solamente conforme a la ley sino conforme a los principios en materia de Administración de calidad, a los abogados y a la sociedad civil.

Si bien el Ombudsman Europeo conglomeró los principios vía el Consejo de Europa y de diversos casos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a fin de que eventualmente también fueran aplicados a las instituciones y cuerpos europeos, lo que ha sucedido es que dicho Código ha influenciado tanto a los países miembros como a los que han sometido su candidatura para ser miembros, logrando permear en un derecho a una buena administración.

Tal Código busca promover una cultura administrativa europea armonizada con base en la eficiencia, transparencia y rendición de cuentas, en respeto de los derechos fundamentales, incluido el “derecho a una buena administración (pública)”.

Con base en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>12</sup>, el *derecho a una buena administración* incluye, entre otros aspectos:

- a. el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente;
- b. el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial;
- c. la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.

Además, toda persona tiene *derecho a la reparación por los daños causados* por las instituciones o sus agentes de la Unión Europea en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

La *ratio* de lo anterior va relacionada con que los funcionarios deben ser conscientes de que el objetivo de las instituciones es servir a los intereses de la Unión y de sus ciudadanos (*principio de compromiso* previsto en el CEBC), comportándose de forma

12 Visible en <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/europa/CDFUE/CartaDerechos-FundamentalesUnionEuropea-v2007.htm#a41>, consultado el 31 de mayo de 2019.

*impecable* para lo cual no basta con actuar dentro del marco de la legalidad (*principio de integridad* previsto en el CEBC).

Asimismo, en la toma de decisiones, los funcionarios respetarán el *justo equilibrio entre los intereses privados individuales y el interés público general*, así como de las medidas adoptadas en relación con el objetivo. (*Principio de proporcionalidad* previsto en el CEBC).

En efecto, el actuar del funcionario debe respetar lo siguiente:

- a. *Ser justo*, imparcial y razonable. (Artículo 11 del CEBC)
- b. *Ser cortés*. El funcionario será diligente, correcto, y accesible en sus relaciones con el público. De producirse un error que afecte negativamente a los derechos o intereses de un miembro del público, el funcionario presentará sus excusas, y buscareá corregir los efectos negativos, así como informará de los recursos procedentes, en su caso. (Artículos 12 y 19 del CEBC)
- c. *Ser coherente*. El funcionario será coherente en su propio comportamiento. (Artículo 10 del CEBC)
- d. *Respetar el derecho a ser oído*. En aquellos casos que incumban los derechos o intereses de ciudadanos, el funcionario garantizará que en todas las fases del proceso de toma de decisiones se respeten los derechos de la defensa. (Artículo 16 del CEBC)
- e. *Dar respuesta en plazo razonable*. El funcionario garantizará que toda solicitud o reclamación que le sea dirigida, se dé una decisión en un plazo razonable, (antes de transcurridos dos meses de su recepción). (Artículo 17 CEBC)

En caso de que una carta o reclamación a una institución se dirijan o transmitan a una Dirección General, a una Dirección o a una Unidad que no sean competentes para tratarla, sus servicios garantizarán que el expediente en cuestión se remita sin demora al servicio competente de la institución, informando de ello al peticionario con los datos del expediente respectivo. (Artículo 15 CEBC)

- f. *Fundamentación y motivación*. Toda decisión que pueda afectar adversamente a los derechos o intereses de una persona deberá indicar los motivos en los que está basada, exponiendo claramente los hechos pertinentes y su fundamento jurídico. (Artículo 18 CEBC)

Dicho derecho a la buena administración va relacionado con la “*cultura administrativa*”. En efecto, lo que se busca con el CEBC es promover una cultura de servicio ya que la Administración Pública existe en razón de ello, en un equilibrio de los intereses público y privados, con el fin de lograr calidad en la Administración. Esto se puede constatar de varias disposiciones del Código referido, como es la obligación de los servidores públicos de ser amables, dar respuesta a los escritos recibidos por los

particulares y proveer de la información solicitada a menos que exista una razón que justifique lo contrario. En varios Estados miembros aún no subyace en sus leyes la idea de la cultura administrativa en mención, sino que ha sido el Ombudsman Europeo el que ha difundido el concepto de que la buena administración y el servicio público van más allá de la legalidad.

Lo anterior implica que no es suficiente con que las autoridades administrativas no infrinjan la ley, ya que es dable una mala administración a pesar de que no haya evidencia de actos ilegales. De tal manera, cuando el Ombudsman Europeo tiene algún asunto en sus manos, la pregunta fundamental no es si se ha actuado de manera legal o no, sino la cuestión vital es: *¿cómo puede la Administración Pública dar un mejor servicio a pesar de que se haya respetado la ley?*

### **3. EL CONTROL DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN Y SU RELACIÓN CON EL RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS. ROLES DEL OMBUDSMAN EUROPEO Y DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

La buena administración requiere de una planeación eficiente, mentalidad abierta y coherente, así como la promoción de una cultura de respeto de los derechos humanos conforme a los estándares europeos. En tal sentido, las distintas jerarquías en los aparatos burocráticos tienen que respetar tanto el principio de legalidad como la calidad de su actuar; lo contrario, lleva a la intervención del Ombudsman Europeo. Además de ello, en aquellos supuestos de violaciones a derechos, los tribunales son llamados a fin de hacer respetarlos; bajo los supuestos del Convenio Europeo para la Protección de Derechos y Libertades Fundamentales (CEDH), los casos pueden ser objeto de control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

#### **3.1. El Ombudsman Europeo**

La intervención del Ombudsman Europeo ha sido muy útil en la detección de causas de mala administración y dando soluciones de fondo. Esto, a su vez ha llevado a que a través de él se promueva una buena administración en toda Europa. Cabe precisar que además del Ombudsman Europeo, se encuentra el *Comisario de Derechos Humanos*, el cual cuida de violaciones de derechos humanos por las autoridades administrativas, el cual también mantiene contacto directo con los Ombudsmen nacionales e interviene ante el TEDH.

En lo que se refiere al Ombudsman Europeo, es el artículo 228 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que lo faculta para investigar los casos de mala administración en las actividades de las instituciones, órganos u organismos de la Unión, con exclusión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales<sup>13</sup>

13 Versión consolidada de Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, *Diario Oficial de la Unión Europea*, 26.10.2012, v. en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>, consultado el 24 de mayo de 2019.

Dicho artículo prevé que “en el desempeño de su misión, el Defensor del Pueblo llevará a cabo las investigaciones que considere justificadas, bien por iniciativa propia, bien sobre la base de las reclamaciones recibidas directamente o a través de un miembro del Parlamento Europeo, salvo que los hechos alegados sean o hayan sido objeto de un procedimiento jurisdiccional. Cuando el Defensor del Pueblo haya comprobado un caso de mala administración, lo pondrá en conocimiento de la institución, órgano u organismo interesado, que dispondrá de un plazo de tres meses para exponer su posición al Defensor del Pueblo. Éste remitirá a continuación un informe al Parlamento Europeo y a la institución, órgano u organismo interesado. La persona de quien emane la reclamación será informada del resultado de estas investigaciones. El Defensor del Pueblo presentará cada año al Parlamento Europeo un informe sobre el resultado de sus investigaciones”.

Así, el Ombudsman Europeo solamente puede tener intervención respecto los actos de las instituciones y cuerpos de la Unión Europea. Las Administraciones nacionales/federales, regionales o locales quedan fuera de su campo de referencia, a pesar de que apliquen la ley de la Unión. En 25 de los 27 países miembros hay Ombudsmen a nivel nacional; en Italia es a nivel regional y en Alemania solo en algunos *Länder*. Los Ombudsmen de los países miembros y el Ombudsman Europeo cooperan de manera estrecha en el contexto europeo. Esta relación tiene relevancia en virtud de que varias quejas que llegan a nivel europeo son en contra de administraciones nacionales y por lo tanto requieren ser remitidas al Ombudsman nacional.

A fin de poder comprender los principios generales de administración difundidos por el Ombudsman Europeo, es necesario tener en consideración su naturaleza y la de sus decisiones, las cuales no son vinculatorias. Esto último puede ser visto como una debilidad, sin embargo, al mismo tiempo es una fortaleza, al poder emitir criterios con alcance más amplio que los de los tribunales, además de que es más accesible que las Cortes, es decir, la forma y procedimiento para acceder al Ombudsman son más laxos que para accionar un tribunal. Para interponer una queja en contra de una institución o cuerpo de la Unión Europea tampoco se requiere demostrar interés, lo cual hace sentido con la función proactiva del Ombudsman de investigar de oficio.

La necesidad del Ombudsman a nivel europeo se justifica en razón de que un número reducido de ciudadanos europeos tienen acceso al Tribunal de Justicia de la Unión Europea de Luxemburgo, ya que no hay gran número de casos de violaciones directas a los derechos individuales por las autoridades europeas. Lo anterior debido a que la regulación europea es implementada más bien por las autoridades locales, regionales o nacionales de los países miembros.

Conforme al Reporte Anual 2018 del Ombudsman Europeo<sup>14</sup>, se recibieron 880 reclamaciones de su competencia y 1300 que no lo fueron porque no se referían a casos de

14 Informe Anual 2018, del Defensor del Pueblo Europeo, visible en <https://www.ombudsman.europa.eu/es/annual/en/113728>, consultado el 24 de mayo de 2019.

una institución o cuerpo europeo. De estas últimas cabe destacar que los problemas objeto de las mismas fueron reclamaciones del ámbito nacional o regional de cuerpos públicos, tribunales, así como de entidades privadas, primordialmente en materia de protección al consumidor, seguridad social, fiscal, servicios de salud y solicitudes de visa.

Aquellas quejas que si bien fueron contra una institución o cuerpo europeo pero no cayeron en la competencia del Ombudsman Europeo, se refirieron a cuestiones políticas del trabajo legislativo del Parlamento Europeo o a actos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En dichos casos, el Ombudsman contestó a los peticionarios indicando los cuerpos que podrían atender sus asuntos y transmitió dichas quejas a la Red Europea de Ombudsmen. En cuanto a los asuntos relativos a la legislación de la Unión Europea, se les recomendó dirigirse al Comité de Peticiones del Parlamento Europeo; los concernientes a la implementación de normas de la Unión Europea fueron remitidos a los Ombudsmen nacionales o regionales respectivos y a las redes de la Unión como SOLVIT y *Your Europe Advice*. Asimismo, a los reclamantes se les dio asesoría sobre la procedencia en su caso, de someter su asunto ante la Comisión Europea.

De las quejas que sí fueron procedentes ante el Ombudsman Europeo, la mayoría (58.2%) implicaban a la Comisión Europea, y el porcentaje más bajo (2.8%) de las mismas tuvo que ver con la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude, siguiéndole en segundo lugar con un porcentaje del 3.3% las quejas relacionadas con el Banco Europeo de Inversiones.

El mayor número de quejas en 2018 se presentaron en España, 393, de las cuales se abrió expediente de seguimiento a 42, siguiéndole el Reino Unido y Alemania con 186 quejas presentadas, siendo procedentes 36 y 60 respectivamente; en tercer lugar Polonia con 179 quejas, siendo procedentes 16. El menor número se presentó en Estonia y Latvia con 6, siendo procedentes 3 y ninguna, respectivamente.

El objeto de las investigaciones concluidas por el Ombudsman Europeo en 2018 fue como sigue: transparencia (24.6%), cultura de servicio (19.8%), uso adecuado de facultades discrecionales (16.1%), respeto a los derechos procesales (13.9%), contratación (11.6%), buena gestión de asuntos de personal de la UE (9.2%), respeto de derechos fundamentales (7.3%), buena gestión financiera (7.3%), ética (1.8%), participación de los ciudadanos en la toma de decisiones de la UE (0.9%), otros (6.6%). El tiempo de conclusión de las investigaciones de los asuntos concluidos por dicho Ombudsman fue en un 42% de los casos en un lapso de 3 a 12 meses, 32% en 3 meses, 13% de 12 a 18 meses, 13% en más de 18 meses.

De las resoluciones del Ombudsman Europeo se desprende que su función va relacionada primordialmente con casos de mala administración. Sin embargo, cabe señalar que la buena administración comprende los aspectos referidos en el apartado anterior del presente artículo, dentro de los cuales el respeto de derechos fundamentales es uno de ellos; en efecto, el Consejo de Europa considera dentro de sus pilares, la democracia, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos.

A manera de ejemplo, en su decisión 1527/2016/LM se revisó en relación con la violación del Parlamento Europeo de los plazos para llevar a cabo una investigación de violencia intimidatoria en el lugar del trabajo por miembros de un partido político.

En dicho asunto, un agente de un partido político del Parlamento Europeo fue informado en septiembre de 2015 que su relación terminaría en abril de 2016. El 8 de diciembre de 2015, junto con dos colegas, presentó una queja ante el Comité Asesor (CA) por actos de acoso y violencia intimidatoria por varios miembros del staff, particularmente por un miembro senior. Cabe precisar que dicho asunto no se ciñó a la conclusión del Comité Asesor –que determinó que la reclamación fue infundada–, sino a cuestiones procesales, de las cuales el Ombudsman Europeo concluyó que hubo violaciones a los plazos para llevar a cabo la investigación por acoso y que el pronunciamiento fue en tiempos inaceptables.

Conforme a las Reglas Internas del CA, se debe escuchar al quejoso dentro de los diez días hábiles a presentada su queja, al acusado, así como a los miembros del staff implicados dentro de un mes a partir de la fecha de audiencia con el quejoso. En el caso en cuestión el CA concluyó su evaluación el 4 de octubre de 2016 en el sentido de que la queja presentada era infundada; dicha conclusión fue remitida al Secretario General del partido político implicado el 12 de octubre de 2016, el cual lo agregó a su reporte, mismo que fue notificado al quejoso el 1 de diciembre de 2016.

El Parlamento Europeo alegó que la duración de dicho procedimiento (7 meses desde el primer interrogatorio hasta la conclusión final) no era inaceptable, dado el gran número de documentos que el CA tiene que examinar, la relación con los otros dos quejosos (ya que era recomendable tener entrevista con todos en la misma fecha), así como las implicaciones procedimentales a fin de obtener autorización del grupo político para procesar el asunto. Además de que cada caso tiene seguimiento con independencia de que el quejoso sea empleado del Parlamento.

También agregó que era necesario tomar en cuenta la naturaleza de las funciones del CA, el examen exhaustivo a que está obligado de los argumentos y documentos, así como garantizar el derecho íntegro de defensa de la persona acusada, el deber de escuchar a terceros relacionados, a fin de tener la película completa; asimismo, precisó que en su caso está prevista la posibilidad de dictar medidas provisionales para proteger a las partes.

Sin embargo, el Ombudsman consideró que un caso de acoso es un asunto delicado dado los daños graves que pueden infligirse a las víctimas, como se constata de otros asuntos. Las personas objeto de acoso y que tienen el valor de presentar su asunto ante las autoridades competentes se encuentran en una situación vulnerable. Por lo que de no atenderlos en plazos expeditos, pueden ocasionarse otros daños. Asimismo, el término “debe” conforme a las Reglas Internas del CA es perentorio. En el presente caso, se escuchó al quejoso después de tres meses de presentada su queja; algunos miembros del staff fueron escuchados cuatro meses después de la audiencia con el quejoso;

el CA buscó la autorización del grupo político antes de proceder a tratar con el asunto, lo cual no estaba previsto en las Reglas Internas. Por lo cual no se explicaba que el CA hubiera tardado más de 3 meses en citar al quejoso.

Además, entre más pronto se cite a las partes implicadas, más fresca estará su memoria en relación con los eventos, lo cual no aconteció en el caso en referencia. Aún más, no quedó claro por qué se decidió organizar las reuniones de los comparecientes a través del miembro senior del partido político, siendo que éste era uno de los acusados de acoso.

Por lo anterior, el Ombudsman no detectó que de las circunstancias particulares del caso se justificaran los plazos que tomaron su atención y tiempo para dar las conclusiones. En las recomendaciones del Ombudsman al Parlamento Europeo incluyó adoptar Lineamientos relativos a los plazos en los que el CA debe resolver los casos de acoso laboral, haciendo énfasis en que las investigaciones se lleven a cabo con carácter de urgentes. Además, se recomendó asegurar que el CA evite usar intermediarios para concertar las citas con las personas implicadas<sup>15</sup>.

### **3.2. La decisión del TEDH 47848/08, Valentin Campeanu vs Rumania (el derecho a la vida en relación con un sistema de salud adecuado)**

El TEDH está encargado de salvaguardar los derechos protegidos en el Convenio Europeo para la Protección de Derechos y Libertades Fundamentales (CEDH) y no de controlar la mala administración. No obstante, en algunos casos, tratándose de los derechos humanos protegidos por el respectivo CEDH, dicho Tribunal llega a revisar de manera indirecta la mala administración de los Estados Parte.

De tal manera, se observa que el TEDH y el Ombudsman Europeo se complementan, con la precisión de que los derechos fundamentales no abarcan la totalidad de la buena administración, más sí son pilar de la misma y que la función del TEDH es de carácter jurisdiccional. Por parte del Ombudsman Europeo, tiene por tarea primordial es investigar y atender asuntos relacionados con la mala administración, lo cual puede implicar de manera implícita en algunos casos el respeto de derechos; por parte del TEDH sí tiene como función primordial la protección de derechos fundamentales lo cual en algunos supuestos puede conllevar a la revisión de la mala administración en la medida en que la misma resulta violatoria de los derechos consagrados en el CEDH<sup>16</sup>.

15 *V. Decision of the European Ombudsman in case 1527/2016/LM on the handling by the European Parliament of a harassment complaint.* <https://www.ombudsman.europa.eu/es/decision/en/90240> , consultado el 24 de mayo de 2019.

16 *V. Sobre la función del TEDH v. COSTA Jean-Paul, « La Cour européenne des droits de l'homme : vers un ordre juridique européen ? », Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti, Bruylant, Bruxelles, 1998 ; VELU Jacques, « Considérations sur quelques aspects de la coopération entre la Cour européenne des droits de l'homme et les juridictions nationales », in Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal, Protection des droits de l'homme : la perspective européenne, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 2000, pp. 1511-1524 .*

Lo anterior se observa por ejemplo en la protección del derecho a la vida (consagrado en el artículo 2 del CEDH) y la prohibición de la tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes (previsto en el artículo 3 del CEDH), en relación con la obligación del Estado de adoptar las medidas razonables que garanticen un sistema de salud adecuado, así como dar a los gobernados las vías de Derecho adecuadas para prevenir la violación de dichos derechos, en su caso, ejercer los medios de defensa adecuados de manera efectiva y proporcionar a las víctimas una reparación adecuada por responsabilidad del Estado, como se observa del *caso Centro de Recursos Jurídicos (CRJ) en nombre de Valentin Campeanu vs Rumania*, decisión del TEDH 47848/08 del 17 de julio de 2014.

Valentin Campeanu, nacido el 15 de septiembre de 1985, de padre desconocido, abandonado por su madre, criado en un orfanatorio. En 1990 se detectó que Campeanu era seropositivo; posteriormente se le diagnosticó una deficiencia intelectual, un coeficiente intelectual de 30 y una infección por el VIH, con síntomas relacionados con el mismo, como tuberculosis pulmonar, neumonía y hepatitis crónica. En marzo de 1992 se le trasladó al Centro para niños con discapacidades en Craiova y posteriormente el Centro número 7. El 30 de septiembre de 2003, la Comisión Departamental para la protección de la infancia de Dolj ordenó cesar la atención de Campeanu alegando que era mayor de edad y que no seguía formación escolar.

La Comisión departamental decidió que un trabajador social competente tomara las medidas a fin de que Campeanu fuera remitido al Hospital Neuropsiquiátrico de Poiana Mare (HPM). Campeanu no asistió a la reunión de la Comisión departamental y no fue representado. En octubre de 2003, el HPM informó a la Comisión departamental que no podía aceptar a Campeanu dado que era seropositivo y que el hospital no estaba equipado para atenderlo.

Posteriormente Campeanu fue traslado al Centro Médico Social Cetate-Dolj (CMSC) para lo cual se indicó solamente que era seropositivo y que su incapacidad mental era mediana. Al ser admitido, el CMSC se determinó que Campeanu tenía una deficiencia intelectual grave, además de tener infección VIH tenía desnutrición, con un peso de 45 kilos y midiendo 1.68 cm, que no era capaz de orientarse en el tiempo-espacio, que no podía cuidar por sí mismo, ni atender su higiene personal. El 7 de febrero de 2004 Campeanu agredió a otros pacientes del CMSC, rompió una ventana y desgarró un colchón. El 9 de febrero en el HPM, el establecimiento psiquiátrico más próximo, se le diagnosticó deficiencia intelectual grave; sin embargo, se consideró que su estado no era de urgencia psiquiátrica al no estar en estado agitado. Campeanu fue reenviado al CMSC, el cual solicitó fuera trasladado a otro establecimiento. El 13 de febrero fue finalmente transferido al HPM parara tratar su hiperagresividad.

Por ser seropositivo se le transfirió a la unidad psiquiátrica VI. EL CRJ realizó una visita al HPM para constatar el estado de Campeanu; el reporte precisó que se encontraba en una recámara aislada, sin calefacción, a puerta cerrada, que la cama no tenía sábanas ni cobertores, solo tenía un pijama y que a pesar de que no podía alimentarse

por sí mismo ni ir al baño sin ayuda, el personal del HPM rehusaba ayudarlo, siendo solamente alimentado por perfusión de glucosa. El CRJ solicitó lo trasladaran a un hospital especializado en enfermedades infecciosas de Craiova; sin embargo, dicha solicitud fue rechazada por considerarse que no se trataba de un caso urgente sino de un caso social y que de todas maneras no aguantaría el trayecto.

Campeanu murió el 20 de febrero de 2004. En el acta de defunción se precisó como causa de muerte insuficiencia cardiorrespiratoria, que la infección por el VIH era el estado mórbido inicial y que la deficiencia intelectual había constituido un estado mórbido importante. A pesar de que conforme a la ley se tenía que practicar la necropsia, no fue realizada por considerarse que el deceso no era sospechoso en virtud de las afecciones graves del paciente (deficiencia intelectual e infección por VIH).

El CRJ presentó denuncias penales, así como siguió procedimientos ante tribunales locales y recursos contra sus decisiones, alegando acciones y omisiones deliberadas que afectaron y pusieron en peligro a un incapaz, así como homicidio por negligencia en la atención, además de que no se le dieron a Campeanu los retrovirales necesarios al ser transferido.

El 22 de octubre de 2004 el cuerpo de Campeanu fue exhumado para serle practicada la necropsia. El reporte indicó signos avanzados de caquexia y que el deceso debió deberse a una insuficiencia cardiorrespiratoria causada por neumonía con la progresión del VIH.

El CRJ alegó que el Señor Campeanu fue privado ilegalmente de su vida por un conjunto de acciones y omisiones cometidas por diversas autoridades del Estado, en violación a su obligación de dar cuidados y tratamientos de salud adecuados. Asimismo, que dichas faltas encuadraron también en el supuesto de trato inhumano y degradante.

El Gobierno de Rumania hizo valer que el CRJ no tenía legitimidad para presentar una demanda en nombre del fallecido Valentin Campeanu, en términos de lo dispuesto por el artículo 34 de la CEDH, por considerar que el CRJ no era la víctima y no tenía facultades de representación de la víctima directa. El Gobierno precisó que estando consciente de la tendencia del TEDH de dar una interpretación dinámica y evolutiva a su jurisprudencia, si se autorizaba al juez a interpretarla equivaldría a legislar. Por lo que estimó conveniente que el artículo 34 se restringiera al sentido de que los supuestos de procedencia previstos en dicho artículo son: por demanda individual de un particular, una ONG o grupo de particulares que se considere víctima, o por el representante de la víctima.

Asimismo, agregó que el CRJ no podía pretender haber sufrido una afectación en sus derechos ni ser la víctima directa (*Conka et Ligue des droits de l'homme vs Bélgica*, 13 de marzo de 2001, no. 5156/99). Así, tampoco era suficiente que el CRJ pretendiera ser víctima indirecta al no tener un vínculo sólido con la víctima directa (*a contrario sensu* Becker vs Dinamarca, 3 de octubre de 1975, no. 7011/75), ni representación de la víctima (Skjoldager vs Suecia, 17 de mayo de 1995, 22504/93). Y que tampoco se podía

hacer valer la *actio popularis* más que en el contexto del artículo 33 de la CEDH y de la facultad de los Estados de vigilancia recíproca, ya que el mecanismo adoptado era fruto de las Partes.

Por su parte, el CRJ alegó que las circunstancias excepcionales del caso ameritaban un examen de fondo, considerando la imposibilidad de Campeanu de tener acceso a la justicia y del hecho que las jurisdicciones nacionales reconocieron la calidad del CRJ para actuar en nombre de Campeanu, además de la larga trayectoria de esta ONG para proteger a las personas. Asimismo, subrayó que en lugar de una interpretación estricta de “calidad de la víctima” el TEDH debiera guiarse por “*el interés de los derechos humanos*”, proteger y desarrollar las normas del CEDH, así como cuidar que los Estados Partes lo respeten (*Karner vs Austria*, no. 40016/98 §26, CEDH-2003-IX). También precisó que había que tomar en cuenta que el TEDH frecuentemente tomaba en cuenta las reglas del procedimiento interno respecto a la representación para demandas en nombre de incapaces (*Glass vs Reino Unido*, no. 62827/00 CEDH 2004-II).

Las consideraciones del TEDH en cuanto a la legitimidad procesal del CRJ fueron en el sentido que se refiere a continuación:

- Para la procedencia de la demanda en términos del artículo 34 del CEDH, la persona debe demostrar que ha resentido directamente los efectos del acto litigioso (*Ilhan vs Turquía*, no. 22277/93, §2000-VII). Esta condición es necesaria para que se inicie el procedimiento, pero no de manera rígida, mecánica e inflexible a lo largo del mismo (*Fairfield et al vs Reino Unido*, no. 24790/04, CEDH-2005-VI). Además, conforme a la práctica del TEDH y del artículo 34 del CEDH, una demanda solo puede ser presentada por una persona viva o por su representante (*Varnava et al vs Turquía*, nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16099/90 y 16073/90, §111. CEDH, 2009).
- En cuanto a las víctimas indirectas, el TEDH ha distinguido aquellos supuestos en que la muerte de la víctima directa es posterior o anterior a la demanda. Si el demandante muere después de la presentación de la demanda, el TEDH admite que un pariente o heredero continúe el procedimiento en la medida en que haya un interés suficiente en el asunto (viuda e hijos en *Raimondo vs Italia*, 22 de febrero de 1994, §2, serie A no. 281-A). La situación cambia cuando se trata de una víctima que muere antes de la presentación de la demanda; en dicho caso el TEDH bajo una interpretación autónoma de la noción de víctima ha reconocido el interés legítimo a un cercano a la misma cuando se trata de una cuestión de interés general que incida en el “respeto a los derechos humanos” (en relación con el artículo 37, párrafo primero *in fine* del CEDH). Asimismo, el TEDH ha admitido demandas de víctimas indirectas en caso de desaparecidos bajo circunstancias que implican responsabilidad del Estado (*Cakici vs Turquía*, no. 23657/94, §92, CEDH 1999-IV y *Bazorkina vs Rusia*, no. 69481/01, 15 de septiembre de 2005).

- Asimismo, el TEDH ha admitido demandas relacionadas con los artículos 5, 6 y 8 del CEDH, interpuestas por cercanos a la víctima que han demostrado un interés moral en relación con la víctima difunta (*Nölkenbockhoff vs Alemania*, 25 de agosto de 1987, §33, serie A número 123).
- Conforme al artículo 34 del CEDH, no se reconoce la *actio popularis* (*Klass et al vs Alemania*, 6 de septiembre de 1978, §33, serie A, no. 28); para que un demandante pueda ser considerado víctima debe haber índices razonables y convincentes de la probabilidad de realización de una violación en su persona, siendo las sospechas o conjeturas insuficientes (*Tauira et al vs Francia*, no. 28204/95, decisión de la Comisión del 4 de diciembre de 1995).
- A pesar de lo anterior, consideraciones especiales pueden justificar casos de víctimas en relación con violaciones a los artículos 2, 3 y 8 del CEDH cometidos por autoridades nacionales. Además de la consideración particular a factores de vulnerabilidad, tales como edad, incapacidades, entre otros, que impidan a las víctimas someter su asunto al TEDH; ello, teniendo en cuenta el lazo entre la víctima y el que presenta la demanda (*mutatis mutandi* Ilhan, mencionado).
- En el presente asunto, el señor Campeanu era una persona extremadamente vulnerable y no tenía familiares o cercanos. Dicho asunto no entra en ninguno de los supuestos de la jurisprudencia mencionada; no obstante, el CEDH se interpretó de manera tal que se garanticen derechos concretos y efectivos, no teóricos e ilusorios (*Artico vs Italia*, 13 de mayo de 1980, §33, serie A, número 37 y sus referencias).
- El TEDH determinó incontestable que en términos del artículo 34, la víctima directa era Campeanu y no había motivos suficientemente pertinentes para considerar al CRJ como víctima indirecta.

Aunque consideró que en vida Campeanu no interpuso ningún recurso ante las autoridades nacionales en relación con su situación médica. Y si formalmente se le consideraba capaz, de la realidad se desprendió otra cosa, por lo cual no tenía posibilidad de meter demandas por él mismo. Así, tuvo una importancia considerable el hecho de que la legitimidad del CRJ para actuar por Campeanu y sus observaciones ante las autoridades médicas y nacionales, no fueron objetadas por las mismas. Dichos medios de defensa, normalmente debieron ser responsabilidad de un tutor o de un representante; sin embargo, fueron admitidos al ser interpuestas por el CRJ.

Cabe precisar, que a la muerte de Campeanu, no había familiares conocidos y teniendo la mayoría legal no se le nombró ningún tutor para cuidar de sus intereses, a pesar de la obligación legal para ello por parte de las autoridades nacionales.

- Dadas dichas circunstancias excepcionales del asunto y la gravedad de las violaciones alegadas, el TEDH se pronunció por reconocer al CRJ la facultad de

representar los intereses de Campeanu; decidir de otra manera, equivaldría a impedir que violaciones graves al CEDH puedan ser examinadas, con el riesgo de que el Estado evada sus responsabilidades conforme al CEDH. En efecto, el interesado debe tener acceso a un tribunal y la oportunidad de ser oído, o de alguna manera representado, sin lo cual no se pueden gozar de las garantías fundamentales (De Wilde, Ooms et Versyp vs Bélgica, 18 de junio de 1971, §76, serie A, no. 12).

En cuanto al derecho a la vida protegido en el artículo 2 del CEDH, el mismo establece lo siguiente en su primer párrafo “El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un Tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena”.

El alcance de dicho derecho conforme a las consideraciones del TEDH en el caso en comento fue en el sentido siguiente:

- El artículo 2, primer párrafo del CEDH obliga al Estado no solamente abstenerse de provocar la muerte de manera voluntaria e irregular, sino también a tomar las medidas necesarias para proteger la vida de las personas sujetas a su jurisdicción (L.C.B. vs Reino Unido, 9 de junio de 1998, §36, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-III).
- Las obligaciones positivas que se desprenden de dicho artículo 2 deben ser interpretadas como válidas respecto de toda actividad, pública o no, susceptible de poner en riesgo la vida. Tal es el caso por ejemplo, derecho a la salud, en lo que se refiere a las acciones u omisiones de los profesionales de la salud. (Vo vs Francia, no. 53924/00, §89-90, CEDH-2004-VIII).
- En la obligación del Estado de proteger la vida, no solamente debe adoptar las medidas razonables que garanticen la seguridad de los individuos en los lugares públicos, sino también asegurar que cuenta con un sistema eficiente e independiente que proporcione las vías de Derecho adecuadas, en breve término, en caso de lesiones graves o muerte, a fin de obligar a los responsables a rendir cuentas y proporcionar a las víctimas una reparación adecuada (Dodov vs. Bulgaria, no 59548/00, § 81, 17 enero 2008).
- El artículo 2 del CEDH implica no solamente los mecanismos de protección previstos en derecho interno de manera teórica, sino que los mismos deben tener eficiencia en la práctica. Además, las jurisdicciones nacionales deben cuidar no dejar impunes las violaciones del derecho a la vida, sino dar seguridad de que existe un Estado de Derecho, así como prevenir toda tolerancia de actos ilegales o la colusión para su perpetración (ver, *mutatis mutandi* Nikolova et Velitchkova vs Bulgaria, no. 7888/03, §57, 20 de diciembre de 2007).

- El TEDH verifica en qué medida preserva la fuerza de disuasión de violaciones de derechos y se garantiza que las violaciones del derecho a la vida son tanto juzgadas como reparadas de manera efectiva. (Öneryıldız vs. Turquía, no 48939/99, § 71, CEDH 2004-XII).

Del asunto en cuestión se desprendió que el señor Campeanu pasó su vida en manos de las autoridades: abandonado en su infancia, se educó en un orfanato, fue transferido en diversos momentos al CMSC y al HPM, siendo en este último en donde falleció el 20 de febrero de 2004.

En ningún momento después de sus dieciocho años se le designó un tutor, presumiendo las autoridades su plena capacidad jurídica a pesar de su grave estado de salud mental. Suponiendo que hubiera tenido capacidad jurídica plena, se desprende que las autoridades médicas desconocieron entonces las exigencias legales, ya que no se detectó hayan solicitado y obtenido el consentimiento del señor Campeanu para ser transferido de una unidad médica a otra, mucho menos de su ingreso al hospital psiquiátrico HPM. Así tampoco constó se le haya informado al paciente Campeanu de los tratamientos médicos que se le daban y los medicamentos suministrados, ni de la posibilidad de impugnar dichas medidas. El TEDH observó que el traslado al CMSC y al HPM fue decidido de manera substancial por dichos establecimientos y no por la decisión del paciente.

El TEDH consideró que entonces el señor Campeanu fue transferido de un establecimiento a otro sin diagnóstico debido y sin el seguimiento adecuado, haciendo a un lado su estado de salud real y necesidades médicas. Lo anterior se desprendió de las observaciones del CRJ, corroboradas con los respectivos expedientes médicos, dictámenes y de la información proporcionada por el CEIP; por su parte, las afirmaciones del Gobierno carecieron de sustento documental suficiente que dieran lugar a demostrar sus aseveraciones más allá de toda duda razonable.

Además, del expediente se detectó que ante un cambio repentino de la conducta del paciente, que se volvió agresivo y en estado de agitación, las autoridades médicas lo transfirieron a un establecimiento psiquiátrico, el HPM, en donde estuvo aislado en una unidad sin psiquiatra, que el HPM no estaba provisto del equipo médico necesario para atender a un seropositivo y que no fue atendido por médicos especialistas de enfermedades infecciosas. El único tratamiento que se le dio al señor Campeanu fueron sedantes y vitaminas, sin ninguna investigación médica seria para determinar las causas de su estado mental. Además, hubo ausencia de necropsia que determinara la causa de muerte con precisión, no siendo suficiente la consideración de que el VIH y la deficiencia intelectual fueron factores importantes de su deceso. Del reporte respectivo en el que se hizo referencia a la neumonía y pneumocystis como causas potenciales del deceso y responsabilidad médica grave, en relación con el expediente médico, se desprendió que ello no fue diagnosticado ni tratado debida y oportunamente.

En virtud de las consideraciones que preceden, el TEDH resolvió que las autoridades nacionales y las condiciones del sistema de salud, no aseguraron al señor Campeanu el nivel debido de protección de su vida, por lo cual hubo violación al artículo 2 del CEDH que consagra el derecho a la vida<sup>17</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES

- Una buena administración pública implica no solamente la obligación de la autoridad de respetar la ley sino cumplir los fines de la Administración con calidad, en un equilibrio de intereses públicos y privados, y respeto de los derechos humanos; lo contrario, puede llevar a que a pesar de no haber violaciones legales, haya una mala administración con la correspondiente responsabilidad, incluida la respectiva obligación de reparación del daño, por actividad irregular del Estado.
- La intervención del Ombudsman Europeo ha sido vital para detectar las causas de mala administración, incrementar los estándares europeos en la materia, así como ser enlace con los Ombudsmen nacionales y la implementación de principios de una buena administración no solamente por las instituciones y cuerpos de la Unión, sino llegando su influencia a incrementar la calidad de servicio de las autoridades locales, regionales y nacionales, incluidos con tal fin los cuerpos legislativos, jueces, abogados y sociedad civil.
- El rol del juez también es crucial como se observa de la actividad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que garantiza la protección de los derechos del CEDH y cuya jurisprudencia en los casos en que son violados derechos fundamentales llega a incidir de manera indirecta en supuestos de mala administración por los Estados Parte.

#### 5. FUENTES DE CONSULTA

- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/europa/CDFUE/CartaDerechosFundamentalesUnionEuropea-v2007.htm#a41>, consultada el 31 de mayo de 2019
- Carta Europea de la Autonomía Local, Estrasburgo, 15 de octubre de 1985, <https://rm.coe.int/1680719ca3>, consultado el 18 de mayo de 2019.

17 En cuanto a la condenación de daños, dado que el CRJ no reclamó daño material ni daño moral, no hubo pronunciamiento del TEDH al respecto. En cuanto a los gastos, el TEDH consideró razonable el pago al CRJ de 10,000 euros conforme gastos demostrados por interposición de recursos ante los tribunales internos, investigaciones en el HPM y ante el TEDH y 25 000 euros por la asesoría de Inter-rights. En lo que se refiere a intereses moratorios, el TEDH determinó apropiado calcular los intereses moratorios sobre la tasa de interés de facilidad marginal de crédito de la Banca Central Europea más tres puntos porcentuales.

- Código Europeo de Buena Conducta Administrativa en <https://www.ombudsman.europa.eu/es/publication/es/3510>, consultado el 31 de mayo de 2019
- Convention Pénale sur la Corruption, en *Série des traités européens*, no. 173, Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 1999, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007f3f2> consultada el 31 de mayo de 2019.
- COSTA Jean-Paul. *La Cour européenne des droits de l'homme. Des juges pour la liberté*, Paris, Dalloz, 2013.
- COSTA Jean-Paul, « La Cour européenne des droits de l'homme : vers un ordre juridique européen ? », Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti, Bruylant, Bruxelles, 1998.
- Déclaration de Varsovie, Troisième Sommet des Chefs d'Etat et de Gouvernement du Conseil de l'Europe, Varsovie, 16-17 mai 2005, [https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=C-M\(2005\)79&Language=lanFrench&Ver=final](https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=C-M(2005)79&Language=lanFrench&Ver=final), consultada el 31 de mayo de 2019.
- Informe Anual 2018, del Defensor del Pueblo Europeo, visible en <https://www.ombudsman.europa.eu/es/annual/en/113728>, consultado el 24 de mayo de 2019.
- « Les 12 Principes de bonne gouvernance démocratique » en *Stratégie pour l'innovation et la bonne gouvernance au niveau local*, <https://rm.coe.int/168070169a>, consultado el 31 de mayo de 2019.
- « Politiques de coopération au développement », Résolution 1060 (1995), Assemblée Parlementaire, Conseil de l'Europe, texto adoptado el 27 de abril de 1995, <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-fr.asp?fileid=16471&lang=fr>, consultado el 31 de mayo de 2019.
- Recommandation 1708 (2005), Situation actuelle au Kosovo, Assemblée Parlementaire, Conseil de l'Europe, 21 de junio de 2005, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-Doc-Details-FR.asp?FileID=17350&lang=FR>, consultada el 31 de mayo de 2019 .
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, *Diario Oficial de la Unión Europea*, 26.10.2012, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN> , consultado el 24 de mayo de 2019.
- VELU Jacques, « Considérations sur quelques aspects de la coopération entre la Cour européenne des droits de l'homme et les juridictions nationales », in Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal, Protection des droits de l'homme : la perspective européenne, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 2000, pp. 1511-1524.

# THE MEXICAN LIMBO FOR INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION: MEXICO AND THE TRANSNATIONAL MODEL. INVESTMENT ARBITRATION UNDER THE *ENERGETIC REFORM* AND THE LATEST POLITICAL CHANGEOVER

Por DANTE L. ARREDONDO<sup>1</sup>

**RESUMEN:** La Constitución mexicana de 1917 recordó los ideales de la “Revolución mexicana”, en particular el enfoque proteccionista y nacionalista de la inversión extranjera expresado por las doctrinas Carranza y Calvo, que dieron lugar a la nacionalización de la industria del petróleo en 1938. Fue solo en los años 80 que México cambió su modelo económico y comenzó un proceso de liberalización, adoptando la doctrina del libre mercado. A diferencia del comercio y otros sectores, el sector del petróleo de México, anteriormente cerrado a la inversión extranjera y fuertemente regulado por un marco legal particularmente proteccionista, experimentó una liberalización gradual que terminó en 2013, con la Reforma Energética. Parte del proceso de liberalización del país implicó la transición de su modelo legal del principio de jurisdicción nacional exclusiva a la incorporación de la doctrina del conflicto de leyes, para permitir la aplicación de leyes extranjeras e internacionales. El país celebró numerosos acuerdos de libre comercio e inversión con otros países que prevén la solución de disputas comerciales y de inversión a través del arbitraje, así como convenios multilaterales que prevén la ejecución de laudos arbitrales internacionales resultantes de tales procedimientos arbitrales. No obstante, la inversión extranjera y el arbitraje continúan siendo asuntos delicados, especialmente en el sector energético. México sigue siendo un notorio ausente de la Convención de Washington para la solución de disputas de inversión y, en consecuencia, de su Centro Internacional para la Solución de Disputas de Inversión (CIADI), muy probablemente porque la sujeción del Estado a un tribunal meta-nacional es inadmisibles e inconsistente con los principios constitucionales de México. Sin embargo, México superó el dilema al acordar arbitrar disputas sobre inversiones y petróleo a través de un arbitraje ad hoc bajo las reglas de instalaciones adicionales del CIADI o mediante otros conjuntos de reglas arbitrales como las de la Cámara de Comercio Internacional o las reglas de arbitraje ad hoc de la CNUDMI.

A pesar de la efectividad de la solución mexicana a su alienación del Convenio de Washington, la membresía completa del CIADI representaría enormes ventajas en términos de aplicación y revisión de las adjudicaciones, pero principalmente como un instrumento clave para la protección de las inversiones mexicanas en el extranjero, particularmente en el escenario adverso de la retirada de los Estados Unidos del TLCAN o la no ratificación de la USMCA. Cuando México finalmente abrió su sector del petróleo a la inversión extranjera, y sus empresas estatales como PEMEX tienen la capacidad de celebrar acuerdos arbitrales, México no renunció al imperio de sus leyes nacionales sobre las inversiones y los contratos que se ejecutarán en su territorio ingresado bajo la Reforma Energética. México no solo mantuvo los contratos

---

1 Profesor adjunto de la cátedra de Derecho Internacional Público en la Escuela Libre de Derecho.

regidos por las leyes nacionales y la jurisdicción de los tribunales, sino que también mantuvo la figura legal de la “rescisión administrativa” que resta de los asuntos arbitrables la mayoría de las disputas que pueden surgir de los contratos en materia petrolera. Sin embargo, dicha elección de ley aplicable, destinada a evitar la aplicación de leyes extrañas, es teórica debido a la incorporación de tratados internacionales al marco legal mexicano a través del artículo 133 de la Constitución mexicana que eleva los acuerdos internacionales de inversión a nivel constitucional en combinación con la referencia expresa, también sobre la Constitución y los estatutos, a las mejores prácticas sectoriales en el sector del petróleo. Ambas incorporaciones abren la puerta, en caso de disputa, a la aplicación de un catálogo ampliado de normas de diversa naturaleza, ya que los contratos internacionales suscritos por PEMEX y la Comisión Nacional de Hidrocarburos incluyen cláusulas arbitrales por las cuales el árbitro resolverá la disputa aplicando las leyes nacionales y “otras normas y principios del derecho internacional”.

En la era de la Reforma Energética, en casos de disputa, la cuestión será cómo los conceptos legales nacionales tales como “interés público”, “política pública”, “jurisdicción exclusiva nacional” y “rescisión administrativa” operarán en combinación con la competencia del árbitro para determinar su propia competencia y los estándares de protección de la inversión comúnmente incorporados en los acuerdos de inversión, especialmente el trato justo y equitativo, y los mejores usos y prácticas del sector. Además, con respecto a la ejecución de laudos arbitrales, hay lecciones que aprender del caso *COMMISA v. PEMEX*, donde los conceptos de “rescisión administrativa” y “orden público” fueron manipulados de manera desigual por el Estado en violación de las obligaciones e inversiones internacionales; normas, como el trato justo y equitativo, la no retroactividad y la violación del principio de buena fe. Tales prácticas horribles se evitarán en el futuro para mantener la confianza de los posibles inversores, porque a México debe importarle mantener su reputación internacional aceptable como un país que cumple con sus acuerdos y respeta el estado de derecho internacional

**PALABRAS CLAVE:** Arbitraje, Reforma Energética, Inversión, Derecho Internacional, Derecho Transnacional, Petróleo y Gas, Exploración, Extracción, *Lex Petroleatorum*, *Lex Causae*, *Lex Forum*, *Lex Arbitri*, Tratado, Convención de Nueva York, Convención de Washington, CIADI, UNCITRAL, ICC, Derecho Aplicable, *COMMISA*, *PEMEX*, Doctrina Calvo, Doctrina Carranza, Soberanía, Inversión Extranjera, TLCAN, TMEC, Resolución de Controversias, Jurisdicción, Mejores Prácticas, BIT, FTA, IIA, Cláusula Arbitral, Inversión Extranjera Directa, IED, Hidrocarburos, Rescisión Administrativa, Laudo Arbitral, Ejecución, Exequatur, Orden Público, Contratos Upstream, *Pacta Sunt Servanda*, Incorporación, Estándares de Protección de Inversiones.

**ABSTRACT:** The Mexican Constitution of 1917 recollected the ideals of the “Mexican Revolution,” notably the protectionist and nationalistic approach to foreign investment expressed by the Carranza and Calvo doctrines, which gave place to the nationalization of the oil and gas industry in 1938. It was only in the 80s that Mexico changed its economic model and started a process of liberalization, embracing the free market doctrine. In contrast with trade and other sectors, Mexico’s oil and gas sector, formerly closed to foreign investment and strongly regulated by a particularly protectionist legal framework, experimented a gradual liberalization that ended in 2013, with the Energetic Reform. Part of the liberalization process of the country implied the transition of its legal model from the exclusive national jurisdiction principle to the incorporation of the conflict of law doctrine, to allow the application of foreign and international laws. The country entered numerous free trade and investment agreements with other countries that provided for the settlement of trade and investment disputes through arbitration, as well as multilateral conventions that provided

for the enforcement of international arbitral awards resulting from such arbitral proceedings. Nonetheless, foreign investment and arbitration continue being sensitive matters, notably in the energetic sector. Mexico keeps being a notorious absentee of the Washington Convention for the settlement of investment disputes and, consequently, of its International Center for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), very likely because the subjection of the State to a meta-national tribunal is inadmissible and inconsistent with Mexico's constitutional principles. Yet, Mexico overcame the dilemma by agreeing to arbitrate investment and oil and gas disputes through ad hoc arbitration under ICSID's additional facility rules or through other sets of arbitral rules like the ones of the International Chamber of Commerce or UNCITRAL ad hoc arbitration rules.

Despite the effectiveness of the Mexican solution to its alienation from the Washington Convention, the full ICSID membership would represent enormous advantages in terms of enforcement and revision of awards, but primarily as a key instrument for the protection of Mexican investments abroad, particularly in the adverse scenario of the U.S. withdrawal from NAFTA or the no ratification of the USMCA. As Mexico finally opened its oil and gas sector to foreign investment, and its State-owned companies like PEMEX have capacities to celebrate arbitral agreements, Mexico did not surrender the imperium of its domestic laws over investments and upstream contracts to be executed in its territory entered under the Energetic Reform. Mexico not only kept upstream contracts governed by national laws and courts jurisdiction, but also maintained the legal figure of the "administrative rescission" which subtracts from the arbitrable matters most of the disputes that may arise from oil and gas contracts. Such applicable law choice, meant to avoid the application of extraneous laws, is however theoretical due to the incorporation of international treaties to the Mexican legal framework via Article 133 of the Mexican Constitution which elevates international investment agreements to constitutional level in combination with the express reference, also on the Constitution and statutes, to the best sectorial practices in oil and gas sector. Both incorporations open the door, in case of a dispute, to the application of an expanded catalogue of norms of diverse nature as international contracts entered into by PEMEX and the National Hydrocarbons Commission include arbitral clauses by which the arbitrator shall settle the dispute applying national laws and "other rules and principles of international law."

In the Energetic Reform era, in cases of dispute the issue will be how national legal concepts such as "public interest," "public policy," "national exclusive jurisdiction" and "administrative rescission" will operate in combination with the arbitrator's competence to determine its own competence and the investment's standards of protection commonly imbedded in investment agreements notably the fair and equitable treatment, and the best usages and practices of the sector. Moreover, with regards to the enforcement of arbitral awards, there are lessons to be learnt from *COMMISA v. PEMEX* case, where the "administrative rescission" and the "public order" concepts were inequitably manipulated by the State in violation of international obligations and investment standards namely as fair and equitable treatment, non-retroactivity and the violation of the good faith principle. Such hideous practices shall be avoided in the future to maintain the confidence of potential investors, Mexico must mind keeping its acceptable international reputation as a country that honors its agreements and abides international rule of law.

**KEYWORDS:** Arbitration, Energetic Reform, Investment, International Law, Transnational Law, Oil and Gas, Exploration, Extraction, Lex Petroleorum, Lex Causae, Lex Forum, Lex Arbitri, Treaty, New York Convention, Washington Convention, ICSID, UNCITRAL, ICC, Appli-

cable Law, COMMISA, PEMEX, Calvo Doctrine, Carranza Doctrine, Sovereignty, Foreign Investment, NAFTA, USMCA, Dispute Settlement, Jurisdiction, Best Practices, BIT, FTA, IIA, Arbitral Clause, FDI, Hydrocarbons, Administrative Rescission, Arbitral Award, Enforcement, Exequatur, Public Order, Upstream Contracts, Pacta Sunt Servanda, Incorporation, Investment Protection Standards.

**SUMMARY:** INTRODUCTION. 1. EVOLUTION OF MEXICO'S LEGAL FRAMEWORK FOR FOREIGN INVESTMENT IN THE OIL AND GAS SECTOR. FROM THE CARRANZA DOCTRINE TO THE ENERGETIC REFORM (1917 TO 2013). 2. MEXICO'S POSITION TOWARDS THE WASHINGTON CONVENTION. 3. INVESTMENT ARBITRATION UNDER FTAS AND IIAS. 4. THE ENERGETIC REFORM. 5. RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF INVESTMENT ARBITRAL AWARDS BY MEXICAN COURTS. 6. THE "ADMINISTRATIVE RESCISSION" AND ITS INTERACTION WITH TRANSNATIONAL LAWS. 7. CONCLUSIONS. 8. BIBLIOGRAPHY.

## INTRODUCTION

As Mexico opened definitively its hydrocarbons industry to foreign direct investment thanks to the long-time debated *Energetic Reform* (2013), the country joined one of the largest international investment markets, that of the oil and gas exploration, exploitation and commercialization. The new legal framework is complemented by overlapping layers of international arbitration agreements, investment agreements and free trade agreements, entered by Mexico and incorporated into its domestic legal system by constitutional provision.

Notwithstanding the liberal facade of the so-called *Energetic Reform*, there is a reminiscent aura of the 20th-century protectionist laws and doctrines regarding the sovereign right of the States over their natural resources. In a first approach, Mexico formally appears to keep an over-cautious, not to say reluctant, position with regards to matters such as the choice of law in oil contracts, the reservation of exclusive jurisdiction of Mexican courts for certain disputes or causes of rescission reserved exclusively to the State. Nevertheless, a second-layer piercing approach reveals the application of a plurality of norms of diverse nature such as international law and other rules and practices developed by non-State actors, that some authors refer to as a transnational or third legal order<sup>2</sup>, others call it *lex petroleatorum*<sup>3</sup>.

By reviewing the evolution of the Mexican legal framework for investment in the oil and gas sector, the present study attempts an exegesis of this intricate building of norms applicable to oil and gas contracts under the *Energetic Reform*. The central objective of the present work is to determine whether the remaining protectionist provisions of the reform are compatible with the Transnational Model, the effect of the applicable-law provisions embodied in international arbitral rules, international agreements signed

2 See: Slaughter, Anne-Marie, *New world order*, Princeton University Press, 2004.

3 See: De Jesus O., *The prodigious story of the lex petrolea and the rhinoceros. Philosophical aspects of the transnational legal order of the petroleum society*.

by Mexico and the effect of the incorporation of international law and non-State rules in the Mexican legal system. Finally, this work analyzes the Mexican government's practice and compliance with the rule of law and the *pacta sunt servanda* principles, based on recent cases, namely *COMMISA v. PEMEX*, and their overall effect on the attraction or deterrence of new investments.

## 1. EVOLUTION OF MEXICO'S LEGAL FRAMEWORK FOR FOREIGN INVESTMENT IN THE OIL AND GAS SECTOR. FROM THE CARRANZA DOCTRINE TO THE *ENERGETIC REFORM* (1917 TO 2013)

### A. The incorporation of the *Calvo* clause in the Mexican Constitution

Like many Latin American nations, Mexico's openness to foreign investment in the oil and gas sector, was relented and strongly determined by 19th and early 20th centuries' historic context characterized by intervention and armed persuasion exerted by foreign oil-producing powers. In response to this interventionist élan, Mexico modeled its concerning legal framework under a public policy of achieving and preserving economic and political autonomy and independence over its natural resources. Despite being immersed in a civil war, in the first quarter of the 20th century Mexico transited from a legal framework of open participation of foreign companies in the oil sector to the vindication of the Nation's sovereignty over its hydrocarbons.

In turn, Mexican diplomacy worked hard to gain international recognition in favor of the new government formed by the winning faction. Such recognition was most needed to renegotiate the sovereign debt, contract new sovereign loans and neutralize the "gun-boat diplomacy" exerted by the superpowers who easily moved to war to collect loans' installments or recover damages, suffered by their expatriated subjects, resulting from internal conflicts in the host country. The defense of two equally important interests implicated a dilemma: whether to raise oil-exports' taxes or to stop servicing the sovereign debt. Such financial strategies could move either foreign oil companies or foreign banks to appeal to their governments' protection to revert Mexico's government taxes or collect the installments using the armed force; foreign companies did similarly to claim damages.<sup>4</sup> The international recognition of the Mexican government that resulted from the 1910 civil unrest was conditioned by the superpowers to the prevalence of oil and gas concessions, low taxes on oil exports granted in favor of their subjects, and the recognition of old and new debt.

Diplomacy eventually developed defense strategies under international law principles expressed by numerous doctrines, notably those of the Latin-American jurists Drago and Calvo<sup>5</sup> condemning, respectively, the illegal use of a State's armed force to collect

4 Bazant, *Historia de la Deuda Exterior de México (1923-1946)*, p. 193.

5 Arellano García, *Evolución de la Cláusula Calvo y la Zona Prohibida en el Derecho Constitucional Mexicano y en el Derecho Internacional*, p. 41.

debts and the exclusive jurisdiction of national courts to settle disputes related to foreign investment. The *Carranza* doctrine, expressed by Mexican president Venustiano Carranza, subsumed and embodied those doctrines as a quintessential principle of the Mexican Constitution of 1917. Both doctrines' principles remain in the core and rule across the Mexican legal framework.<sup>6</sup>

The Mexican Constitution of 1917 also barred foreigners from the acquisition of real property near the borders and the coasts, to prevent further secessions of territory. As to the rest, under 1917's constitution, foreigners' land property rights were conditioned to a written renunciation of any privilege resultant from their alien status, waiving their right to invoke their country's protection<sup>7</sup> and convening the exclusive jurisdiction of Mexican laws and tribunals over any dispute arising from their rights of property over land or investments.<sup>8</sup> For almost one century, Mexico's oil and gas legal framework banned foreign investors' direct participation in the exploration, extraction and production of hydrocarbons. Such policy is often erroneously attributed to the historical landmark of the Mexican oil "expropriation" conducted by President Cardenas (which was in fact a full nationalization rather than a single act of expropriation). At any case, the "expropriation" only brought to its end a long legal battle, based on the new Constitution's provisions, started by President Carranza and continued by his successors – Presidents Obregon and Calles – to recover control of the State over its most profitable resource, oil.<sup>9</sup>

6 Arellano García, op. cit., p. 40.

7 Such agreement has limited or null effect under international law, as it does not preclude the right of the State of their nationality to exert Diplomatic protection of its nationals, nor the rights of those individuals and companies to consular assistance and advise. See: Ortiz Ahlf, "Mecanismos Internacionales para la Solución de Controversias Internacionales en Materia de Inversión Extranjera," p. 389-390.

8 "Art. 27.- . . . I.- Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas, tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones, o para obtener concesiones de explotación de minas, aguas o combustibles minerales en la República Mexicana. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar, por lo mismo, la protección de sus Gobiernos, por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo. En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas. . . ." [Only Mexicans by birth or by naturalization, and Mexican societies, have the right to acquire ownership of lands, waters and their accessions, or to obtain concessions for the exploitation of mines, waters, or mineral fuels in the Mexican Republic. The State may grant the same right to foreigners as long as they agree with the Ministry of Foreign Relations to consider themselves as nationals in respect of such goods and not to invoke, therefore, the protection of their Governments as far as they are concerned; under penalty, in case of breach of the agreement, to lose to the benefit of the Nation, the goods that they have acquired by virtue of it. In a belt of one hundred kilometers wide along the borders and fifty on the beaches, for no reason can foreigners acquire direct dominion over land and water. . . .] *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Diario Oficial de la Federación (February 5, 1917).  
See also: Tena Ramírez, *Leyes Fundamentales de México 1808-1957*, p. 770, 827 and 882.

9 Bazant, op. cit., pp. 184-205

## B. The prolegomenon of the oil sector's nationalization

Under Article 27 of its Constitution, the Mexican Nation possesses an original property right over its territorial lands and waters, exclusive control and regulatory faculties on concessions and the exploitation of the natural resources therein. The Constitution also provided a base to expropriation measures for public utility.<sup>10</sup> From 1917 to 1936, the Mexican 'revolutionary' governments attempted to enforce the State's powers under Article 27 to recover control over the oil exploration, extraction and exportation. It must be noted that Mexican post-revolutionary governments had few or no alternative sources of finance out of oil export taxes because the internal market and national industry were devastated after ten years of civil war. Those governments issued Executive ordinances intended to limit or preclude foreigners' concessions on oil; such measures, however, were ruled out by the judiciary, deemed contrary to principles of vested rights and the non-prejudicial retroactive application of the law.<sup>11</sup>

The Great Depression, the fall of oil prices due to the discovery of reserves in South America and Middle East, and the beginning of World War II created the perfect storm for the Mexican government to vindicate ownership over its natural resources and abolish old oil and gas concessions at once.<sup>12</sup> Following the enactment of the Expropriation Act (1936) by Congress, the Mexican President Lazaro Cardenas decreed, in 1938, the nationalization of oil and gas companies. The national oil company *Petróleos Mexicanos* (PEMEX) became the sole beneficiary of the rights of exploration, extraction, commercialization and transformation of oil and gas.

## C. The world's new economic order

Mexico was not an isolated case, other developing countries in Latin America made analogous vindications of their natural resources. During the 50s and 60s, the whole affair became a global phenomenon acutely and widely discussed at the highest international fora, notably the United Nations General Assembly, as a component of the world's New Economic Order. Contemporarily, the decolonization process went on and the former colonies embraced the new order along with their independence. The

---

10 "Art. 27.- . . . Corresponde a la Nación el dominio directo de todos los minerales o substancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como. . . , el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos." [It corresponds to the Nation the direct dominion over all the minerals or substances in veins, mantles, masses or deposits, whose nature is different from the components of the lands, such as. . . , petroleum and all solid, liquid or gaseous hydrogen carbides] *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Diario Oficial de la Federación (February 5, 1917).

11 Bazant, *op. cit.*, pp. 192-193. See also: Meyer, Lorenzo, *México y Estados Unidos en el conflicto petrolero (1917-1942)*, El Colegio de México, 1968.

12 *Idem*, pp. 207-227.

international principle of the permanent sovereignty of the States over their natural resources crystalized in the International Law of Development.<sup>13</sup>

Ever since, the liberalization processes of the energy sector and the rest of the industrial activities evolved at a different pace. In 1973, the Mexican Investment Promotion and Foreign Investment Regulation Act was enacted.<sup>14</sup> The statute's name already reflected Mexico's protectionist policy consisting in a detailed, technically precise legislation on the conditions and requirements to be imposed on foreign investors.<sup>15</sup> The statute was radically modified in 1989 with the issuance of its new regulations.<sup>16</sup> In other words, aside the *prima facie* rigid constitutional provisions regarding foreign investment, discreet statutory and regulatory reforms allowed the construction of an open policy towards foreign investment.<sup>17</sup>

Compelled to acknowledge the relevance of arbitration as the preferred alternative for international commercial disputes, Mexico joined three major multilateral treaties on the recognition and enforcement of civil and commercial arbitral awards, a first step forward towards the insertion of Mexico into the "Transnational law."<sup>18</sup> In 1971, Mexico ratified the *United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (The New York Convention, 1958); in 1978, it ratified the *Inter-American Convention on International Commercial Arbitration* (The Panama Convention, 1975), both instruments providing for the recognition and enforcement of international commercial arbitral awards.<sup>19</sup> Finally, Mexico ratified, in 1987, the *Inter-American Convention on Extraterritorial Validity of Foreign Judgments and Arbitral Awards* (Montevideo, 1979), providing for the enforcement and recognition of foreign arbitral awards related to international commercial, labor and civil disputes.<sup>20</sup> All those treaties provide for the enforcement of national courts' rulings abroad and international arbitral awards in the States party, giving support to transnational trade and investment activities after the second half of the twentieth century.

#### D. Mexico's insertion into the free-trade era

Years later, in 1986, Mexico took further steps towards free-market economic policies and liberalization when adhered to the *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT)

13 Vallée, « *Le droit international du développement* », p. 601.

14 López Velarde Estrada, *Contratos Internacionales de Petróleo y Gas. Algunas Consideraciones Jurídicas*, p. 547.

15 Gómez-Robledo Verdusco, "Soberanía Permanente sobre Recursos Naturales" *Temas Selectos de Derecho Internacional*, (2003), p. 511.

16 Pereznieto Castro, *Derecho Internacional Privado Parte General*, p. 122.

17 See also: I. Gómez Palacio, "The new regulation on foreign investment in Mexico: a difficult task," *Houston Journal of International Law*, vol. 12, no. 2, (spring 1990).

18 Gilles Sourgens, Frédéric, *Supernational Law*, *Vanderbilt journal of transnational law*, vol. 50:155, 2017, p. 164. See also Philip C. Jessup, *Transnational Law* 2 (1956).

19 Siqueiros, "La cooperación procesal internacional," p. 326.

20 López Velarde Estrada, *op. cit.*, p. 546.

and, in 1993, when enacted its Foreign Investment Act.<sup>21</sup> Mexico got actively involved in the Inter-American Conferences on International Private Law (CIDIP) and adhered to the resulting Conventions. Also, joined similar efforts at the International level in The Hague and in the frame of UNCITRAL works. By the same token, in 1988, Mexico implemented a transcendental reform to its Commerce, Civil and Procedural codes to harmonize its domestic regulations with the international and Inter-American treaties on international private law to properly address conflict of laws and better provide for international judicial cooperation in civil and commercial matters.<sup>22</sup> The reform incorporated relevant principles of the conflict-of-law doctrine such as: (1) moderated territorialism; (2) faithful application of foreign laws; (3) exceptional application of the *renvoi*; (4) independence of preliminary and interlocutory matters; (5) harmonic blend of foreign and national law under the principle of equity; (6) analogic resolution of conflict of domestic laws; (7) public policy and evasion exceptions to the application of foreign laws; (8) attenuation of the exception of unknown legal institution.<sup>23</sup>

At the same time, Mexico sustained negotiations to enter free trade agreements with major economies, namely the North American Free Trade Agreement (NAFTA) and the Foreign Trade Agreement between Mexico and the European Union.<sup>24</sup> Although, NAFTA included investment provisions and special provisions—Chapter Six and Annex 602.3—with regards to oil and gas and their derivatives as a matter of trade, the hydrocarbons industry, labeled as strategic under the Mexican Constitution, remained under the Mexican State’s monopoly and strict protection.<sup>25</sup> The Mexican State, through its public company PEMEX, retained exclusive prerogatives over oil and gas exploration, extraction, exportation and basic petrochemical transformation (refinement).<sup>26</sup>

21 The Foreign Investment Act (1993) abrogated the Mexican Investment Promotion and Foreign Investment Regulation Act of 1973.

22 García Moreno, “*Reformas de 1988 a la legislación civil en materia de derecho internacional privado*,” p. 238.

23 Vázquez Pando, “*Comentarios sobre el Nuevo derecho internacional privado mexicano*,” pp. 23-36.

24 Babiy *et al.*, *Should Mexico join ICSID?* p. 8.

25 Annex 602.3, Reservations and Special Provisions, Reservations: “1. The Mexican State reserves to itself the following strategic activities, including investment in such activities and the provision of services in such activities:

a) exploration and exploitation of crude oil and natural gas; refining or processing of crude oil and natural gas; and production of artificial gas, basic petrochemicals and their feedstocks and pipelines;

b) foreign trade; transportation, storage and distribution, up to and including the first hand sales of the following goods: (i) crude oil, (ii) natural and artificial gas, (iii) goods covered by this Chapter obtained from the refining or processing of crude oil and natural gas, and (iv) basic petrochemicals;

c) the supply of electricity as a public service in Mexico, including, except as provided in paragraph 5, the generation, transmission, transformation, distribution and sale of electricity; and

d) exploration, exploitation and processing of radioactive minerals, the nuclear fuel cycle, the generation of nuclear energy, the transportation and storage of nuclear waste, the use and reprocessing of nuclear fuel and the regulation of their applications for other purposes and the production of heavy water.” (North American Free Trade Agreement <https://www.nafta-sec-alena.org>)

26 Private participation of Mexican nationals only (individuals and legal entities) was permitted in the form of subsidiary services and secondary petrochemical industry. See López Velarde Estrada, *op. cit.*, p. 546.

As tensions caused by the nationalistic constitutional provisions eased, the Mexican legal framework reforms made between the 60s and the 80s gradually allowed a certain degree of participation of foreign capitals in almost all industrial and commercial activities, except for those considered strategic under the Constitution, like energy and hydrocarbons. Nevertheless, the requirement under Mexican laws to foreign investors and traders doing business in Mexico to renounce to their right to invoke their country's protection stayed in force as well as the jurisdictional territorialism, although moderated.

In contrast, Mexico's showed a very uneven approach with respect to the application of foreign law and arbitration, sometimes committed in civil and trade matters, other times over-cautious, perhaps unbelieving as to investment matters. These two different approaches, may be inferred respectively from Mexico's positions towards two sets of key international treaties for the recognition and enforcement of international arbitral awards: the New York and the Inter-American Conventions, on one side, and the Washington Convention on the other.

## **2. MEXICO'S POSITION TOWARDS THE WASHINGTON CONVENTION**

### **A. The Transnational Model**

Whereas Mexico's economic policy drove the country to embrace the Transnational Law, or Transnational Legal Order, by entering international trade and investment agreements that provided for arbitration as the mean to settle disputes derived thereof, Mexico adopted dissimilar criteria towards the two main international conventions on the recognition of arbitral awards: the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (The New York Convention) and the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (The Washington Convention). As it was established, Mexico ratified the former in 1971 but it only signed the latter ad referendum in January 2018. While the New York Convention is fully in force for Mexico, its adhesion to the Washington Convention will not be completed until the Mexican Executive branch submits the text of the Convention to the Mexican Senate for its approval, only then the Executive branch will be able to deposit the adhesion instrument. To this day, the Washington Convention is not yet in force for Mexico, who has selectively consented to arbitration on investment matters under bilateral or regional agreements' provisions either using The United Nations Commission on International Trade Law UNCITRAL's arbitration rules or the International Centre for Settlement of Investment Disputes ICSID's additional facility rules of arbitration which do not require Mexico to be an ICSID's full member; the awards are executed before national courts according to the New York Convention.

A legal framework that not only welcomes but purportedly prizes international free trade and foreign investment cannot pretend that its statutory provisions suffice to

guarantee international investors' legitimate expectations. The global economic context is driven by transnational companies whose interests worth more than many developing States' budgets. Those transnational companies prefer arbitration as the dispute resolution method because the parties or, the arbitrators in default of the parties, are free to choose the applicable law from a multiplicity of sources not only the national laws; this is described in the doctrine as the "Transnational legal order"<sup>27</sup> or the *Lex Petrolea*<sup>28</sup> with regards to the hydrocarbons sector. The "Transnational Model" is characterized by its transnational accrual of laws. It is largely debated whether that myriad of norms of diverse nature form a "system," or what some text writers call "the third legal order."<sup>29</sup> The harmonization of national legal systems with the "transnational law" must signify an advantage, *vis-a-vis* other countries: an added value to the country's competitiveness.

Following the transnational model, either to attract foreign investors or to better insert its own nationals into the global market, a State must embrace principles such as the freedom of the parties to agree on the laws, rules and practices applicable to their private transactions. In words of professor Julián De Cárdenas: international arbitration has the advantage of solving transnational problems that otherwise would have no solution through the exclusive, positive and predominant intervention of State actors.<sup>30</sup> International private law, and its conflict of laws method, proved to be burdensome, insufficient and discordant with the "Transnational Model's" dispute resolution mechanism, preferred by multinational companies and foreign investors given its characteristic plurality of sources of applicable norms. Benoit Frydman, quoted by De Cárdenas, asserts that neither international public nor international private law suffice to solve globalization's problems.<sup>31</sup>

## B. The false dilemma of the applicable law

Under the international private law and its conflict of laws method, the national law would establish rules to determine the applicable law to solve the dispute. Such applicable law could be national or foreign law in which case is applicable thanks to the imperium of domestic law and the State's exclusive jurisdiction. Alfred Boulard, also quoted by De Cardenas, described this issue of the loss of the exclusive jurisdiction of

27 De Jesús O. and Feris, *The New World Order of Economic Relations in the Light of Arbitral Jurisprudence*, Position Paper, International Chamber of Commerce, Beaune Meeting (2014);

28 See: De Jesús O., *The Prodigious Story of the Lex Petrolea and the Rhinoceros Philosophical Aspects of the Transnational Legal Order of the Petroleum Society*, Series on Transnational Petroleum Law, Vol. 1, No. 1, Transnational Petroleum Law Institute, (2012).

29 A. Z. El Chiati, "Protection of Investment in the Context of Petroleum Agreements," p. 135. See also: De Jesús O., "Contribución del árbitro a la autorregulación y unificación del derecho de los contratos del comercio internacional," p. 321.

30 Cárdenas García, *Tendencias transnacionales en la reglamentación del sector de hidrocarburos. La hibridación del derecho estatal y el derecho transnacional del petróleo*, p. 128.

31 *Idem.*, p. 129.

the State as a “false dilemma of the applicable law,” having to choose between “your law or my law” given the availability of a plurality of sources of law.<sup>32</sup> The Transnational Model “places the world markets and their methods of transnational regulation and governance, at the center. . .”<sup>33</sup> allowing the parties and the arbitrators, to choose the applicable law deemed more appropriate to solve their dispute. That applicable-law panoply could comprise national and international norms, principles of law, other rules of diverse nature and, frequently, usages and practices without restricting themselves to national legal systems. The Transnational Model contrasts with the “International Model, based on the conflict of laws method that centers arbitration exclusively on the law of the seat of arbitration”.<sup>34</sup>

It could be said that Mexico’s Senate found no contradiction between the New York, the Panama and the Montevideo conventions (*supra*) with respect to the Mexican constitutional principles, concretely those contained in Article 27, as the conventions provide for the recognition and enforcement of arbitral awards proceeding from international resolution of disputes between individuals or private entities. Therefore, the obligations assumed by Mexico (or any other State party) under those conventions do not entail the subjection of the State to arbitral tribunals nor surrendering its exclusive jurisdiction over investment disputes, hence its sovereignty was not at stake. However, unlike its enthusiast approach to the above-mentioned conventions of New York, Panama and Montevideo, Mexico showed a manifest aversion to join the *Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States* (“The Washington Convention,” 1965). Even though Mexico makes part of the Breton Woods institutions, namely the World Bank under which auspices the Washington Convention and its *International Center for the Settlement of Investment Disputes* ICSID are run, such aversion has been sustained on the chauvinistic premise that joining ICSID would imply a submission of the Mexican State to the jurisdiction of meta-national arbitral tribunals for the resolution of disputes that, under the Mexican Constitution, are of exclusive competence of national courts. The specter of the *Carranza doctrine* continues to haunt Mexico’s policy to this regard.<sup>35</sup>

If such statements come up to be true, the spirit of the Washington Convention would be in conflict with the quintessential, though nowadays partly unsustainable, principles contained in Article 27 of the Mexican Constitution. Whereas the ratification of the Washington Convention would only require the approval of the Mexican Senate, the Executive branch of the past administration was neither pressed to obtain the Senate’s approval nor to ratify the instrument. Regrettably the *momentum* was lost. The incoming Mexican government has to deal with other priorities and the ratification of the Washington Convention does not seem to be amidst the top of the list, moreover

---

32 *Idem*, p. 159.

33 De Jesús O. and Feris, *op. cit.*

34 *Idem*.

35 Ortiz Ahlf, *op. cit.*, p. 397.

there is a risk that the new government deems that the spirit of the Convention is in contradiction with the aforementioned Constitutional principles or that the Executive branch dislikes the scenario of Mexico being sued by investors under the Washington Convention from any of the States party. A constitutional reform of the stone-carved article 27 is unthinkable as even though the Mexican Constitution is not a rigid one but a continuously updated document according to the political times, the Carranza doctrine has a historic weight and value, its reform would entail an encumbering and unaffordable political enterprise, involving all the states' legislatures. However, such interpretation would be inexact as the Washington Convention also requires from its member States a renunciation to their prerogative to exert diplomatic protection over their nationals investing in another member State. This approach coincides perfectly with the spirit of the *Calvo* and *Carranza* doctrines, and is more efficient since the Convention avoids an eventual direct claim between States related to disputes arising from private transactions and investments, such disputes are settled, instead, through arbitration before ICSID.<sup>36</sup>

### C. The Mexican solution to ICSID arbitration model

Any legal system oriented to the global model acknowledges the advantages of the Washington Convention in terms of investment attraction.<sup>37</sup> Yet, what seemed unnegotiable under the Mexican Constitution was the exclusive jurisdiction of Mexican laws and courts over foreign investment matters and, more importantly, the abhorred idea of subjecting the State to a meta-national arbitral tribunal. In that sense, the remarks made by Mexican arbitrator Francisco González de Cossío, regarding the effects of Mexico's apparent disaffection from the Washington Convention's ICSID solution are notable:

...the failure [of Mexico] to adhere to ICSID raises eyebrows. And the surprise turns into astonishment when one learns that Mexico has included ICSID in most all [sic] of its investment treaties. However, because ICSID arbitration is only available when the Host State is party to the ICSID Convention, the ICSID option becomes theoretical. The investor may only avail itself of the second best: the Additional Facility [Rules].<sup>38</sup>

Prominent Mexican diplomat and publicist Bernardo Sepúlveda, strongly advocated also for the adherence of Mexico to ICSID, emphasizing the advantages of ICSID for Mexican investments abroad:

<sup>36</sup> *Op. cit.*, p. 392.

<sup>37</sup> López Velarde Estrada, "El sometimiento al derecho extranjero por medio de la cláusula de derecho aplicable", p. 423.

<sup>38</sup> González de Cossío, "Mexico Before ICSID, Rebel Without a Cause?" p. 2.

[W]hen a dispute arises between a Mexican investor and the government of one of the 142 ICSID member states, [39] such dispute cannot be settled based on the Convention, as Mexico is not a contracting party to ICSID. In the best scenario, the dispute may be settled through the ICSID Additional Facility Rules, but only if a contracting state and Mexico have agreed to submit to that jurisdiction in a bilateral investment treaty. This will not necessarily be the case in all circumstances.<sup>40</sup>

Given that Mexico opted for an alternative casuistic and lower-profile approach: the selective celebration of bilateral investment treaties (BITs) and free trade agreements (FTAs) with investment provisions or, more comprehensively, International Investment Agreements IIAs, including arbitration clauses for disputes' settlement,<sup>41</sup> foreign investors doing business in Mexico and Mexicans investing abroad rely on BITs and FTAs for the protection of their investments. Depending on the treaty, notwithstanding the provision of the still theoretical ICSID option, investors may arbitrate investment disputes only in accordance with either ICSID Additional Facility Rules, the International Chamber of Commerce arbitration rules, or UNCITRAL's arbitration rules. Out of those three sets of rules, ICSID's additional facility rules and UNCITRAL's constitute *ad hoc* arbitrations while others such as the International Chamber of Commerce ICC's arbitration option is administered by the Chamber.<sup>42</sup>

Alfred Boulard's "false dilemma of the applicable law"<sup>43</sup> which faithfully wraps and describes Mexico's constitutional principles enunciated by the Carranza doctrine, the protectionist and nationalistic position and the reluctance to wave national jurisdiction on investment matters, was not the only false dilemma in which Mexico incurred. The unwillingness to ratify the Washington Convention—and become and ICSID's full member—to avoid the State's submission to an international arbitral body proved to be another false dilemma because Mexico entered numerous international investment treaties and free trade agreements with investment provisions under which the Mexican State agreed to arbitrate investment-related disputes. Nevertheless, one must concede that the number of International Investment Agreements (IIAs) signed by Mexico hardly amounts the number of ICSID members. By selectively entering IIAs, Mexico tailored the conditions under which it limited its sovereignty and undertook to arbitrate.

---

39 To date, ICSID accounts 161 member States.

40 Sepúlveda Amor, *Mexico and the Settlement of Investment Disputes: ICSID as the Recommended Option*, p. 2.

41 Rodríguez Jiménez, "México y el CIADI ante un Nuevo panorama latinoamericano," p. 126.

42 *Op. cit.*, p. 157.

43 Cárdenas García, *op. cit.*, p. 159

### 3. INVESTMENT ARBITRATION UNDER FTAS AND IIAS

#### A. The applicable-law expansive network

Under the described circumstances, it could be argued that, in Mexico, foreign investors' access to international arbitration mechanisms is no longer at stake, as Mexico makes part of a wide network of international investment agreements with most of the major foreign direct investment exporting countries.<sup>44</sup> In other words, notwithstanding the Constitutional principles, and reminiscences of the chauvinistic rhetoric of the *Carranza* doctrine, and the reticence to adhere to the Washington Convention, Mexico successfully inserted itself as a host State into the new global economic order by negotiating arbitral clauses in IIAs. Such international instruments are incorporated to the national legal order under Article 133 of the Mexican Constitution which provides that those treaties, together with the Constitution itself and the general laws derived therefrom, make part of the Supreme Law of the Union.<sup>45</sup> However, federal courts and the Supreme Court have contradictory inconsistent interpretations of the principle of constitutional supremacy and the hierarchy of international treaties with respect to federal and local statutes.<sup>46</sup> The Supreme Court has a non-authoritative ruling where it equals those treaties to federal and local laws and another one where the Court sustains that treaties have a higher hierarchy with regard to federal and local statutes but lower than the Constitution. The implications of this contradictory interpretations on the hierarchy of treaties, with regards to federal laws, may limit investors capability to resort to international investment protections expressly those provided by IIAs, FTAs and the Washington Convention if it is to be ratified.

Through their applicable-law clauses, those international instruments incorporate other principles and norms of international law, foreign rules and sectorial practices—*best practices*—which by virtue of article 133 become supreme law of the union together with the international agreement. Such incorporation by reference may be also explained through the concept of 'remission' developed by the International Private Law doctrine since the treaties ultimately remit to diverse bodies of norms that become applicable to the relationship between the investor and the host State. Altogether, those treaties constitute a complex system, interconnected through 'the

44 Babiy *et al.*, *op. cit.*, p. 6.

45 Article 133.- "This Constitution, the laws of the Congress of the Union that emanate therefore, and all treaties that have been made and shall be made in accordance therewith by the President of the Republic, with the approval of the Senate, shall be the supreme law of the whole Union. The judges of each State shall conform to the said Constitution, the laws, and treaties, in spite of any contradictory provisions that may appear in the constitutions or laws of the States". [Unofficial version in English]. [www.oas.org/juridico/mla/en/mex/en\\_mex-int-text-const.pdf](http://www.oas.org/juridico/mla/en/mex/en_mex-int-text-const.pdf)

46 Constitutional supremacy and hierarchic legal order, principles of. Interpretation of article 133 of the Constitution that contains them. "*Supremacía constitucional y orden jerárquico normativo, principios de. Interpretación del artículo 133 constitucional que los contiene*" *Jurisprudencia constitucional, Tesis 1ª.* /J.80/2004 *Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, 180240, Tomo XX, October 2004, p. 264.*

most favorable treatment' clauses that have the virtue of expanding the benefits of a given treaty to signatories and beneficiaries of the other treaties. One of those benefits is, clearly, the choice of law—substantive and procedural: *lex causae* and *lex arbitri*. In addition, in the case of the oil and gas sector, not only through international agreements but also as a result of the recent *Energetic Reform*, both article 25 of the Mexican Constitution and article 19 of the Hydrocarbons Act (2014) provide for the application of the best international practices in the sector as part of the applicable law sources for oil exploration and extraction contracts.<sup>47</sup>

Not only international treaties but also customary international law are applicable and entail Mexico as the host State to fulfill the minimum protection standards on international investment contained in most IIAs. The Mexican Supreme Court of Justice recognized in a dictum that customary international law binds the Mexican State and becomes part of the Mexican legal order through the automatic incorporation mechanism.<sup>48</sup> Also, articles 14 of the Mexican Constitution and article 19 of the Federal Civil Code provide that, for the interpretation and application of the law, Mexican courts must resort also to the general principles of law most of which inform international law norms as it is recognized by the article 38 of the Statute of the International Court of Justice. The incorporation of the ICJ statute into the Mexican legal order by article 133 of Mexico's Constitution implies the recognition of international law sources different from treaties, therefore extending the protection of non-conventional international law to international investors. This is an unneglectable resource for investors whenever they find themselves unable to invoke an international investment agreement. Article 133 window-effect makes also available transnational and customary law principles recollected by international protocols, guidelines, declarations and unilateral obligations assumed in the framework of international organizations such as the Organization Economic Cooperation and Development (OECD), International Labor Organization (ILO), Doha summit, United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), World Bank, etc.<sup>49</sup>

47 See Cárdenas García, *op. cit.*, p. 133.

48 "International treaties. Incorporated to national law. Their constitutionality control comprehends that of the national law." *Tratados internacionales. Incorporados al derecho nacional. Su análisis de inconstitucionalidad comprende el de la norma interna.*, Tesis aislada I.3º.C.79 K, Tercer Tribunal Colegiado de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, 171888, Tomo XXVI, julio de 2007, p. 2725. *Suprema Corte de Justicia de la Nación*.

See also: "Time zones. The originating agreements had been honored by Mexico in conformity with international customs." *Husos horarios. Los acuerdos de los que emanan han sido respetados por México conforme a la costumbre internacional.*, *Jurisprudencia Constitucional P./J. 105/2001, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XIV, septiembre de 2001, Novena Época, p. 1098. *Suprema Corte de Justicia de la Nación*.

49 Torres González, "Cooperación procesal internacional en materia comercial", p. 568.

## B. Free Trade Agreements, Investment Agreements and Arbitration

NAFTA is only one of the many FTAs signed by Mexico during the 90's whose scope is not limited to trade but provides also for investment protection and remedies. Other equally important negotiations fructified in FTAs with the European Union, the Central-American countries and the major South-American economies.<sup>50</sup> Contemporaneously to NAFTA, following the trend of the biggest economies, Mexico signed close to thirty FTAs as well as many IIAs.<sup>51</sup> However it is still running behind in the matter compared to similar-size economies. Such treaties were signed between Mexico and the countries of origin of the most significant sources of foreign investment fluctuating into Mexico or with the most popular countries of destination for Mexican investments. Investment protection treaties signed by Mexico include arbitral clauses that, depending on the BIT, enable investors to resort to arbitration under ICSID, ICSID's additional facility rules, ICC's and UNCITRAL's rules, or other agreed between the host State and the investor; applicable-law clauses are pretty much the same in all treaties entered by Mexico.<sup>52</sup>

Like other countries, Mexico also developed a BIT model text in which arbitration under ICSID rules is provided despite Mexico's non-adherence to the Washington Convention.<sup>53</sup> As it was established, Mexico's failure to adhere to the Washington

50 Babiy *et al.*, *op. cit.*, *Idem.* p. 10

51 Rodríguez Jiménez, *op. cit.*, p. 155.

52 *E.g.*: *Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Entre el Reino De España y los Estados Unidos Mexicanos*. Article XV "Cualquier tribunal establecido conforme a esta Sección decidirá las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con las disposiciones de este Acuerdo y las reglas y principios aplicables del derecho internacional." [Any tribunal established under this Section shall decide the disputes that are submitted for its consideration in accordance with the provisions of this Agreement and the applicable rules and principles of international law] *Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos*, (1995).

*E.g.*: Article 18 "A tribunal established under this Section shall decide the issues in dispute in accordance with this Agreement and the applicable rules and principles of international law" Agreement between the government of the United Mexican States and the government of the State of Kuwait on the promotion and reciprocal protection of investments, (2015).

53 *E.g.* Rondas México "25.5 Arbitraje. Sin perjuicio de lo previsto en la Cláusula 25.4, cualquier otra controversia que surja del presente Contrato o que se relacione con el mismo, y que no haya podido ser superada después de tres (3) Meses de haber iniciado el procedimiento de conciliación o que éste hubiera sido rechazado por cualquiera de las Partes conforme a la Cláusula 25.2 deberá ser resuelta mediante arbitraje conforme al Reglamento CNUDMI. Las Partes acuerdan que el Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje de la Haya será la autoridad nominadora del procedimiento arbitral. La ley aplicable al fondo será la estipulada en la Cláusula 25.1 y las controversias deberán resolverse conforme a estricto derecho. El tribunal arbitral se integrará por tres miembros, uno nombrado por la CNH, otro nombrado conjuntamente por el Operador y todas las Empresas Participantes, y el tercero (quien será el Presidente) nombrado de conformidad con el Reglamento CNUDMI, en el entendido de que: (i) la Parte demandante deberá nombrar a su árbitro en la notificación de arbitraje y la Parte demandada tendrá treinta (30) Días contados a partir de que reciba personalmente la notificación de arbitraje para nombrar a su árbitro y (ii) los dos árbitros nombrados por las Partes tendrán no menos de treinta (30) Días contados a partir de la aceptación del nombramiento del árbitro designado por

Convention was due to internal political and ideological reasons, nevertheless IIAs entered by Mexico included ICSID arbitration option probably looking forward to Mexico joining ICSID in the future or to giving its investment. In the meanwhile, arbitrations took place many times under ICSID additional facility rules.

...all BITs and FTAs signed by Mexico already contain the possibility to arbitrate disputes under the ICSID Convention, although provided that both the disputing Party and the Party of the investor are parties to the Convention. As a consequence, on the one hand, an eventual ratification of the Washington Convention by Mexico will not entail any need of modification of current IIAs.<sup>54</sup>

### C. Mexico and the ICSID

Some believed that the Mexican solution made little difference from the full ICSID membership scenario. However, a closer look allow us to differ as latent issues remain.<sup>55</sup>

Firstly, it is to be noted that Mexican BITs' archetypical arbitral clause's scope is narrow meaning that the application of the arbitral solution is restrictive: only to disputes arising out of a breach of the treaty by the host State and only if the investor suffered economic or material damage. Such narrow scope clause leaves out the possibility to dispute, for instance, frustrated expectancies as there is no actual loss or damage; therefore a narrow-scope arbitral clause bans the possibility to arbitrate any dispute *in connection with* the investment.<sup>56</sup> Furthermore, the treaty may be invoked only by foreign investors with regards to those sectors and economic activities comprised by the treaty's scope. In such cases, all Mexican BITs applicable-law clauses are consistent: the arbitrator will solve the dispute based on the treaty and international law and principles. In exchange, controversies falling out of the scope of the governing treaty

---

el demandado para designar, en consultas con las Partes, al árbitro que actuará como Presidente del tribunal. El procedimiento arbitral se conducirá en español y tendrá como sede la Ciudad de La Haya en el Reino de los Países Bajos." CNH-R01-L02-A4/2015 <https://rondasmexico.gob.mx/esp/contratos/>

54 Babiy, *et. al., op. cit.*, p. 10.

55 *Idem.*

56 *E. g.* "ARTICULO 8 Arbitraje: Ámbito de Aplicación, Derecho de Acción y Periodos de Tiempo (1) Un inversionista de una Parte Contratante podrá someter una reclamación a arbitraje, en virtud de que la otra Parte Contratante ha incumplido una obligación establecida en este Acuerdo, y que el inversionista ha Viernes 9 de agosto de 2002 DIARIO OFICIAL sufrido pérdidas o daños, en virtud de ese incumplimiento o como consecuencia de ello." Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Corea para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Diario Oficial de la Federación, 9 de agosto de 2002.

*E. g.* "Capítulo dos: solución de controversias primera parte: solución de controversias entre una parte contratante y un inversionista de la otra parte contratante artículo 8 Ámbito de Aplicación y Derecho de Acción 1. Esta parte se aplica a controversia entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante, respecto a un supuesto incumplimiento de una obligación de la primera conforme a este Acuerdo, que ocasione pérdida o daño al inversionista o a su inversión." Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno del Reino de Dinamarca para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones. Diario Oficial de la Federación, 30 de noviembre 2000.

should be settled by the competent tribunal under the applicable law, that of the situs (*lex fori*), and its international private law rules that may also eventually allow the application of foreign and international law. It is to be noted that Mexican tribunals are used to operate with domestic law and rarely adventure themselves to rule out disputes under international law supported on incorporation doctrine arguments, even less by expanding the rules supported on ‘the most favored country’ clause.

Secondly, until the Washington Convention is ratified, foreign investors from countries that had not entered an IIA with Mexico, will not have the causes of action and remedies derived from the IIAs’ standards, notably fair and equitable treatment, full protection and security, no discriminatory treatment, and most favored nation clause; but more importantly, they will not have access to international arbitration for the settlement of the disputes related to an eventual failure of the host State to comply with those standards, unless the *lex fori* provides for those remedies or their investor status derives from a contract, entered with the government, providing for those remedies. Whereas big corporations and multinational companies, in the transnational system, find solutions to these type of challenges, for instance by ‘treaty shopping’ which supposes the change of nationality of their investment by relocating their headquarters, or their investments’ source, or incorporating subsidiaries in other countries; so that their investments attain the protection of a determinate BIT, those solutions are not always accessible or affordable to small investors. The affordability issue remains, however, a barrier for small investors to ICSID or alternative arbitral tribunals.

Thirdly, until Mexico ratifies the Washington Convention, absent an IIA, Mexican investors abroad are unprotected as they cannot enforce a foreign host-State’s obligation to arbitrate under ICSID if Mexico is not a State party. This is particularly relevant in the measure that Mexican investors venture more and more into non-traditional markets out of NAFTA and Latin-America regions.<sup>57</sup> Also, having in mind the new free trade agreement between Mexico, Canada and the United States (TMEC) which has not been ratified by Mexico’s partners and the latent possibility of the U.S. to withdraw from NAFTA, since no survival clause was agreed in the latter treaty, back

---

57 “As we saw earlier, Mexican companies do business in different jurisdictions of the world, but not all jurisdictions are covered by an Investment Treaty (BIT/IIA/FTA) in force between Mexico and the host states. Mexico has signed 28 BITs and 14 FTAs to secure investment protection to its investors abroad. Nonetheless, Mexico falls behind many other countries with respect to the number of IT signed. Many Mexican businesses face the risk of not being covered by any investment protection treaty if involved in disputes with the host countries where they operate. This situation creates uncertainties for Mexican investors’ rights and their protection abroad and subjects their businesses abroad to high political risks. In order to evade the above mentioned inconvenience, Mexican corporations can be established under the laws of a third country and gain protection from BITs signed by them with the host country of their operation. Consequently, there are examples of Mexican companies involved in investment disputes with host countries under third countries BITs. The most relevant example is represented by CEMEX Caracas Investment and CEMEX Caracas Investment II v Bolivarian Republic of Venezuela Case which was filed under the Netherlands-Venezuela BIT.” Babiy, *et. al.*, p. 100.

in 1994, any benefit accorded by NAFTA to Mexican investors would expire within six months and the same scenario in the newly agreed USMCA.<sup>58</sup> Under such scenario, Mexico's adherence to ICSID is most advisable and desirable, as it could be a great of a deal useful to Mexican investors to guarantee their access to investment protection standards listed above. Mexico's adhesion to ICSID becomes more relevant when Mexican tribunals would hardly recognize the customary authority of investment protection standards as international customary law. Otherwise, without the protection of an IIA, foreign direct investment is vulnerable to abrupt law reforms, changes of regime, executive economic policies, discriminatory practices, corruption and abuses from the host State's agents and judiciary such as arbitrary acts and expansion of the public-policy exception.<sup>59</sup>

Lastly, when Mexico acts as respondent State (host State), and the situs of the arbitration is Mexico, Mexican domestic law is normally the applicable *lex fori* provided by IIAs entered by Mexico unless another *lex arbitri* is chosen by the parties. Hence, the available plurality of law sources, characteristic of the transnational model, will only be applicable to the extent allowed by the applicable *lex arbitri*. This is only a relative issue because even if investment arbitrations take place under other arbitration rules such as the International Chamber of Commerce's (ICC) arbitral services and rules or the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) *ad hoc* rules, which are generally agreed as alternative mechanisms of arbitration and, in principle, the applicable law to the core of the matter is the Mexican law, according to those arbitration rules, the arbitrators are free to choose the applicable law be it international or national law; secondly because according to article 133 of the Mexican Constitution international treaties are part of the Supreme Law of the Union and arbitrators are free to use them to solve a dispute; and finally because Mexican conflictual law rules could imply the application of foreign law rules and principles.

Accordingly, the narrow scope of arbitral clauses provided by IIAs entered by Mexico, their limited applicability to investors from the signatory States', the insufficient remedies provided by the national laws to protect foreign direct investment (FDI), the not-so-effective resources of the conflictual law model to protect transnational

---

58 North American Free Trade Agreement. Chapter twenty two, Final Provisions, Article 2205: "Withdrawal. A Party may withdraw from this Agreement six months after it provides written notice of withdrawal to the other Parties. If a Party withdraws, the Agreement shall remain in force for the remaining Parties." <https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Legal-Texts> (last visit July 26, 2019).

Protocol replacing the North American Free Trade Agreement with the Agreement Between the United States of America, The United Mexican States, and Canada; also known as United States, Mexico and Canada Agreement USMCA. Chapter 34, Final Provisions, Article 34.6: "Withdrawal. A Party may withdraw from this Agreement by providing written notice of withdrawal to the other Parties. A withdrawal shall take effect six months after a Party provides written notice to the other Parties. If a Party withdraws, this Agreement shall remain in force for the remaining Parties." <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/465855/34FinalProvisions.pdf> (last visit July 26, 2019)

59 Cárdenas García, *op. cit.*, p. 139, 141.

investments, the inexistence of a BIT with a given country, are some of the FDI-detering disadvantages that could be redressed if Mexico joined ICSID.

#### D. Investment protection scenarios

Contrarily to the case of transnational contracts where the parties can freely choose the applicable law. The foreign investor quality can or cannot derive from a public contract containing an arbitral clause and an applicable-law clause. For instance, under the new Mexican *Energetic Reform*, investments in the hydrocarbon sector depend on a contract signed between the investor and the State through the National Hydrocarbons Commission such contracts provide for international arbitration of disputes so long that disputes are not related to an “administrative rescission” of contract, a sort of privilege of the Mexican State to unilaterally terminate the contract whenever the investor fails to comply with a set of obligations expressed in the agreement. Those contracts could eventually overlap with IIAs benefits and protection standards accorded to the same investors depending on their nationality and the existence of an IIA in force between Mexico and their country of origin, applying the *lex specialis* principle for the contract to govern.

The other possible scenario is the foreign direct investment where no contract between the State and investor is needed, such is the case of the majority where the investor quality is granted or recognized by law according to given criteria. In such cases, absent a contract and an IIA, international investors have no option to invoke and argue the applicable law (*lex causae*) or to resort to arbitration. Applicable law will be determined by national courts based on international private law principles<sup>60</sup> such as: the law of the place of the execution of the contract as to the formalities and requisites of validity (*locus regit actum*); the law of the place where the assets are located (*lex rei sitae*); the law of the place where the contract has effects (*lex loci contractus*); and the host State’s law as the situs of the dispute (*lex fori*).<sup>61</sup>

What makes a real difference is the available resources to arbitrate and to enforce an arbitral award as well as the difference between ICSID’s enforcement advantages compared to other mechanisms and arbitral rules such as ICC’s and UNCITRAL’s. As the Washington Convention provides less basis for the revision of the merits of the award compared to the New York Convention, the award annulment procedure is cognized by an autonomous organ of ICSID instead of a potentially biased national court; and, finally, the enforcement of an award under ICSID mechanism is easily executable and institutionalized under the World Bank’s umbrella.<sup>62</sup>

60 Torres González, “Cooperación procesal internacional en materia comercial”, p. 566.

61 García Castillo, “La *lex contractus* en los contratos internacionales” p. 73. See also: García Moreno, *op. cit.*,

62 “By joining ICSID, Mexico can spread a global message to its investor partners consisting of:

- Mexico intends to create sound grounds for investments made on its territory.

#### 4. THE *ENERGETIC REFORM*

##### A. PEMEX contractual autonomy and its powers to execute arbitration agreements

In the specific case of the oil and gas sector—until very recently, thanks to the *Energetic Reform*—foreign companies could only do business in Mexico by providing services to PEMEX or by investing in the secondary petrochemical industry. Oil refining and gas liquefaction were reserved exclusively to the State-owned company. Unless PEMEX contracted with a transnational company in which cases PEMEX was authorized to enter arbitral agreements, service contracts were generally awarded to national companies or subsidiaries incorporated in Mexico, such contracts were generally subject to the national laws' imperium and national courts have exclusive jurisdiction. As it was expressed by A. Z. El Chiati: "...No sovereign State accepts today to submit its petroleum agreements to a foreign law. Under principles of private international law, the national law is the law which normally governs such agreements."<sup>63</sup> However, as it was established (*supra*), in case of dispute due to damages imputable to the host State, foreign investors in addition to contractual remedies and causes of action provided by national law, could also invoke IIA's remedies and protection only if such agreements were signed and in-force between their country of origin and Mexico.

In 1958, the *Constitution's Article 27 Regulatory Act*<sup>64</sup> conferred powers to PEMEX to execute international contracts governed by foreign law, to subject itself to foreign courts' jurisdiction and to enter arbitral agreements for the resolution of disputes.<sup>65</sup>

- Mexico grants foreign investors not only formal protection through BITs/FTAs, but also the means to achieve that protection. It gives foreign investors access to a dispute settlement mechanisms tailored for investor-state disputes which makes effective the BITs/FTAs formal protection.
- The tendency of investment claims against Mexico experienced under ICSID/AFR reflects the tendency of investment claims registered against other countries under ICSID. As a result, the future situation would not be unpredictable for the Mexican government.
- Mexico is already a top-responding state in investment disputes and was ranked third in 2010. The choice for ICSID non-signature did not prevent this from happening. This fact demonstrates that there is no clear link between ICSID membership and increase of investment claims against a country. In practice, investment claims can hit the reputation of a country by passing through the back door, i.e., through other arbitration rules." Babiy, *et. al.*, *op. cit.*, p. 88.

63 A. Z. El Chiati, *op. cit.*, p. 121.

64 *Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional* (1958).

65 "Artículo 6o.- Petróleos Mexicanos y sus organismos subsidiarios podrán celebrar con personas físicas o morales los contratos de obras y de prestación de servicios que la mejor realización de sus actividades requiere. Las remuneraciones que en dichos contratos se establezcan serán siempre en efectivo y en ningún caso se concederán por los servicios que se presten y las obras que se ejecuten propiedad sobre los hidrocarburos, ni se podrán suscribir contratos de producción compartida o contrato alguno que comprometa porcentajes de la producción o del valor de las ventas de los hidrocarburos ni de sus derivados, ni de las utilidades de la entidad contratante.

*Petróleos Mexicanos no se someterá, en ningún caso, a jurisdicciones extranjeras tratándose de controversias referidas a contratos de obra y prestación de servicios en territorio nacional y en las zonas donde la Nación ejerce soberanía, jurisdicción o competencia. Los contratos podrán incluir acuerdos arbitra-*

Later, in 1993 and 2008 legislative reforms to the oil sector's legal framework, succeeded in liberalizing PEMEX's outsourcing of exploration, location and perforation services, whenever its technical expertise or physical capacity required so.<sup>66</sup> Under Article 115 of

---

*les conforme a las leyes mexicanas y los tratados internacionales de los que México sea parte.*" [Petróleos Mexicanos and its subsidiary entities may conclude with physical or legal persons the contracts for works and services, as required for the best performance of their activities. The remuneration established in these contracts will always be in monetary and in no case such services and works rendered will confer property rights over the hydrocarbons, nor can they sign shared production contracts or any contract that compromises percentages of the production or value of sales of hydrocarbons or their derivatives, or the profits of the contracting entity. In no case, shall *Petróleos Mexicanos* submit to foreign jurisdictions in the case of disputes relating to works contracts and services rendered in the national territory and in areas where the Nation exercises sovereignty, jurisdiction or competence. Contracts may include arbitration agreements under Mexican law and international treaties to which Mexico is a party.] *Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional*, 1958 [Abrogated in 1992]. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abroga.htm>

*"Artículo 14.- Los actos jurídicos que celebren Petróleos Mexicanos o cualquiera de sus Organismos Subsidiarios se regirán por las Leyes Federales aplicables y las controversias nacionales en que sea parte, cualquiera que sea su naturaleza, serán de la competencia de los tribunales de la Federación, salvo acuerdo arbitral, quedando exceptuados de otorgar las garantías que los ordenamientos legales exijan a las partes, aun en los casos de controversias judiciales. Tratándose de actos jurídicos de carácter internacional, Petróleos Mexicanos o sus Organismos Subsidiarios podrán convenir la aplicación de derecho extranjero, la jurisdicción de tribunales extranjeros en asuntos mercantiles y celebrar acuerdos arbitrales cuando así convenga al mejor cumplimiento de su objeto."* [The legal acts entered into by *Petróleos Mexicanos* or any of its Subsidiary Entities shall be governed by the applicable Federal Laws and the national controversies, of whatever nature, in which they be parties shall fall within the jurisdiction of the courts of the Federation, being exempted from granting the guarantees that the legal orders demand from the parties, even in cases of judicial disputes. In the case of international legal acts, *Petróleos Mexicanos* or its Subsidiary Entities may agree to the application of foreign law, the jurisdiction of foreign courts in commercial matters, and may conclude arbitration agreements when it is in order to best comply with its purpose.] *Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios*, 1992 [Abrogated in 2008]. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abroga.htm>

*"Artículo 72.- Los actos jurídicos que celebren Petróleos Mexicanos y sus organismos subsidiarios se regirán por las leyes federales aplicables y las controversias nacionales en que sea parte, cualquiera que sea su naturaleza, serán de la competencia de los tribunales de la Federación, salvo acuerdo arbitral, quedando exceptuados de otorgar las garantías que los ordenamientos legales exijan a las partes, aun en los casos de controversias judiciales. Tratándose de actos jurídicos de carácter internacional, Petróleos Mexicanos y sus organismos subsidiarios podrán convenir la aplicación de derecho extranjero, la jurisdicción de tribunales extranjeros en asuntos mercantiles y celebrar acuerdos arbitrales cuando así convenga al mejor cumplimiento de su objeto."* [The agreements entered to by *Petróleos Mexicanos* and its subsidiary entities shall be governed by applicable federal law and, save arbitral agreement, the federal courts shall have jurisdiction over the national disputes to which they may be parties, whichever be their nature, and shall be exempted from granting the guarantees that the legal orders require to the parties even in cases of judicial disputes. In the case of international agreements, *Petróleos Mexicanos* and its subsidiary entities may agree on the application of foreign law, the jurisdiction of foreign courts in commercial matters and enter arbitration agreements where appropriate for the best fulfillment of its object.] *Ley de Petróleos Mexicanos*, 2008. [Abrogated in 2014]. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abroga.htm>

66 During the past decade, the Mexican Congress, anchored in the same deeply rooted populist protectionist rhetoric once-patriotic *Carranza* doctrine, systematically disavowed every initiative to liberalize the hydrocarbons' sector legal framework. The legislative debate and initiatives were conceived by the

the PEMEX Act of 2014 (in force) the State-owned company's powers to enter arbitral agreements were maintained.<sup>67</sup>

Some of those reforms were contemporaneous to NAFTA negotiations, where Mexico gave up some of its hardline protectionist positions regarding foreign investment, therefore, disputes regarding those transactions become arbitrable. Under NAFTA, the parties agreed that international hydrocarbons sales and purchases made by PEMEX were to be considered private transactions—*acta jure gestionis*—governed by private law. The effect of such covenant is not trivial, Mexico cannot invoke State immunity to avoid neither arbitral nor foreign courts' jurisdiction, over disputes related to sales and purchases of oil and gas. For instance, under the U.S. Foreign Sovereign Immunities Act, trade transactions made by the States agencies and companies enjoy no immunity, such is known as the *ius commercii* doctrine.<sup>68</sup> Moreover, by means of the most favored nation clauses convened in other FTAs and BIT's, such benefit is extensive and may be invoked by other countries' nationals and companies.

## B. Prior investment statutes

The reforms made to the Mexican legal framework on investment, as a consequence of NAFTA negotiations, allowed the participation of foreign companies in almost all sectors, even hydrocarbons sector was sensibly opened to foreign investment, the protectionist-nationalist rhetoric was tempered by the statutes and regulations, to avoid a

---

rightist political party *PAN* during the two presidential periods the *PAN* held the Presidency (2000-2012).

67 "Artículo 115.- Las controversias nacionales en que sean parte *Petróleos Mexicanos* y sus empresas productivas subsidiarias, cualquiera que sea su naturaleza, serán de la competencia de los tribunales de la Federación, quedando exceptuados de otorgar las garantías que los ordenamientos legales exijan a las partes, aun en los casos de controversias judiciales. Sin perjuicio de lo anterior, *Petróleos Mexicanos* y sus empresas productivas subsidiarias podrán pactar medios alternativos de solución de controversias, cláusulas o compromisos arbitrales, en términos de la legislación mercantil aplicable y los tratados internacionales de los que México sea parte. Tratándose de actos jurídicos o contratos que surtan sus efectos o se ejecuten fuera del territorio nacional, *Petróleos Mexicanos* y sus empresas productivas subsidiarias podrán convenir la aplicación del derecho extranjero, la jurisdicción de tribunales extranjeros en asuntos mercantiles y celebrar acuerdos arbitrales cuando así convenga al mejor cumplimiento de su objeto." [National disputes involving *Petróleos Mexicanos* and its subsidiaries, regardless of their nature, shall be the responsibility of the courts of the Federation, the parties shall be excepted from granting the guarantees required by the law, even in case of judicial disputes. Notwithstanding the foregoing, *Petróleos Mexicanos* and its subsidiary productive companies may agree alternative means of dispute resolution, arbitration clauses or commitments, in terms of the applicable commercial law and international treaties to which Mexico is a party. In the case of legal acts or contracts which effects or execution take place outside the national territory, *Petróleos Mexicanos* and its subsidiary productive companies may agree on the application of foreign law, the jurisdiction of foreign courts in commercial matters and enter arbitration agreements where appropriate for the best fulfillment of its object.] *Ley de Petróleos Mexicanos*, Diario Oficial de la Federación, 11 agosto 2014. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

68 28 U.S.C. §1605(a)(2)

constitutional reform. Foreign investment was allowed either directly, through equity or through the incorporation of national companies, holdings and other mechanisms of control were admitted as long as they complied with the restrictions of participation set out by the Foreign Investment Act of 1993. The law provided the means to circumvent the constitutional restrictions to foreign investment for example by renouncing in writing to resort to the protection of the government of their countries of origin in case of an investment dispute. Another legal mechanism to avoid foreign investment restrictions were the neutral shares or “N-shares” that conferred to their holders full economic rights but limited corporate rights to avoid foreign control over a ‘Mexican’ company, suitable for equities and holdings. Also, the legal figure of the *fideicomiso* (trust) still plays a key role as a vehicle to foreign investment liberalization. Under a *fideicomiso* a Mexican banking institution (trustee) holds the property rights over the assets, notably land, which can only be invested and managed in accordance with the beneficiary’s instructions, such beneficiary could be a foreigner—person or entity.

Regardless the statutory liberalization of foreign investment restrictions, private companies (national and foreign) were banned from the activities of exploration and extraction of hydrocarbons unless they were awarded with a contract by PEMEX, though final commercialization corresponded to the State’s company. The liberalization remained in the national political debate for two decades until the political parties represented in the Federal Congress reached a general accord approving one of the most transcendental constitutional reforms, the so called *Energetic Reform* in 2013. Under the reform, it corresponds to the National Hydrocarbons Commission to award the concessions for the exploration and exploitation of oil and gas; PEMEX became only one of the many concurrent companies in the sector.

### C. Arbitration under the *Energetic Reform’s* Hydrocarbons Act

Thanks to the *Energetic Reform*, foreign capitals and companies can compete in equal circumstances with PEMEX and Mexican companies for concessions of exploration, extraction and commercialization of oil and gas, or form joint ventures among themselves or with PEMEX. Under Article 21 of the *Ley de Hidrocarburos* (Hydrocarbons Act, 2013), oil and gas exploration and extraction contracts to be licensed by the National Hydrocarbons Commission may provide for arbitration as alternative method for resolution of disputes, only if the agreed applicable law (*lex contractus* and *lex causae*) is the Mexican Federal law, the language is Spanish and the parties agree on the irrevocability of the award.<sup>69</sup>

---

69 “Article 21. In regard to disputes referring to Exploration and Extraction Contracts, except as provided for in the preceding Article, alternative dispute-resolution forms may be set forth, including arbitration agreements as provided for in the Fifth Book, Fourth Title, of the Commercial Code and the international arbitration and dispute-resolution treaties to which Mexico is a party. The National Hydrocarbons Commission and the Contractors shall under no circumstances be subject to foreign laws. The arbitration procedure shall be adjusted to the following conditions in every case:

The new Hydrocarbons Act provides applicable rules to hydrocarbons exploration and extraction contracts awarded by the National Hydrocarbons Commission, such norms cannot be waived or modified by the parties. Those contracts are awarded through an international tender procedure. Beneficiaries of the allocated contracts have no bargaining power to modify, among others, the arbitral agreement and the applicable law clauses of the model contract. The Hydrocarbons Act regulations' clause remits the parties and the arbitrator to Mexican Federal laws as applicable-law, however international treaties and international law are also applicable, as stated (*supra*), incorporated by Article 133 of the Constitution, namely IIAs and the expanded benefits of their most favored clauses. Moreover, as stated above also, the Constitution and the Hydrocarbons Act incorporate by reference the 'best international practices' of the sector which become applicable and must be ascertained on a case-by-case basis. All those applicable norms of diverse nature and sources shall be ascertained and applied by Mexican federal courts in cases of "administrative rescission" and by the arbitrator, depending on the nature of the dispute and the dispute resolution mechanism.

Before the end of 2018, eleven tenders for the allocation of exploration and extraction of oil and gas under the Hydrocarbons act (2013), were accomplished within the three rounds scheduled. Within the three first rounds, 107 exploration and extraction contracts were allocated out of which 12 are already producing oil and gas. Around 73 small and medium-size companies from 20 different countries have been awarded with contracts.<sup>70</sup> The contracts allocated under Mexican Hydrocarbons Act provide for arbitration of disputes under UNCITRAL rules; except for controversies arisen from "administrative rescission," in which case Mexican federal courts will have exclusive jurisdiction.<sup>71</sup> It is to be noted that other disputes falling out of the scope of the contract, but within the scope of a given IIA, may give place to the enforcement of the arbitral clause contained in the IIA and invoke the remedies agreed therein.

Despite the global fall in the oil prices in 2014, the sector was expected to regain profitability and stabilize as of 2019. Mexico expects considerable increments of foreign investment in oil and gas projects, so far investments under the Hydrocarbons Act amount close to two billion dollars. Probabilities of disputes connected to those investments will proportionally increase as well: unsettled social conflicts for affectations left by PEMEX to communities; undisclosed environmental damages made by PEMEX; theft of equipment making part of the licensing contracts; inaccessible isolated fields; local authorities corruption; and organized crime, to name a few, that

---

I. The applicable laws shall be Mexican federal laws;

II. They shall be conducted in Spanish; and

III. The award shall be strictly at law and shall be binding and final for both parties." *Hydrocarbons Act, 2014*. <http://www.eisourcebook.org/cms/December%202015/Mexico%20Hydrocarbons%20Law%202014.pdf>

70 <https://rondasmexico.gob.mx/esp/cifras-relevantes/> (consulted on July 25, 2019)

71 *Idem*.

could trigger disputes or give occasion to claims from the investors on State's liability for breaching the IIAs, defrauding investors' expectancies and violating investments protections. Following such trend, it is logical to expect an increment in the number of arbitral awards resulting from arbitration proceedings as well as an increment in their enforcement either before national courts or abroad.

## 5. RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF INVESTMENT ARBITRAL AWARDS BY MEXICAN COURTS

### A. Enforcing an award under the New York Convention

As stated above, Mexico did not ratify the Washington Convention but instead joined the New York Convention on the Recognition and Enforcement of International Commercial Arbitration Awards. Therefore, arbitral awards where Mexico is interested party are likely to be enforced under the New York Convention. The winning party may enforce its award at any State member of the New York Convention; such country will be the *forum executionis*. The choice will depend on the location of the losing party's assets location in sufficient amount to guarantee the recovery of the awarded damages, or in the forum where a given performance is expected to be executed as part of the remedies.<sup>72</sup> A party seeking to execute an award will choose the *forum executionis* based also on different aspects of its judicial system such as efficiency, rule of law, corruption indexes, and likelihood of annullability of the award by local courts.

Torres González sustains that whoever pretends to enforce an arbitral award in a country different than his must face the phantom of the foreign judiciary system to obtain its recognition and execution.<sup>73</sup> As it was established, enforcement involves dealing with national courts for the recognition of the enforceability of the award—*exequatur*—, its actual execution, and the resolution of challenges, objections and remedies provided by the New York Convention. Also, in accordance with the Convention, only the courts of the seat of arbitration are competent to vacate or annul the award under the laws of the forum *lex fori*. Attention must be paid to avoid the host State as the seat of the arbitration because an eventual award averse to the State could attract a set aside by potentially biased national courts in countries where the judiciary branch is not independent from the executive or where judiciary adopts nationalistic postures.

Nevertheless, a set aside of an award by the courts of the seat of arbitration does not necessarily bring about the impossibility of its execution elsewhere because the courts of other member States to the New York Convention are free to recognize and enforce the award despite its annulment by the seat's courts. The French scholarship or *école de Dijon*, that during the second half of the 20th century developed judge

<sup>72</sup> Goodrich, Riquelme y Asociados, *Mexico, Business opportunities and legal framework*, p. 265.

<sup>73</sup> Torres González, *op. cit.*, p. 558.

Philippe Jessup's proposition of the existence of a Transnational Legal Order different and autonomous from the national legal orders, permitted French courts—and other countries' courts that follow the French school's postulations—to grant the *exequatur* status to an arbitral award despite being set aside by the courts of the situs. The opposite posture, generally adopted by U.S. courts, tends to respect the authority of an award or its annulment under the *lex forum*, unless the issuance or annulment manifestly divert from the facts or result contrary to justice and equity.

Further or multiple national recognitions—*exequatur* procedures—of arbitral awards and their respective enforcement procedures represent a major risk that investors want to avoid. Such legal enterprises are time and money consuming, they shall be kept in mind while taking investment-wise decisions. Contrary to the New York Convention model, based on national courts' recognition-and-enforcement, under the ICSID model the State parties assume the obligation to grant awards the quality of *res judicata* without a prior *exequatur* procedure. The revision of the awards is conducted by ICSID only.<sup>74</sup>

Under Article V.1 of the New York Convention, an arbitral award, may be vacated if either of the parties proves that the arbitral agreement is void for lack of capacity of either party, improper notice given to either party during the process, if the dispute fell out of the scope of the agreement, for improper composition of the arbitral authority, or if the award is not yet binding or was set aside under the *lex forum*.<sup>75</sup> Under Article

74 Ortiz Ahlf, *op. cit.*, p. 392.

75 "ARTICLE V. 1. Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that:

(a) The parties to the agreement referred to in article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made; or

(b) The party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case; or

(c) The award deals with a difference not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, that part of the award which contains decisions on matters submitted to arbitration may be recognized and enforced; or

(d) The composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place;

or (e) The award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made.

2. Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that:

(a) The subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of that country; or

(b) The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country." Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York 1958).

V.2 of the New York Convention, a national court may deny the recognition and execution of an award if, according with the *lex fori*: the award is contrary to public policy because the dispute and the award is not a subject matter of arbitration; the arbitral procedure violated basic procedural or legal principles, such as the right to due process; or because the arbitrator exceeded the mandate of the parties (*ultra vires* acts).<sup>76</sup> The three main causes of action to prevent enforcement of an award shall be invoked at the incidental procedure under national law of the *forum executionis*.<sup>77</sup>

## B. Executing an award in Mexico

In 1993, Mexico incorporated UNCITRAL's arbitration rules and principles into both its Commerce Code and its Federal Civil Proceedings Code which were reformed to provide for the recognition and execution of foreign arbitral awards, respectively in commercial and civil matters. Based on the conflict of laws method, Mexico built an intricate system intended to foster arbitration as an alternative method to the judicial resolution of disputes, allowing the execution of foreign awards in national territory.<sup>78</sup> Under Article 1461 of the Mexican Commerce Code, an arbitral award from any country may be recognized as binding and executory. However, recognition and enforcement are two different concepts that require to substance an incidental procedure before the Mexican courts. Likewise, Article 569 of the Federal Civil Procedure Code provides that non-commercial foreign arbitral awards will be recognized and enforced to the extend they are not contrary to public policy.<sup>79</sup> Both articles realize and comply with the obligations assumed by Mexico under the New York Convention.

Whereas in principle arbitral awards are definitive and cannot be recurred or appealed unless the parties so agreed, the public policy exception in Mexican law compels national courts to analyze the merits and findings grounding the award to determine whether it complies with both procedural and substantive public policy. Moreover, public policy in Mexico is not a core of fundamental directives but it is decreed by the Congress: almost every federal statute in Mexico is expressly deemed public policy: "public order." Therefore, the recognition-enforcement of a foreign arbitral award—also known as "homologation" in Mexican law—will require the national court to assess whether the arbitral procedure and award are vitiated before it declares its *exequatur* and provides for its execution.

The arbitral award, not having a judicial nature, cannot be recurred through an ordinary procedural remedy but, instead, given the private nature of both the arbitral agreement and the mandate given to the arbitrator, the award can only be annulled;

---

76 *Op. cit.*, p. 685.

77 See also Arellano García, *Derecho Internacional Privado*, p. 768.

78 López Velarde Estrada, *El sometimiento al derecho extranjero por medio de la cláusula de derecho aplicable*, pp. 423-431, 438; ver también Torres González, *op. cit.*, p. 567.

79 *Idem*.

in other words, declared void. According to Sánchez Medal, the legal nature of an arbitrator's appointment is analogue to that of a mandate or commission, because of the arbitral agreement entered between the parties.<sup>80</sup> The parties act as mandators and the arbitrator acts as a mandatory who, following the instructions of the parties to substance an arbitral procedure, issues an award to solve a dispute between the parties (mandators).

The grounds for annulment of non-ICSID awards are contained in the *lex arbitri* of the seat of arbitration. Although there is a certain degree of uniformity in the grounds and proceedings for set aside, substantial differences may exist, especially in the practice and in the interpretation given to such grounds by local courts.<sup>81</sup>

Aside of the three main causes of action to claim the annulment of the awards, procedural resources and objections pertaining to the incidental procedure are available to the parties. When a party of an arbitral procedure resorts to a national court to claim the *homologation* and enforcement of an arbitral award, the expectation is that the national court will provide for its coercive execution. The only possible rejoinder against the incidental interlocutory resolution that recognizes and provides the arbitral award execution, is the *amparo*, a remedy against the violation of procedural rights of any of the parties to the incidental procedure.<sup>82</sup> The loser against whom the award is being executed, may therefore resort to the *amparo* resource in case of violation of his right to due process.

### C. The national courts conundrum

Unfortunately, Mexican courts are not prepared to apply conflictual norms in combination with international law, and less prepared to operate transnational law concepts and rules.<sup>83</sup> Often, they have substandard knowledge of international law, and face multiple challenges to apply principles and norms of foreign law due to language barriers and exoticism of foreign law concepts. All of which easily leads to misinterpretations and unsatisfactory enforcement of foreign arbitral awards, or worse, to enforcement denials based on arbitrary findings of awards being contrary to the expansive concept of public policy or non-arbitrable matters under Mexican law without considering international treaties prevalence.<sup>84</sup>

For instance, the Mexican 7th Circuit's Civil Court held in an *amparo* resolution (2012) that where the annulment of an arbitral award is sought under Article V.1 of the New York Convention, incorporated into Article 1457 section I of the Mexican Commerce

80 Sánchez Medal, "*Medios de Impugnación del Laudo Arbitral*," p. 681-691.

81 Babiy *et al.*, *op. cit.*, p. 52.

82 Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 686.

83 López Velarde Estrada, *op. cit.*, p. 419.

84 Torrez González, *op. cit.*, p. 653.

Code, the judge must also *ex officio* analyze and, if it is the case, set the award aside if it is found that the subject of the dispute is not arbitrable or if the recognition or execution of the award is contrary to “public order;” even if such grounds of annulment were not invoked by the parties.<sup>85</sup> In that sense, the same Court held in a different ruling that because the concept of “public order” is not defined in the Constitution or in the Commerce Code, it becomes necessary to determine its meaning on a case-by-case basis, to protect the Mexican legal order from extraneous intrusions. Hence, an award not only transgresses the “public order” when it is contrary to a statutory provision expressly denominated as such, but further and deeper analysis by the judge is required to determine if a given award’s recognition and execution would breach the national “public order.”<sup>86</sup>

Another potential source of difficulties to enforce an award in Mexico is Article 1457, sección II, of the Mexican Commerce Code when it provides that an award is null if the controversy is not arbitrable under the Mexican law. According to the Third Civil Tribunal of the First Circuit whenever the matter of the award is deemed not arbitrable what is really at stake is the legal validity of the arbitral agreement either because the matter has been previously settled—*res judicata*—or because the parties are not free to enter an arbitral agreement upon it, which would reveal a lack of subject matter jurisdiction of the arbitrator.<sup>87</sup> Although such holding of the Third Civil Tribunal of the First Circuit is not authoritative, it exemplifies the few knowledge that national courts could have of concepts such as *competence-de-la-competence*, severability, and preeminence of international law, to mention a few. That lack of subject matter jurisdiction, as ground to set aside an award, freely considered by national courts is particularly perilous when national legal orders, like the Mexican, denominate as “public order” or “exclusive jurisdiction of the State’s courts” matters that, by nature, belong to private law and that are susceptible of arbitration in most national legal orders, such as the rescission of a contract. Under Mexican law, before and after the *Energetic Reform*, upstream operations contracts’ rescission by the State, “administrative rescission,” are not arbitrable.

---

85 *Amparo directo 6/2012. Bergesen Worldwide Limited. 19 de abril de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Julio César Vázquez-Mellado García. Secretario: Carlos Manríquez García. Tesis Aislada I.7o.C.17 C (10a.), Séptimo Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Civil, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro X, julio de 2012, Tomo 3; Décima Época, p. 1877.*

86 *Amparo directo 6/2012. Bergesen Worldwide Limited. 19 de abril de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Julio César Vázquez-Mellado García. Secretario: Carlos Manríquez García. Tesis Aislada I.7o.C.20 C (10a.), Séptimo Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Civil, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro X, julio de 2012, Tomo 3; Décima Época, p. 1878.*

87 *Amparo en revisión 195/2010. Maquinaria Igsa, S.A. de C.V. y otra. 7 de octubre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: José Luis Evaristo Villegas. Tesis aislada I.3o.C.948 C, Tercer Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXIII, Mayo de 2011; Novena Época, p. 1239.*

In addition, there is the possibility of political pressure over national courts to influence the awards recognition-enforcement and annulment procedures. If that politicization becomes a practice of national courts, it could become a risk to be calculated or an investment deterrent. The same inconveniences could be faced by Mexico if it is in the position of enforcing or challenging an award before a foreign court.<sup>88</sup> This is the legal scenario in which the *Energetic Reform* and its investment projects will navigate. Eventually, foreigners investing in Mexico may start arbitral procedures related to oil investments, enforce or challenge arbitral awards both in Mexico and abroad.

## 6. THE “ADMINISTRATIVE RESCISSION” AND ITS INTERACTION WITH TRANSNATIONAL LAWS

### A. The unlearnt lessons from *COMMISA v. PEMEX* case

With the *Energetic Reform*, the new Mexican setting of oil and gas exploration and production contracts is administered by Mexico’s National Hydrocarbons Commission (CNH). Also, a new scenario emerges where multiple transnational investors, alongside PEMEX and its subsidiaries, will enter oil and gas exploration and extraction agreements with the CNH, extraction, and related services. Upstream contracts to be awarded by the CNH as well as contracts entered by PEMEX on its own legal capacity, will be governed by the Hydrocarbons Act, its regulations and other Mexican administrative-law statutes.

Under the Hydrocarbons Act, the Executive branch, acting through the National Hydrocarbons Commission may administratively rescind an Exploration and Extraction Contract and recover the Contractual Area when the counterparty incurs in any of the serious faults set by Article 20 of the Act.<sup>89</sup> The rescission is resolved by the

88 Rodríguez Jiménez, *op. ct.*, p. 140.

89 [Article 20.-The Federal Executive, acting through the National Hydrocarbons Commission, may administratively rescind Exploration and Extraction Contracts and recover the Contractual Area only when any of the following serious causes is present:

I. The Contractor fails to commence, or suspends the activities stipulated in the Exploration plan or development plan for Extraction for more than one hundred and eighty uninterrupted calendar days in the Contractual Area without just cause or authorization from the National Hydrocarbons Commission;

II. The Contractor fails to comply with the minimum work commitment, without just cause, pursuant to the terms and conditions of the Exploration and Extraction Contract;

III. The Contractor transfers all or part of the operation or rights conferred in the Exploration and Extraction Contract without having been authorized in advance as prescribed in Article 15 of this Law;

IV. A serious accident occurs due to the Contractor’s misconduct or negligence, which causes damage to the facilities, death, or loss of production;

V. The Contractor, more than once, maliciously or unjustifiably submits false or incomplete information or reports to, or hides them from, the Ministry of Energy, the Ministry of Finance and Public Credit, or the Ministry of Economy, or the National Hydrocarbons Commission or the Agency, regarding the production, costs, or any other relevant aspect of the Contract;

CNH, in other words, by the own licensor and has a great margin of discretion. This unilateral cause of termination of the agreement may rise concerns amidst potential investors in the oil and gas sector. Administrative rescission disputes are not arbitrable according with the Hydrocarbons act and the energetic tenders' model contracts, and are ultimately settled by para-judicial courts which make part of the executive branch of the government, not the judicial branch, which raises concerns about their autonomy. In the past, the figure has been the occasion of arbitrary and unjustifiable terminations of contracts entered by PEMEX. It is also a perfect vehicle for corrupt practices and conflicts of interests. This infamous "administrative rescission" concept of Mexican administrative law, now available to the CNH to unilaterally terminate an upstream contract, was a key element in the case of *Corporación Mexicana De Mantenimiento Integral, S. De R.L. De C.V. v. Pemex-Exploración y Producción* (also known as *COMMISA v. PEMEX*).<sup>90</sup>

The dispute of the case had its origin in technical differences related to the construction of two off-shore platforms; best sectorial practices were at stake in the heart of this matter. After PEMEX gave notice of the "administrative rescission" to COMMISA, the latter attempted to challenge the constitutionality appropriateness and timeliness of the "administrative rescission" through the *amparo* action. The *amparo* ruling confirmed the constitutionality of the "administrative rescission." After a conciliation period failed, COMMISA took PEMEX to arbitration, in accordance with the contract entered between the parties, the dispute was settled under ICC arbitration rules, with Mexico City as the seat of the arbitration and Mexican law as the agreed applicable law (*lex causae*).

After a preliminary award enjoining PEMEX, and foreseeing the imminent adverse award, before the arbitration ended, the Mexican Congress reformed the law and vested the Mexican Fiscal Tribunal of Administrative Justice—an administrative authority depending on the Executive branch—with exclusive jurisdiction over disputes related to public contracts, such as those entered by PEMEX with national and foreign investors like COMMISA. "Not incidentally, the switch curtailed the applicable statute of limitations: previously, ten years for suits in the Mexican District Courts; afterward, for suits in the Tax and Administrative Court, 45 days."<sup>91</sup> Also, the Mexican Congress reformed the Law of Public Works and Related Services to abrogate the rules that

---

VI. The Contractor breaches a final resolution of the federal courts which constitutes res judicata; or  
VII. The Contractor unjustifiably fails to make any payment to the State or to deliver Hydrocarbons to it in accordance with the time limits and terms stipulated in the Exploration and Extraction Contract. ..."] *Ley de Hidrocarburos* (2014) [www.eisourcebook.org/cms/December%202015/Mexico%20Hydrocarbons%20Law%202014.pdf](http://www.eisourcebook.org/cms/December%202015/Mexico%20Hydrocarbons%20Law%202014.pdf)

90 *Corporación Mexicana De Mantenimiento Integral, S. De R.L. De C.V. v. Pemex-Exploración Y Producción*, 832 F.3d 92 (2d Cir. 2016).

91 *Corporación Mexicana De Mantenimiento Integral, S. De R.L. De C.V. v. Pemex-Exploración Y Producción*, 832 F.3d 92, 99 (2d Cir. 2016).

provided for the arbitrability of claims such as those risen by COMMISA.<sup>92</sup> When the arbitral tribunal awarded COMMISA a USD\$300 million damages recovery, PEMEX and the Mexican government challenged the award before the Fiscal Tribunal and had it set aside. Facially, the immediate purpose of the *ex post facto* reform was to provide the conditions for the annulment of the award under national law so that it could not be enforced under the New York or the Panama Conventions.<sup>93</sup>

Under the reformed regulations, the Mexican Fiscal Tribunal of Administrative Justice was bestowed with exclusive jurisdiction over public contracts' and consequently over disputes arisen from "administrative rescission," subtracting the issue from the scope of arbitrable matters and therefore, making the award annulable and leaving COMMISA without defense because the statute of limitations had passed. However, despite the set aside, COMMISA enforced in the United States where a U.S. court confirmed the award regardless its annulment judged by the Mexican Fiscal Tribunal. PEMEX appealed and moved for vacatur of the award based on the supervening set aside of the award by Mexican courts. The U.S. Court of Appeals for the Second Circuit vacated and remanded to the district court which, on remand, confirmed enforcement:

HOLDINGS: [1]-District court properly exercised its discretion in confirming award because giving effect to the subsequent nullification of the award in Mexico would run counter to U.S. public policy and would (in the operative phrasing) be "repugnant to fundamental notions of what is decent and just" in this country; [2]-Appellant's personal jurisdiction and venue objections were without merit; [3]-The district court did not exceed its authority by including in its judgment \$106 million attributed to performance bonds that appellant collected; [4]-Although the Panama Convention afforded discretion in enforcing a foreign arbitral award that has been annulled in the awarding jurisdiction, and thereby advances the Convention's pro-enforcement aim, the exercise of that discretion here was appropriate only to vindicate fundamental

---

92 "Two developments in Mexican law transpired while arbitration proceedings were ongoing. In December 2007, the Mexican Congress changed the available forum for claims that (like COMMISA's) raise issues related to public contracts, and vested exclusive jurisdiction for such disputes in the Tax and Administrative Court. Not incidentally, the switch curtailed the applicable statute of limitations: previously, ten years for suits in the Mexican District Courts; afterward, for suits in the Tax and Administrative Court, 45 days.

Second, in May 2009, the Mexican Congress enacted Section 98 of the Law of Public Works and Related Services ("Section 98"), which ended arbitration for certain claims (such as those by COMMISA): An arbitration agreement may be executed regarding the disputes arising between the parties related to the construction of contractual clauses or related to issues arising from the performance of the contracts ... The administrative rescission, early termination of the contracts and such cases as the Regulation of this Law may determine may not be subject to arbitration proceedings.  
J.A. at 3758." *Idem*.

93 Under article V(1)(e) and V(2)(a) of the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, the execution of the award may be denied respectively: if the award was set aside by a competent authority of the *situs* and if the dispute is not arbitrable under the law of the State where its execution is sought.

notions of what was decent and just in the U.S. The district court's judgment was affirmed.<sup>94</sup>

Although US courts' policy is rather to respect awards' annulments issued by foreign courts, in *COMMISA v. PEMEX*, the US District Court for the Southern District of New York granted the enforcement and confirmed on remand when it found that the set-aside of the Mexican court was "repugnant to fundamental notions of what is decent and just" because it was issued under extremely inequitable circumstances and violated fundamental principles of law.<sup>95</sup> The case constitutes an ignominious landmark of enforcement of international arbitral awards despite their annulment. The figure of the "administrative rescission" grounded the annulment of the award in violation of fundamental principles such as the no retroactive application of the law in prejudice of the party and the vested-rights doctrine, which are general principles of both Mexican and U. S. law. The set aside was issued under political duress, grounded on an impinging legal reform made *a modo*, the Mexican administrative and judicial authorities acted both biased and under pressure. Altogether in contravention of general principles of law notably the fair and equitable treatment, good faith, due process, and the *pacta sunt servanda* principle with respect to the arbitral agreement and the obligation of the parties to respect and comply with the award.<sup>96</sup>

Even if the case was finally settled in 2018 when PEMEX agreed to pay \$300 million dollars plus interests to the claimant, which amounted to \$435 million dollars, the ten year long *COMMISA v. PEMEX* case had important effects. Firstly, at a transnational level as the U.S. District Court's ruling proved that the enforcement of the award is still possible despite its annulment by a court of the situs of the arbitration; secondly, at a national level, as the reform made *a modo* stayed and the figure of the "administrative rescissions" was declared constitutional by the Supreme Court seen as a prerogative of the State to promote the public interest. Under the *Energetic Reform* era, CNH and PEMEX contracts have express clauses under which the disputes related to administrative rescissions are not arbitrable but exclusive jurisdiction of Mexican courts. However, the core of the matter is not the jurisdiction but rather the position that Mexico, whether PEMEX or the CNH, adopts towards new arbitration procedures. It is not to be forgotten that the Hydrocarbons Act may be

94 *Corporación Mexicana De Mantenimiento Integral, S. De R.L. De C.V. v. Pemex-Exploración Y Producción*, 832 F.3d 92, 97 (2d Cir. 2016).

95 *COMMISA v. PEMEX* is the second case where a US court grants a motion in despite of an award's vacatur. See, *TermoRio v. Electranta*, 487 F. 3d 928, 938 (D.C. Cir. 2007).

96 Furthermore, although is not related to oil and gas sector and its facts are not quite the same, there are a few lessons that should have been learnt with regards to governmental acts *ex post* award, with respect to the violation of fair and equitable treatment standard—and derived components of good faith, due process and no discrimination—drawn at a prior case where Mexico was also involved as respondent host State, *TECMED v. Mexico* which also became a landmark. See *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2 at: <https://www.italaw.com/cases/1087#sthash.YCJog2mj.dpuf>

inconsistent with international law, namely International Investment Agreements. If an IIA provides a base for the arbitration of oil investment disputes it will be directly in conflict with the “administrative rescission” doctrine, yet the treaty shall prevail in accordance with the supremacy principle set forth by Article 133 of the Mexican Constitution.

The *competence-de-la-competence* doctrine allows the arbitrator to determine its own jurisdiction regardless the carefully woven upstream contract awarded by the CNH and the eventual findings of the Mexican Fiscal Tribunal.

The “administrative rescission” would scarcely discourage potential investors in the Mexican oil and gas sector because oil companies are used to transact and do profitable business in the most adverse political and geographical environments. Since the 90s Mexico is recognized for its advantageous investment environment. So far, the international tenders called by the CNH under the *Energetic Reform* era have registered an enthusiastic participation of transnational actors. Yet there is a lot at stake for Mexico in the field of international arbitration, notably its reputation as a fair-play State.

It is foreseeable that as contracts increase the probability of disputes and arbitrations will also increase. PEMEX, the CNH and the Executive branch authorities must be extremely scrupulous to avoid profiling Mexico as a non-compliant country that eludes its contractual obligations or disobeys arbitral awards. Oil and gas contracts, in the *Energetic Reform* era, apparently purge the possibility of another *COMMISA v. PEMEX* by subjecting the contract exclusively to Mexican laws and courts jurisdiction in the case of “administrative rescission” disputes. However, as it was established, that prophylactic legal construction and provisions are facial or ineffective when inconsistent with treaty provisions backed up by the French school of arbitration that will recognize full effects to an award even if set aside by foreign courts.

## **B. The incorporation of the best sectorial practices**

Lastly, although it could be matter of a diverse extensive study, it is important to note that one of the characteristic aspects of the *Energetic Reform* is the incorporation to the Mexican legal framework, both at a constitutional and statutory level, of the best international practices of the oil sector. That incorporation adds to the incorporation of international treaties and international law under article 133 of the Mexican Constitution as well as the general principles of law under Articles 14 of the Constitution and 19 of the Federal Civil Code. If an incidental procedure sets aside an arbitral award in violation of such practices or principles, foreign courts will find useful the holdings from *COMMISA v. PEMEX* to enforce regardless the annulment of the award.

Such best practices constitute transnational norms of conduct that equally bound the host State and the investors but are not controlled exclusively by neither of them. Those norms overlap the national and international law, and have a diverse nature. The transcendence of their incorporation into the Mexican energetic sector legal

framework relies on the fact that, in Mexican trade and civil law, the binding character of the usages and practices constitutes an exception. The best practices operate by constitutional mandate (Article 25, fifth paragraph) and restrain the Mexican State, its agencies and instrumentalities, as well as private actors. The constitutional provision elevates such usages to a higher hierarchical level with respect to federal laws' provisions including the "administrative rescission" which could inadvertently clash with the international best practices and give place to new disputes.

## 7. CONCLUSIONS

At the beginning of the 20th century the Mexican Constitution of 1917 recollected the ideals of the "Mexican Revolution," notably the protectionist and nationalistic approach to foreign investment and the nationalization of the oil and gas industry in 1938. Such protectionist position reached its most astringent point under the Mexican Investment Promotion and Foreign Investment Regulation Act of 1973. It was only in the 80s that Mexico changed its economic model and started a process of liberalization, embracing the free market doctrine. Mexico's oil and gas sector, formerly closed to foreign investment, strongly regulated by a particularly protectionist legal framework, experimented a gradual liberalization that ended in 2013, with its opening to foreign participation in hydrocarbons exploration and extraction activities thanks to the *Energetic Reform*.

Economic integration to the new world scenario dominated by the 'International model', required a legal framework capable to dialogue and interact with other national legal orders and implement the international agreements on trade and investment. The Mexican legal framework, based on the international private law method, developed a complex system of conflictual laws that allowed the indispensable legal dialogue between Mexican and foreign laws for the governance of investment and the resolution of disputes. Such dialogue facilitated the interaction between Mexican and global economic actors, acknowledged private contractual practices such as the choice of applicable law to contracts including rules and principles of international law. Among those principles, international arbitration stands out as the preferred method for the settlement of disputes in connection to those international contracts. Principles of international private law as well as international law rules were incorporated to the national legal order to give full credit and faith to international arbitral awards.

Nonetheless, foreign investment and arbitration continue to be a sensitive matter, notably in the energetic sector. Mexico is a notorious absentee of the Washington Convention and, consequently, of its International Center for the Settlement of Investment Disputes (ICSID). Probably under the assumption that the subjection of the State to a meta-national tribunal was inadmissible for it is inconsistent with constitutional principles; probably also under the presumption that in an *ad hoc* arbitration, Mexico can control the applicable substantive and procedural laws, or because ICSID membership obligations seemed too burdensome and ideologically

incompatible with the Mexican political class. Yet, Mexico overcame the dilemma and became a believer of arbitration as alternative mechanism for the settlement of investment disputes and has agreed, under International Investment Agreements and Free Trade Agreements with investment provisions, to arbitrate disputes through ICSID's additional facility rules or through other sets of arbitral rules like the ones of the International Chamber of Commerce or UNCITRAL *ad hoc* arbitration rules.

Despite the effectiveness of the Mexican solution to its alienation from the Washington Convention, the full ICSID membership would represent enormous advantages in terms of enforcement and revision of awards, but primarily as a key instrument for the protection of Mexican investments abroad, particularly in the adverse scenario of the U.S. withdrawal from NAFTA or the no ratification of the USMCA, being the U.S. the principal destination for Mexican investments.

Regarding the countries' natural reluctance to apply other-than-their-own law to investment matters, which was described by Alfred Boulard as the "false dilemma of the applicable law," Mexico's tip-toes around the incorporation of the Transnational law model that dominates and characterizes transnational corporations' investments. As Mexico finally opened its oil and gas sector to foreign investment, and its State-owned companies like PEMEX have had capacities to celebrate arbitral agreements related to international contracts or to agree on applicable law different to the Mexican law for contracts executed abroad, Mexico did not surrender the governance of its domestic laws over investments and upstream contracts to be executed in its territory entered under the *Energetic Reform*.

With the *Energetic Reform*, the electric power production and hydrocarbons sectors dragging-feet liberalization was finally concluded and tuned up with the actual international environment of openness to transnational corporations' investment. The Energetic Reform regulatory framework however incurred again in Boulard's "false dilemma of the applicable law." With the pretension to control the applicable law, Mexico not only kept upstream contracts governed by national laws and courts jurisdiction, but also maintained the legal figure of the "administrative rescission" which subtracts from the arbitrable matters most of the disputes that may arise from the contracts.

Such false dilemma, meant to avoid the application of extraneous laws, is however theoretical and rapidly dismantled by the legal effects of the incorporation of international treaties to the Mexican legal framework via Article 133 of the Mexican Constitution—which elevates IIAs to the highest hierarchical level within Mexico's national legal order—in combination with the express reference, also in the Constitution and statutes, to the best sectorial practices in oil and gas sector, open the door, in case of a dispute, to the application of an expanded catalogue of norms of diverse nature. The sole reference to international law has the window-effect of placing those investments and contracts under the governance of an expansive network of international investment treaties with their protection standards and remedies interconnected

thanks to their most-favored-nation clauses. If the dispute is cognized by a national court, in case of conflict with federal laws, international law norms, principles and the best sectorial practices prevail by hierarchy and constitutional mandate.

This unique phrasing mirrored in the applicable law clause in PEMEX and CNH's contracts opens interpretation possibilities of the most relevant effect whenever a dispute between the parties is settled through international arbitration. So much so that in the actual Mexican oil and gas investment framework, international contracts entered into by PEMEX and the CNH include arbitral clauses by which the arbitrator shall settle the dispute applying national laws and "other rules and principles of international law." In addition, applicable-law default provisions contained in Article 35 of UNCITRAL rules of arbitration, Article 21 of ICC rules and Article 42 of ICSID's additional facility rules which, failed the applicable-law designation made by the parties, allow the arbitrator to freely ascertain the most appropriate norms from a wide variety of applicable sources, both national and international, taking into account any usage or trade, including the best sectorial practices, without being subjected, as national courts are, to a hierarchical positivist order.

This singular path, formerly explained by the scholars through the conflict of laws method, or otherwise private international law, for some jurists after the second half of the 20th century evolved into the 'transnational legal order' or *lex petroleatorum* characterized by norms whose source could be national or international law, general principles, and notably by usages and practices, no longer monopolized by the States but characterized by the relevant actors of the industry, private corporations inclusive. In the Transnational law model, the conflictual norms are only a small share of the potentially applicable norms.

In the *Energetic* Reform era, and the investment disputes to take place under it, the issue will be how national legal concepts such as "public interest," "public policy," "national exclusive jurisdiction" and "administrative rescission" would operate in combination with the arbitrator's competence to determine their own competence *competence-de-la-competence*, the investment's standards of protection commonly imbedded in IIAs notably the fair and equitable treatment standard, and the best usages and practices of the sector.

There are plenty of lessons to be learnt from *COMMISA v. PEMEX* case, where disagreement on best practices gave place to the dispute and where the "administrative rescission" and the "public order" concepts were inequitably manipulated by the State in violation of international obligations and investment standards namely as fair and equitable treatment, national treatment, as well as other fundamental principles like non-retroactivity, good faith, access to justice and due process. Such hideous practices shall be avoided in the future to maintain the confidence of potential investors; otherwise, the *energetic reform* environment will be vitiated and the elements given for new disputes similar to *COMMISA v. PEMEX*. Mexico must mind keeping its acceptable international reputation as a country that honors its agreements and abides

international rule of law by complying not only with international courts resolutions but also with eventual adverse arbitral awards related to international investments and trade.

## 8. BIBLIOGRAPHY

### International Treaties and Conventions

1. Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Entre el Reino De España y los Estados Unidos Mexicanos (1995). <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2003>
2. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York 1958)
3. Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States (Washington 1965)
4. North American Free Trade Agreement (1994) [http://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6187\(15\).pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6187(15).pdf)

### Statutes

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación, (5 de febrero, 1917) [www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm)
2. Ley de Hidrocarburos (2014) [www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LHidro\\_151116.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LHidro_151116.pdf)
3. Ley de Petróleos Mexicanos (2008) [abrogated in 2014] [www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/lpm\\_2008/LPM\\_2008\\_abro.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/lpm_2008/LPM_2008_abro.pdf)
4. Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios (1992) [abrogated in 2008]. [www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/lopmos/LOPMOS\\_abro.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/lopmos/LOPMOS_abro.pdf)
5. Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo (1958) [abrogated in 2014] [www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/)
6. Ley sobre la Celebración de Tratados (1992) [www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm)
7. Ley sobre la Celebración de Tratados Internacionales en Materia Económica (2004) [www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm)
8. Political Constitution of the United Mexican States [English unofficial version] [www.oas.org/juridico/mla/en/mex/en\\_mex-int-text-const.pdf](http://www.oas.org/juridico/mla/en/mex/en_mex-int-text-const.pdf)

### Articles and publications

1. A. Z. El Chiati, "Protection of Investment in the Context of Petroleum Agreements," Collected courses of The Hague Academy of International Law, Volume 204, 1987.
2. Arellano García, Carlos, *Derecho Internacional Privado*, México, Porrúa, (1980).
3. Arellano García, Carlos, *Evolución de la Cláusula Calvo y la zona prohibida en el Derecho constitucional mexicano y en el Derecho internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.

4. Babi, Larisa et al., *Should Mexico join ICSID?*, Geneva, The Graduate Institute, Center for Trade and Economic Integration CTEI, 2012. [http://graduateinstitute.ch/files/live/sites/iheid/files/sites/ctei/shared/CTEI/working\\_papers/CTEI-2012-06.pdf](http://graduateinstitute.ch/files/live/sites/iheid/files/sites/ctei/shared/CTEI/working_papers/CTEI-2012-06.pdf) (consulted on December 1, 2016)
5. Bazant, Jan, *Historia de la Deuda Exterior de México 1823-1946*, México, El Colegio de México, 1995.
6. Cárdenas García, Julián de “*Tendencias transnacionales en la reglamentación del sector de hidrocarburos. La hibridación del derecho estatal y el derecho transnacional del petróleo*,” *Regulación de Servicios Públicos de Energía Lecturas Selectas*, México, Editorial Porrúa, 2016, pp. 127-160.
7. Cummins, Tom and Giaretta, Ben, “*Investment Treaty Arbitration*,” *Dispute Resolution in the Energy Sector*, 2012.
8. De Jesús O., “*Contribución del árbitro a la autorregulación y unificación del derecho de los contratos del comercio internacional*,” *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, Madrid, año 2009.
9. De Jesús O., “*The Prodigious Story of the Lex Petrolea and the Rhinoceros Philosophical Aspects of the Transnational Legal Order of the Petroleum Society*,” *Series on Transnational Petroleum Law*, Vol. 1, No. 1, Transnational Petroleum Law Institute, (2012).
10. De Jesús O., Alfredo and Feris, José Ricardo, *The New World Order of Economic Relations in the Light of Arbitral Jurisprudence*, Position Paper, International Chamber of Commerce, Beaune Meeting, 2014.
11. García Castillo, Tonatiuh, “*La lex contractus en los contratos internacionales*,” México, UNAM, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas. [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx) (consulted on December 2, 2016).
12. García Moreno, Víctor Carlos, *Reformas de 1988 a la legislación civil en materia de derecho internacional privado*,” *Revista de la Facultad de Derecho de México*, números 163-164-165, enero-junio, México, UNAM, 1989, p. 237-252.
13. Gilles Sourgens, Frédéric, *Supernational Law*, *Vanderbilt journal of transnational law*, vol. 50:155, 2017, p. 164.
14. Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, *Temas selectos de derecho internacional*, Serie H. de Estudios de Derecho Internacional Público, Núm. 12, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
15. González de Cossío, Francisco, *Mexico Before ICSD. Rebel Without a Cause?* <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Mexico%20and%20ICSID%20Rebel%20Without%20a%20Cause.pdf>
16. Goodrich, Riquelme y Asociados, *Mexico, Business opportunities and legal framework*, Mexico, The Bomchil Group, 2006.
17. I. Gómez Palacio, “*The new regulation on foreign investment in Mexico: a difficult task*,” *Houston Journal of International Law*, vol. 12, no. 2, spring 1990.
18. López Velarde Estrada, Rogelio, “*Contratos Internacionales de Petróleo y Gas. Algunas Consideraciones Jurídicas*,” *Regulación del Sector Energético*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

19. López Velarde Estrada, Rogelio, “*El sometimiento al derecho extranjero por medio de la cláusula de derecho aplicable*”, *Jurídica Anuario de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, no. 23, México, UIA.
20. Luis Francisco Torres González, “*La Cooperación Procesal Internacional en Materia Comercial, el Juicio Ejecutivo Mercantil Mexicano y sus Figuras Afines*,” México, ELD Revista de Investigaciones Jurídicas, no. 23, 1999, pp. 557-673.
21. Ortiz Ahlf, Loretta, “*Mecanismos Internacionales para la Solución de Controversias Internacionales en Materia de Inversión Extranjera*,” *Jurídica. Anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, UIA, No. 21, (1992), pp. 387-401.
22. Pereznieta Castro, Leonel, *Derecho Internacional Privado Parte General*, 8th Ed., México, Oxford University Press, 2003.
23. Rodríguez Jiménez, Sonia, “*México y el CIADI ante un Nuevo panorama latinoamericano*,” *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, UIA, No. 39, 2009.
24. Sánchez Medal, Ramón, “*Medios de Impugnación del Laudo Arbitral*,” México, ELD Revista de Investigaciones Jurídicas, no. 23, 1999, pp. 681-697.
25. Sandrok, Otto (translated by Josette Serrato), “*Cláusulas ‘Candado’ en los Contratos Comerciales Internacionales. Reflexiones básicas sobre la autonomía de las partes para escoger la ley aplicable a sus contratos*,” México, ELD Revista de Investigaciones Jurídicas, no. 23, 1999, pp. 535-555.
26. Sepúlveda, Bernardo, *Mexico and the Settlement of Investment Disputes: ICSID as the Recommended Option*, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Volume 5, Issue 2, (2005). <http://digitalcommons.pepperdine.edu/drlj/vol5/iss2/9>
27. Siqueiros, José Luis, “*La cooperación procesal internacional*,” *Revista de la Facultad de Derecho de México*, números 163-164-165, enero-junio, México, UNAM, 1989, pp. 321-344.
28. Tena Ramírez, Felipe, *Leyes Fundamentales de México 1808-195*, México, Editorial Porrúa, 1957.
29. Vázquez Pando, Fernando Alejandro, “*Comentarios sobre el Nuevo derecho internacional privado mexicano*,” *Revista de la Facultad de Derecho de México*, números 163-164-165, enero-junio, México, UNAM, 1989, pp. 15-81.
30. Vallée, Charles, “*Le droit international du développement*,” *Droit International Public*, Paris, Montchrestien, 1981.

## Case Law

1. *Corporación Mexicana De Mantenimiento Integral, S. De R.L. De C.V. v. Pemex-Exploración Y Producción*, 832 F.3d 92, (2d Cir. 2016).
2. *Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral v. Pemex-Exploración Y Producción*, No. 13-4022 (2d Cir. Aug. 2, 2016) (“*Pemex*”) [*Commisa v. Pemex*] Related articles:
  - § <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/08/11/reserved-pemex-decision/>
  - § <http://www.chaffetzlindsey.com/commisa-v-pemex-second-circuit-confirms-arbitration-award-vacated-at-its-seat/>

§ [https://www.wilmerhale.com/uploadedFiles/Shared\\_Content/Editorial/Publications/Documents/2016-10-10-LexisPSL-annulled-Commisa-v-Pemex-arbitration-award.pdf](https://www.wilmerhale.com/uploadedFiles/Shared_Content/Editorial/Publications/Documents/2016-10-10-LexisPSL-annulled-Commisa-v-Pemex-arbitration-award.pdf)

3. *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2 - <https://www.italaw.com/cases/1087#sthash.YCJog2mj.dpuf>



# LA PONDERACIÓN Y EL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD

Por PABLO FRANCISCO MUÑOZ DÍAZ<sup>1</sup>

**RESUMEN:** El presente ensayo destaca que, dentro del Estado constitucional, se ha privilegiado el carácter argumentativo del Derecho, propugnándose por dotar de racionalidad todas las decisiones jurídicas. De ahí, el surgimiento de diferentes técnicas tanto para interpretar o solucionar conflictos que se presentan entre normas jurídicas. Así, se desarrolla la ponderación, como un método racional, para solventar la colisión o conflictos entre principios y sus límites. Sin embargo, la ponderación trae consigo consideraciones propias respecto de su racionalidad, máxime cuando al hacerse caso por caso –*ad hoc*– inobserva el principio de universalidad.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho, Racionalidad, Ponderación, Principio de Universalidad.

**ABSTRACT:** This essay emphasizes that, within the constitutional State, the argumentative nature of Law has been privileged, advocating to provide all legal decisions with rationality. Hence, the emergence of different techniques both to interpret or resolve conflicts that arise between legal norms. Thus, weighting is developed, as a rational method, to resolve the collision or conflicts between principles and their limits. However, the weighting brings with it its own considerations regarding its rationality, especially when, on a case-by-case basis, it does not observe the principle of universality.

**KEYWORDS:** Law, Rationality, Balancing, Principle of Universality.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA RACIONALIDAD Y EL DERECHO. 3. EL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD. 4. PONDERACIÓN. 5. CONCLUSIÓN. 6. FUENTES DE CONSULTA.

## 1. INTRODUCCIÓN

A partir de la transformación del modelo constitucional, donde se abandona la concepción decimonónica de “*Estado legislativo*” para adoptar la de un “*Estado constitucional*”<sup>2</sup>, se vislumbraron diversos cambios no sólo en la forma de concebir y entender

1 Profesor de la materia de Ética y Argumentación Jurídica en la Escuela Libre de Derecho

2 Respecto al abandono de la concepción, conviene traer a cuenta lo sostenido por Luigi Ferrajoli, al referir los significados de los modelos de *Estado Legislativo de Derecho* y de *Estado Constitucional de Derecho*, en donde al primero lo conceptualiza como una afirmación del principio de legalidad por efecto del monopolio estatal de la producción jurídica, haciendo a la ley y a dicho principio como únicas fuentes de legitimación, es decir, una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido emitida por una autoridad dotada de competencia normativa. En cambio, en el Estado Constitucional se da una subordinación de la legalidad misma a una Constitución, jerárquicamente supraordenada a las leyes como normas de reconocimiento de validez, cambiando las condiciones de la coherencia de los contenidos de aquéllas a los principios constitucionales; imponiendo prohibiciones y obligaciones de contenidos, correlativas unas a los derechos de libertad

el Derecho desde esta nueva óptica, sino en la aplicación e interpretación del mismo, pues éste, ahora en adelante, se conceptualizará como un conjunto integrado por reglas y principios, los cuales modularán y limitarán el actuar del referido *Estado constitucional*<sup>3</sup>.

Este panorama, conlleva, por un lado, una reformulación de las fuentes formales del derecho<sup>4</sup> y, por otro, una búsqueda de diversas formas para entender y comprender la nueva realidad jurídica, así como los fenómenos y circunstancias que se fuesen generando, motivando el nacimiento de nuevas corrientes conceptuales que unos han denominado como *neoconstitucionalismo* y otro como *constitucionalismo no positivista*<sup>5</sup>.

Ahora bien, independientemente de la concepción por la que se incline –“neoconstitucionalismo” o “constitucionalismo no positivista”– es indudable que ambas coinciden en ciertos puntos para explicar un fenómeno relativamente reciente dentro del *Estado constitucional*, es decir, las dos posturas teóricas concuerdan al menos en estos puntos:

- a) Conexión conceptualmente necesaria entre el Derecho y la moral;
- b) Diferencia entre reglas y principios;
- c) Reconocimiento de la importancia de la ponderación;

---

y las otras a los derechos sociales. Véase Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en Miguel Carbonell (comp.), *Neoconstitucionalismo*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2005, pp. 13-20.

- 3 Manuel Atienza refiere que por “Estado constitucional” no debe entenderse simplemente el Estado en el que está vigente una Constitución, sino el Estado en el que la Constitución contiene: Una distribución formal del poder entre los diversos órganos estatales; Derechos fundamentales que limitan o condicionan la producción, la interpretación y aplicación del Derecho; y Mecanismos de control de constitucionalidad de las leyes Véase Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, 1ª ed., Barcelona, Ariel Derecho, 2006, p. 17.
- 4 Diego Eduardo López Medina sostiene que no todo el derecho es producto de la legislación formal reconocida como legítima por el Estado, ya que es inconcuso que el derecho preexistente está lleno de múltiples vacíos, ambigüedades y contradicciones, y que existen fuentes del derecho legítimas –como la doctrina y la jurisprudencia– que coadyuvan a resolver estos defectos. Asimismo, que el derecho, por tanto, no es un cuerpo de normas plenamente predeterminadas. De ahí que el autor refiera que actualmente no puede seguir sosteniéndose a la “ley” como la principal fuente formal del derecho, pues éste es un agregado no reductible de la ley, que exige la utilización continua y metódica de valores morales para resolver los casos conforme a las necesidades de la vida presente, y no conforme al anticuario concepto de los abogados. Véase López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, 2ª ed., Colombia, Legis, 2008, pp. 316 a 319.
- 5 Manuel Atienza ha sido un escéptico de la corriente del neoconstitucionalismo, pues considera que éste no es propiamente ni una teoría ni una ideología, es más sostiene que no se puede decir qué es, habida cuenta que su nacimiento se debe a una crítica frontal a la forma que se estaba aplicando el derecho, resolviendo los problemas un claro distanciamiento del positivismo. De ahí, estima, de conformidad con la realidad jurídica actual, que la única concepción que puede ofrecer una guía al jurista que se mueve en el contexto de los Derechos del Estado constitucional es el constitucionalismo no positivista. Véase Atienza, Manuel, *Filosofía del Derechos y transformación social*, 1ª ed., Madrid, Trotta, 2017, pp.117 a 146.

d) Carácter argumentativo del Derecho.<sup>6</sup>

De esta forma, ante esta nueva realidad jurídica, y para las aspiraciones de este ensayo, me centraré en la ponderación y su relación con el principio de universalidad.

Para ello, como primer acercamiento, se expondrá en qué consiste la ponderación y cuáles son sus tipos: *ad hoc* y *definitoria*; siendo esta última la más importante, pues en ella su resultado –el peso específico concedido a un principio frente a otro o su restricción en un caso determinado– deberá ser considerado como regla a efecto de respetar el principio de universalidad.

Es así, que se planteará que mediante una ponderación definitiva puede cumplirse a cabalidad el principio de universalidad.

## 2. LA RACIONALIDAD Y EL DERECHO

Los problemas de interpretación y aplicación de las normas son tan añejos como el Derecho mismo, pues la simple convivencia diaria en sociedad conllevó conflictos entre sus integrantes, lo cual implicó necesariamente la emisión de normas, mismas que fueron, son y serán interpretadas y aplicadas tanto para regular la conducta como para resolver diferendos entre los miembros del conglomerado social. Si bien esto puede resultar en apariencia banal o sencillo, trae consigo una serie de complicaciones tanto para los aplicadores de las normas como para los receptores de las mismas.

Así, actualmente, respecto del Derecho y la sociedad, los teóricos se han centrado en una serie de cuestiones básicas, tales como<sup>7</sup>:

- a) Cuáles son sus componentes básicos;
- b) Qué se entiende por Derecho válido y cómo se trazan los límites entre el Derecho y el no Derecho;
- c) Qué relación guarda el Derecho con la moral y con el poder;

6 Véase Pino, Giorgio, “Principios, ponderación, y la separación entre Derecho y moral. Sobre el Ne constitucionalismo y sus críticos”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía*, Alicante, número 34, 2011, pp. 201-228; asimismo, Atienza, Manuel, *Filosofía del Derechos y transformación social*, op. cit. p. 129.

7 Manuel Atienza refiere que por concepción del Derecho debe de entenderse un conjunto de respuestas, con cierto grado de articulación, a una serie de cuestiones básicas con relación al Derecho: a) cuáles son sus componentes básicos; b) qué se entiende por Derecho válido y cómo se trazan los límites entre el Derecho y el no Derecho; c) qué relación guarda el Derecho con la moral y con el poder; d) qué funciones cumple el Derecho, qué objetivos y valores deben o pueden alcanzarse con él; e) cómo puede conocerse el Derecho, de qué manera puede construirse el conocimiento jurídico; f) cómo se entienden las operaciones de producción, interpretación y aplicación del Derecho. Véase Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, 1ª ed., Barcelona, Ariel Derecho, 2006, pp. 19 y 20.

- d) Qué funciones cumple el Derecho, qué objetivos y valores deben o pueden alcanzarse con él;
- e) Cómo puede conocerse el Derecho, de qué manera puede construirse el conocimiento jurídico y;
- f) Cómo se entienden las operaciones de producción, interpretación y aplicación del Derecho.

Estos puntos –en especial los dos últimos–, resultan fundamentales para entender la forma en que en la actualidad tratamos de ver y comprender el Derecho, pues es precisamente en la interacción de éste con la sociedad, cuando se busca que la aplicación de las normas, no sea un mero proceso mecánico, sino que implique un proceso de racionalidad por parte del aplicador de éstas, a efecto de que el receptor pueda comprender a cabalidad tanto la norma misma como la aplicación al caso concreto.

Al respecto, conviene traer a cuenta que José Ramón Cossío Díaz, describiendo la aplicación del Derecho, refiere que al resolver un conflicto es importante la claridad argumentativa, pues la argumentación es una forma de racionalizar el ejercicio del poder público;<sup>8</sup> es decir, la racionalidad se convierte en un factor básico de comprensión al emitir una resolución de Derecho.

De esta forma, y para efectos de este ensayo, se partirá de la premisa consistente en que la racionalidad es imprescindible no solo para aplicar el Derecho y emitir normas, sino para resolver conflictos, pues el carecer de ésta necesariamente conlleva la falta legitimidad de los actos del Estado y una ausencia de comprensión del Derecho por parte de la sociedad.

En este sentido, para propugnar por una racionalidad en la aplicación del Derecho debemos buscar estos aspectos:

- a) Que toda regla emitida por el legislador cumpla un mínimo de racionalidad<sup>9</sup>;

---

8 Al respecto Cossío, partiendo de una encuesta realizada por Tom R. Tyler en Estados Unidos, refiere que una sentencia está legitimada cuando es clara, no sólo en el sentido de la redacción, sino de la cadena argumentativa que realiza y en el resultado al que llega. Asimismo, citando al ministro Ulises Schmill, señala que si la justicia fuera negocio quebraría muy pronto, porque al menos 50% de la clientela se iría descontenta con el resultado que se llegó, pues no hay negocio que resista con 50% de la clientela insatisfecha con el servicio. De este modo la sociedad da legitimidad a la claridad argumentativa, la cual lleva a saber que en un determinado litigio hubo razones suficientes para justificar la pérdida de un derecho, propiedad o libertad. Véase Cossío Díaz, José Ramón, *Derechos Humanos. Apuntes y reflexiones*, 1ª ed., México, Opúsculos, 2017, pp. 12 a 23.

9 Manuel Atienza, respecto de la racionalidad del legislador refiere que existen los tipos siguientes:  
1. Racionalidad pragmática.– En esta racionalidad lo importante es considerar al destinatario de la norma. La conducta se debe adecuar a lo prescrito en la ley. El propósito de la racionalidad pragmática es influir en el comportamiento del individuo u órganos administrativos y que las leyes se cumplan por éstos, por tanto, si en la elaboración de la ley no se influye en el comportamiento para cumplirla, no tendría razón de ser, por lo que se pretende que la ley sea eficaz.

- b) Que la aplicación de la norma jurídica<sup>10</sup> se haga mediante un proceso de subsunción; y
- c) Que todo acto de aplicación de dicha norma jurídica sea mediante un proceso de racionalidad, donde el aplicador, ya sea interpretando o ponderando ésta, justifique con claridad argumentativa su actuar.

Es ente este orden de ideas, donde encontramos el estado de uno de los problemas que se abordará someramente, ya que en la actualidad se da por sentado que la aplicación de las normas jurídicas, por un lado, se da mediante un proceso de subsunción y, por otro, que en caso de contrariedades en éstas, se resolverán mediante la interpretación –antinomias entre reglas– y la ponderación –colisión de principios y restricciones–<sup>11</sup>, sin reparar, especialmente en esta última, en la racionalidad de lo que ello conlleva en cuanto a sus consecuencias; es decir, si el resultado de la ponderación puede ser considerado como un regla en virtud del principio de universalidad.

### 3. EL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD

Sobre el principio de universalidad se puede decir que tiene su origen en la filosofía de Immanuel Kant, quien en su libro *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*

2. Racionalidad jurídico-formal.– La ley debe ser armónica en nuestro sistema jurídico. Implica mejorar la técnica legislativa ordenada y sistematizadamente, es decir, el fin de la actividad legislativa es sistematizar, lo primordial es que la ley sea válida dentro del sistema y evitar que éste se erosione.

3. Racionalidad teleológica.– En esta dimensión se considera los fines que debe perseguir la ley, por lo que implica considerarla como medio para alcanzarlos (fines sociales)

4. Racionalidad ética.–Una vez planteados los fines, estos deben estar orientados a perseguir determinados valores. En esta dimensión se pretende legitimar la obligación ética de obedecer y aplicar la ley. Los valores éticos fundamentales, es decir, que permean todo orden jurídico, son: libertad, igualdad y justicia entre otros. Dichos valores justifican el propósito de la ley al enfocarse en una serie de principios que rigen el sistema jurídico.

5. Racionalidad comunicativa o lingüística.– Una vez procesadas las dimensiones anteriormente señaladas, el legislador debe tener la capacidad de transmitir de forma clara el mensaje a los destinatarios, por consecuencia deben ser utilizados los medios necesarios para emplear la lingüística y la lógica, entre otros. La consecuencia del uso de estos conocimientos lingüísticos y lógicos es dejar claro el mensaje normativo, evitando ambigüedades léxicas, sintácticas y semánticas, así como evitar en la medida de lo posible vaguedades.

Véase Atienza, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Civitas ,1997, pp. 27-40.

10 Al referirnos a norma jurídica se pretende en el sentido del género donde sus especies son reglas y principios.

11 Daniel Vázquez, basándose en Alexy y en Prieto, retoma que cuando dos reglas entran en conflicto, se pueden usar diversos mecanismos tales como: herramientas como la declaración de invalidez de alguna de ellas; criterios de jerárquicos como la regla superior predomina de la inferior; criterios de especialidad para establecer excepciones, como la regla especial predomina sobre la general; criterios de temporalidad, como ley posterior deroga a la anterior. El uso de estos mecanismos, señala el autor puede ser utilizado en el restos de los casos y donde claramente una regla desplaza a otra. En cambio, refiere Vázquez, cuando dos principios entran en colisión, las herramientas mencionadas para las reglas no operan, es aquí donde se actualiza la ponderación.

Véase Vázquez, Daniel, *Test de razonabilidad y derecho humanos: instrucciones para armar*, 1ª ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, pp. 17 a 23.

medularmente sostuvo que para tener certeza objetiva que la voluntad de una persona atienda y sea conforme a la razón, y no a cuestiones contingentes, debe atenderse a un imperativo<sup>12</sup> categórico que se convierta en una especie de ley práctica que por sí sola mande absolutamente y no requiera de motivo alguno.

De esta forma Kant propuso, como un imperativo categórico y necesario el siguiente: *obra según aquella máxima por la cual puedas querer que al mismo tiempo se convierta en una ley universal*.<sup>13</sup>

Lo que Kant pretende con el referido imperativo es que nuestras actuaciones deben basarse en principios que se puedan universalizar sin contradicciones; es decir, se impone una potente exigencia moral, pues se traduce en una forma de comprobar si el acto que se va a realizar pone los intereses personales y circunstancias especiales por encima de los intereses y circunstancias de los demás.<sup>14</sup>

En el ámbito del Derecho, la idea kantiana de universalización permeó y sirvió de inspiración a Chaïm Perelman para establecer como exigencia de justicia una regla que aplique para dar tratamiento idéntico a personas o situaciones que se integran en una misma categoría, a la cual denominó como “regla de justicia”.<sup>15</sup>

La “regla de justicia” reconoce el valor argumentativo a lo que Perelman llamó justicia forma, según la cual las personas de una misma categoría esencial deben ser tratadas de la misma manera<sup>16</sup>. Esta regla ofrece un aspecto un aspecto de racionalidad, ya que cuando se tenga en cuenta la coherencia de una conducta, se aludirá siempre al respecto de la regla de justicia, misma que supondrá la identificación parcial de los seres, por su inserción en una categoría, y la aplicación del tratamiento previsto para los miembros de esa categoría.<sup>17</sup>

12 Kant refiere que todos los imperativos mandan hipotética o categóricamente, el primero representa la necesidad práctica de una acción posible como medio para conseguir alguna otra cosa que se quiere o es posible que se quiera; mientras que el segundo -imperativo categórico- sería el que representa una acción como objetivamente necesaria por sí misma, sin referencia a otro fin. Así para que la voluntad atienda a la razón debe ceñirse a un imperativo categórico, pues de lo contrario atendería a otras inclinaciones ajenas a la razón misma. Véase Kant, Immanuel, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, 2ª ed. trad. de Roberto Rodríguez Armayo, Madrid, Alianza, 2012, pp.114 a 125.

13 Ibid. p. 126.

14 Véase Sandel, Michael J., *Justicia, ¿hacemos lo correcto?*, 1ª ed. trad. de Juan Pedro Campos Gómez, Barcelona, Debate, 2011, pp.139 y 140.

15 Véase Perelman, Chaïm y Olbrechts-Tyteca, Lucie, *Tratado de la argumentación, la nueva retórica*, 2ª ed. trad. de Julia Sevilla Muñoz, Madrid, Gredos, 2016, p.340.

16 La justicia formal, según Perelman, no precisa, ni cuando dos objetos forman parte de una misma categoría esencial, ni cuál es el tratamiento que se les ha de dar. De hecho, en toda situación concreta, será indispensable una clasificación previa de los objetos y la existencia de precedentes en cuanto al modo de tratarlos. La regla de justicia dará el fundamento para que se posible pasar de los casos anteriores a los futuros. Ibid. p. 340 y 341.

17 Ibid. p. 341.

Así, en síntesis, Perelman propugnaba por una regla que sirviera no solo para dar coherencia en el actuar en aras de la justicia, sino por dotar de una racionalidad a la argumentación al establecer que a situaciones y personas similares decididas debe de replicarse la decisión.

En similar línea de pensamiento, Neil MacCormick retoma el pensamiento de Kant, y propone un concepto de universalidad considerándolo como esencial para justificar en el Derecho, ya que es un concepto limitado por los requisitos de legalidad y Estado de Derecho, en el cual se pretende que los jueces deben de universalizar sus decisiones lo mayormente posible dentro del contexto del orden legal existente y establecido, con ello se hace que la argumentación sea razonable.<sup>18</sup>

En este sentido, MacCormick considera la universalidad como esencial para la justificación, lo que resulta a su vez aplicable tanto a demandas, defensas y decisiones judiciales planteándose de la siguiente forma: *“puesto que de los hechos son H1, H2, ..., Hn, debe emitirse el fallo F, pero ese ‘puesto que...’ requiere de un compromiso con el universal ‘siempre que h1, h2, ..., hn, entonces f’, acompañado de: ‘y en este caso H1, H2, ..., Hn, que son casos de h1, h2, ..., hn’; sin duda debe de tenerse y darse algunas razones ulteriores para la cláusula ‘siempre que...’, pero la cláusula ‘siempre que...’ es esencial para justificar la decisión final”*<sup>19</sup>

De este modo, MacCormick sostiene que el hecho de que la justificación requiera una universalidad se sigue de la idea de que aquella implica la presentación de buenas razones racionales para lo que se hace, y por ello depende de una concepción de la racionalidad y un compromiso con la racionalidad así concebida.<sup>20</sup>

Igualmente, en relación con la universalidad y la racionalidad, Robert Alexy, al desarrollar el bosquejo de su teoría del discurso práctico racional general prevé, como una regla fundamental, que: *“todo hablante que aplique un predicado F a un objeto A debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a A en todos los aspectos relevantes”*<sup>21</sup>; la cual, según el propio Alexy, refiere a actuar coherentemente, y por ello, comprende una formulación del principio de universalidad que puede sustentarse de la siguiente forma: *“todo hablante sólo puede afirmar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría así mismo en todas las situaciones en las que afirmare que son iguales en todos los aspectos relevantes”*<sup>22</sup>

18 Véase MacCormick, Neil, *Retórica y Estado de Derecho, una teoría del razonamiento jurídico*, 1ª ed. trad. de José A. Gascón Salvador, Lima, Palestra, 2016, p. 259.

19 Ibid. pp. 257 y 258.

20 Ibid. p. 258.

21 Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 2ª ed. trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Lima, Palestra, 2015, p.266.

22 Ibid. pp. 266 y 267.

Así pues, siguiendo Alexy, el principio de universalidad, como elemento que brinda coherencia, es necesario para dotar de racionalidad nuestras decisiones, cuando éstas impliquen una reiteración de circunstancias fácticas en un caso similar o igual.

Por último, y en este orden de ideas, conviene traer a cuenta lo sostenido por Manuel Atienza respecto de la universalidad, quien refiere que ésta se encuentra implícita en la justificación, habida cuenta que la premisa mayor –normativa– del silogismo judicial tiene que ser un enunciado de carácter universal, a saber: “para todo  $x$ , si  $x$  es  $P$ , entonces debe ser también  $Q$ ”; ya que si no tuviéramos, como premisa, un enunciado normativo universal no podríamos inferir un enunciado normativo singular.<sup>23</sup>

Asimismo, Atienza refiere, en aplicación y desde la perspectiva de los problemas normativos<sup>24</sup>, que el criterio utilizado para construir la premisa normativa –*la ratio decidendi*–, no puede ser *ad hoc*; para ello expone el siguiente ejemplo: en el caso C la norma N se interpreta en el sentido N’ es porque esa misma fue la interpretación que en el pasado se hizo de los casos análogos a C y, sobre todo, será la que, en el futuro se seguirá haciendo cuando aparezcan nuevos casos semejantes a C.<sup>25</sup>

En suma, se puede concluir que el principio de universalidad, busca dotar de racionalidad a toda decisión o aplicación del Derecho mediante la réplica de decisiones pasadas a casos futuros, siempre que sean circunstancias análogas, con lo cual se brinda no solo certeza y seguridad jurídica, sino un principio de justicia igualitaria.

#### 4. PONDERACIÓN

Ahora bien a efecto de lograr una mejor comprensión de la ponderación, conviene establecer, tal como lo sostiene Manuel Atienza, que ésta es una forma de argumentación en dos pasos, el primero consiste en pasar de los principios a las reglas y el segundo es precisamente una subsunción<sup>26</sup>. Esto es, la aplicación de las normas jurídicas se da mediante la subsunción, no obstante, se haya previamente interpretado a la regla o ponderado los principios.

Robert Alexy –uno de los principales teóricos de la colisión de principios y la ponderación– sostiene que cuando dos principios están colisión, uno de ellos tiene que ceder ante el otro, lo cual no implica declarar inválido al principio desplazado ni que se establezca una cláusula de excepción para ese supuesto, siendo que, bajo esas circunstancias, uno de los principios precede al otro. El presupuesto es que en ciertos casos

23 Véase Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, 1ª ed., Madrid, Trotta, 2013, p. 554.

24 Un problema normativo se da dentro de la premisa normativa –premis mayor– del silogismo cuando se pretende aplicar, interpretar una regla e inclusive definir si la regla misma es aplicable al caso concreto.

25 Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Op. Cit., p. 555.

26 Véase Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Op. Cit., p. 184.

los principios tienen diferentes pesos y que prima el principio con mayor peso, lo cual se determina mediante una ponderación.<sup>27</sup>

La ponderación, según Carlos Bernal Pulido, es la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización; estas normas no determinan exactamente lo que debe de hacerse, sino que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Las posibilidades jurídicas están determinadas por los principios y reglas opuestas, y las posibilidades reales se derivan de enunciados fácticos.<sup>28</sup>

Para establecer esa mayor medida posible en que debe realizarse un principio, es necesario confrontarlo con los principios opuestos o con los principios que respaldan a las reglas opuestas. Esto se lleva a cabo en una colisión de principios, la cual existe cuando en un caso concreto son relevantes dos o más disposiciones jurídicas que fundamentan *prima facie* dos normas incompatibles entre sí, y que pueden ser propuestas como soluciones para el caso.<sup>29</sup>

Así, tal como lo sostienen Marina Gascón Abellán y Alfonso García Figueroa, la ponderación tiene como finalidad la adopción de una decisión para resolver un conflicto de principios, para ello primero se debe de construir una regla de precedencia condicionada –una regla que establece las condiciones y requisitos en que un principio precede al otro– y después se formula la decisión, vinculando a esas condiciones la consecuencia jurídica del principio que tiene preferencia, lo cual ha de ajustarse a una estructura de ponderación que se compone de cuatro pasos<sup>30</sup>:

- (i) Fin legítimo: La norma o medida limitadora ha de presentar un fin legítimo como fundamento en la interferencia en la esfera de otro principio o derecho: si no existe tal fin y la medida es gratuita, o si resulta ilegítimo desde la perspectiva constitucional, entonces no hay nada que ponderar porque falta uno de los términos de comparación;
- (ii) Adecuación: La norma o medida limitadora examinada ha de ser adecuada, apta o idónea para la protección de ese fin legítimo. Si esa medida no es adecuada para la realización de ese fin, ello significa que para este último resulta indiferente que se adopte o no la medida en cuestión, y entonces, dado que si afecta, en cambio, a la realización de otro principio, cabe excluir la legitimidad de la intervención;

27 Véase Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 1ª ed. trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 69 a 77.

28 Véase Bernal Pulido, Carlos, “La Ponderación como Procedimientos para Interpretar Derechos Fundamentales”, *Cuestiones Constitucionales*, número 17, julio-diciembre, 2007, pp. 17 a 20.

29 Bernal Pulido, Carlos, *El Derecho de los derechos*, 1ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 98.

30 Véase Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso J., *La argumentación en el Derecho*, 2ª ed., Lima, Palestra, 2015, p. 299.

- (iii) Necesidad de la norma o medida limitadora examinada. Ha de acreditarse que no existe otra medida que, obteniendo en términos semejantes la finalidad perseguida, no resulte menos gravosa o restrictiva. Ello significa que si la satisfacción de un bien o principio puede alcanzarse a través de una pluralidad de medidas o actuaciones, hay que escoger la que menos perjuicios cause desde la óptica del otro principio o derecho en pugna;
- (iv) Test de proporcionalidad en sentido estricto, que encierra el núcleo de la ponderación. Este requisito consiste en acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora examinada, en orden a la protección de un bien constitucional, y los daños o lesiones que de dicha medida se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor constitucional.<sup>31</sup>

Es importante destacar que si bien es cierto que los anteriores cuatro pasos no son del todo aceptados por la mayoría de los autores que han escrito sobre la ponderación<sup>32</sup>, también lo es, que todos son contestes que dicho método o test sirve para dar racionalidad a la solución que surge en los conflictos entre principios; es decir, que se establezca racionalmente qué principio pesa más y, por tanto, debe de prevalecer en una colisión.<sup>33</sup>

Ahora bien, no obstante se considere la racionalidad como un elemento fundamental de la ponderación, considero que siguen abiertos los siguientes cuestionamientos:

- i) Si todos los elementos de la ponderación –fin legítimo, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto– deben necesariamente actualizarse, en todo ejercicio ponderativo, o bien, para ciertos casos pueden obviarse o replicarse;
- ii) Si cada que vez que se pondere se inobserva el principio de universalidad;

<sup>31</sup> Idem.

<sup>32</sup> Robert Alexy reconoce solo tres de dichos pasos –idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto– incluso sostiene que el fin legítimo o adecuado, como paso previo es un despropósito. En cambio, Aharon Barak reconoce los cuatro pasos, siendo necesario, previo a cualquier cosa identificar el fin adecuado. Véase Alexy, Robert, “Proportionality and Rationality”, en Jackson, Vicki C. et al., *Proportionality. New frontiers, new challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 18 y 19; asimismo, Véase Barak, Aharon, *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, 1ª ed. trad. de Gonzalo Villa Rosas, Lima, Palestra, 2017, pp. 277 a 284.

<sup>33</sup> Es importante traer a cuenta que para efectos de este ensayo no es mi intención explicar ni desarrollar la fórmula de peso establecida por Robert Alexy para dotar de mayor de racionalidad la elección del peso de los principios y restar discrecionalidad; pero si es deseo del lector contar con una primera aproximación a la referida fórmula de peso es recomendable ver a Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., pp. 529 a 546. Asimismo, Véase Nava, Alejandro, *La institucionalización de la razón*, 1ª ed., Ciudad de México, Anthropos en coedición con Universidad Autónoma Metropolitana, 2015, pp. 180 a 198.

- iii) Si al replicarse la ponderación puede hablarse de una ponderación definitiva<sup>34</sup> que evite o defina el resultado de una ponderación ulterior;
- iv) Si una vez que se pondere se genera una regla, misma que puede ser derrotada en casos específicos;
- v) Si al establecerse una regla con la ponderación definitiva se respeta el principio de universalidad.

Lo anterior no es cosa menor, pues pone en duda la racionalidad misma de la ponderación, ya que se contraponen con una de los pilares fundamentales de la argumentación jurídica que dota de racionalidad a las decisiones: me refiero al principio de universalidad; el cual, como se expuso anteriormente, funge como un tipo de garantía racional, en el sentido de que los aplicadores del Derecho –jueces– resolverán de la misma manera que lo han hecho cuando se repliquen las mismas circunstancias que sirvieron para justificar su decisión; siendo ello una exigencia de justicia formal.

Al respecto, Robert Alexy ha denominado a dicha problemática como una complejidad *ad hoc*, la cual refiere que si bien afecta la racionalidad de la argumentación, ésta puede resolverse con una condición de precedencia de los principios –Si el principio Pi toma precedencia sobre el principio Pj en las circunstancias C:(PiPPj)C, y si Pi trae consigo consecuencias legales Q en circunstancias C, luego una regla válida aplica en la cual se tiene a C como su prótasis y Q como su apódosis.<sup>35</sup>

En este orden de ideas, conviene recordar la premisa sostenida por Atienza que la ponderación es un procedimiento argumentativo constituido por dos pasos: a) El primero de ellos consiste en el paso del nivel de los principios al de las reglas, creando por tanto, una nueva regla que anteriormente no existía en el sistema jurídico y; b) El segundo, se parte de la regla creada y se subsume en ella el caso para resolver.<sup>36</sup>

En este sentido, partiendo de las ideas de Alexy y Atienza, podemos afirmar que cada vez que se pondera, se crea una regla que luego se subsume para solucionar un caso, misma que como resultado de esa ponderación –resolución– debe necesariamente, para que sea considerada como racional respetar, el principio de universalidad, a efecto de que en casos similares pueda aplicarse. Estimar lo contrario, como se ha soslayado por mucho tiempo, implica una violación a los principios de certeza legal y equidad,

34 Alexander Aleinikoff, retomando Nimmer, clasifica la ponderación en dos tipos: a) definitiva y b) *ad hoc*; siendo que la primera se da al establecerse una regla que se emplea a casos futuros sin que deba realizarse un contrapeso mayor de intereses. Mientras que la segunda, se da caso por caso, sin importar ponderaciones previas. Véase Véase Aleinikoff, Alexander T., *El derecho constitucional en la era de la ponderación*, 1ª reimpression, trad. de Jimena Aliaga Gamarra, Perú, Palestra, 2015, pp. 84-88.

35 Véase Alexy, Robert, “Proportionality and Rationality”, en Jackson, Vicki C. et al., *Proportionality. New frontiers, new challenges*, op. cit., pp. 24 a 26.

36 Véase Atienza, Manuel, *Filosofía del Derechos y transformación social*, op. cit. pp. 154 y 155.

lo que genera, se reitera, falta de racionalidad en las decisiones e implica necesariamente discrecionalidad.

De este modo, es que afirmo que debe existir una ponderación definitiva o definitoria, la cual constituye una regla que previene futuras ponderaciones, a menos que ésta sea derrotada y, en virtud de ello, se puede ponderar nuevamente.

Es decir, si concedemos la idea que en aras de que nuestra solución sea racional debe atenderse el principio de universalidad, necesariamente debemos conceder que para que ello acontezca, en el caso de la ponderación debemos de evitar hacerlo de manera *ad hoc* y procurar que la regla se crea como resultado de la ponderación sea respetada y replicada en casos similares, de lo contrario las resoluciones carecerán de certeza jurídica y equidad.

## 5. CONCLUSIÓN

La aplicación del Derecho, como proceso racional, busca que sus decisiones sean racionales a efecto de que toda persona no solo las deba acatar, sino las pueda comprender. Por ello, siempre debemos de procurar que todo proceso decisorio en el Derecho respecto un mínimo de racionalidad.

De esta forma, cuando se resuelven los problemas o conflictos en el Derecho se busca ir más allá de un proceso de subsunción –algo meramente mecánico–, con el fortalecimiento argumentativo de las premisas.

Una de las formas en las que más se ha procurado la racionalidad es cuando existe una colisión entre principios o sus límites, se ha propugnado por evitar una discrecionalidad al darles un peso específico que haga que la balanza se mueva irracionalmente.

La manera en que la mayoría de la doctrina ha coincidido en darle peso específico a los principios colisionados es mediante la ponderación; sin embargo, ésta por sí misma no ha sido suficiente, pues al hacerlo caso por caso se conculca el principio de universalidad. Es decir, cada vez que se ponderan los mismos principios colisionados en situaciones similares se pierda racionalidad, pues no se tiene expectativa que se resuelva de la misma forma y sentido, ya que nada asegura que el peso específico dado previamente puede cambiarse.

De ahí, que se proponga que el resultado de la subsunción, la cual se realizó a partir una premisa donde se haya ponderado un principio, sea considerado como regla que solo en caso de derrotabilidad permita que se pueda volver a ponderar.

## 6. FUENTES DE CONSULTA

Aleinikoff, Alexander T., *El derecho constitucional en la era de la ponderación*, 1ª reimpresión, trad. de Jimena Aliaga Gamarra, Perú, Palestra, 2015.

- Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 2ª ed. trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Lima, Palestra, 2015.
- , *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 1ª ed. trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
  - , “Proportionality and Rationality”, en Jackson, Vicki C. et al., *Proportionality. New frontiers, new challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
- Atienza, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Civitas, 1997.
- , *Curso de argumentación jurídica*, 1ª ed., Madrid, Trotta.
  - , *El derecho como argumentación*, 1ª ed., Barcelona, Ariel Derecho, 2006.
  - , *Filosofía del Derechos y transformación social*, 1ª ed., Madrid, Trotta, 2017.
- Barak, Aharon, *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, 1ª ed. trad. de Gonzalo Villa Rosas, Lima, Palestra, 2017.
- Bernal Pulido, Carlos, *El Derecho de los derechos*, 1ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- , “La Ponderación como Procedimientos para Interpretar Derechos Fundamentales”, *Cuestiones Constitucionales*, número 17, julio-diciembre, 2007.
- Cossío Díaz, José Ramón, *Derechos Humanos. Apuntes y reflexiones*, 1ª ed., México, Opúsculos, 2017.
- Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en Miguel Carbonell (comp.), *Neo-constitucionalismo*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2005.
- Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso J., *La argumentación en el Derecho*, 2ª ed., Lima, Palestra, 2015.
- Kant, Immanuel, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, 2ª ed. trad. de Roberto Rodríguez Armayo, Madrid, Alianza, 2012.
- López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, 2ª ed., Colombia, Legis, 2008, pp. 316 a 319.
- MacCormick, Neil, *Retórico y Estado de Derecho, una teoría del razonamiento jurídico*, 1ª ed. trad. de José A. Gascón Salvador, Lima, Palestra, 2016.
- Nava, Alejandro, *La institucionalización de la razón*, 1ª ed., Ciudad de México, Anthropos en coedición con Universidad Autónoma Metropolitana, 2015.
- Pino, Giorgio, “Principios, ponderación, y la separación entre Derecho y moral. Sobre el Neo-constitucionalismo y sus críticos”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía*, Alicante, número 34, 2011.
- Perelman, Chaïm y Olbrechts-Tyteca, Lucie, *Tratado de la argumentación, la nueva retórica*, 2ª ed. trad. de Julia Sevilla Muñoz, Madrid, Gredos, 2016.
- Sandel, Michael J., *Justicia, ¿hacemos lo correcto?*, 1ª ed. trad. de Juan Pedro Campos Gómez, Barcelona, Debate, 2011.
- Vázquez, Daniel, *Test de razonabilidad y derecho humanos: instrucciones para armar*, 1ª ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.



# LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD

Por SERGIO CHARBEL OLVERA RANGEL<sup>1</sup>

*Para mis alumnos, con el fin de incentivar el estudio del tema.*

**RESUMEN:** La Declaratoria General de Inconstitucionalidad es una facultad exclusiva de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que se adicionó con la reforma a la Constitución en materia de amparo, publicada el 6 de junio de 2011. Esta facultad se ha ejercido poco y está lejos de consolidarse como un medio eficaz para combatir las incongruencias del sistema jurídico y las desigualdades entre los particulares, razón por la cual se debe analizar y comprender su naturaleza y procedimiento; estos son los objetivos de este artículo.

**PALABRAS CLAVE:** Declaratoria general de inconstitucionalidad, Amparo indirecto, Control normativo, Inconstitucionalidad, Principio de relatividad.

Abstract: The General Declaration of Unconstitutionality is an exclusive faculty of the National Supreme Court of Justice that was added with the amendment to the Constitution in the matter of amparo, published on June 6, 2011. This faculty has been exercised little and it is far from to consolidate itself as an effective means to combat the inconsistencies of the legal system and inequalities between individuals, which is why its nature and procedure must be analyzed and understood; these are the objectives of this article.

**KEYWORDS:** General declaration of unconstitutionality, Indirect amparo, Regulatory control, Unconstitutionality, Principle of relativity.

**SUMARIO:** 1. EL CONCEPTO DE LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD. 2. ANTECEDENTES DE LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD. 3. LA COMPATIBILIDAD DE LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD CON LA SUBSISTENCIA DEL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD DE LAS SENTENCIAS DE AMPARO. 4. EL PROCEDIMIENTO PARA EMITIR LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD. 5. FUENTES DE CONSULTA.

---

1 Abogado constitucionalista, maestro en Derecho Constitucional y en Derechos Humanos y Democracia, doctorante y profesor titular en la Escuela Libre de Derecho.

## 1. EL CONCEPTO DE LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD

La Declaratoria General de Inconstitucionalidad<sup>2</sup> es la decisión adoptada por una mayoría de cuando menos ocho ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación<sup>3</sup> para expulsar del sistema jurídico a una o varias normas generales no tributarias, consideradas inconstitucionales a través de jurisprudencia por reiteración que derive de amparos indirectos en revisión. Lo anterior procede, siempre que la determinación de la inconstitucionalidad de las normas generales en cuestión, a través de jurisprudencia por reiteración, se hubiese notificado por la Suprema Corte a la autoridad emisora, sin que esta haya remediado la situación en los 90 días naturales siguientes a que se le haya informado. La explicación de lo anterior es la siguiente:

**Primero.** Por ser una declaración es la manifestación de una decisión. El que sea una declaración no se relaciona con los efectos que genera; los efectos de la Declaratoria son constitutivos no declarativos. El efecto constitutivo de la Declaratoria es la expulsión de normas generales del sistema jurídico mexicano. Surtirá efectos esa expulsión desde el momento en que se emita la Declaratoria o en el que se señale en esta.

**Segundo.** En una misma Declaratoria General de Inconstitucionalidad se pueden expulsar una o varias normas. La distinción entre norma y disposición normativa permite la expulsión de normas a través de la modificación de las redacciones de las disposiciones normativas.<sup>4</sup>

La expulsión de normas generales es una resolución jurisdiccional de invalidez con efectos generales; implica que la norma materialmente deja de existir. La Declaratoria extingue a la norma. Esto proviene de la idea de Hans Kelsen de la facultad de legislador negativo de los tribunales constitucionales.<sup>5</sup>

2 También se utilizará la expresión: Declaratoria.

3 En lo sucesivo: Suprema Corte.

4 Sobre esta distinción Riccardo Guastini señala lo siguiente: "...es necesario distinguir entre los enunciados normativos -las «disposiciones», como se suele decir- y las normas, entendidas como significados: entre las dos cosas, de hecho, no se da una correspondencia bi-unívoca. Muchos enunciados normativos son ambiguos: expresan dos (o más) normas alternativamente. Muchos enunciados normativos (quizás todos los enunciados normativos) tienen un contenido de sentido complejo: expresan y/o implican una pluralidad de normas conjuntamente. Por otro lado, según el sentido común de los juristas, todo sistema jurídico está lleno de normas «implícitas», es decir, normas que no corresponden a algún enunciado normativo, debido a que no han sido formuladas por alguna autoridad normativa (muchos «principios generales del derecho» pertenecen a esta categoría)." En *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, trad. Miguel Carbonell y Pedro Salazar, 2º ed., Trotta e IIJ-UNAM, Madrid, 2010, p. 32.

5 Al respecto Hans Kelsen afirma lo siguiente: "...anular una ley es dictar una norma general; porque la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su producción y no es, por así decirlo, sino producción con un signo negativo y, por tanto, una función legislativa. Un tribunal que tiene el poder de anular las leyes es, por consiguiente, un órgano del poder legislativo. La anulación de las leyes por un tribunal puede, pues, interpretarse con igual razón más como un reparto del poder legislativo

**Tercero.** La Declaratoria General de Inconstitucionalidad es una decisión exclusiva de la Suprema Corte. Esta autoridad es la única que puede expulsar normas jurídicas del sistema jurídico mexicano. La Suprema Corte puede expulsar normas generales en otros dos casos: en la controversia constitucional y en la acción de inconstitucionalidad (artículos 105 y 107, fracción II de la Constitución General<sup>6</sup>).

La Declaratoria General de Inconstitucionalidad es una decisión que requiere ser adoptada por una mayoría de cuando menos ocho ministros. Esta es la mayoría calificada prevista en la Constitución General para que la Suprema Corte pueda generar el efecto más trascendental de su función jurisdiccional: la expulsión de normas generales del sistema jurídico. Está mayoría también se prevé para la expulsión de normas generales en la controversia constitucional y en la acción de inconstitucionalidad.

**Cuarto.** La Declaratoria General de Inconstitucionalidad no procede en contra de normas generales en materia tributaria (párrafo cuarto de la fracción II del artículo 107); al respecto, en el Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos con Proyecto de Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 100, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la Cámara de Senadores, se señaló lo siguiente:

Este procedimiento de declaratoria no aplicará a las normas generales en materia tributaria. La razón de esto último obedece a la especial importancia que guarda dicha materia en las finanzas públicas y el posible impacto negativo en las mismas en caso de establecer una declaratoria con efectos generales.<sup>7</sup>

Las normas generales tributarias pueden corresponder a la materia tributaria federal, local o municipal.

## 2 ANTECEDENTES DE LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD

La Declaratoria General de Inconstitucionalidad es una figura agregada al texto fundamental con la reforma a la Constitución General en materia de amparo, publicada el

---

entre dos órganos que como una intrusión en el poder legislativo.” En *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, UNAM-IIJ, sobretiro del Anuario Jurídico I, México, 1974, p. 130.

- 6 En lo sucesivo, cualquier cita de preceptos normativos en los que no se señale el ordenamiento al que pertenecen se entenderá que son de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a la cual, en este artículo, también se le denominará Constitución General.
- 7 Cámara de Senadores, *Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos con Proyecto de Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 100, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, discutido y votado el 10 de diciembre de 2010, p. 7.

6 de junio de 2011. Se adicionó a la fracción II del artículo 107 al lado de la regulación del principio de relatividad de las sentencias de amparo.

En la iniciativa que propuso la figura de la Declaratoria General de Inconstitucionalidad se consideró a la Suprema Corte como la única autoridad competente para emitirla, respecto de aquellas normas declaradas inconstitucionales en jurisprudencia por reiteración derivada de amparos indirectos en revisión. Los argumentos plasmados en esa iniciativa fueron los siguientes:

En la referida fracción II, segundo párrafo del artículo 107 se propone una reforma sin duda alguna de especial importancia y relieve.

En efecto, se propone otorgar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación la facultad de emitir una declaración general en aquellos juicios de amparo indirecto en revisión en los que establezca jurisprudencia por reiteración en la cual determine la inconstitucionalidad o la interpretación conforme de una norma general respecto de la Constitución.

Respecto de la primera cabe señalar que la declaratoria corresponde en exclusiva al Pleno de la Suprema Corte, siempre que la misma hubiere establecido jurisprudencia por reiteración en los términos acabados de apuntar.

Es decir, si bien es cierto que a nuestro Máximo Tribunal se le confiere tan importante atribución, también lo es que sólo se actualiza ante el establecimiento reiterado de un criterio jurisprudencial. La declaración de interpretación conforme, por su parte, tiene la ventaja de permitir a la Corte establecer aquella interpretación mediante la cual sea factible salvar la constitucionalidad de la norma impugnada para, de esa forma, garantizar la supremacía constitucional y, simultáneamente, permitir una adecuada y constante aplicación de nuestro orden jurídico.

Debido a la trascendencia de las declaratorias acabadas de mencionar, se estima necesario que se hagan de manera separada a las sentencias judiciales. En ese proceso específico, y a efecto de estar en posibilidad de construir el sentido y alcances de la declaratoria general con gran cuidado, en la ley de amparo deberá conferirse a la Suprema Corte la facultad de llamar a quien estime conveniente a efecto de escuchar sus opiniones antes de tomar una medida de tal trascendencia para nuestro orden jurídico. Debido a los alcances de la resolución, en la ley de amparo deberá establecerse que la declaratoria sea publicada en el Diario Oficial de la Federación, en el Semanario Judicial de la Federación y en el órgano oficial de la entidad que, en su caso, hubiere emitido la norma sobre la cual se hubiere hecho tal declaratoria.<sup>8</sup>

En la exposición de motivos de la citada iniciativa de reforma a la Constitución General en materia de amparo se señaló que la vía para que se genere la Declaratoria General de Inconstitucionalidad es el juicio de amparo indirecto. Esto es lo idóneo porque

8 Senadores de la República del grupo parlamentario del PRI: Manlio Fabio Beltrones Rivera, Jesús Murillo Karam, Fernando Castro Trenti y Pedro Joaquín Coldwell, *Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan los artículos 94, 100, 103, 107 y 112 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Diario de Debates del 19 de marzo de 2009, p. 12.

a través de ese tipo de juicio de amparo, como se analizará más adelante, pueden ser objeto de reclamación las normas generales.

Los autores de la citada reforma consideraron necesario que, previo a emitirse la Declaratoria, se notificara la existencia de la jurisprudencia a la autoridad emisora de la norma general. Esta es una deferencia para incitar a la emisora a que corrija el vicio de inconstitucionalidad de su obra. Al respecto, en el Dictamen elaborado en la Cámara de Senadores se dieron las siguientes razones de la deferencia a la autoridad emisora:

Si bien es cierto que a nuestro Máximo Tribunal se le confiere tan importante atribución, también lo es que sólo se actualiza ante el establecimiento reiterado de un criterio jurisprudencial, siendo además que tal declaratoria no procede en forma automática sino respetando las condiciones y plazos antes referidos, permitiendo que sea el propio órgano emisor de la norma quien reforme o modifique la norma declarada inconstitucional y no siendo así, la Suprema Corte de Justicia sea quien emita la declaratoria general de inconstitucionalidad, aprobada por una mayoría calificada, lo que pretende preservar con ello, el pleno respeto y equilibrio entre los Poderes de la Unión.

En ese proceso específico, y a efecto de estar en posibilidad de construir el sentido y alcances de la declaratoria general con gran cuidado, en la ley reglamentaria deberá conferirse a la Suprema Corte la facultad de llamar a quien estime conveniente a efecto de escuchar sus opiniones antes de tomar una medida de tal trascendencia para nuestro orden jurídico. Debido a los alcances de la resolución, en la ley reglamentaria deberá establecerse que la declaratoria deba ser publicada en el Diario Oficial de la Federación, en el Semanario Judicial de la Federación y en el órgano oficial de la entidad que, en su caso, hubiere emitido la norma sobre la cual se hubiere hecho tal declaratoria.<sup>9</sup>

Por la trascendencia de la Declaratoria (la expulsión de una norma general), se propuso, desde la iniciativa, que la publicación de esta decisión se realizara en el Diario Oficial de la Federación, en el Seminario Judicial de la Federación y, en su caso, en los medios oficiales de las entidades federativas.

### **3. LA COMPATIBILIDAD DE LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD CON LA SUBSISTENCIA DEL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD DE LAS SENTENCIAS DE AMPARO**

A través de las sentencias de juicio de amparo se puede declarar la invalidez de una norma general con efectos particulares, para el caso concreto o para la persona que solicitó la protección. Este es el efecto natural del juicio de amparo indirecto contra normas generales, al cual se le denomina fórmula Otero o principio de relatividad

9 Cámara de Senadores, *Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos con Proyecto de Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 100, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Op. cit., p. 7.

de los efectos de las sentencias de amparo (artículo 107, fracción II, primer párrafo). Hay excepciones a ese principio, por ejemplo, las sentencias protectoras de derechos sociales o las sentencias de amparos contra omisiones legislativas, las cuales producen efectos que trascienden a la parte quejosa. La expulsión de normas generales no es un efecto de las sentencias de amparo indirecto, pero de estos, cuando se reclamen normas generales, pueden derivar procedimientos de Declaratoria General de Inconstitucionalidad, en los cuales sí se genera el efecto de expulsión de las normas generales.

A pesar de que en la Declaratoria General de Inconstitucionalidad los efectos son *erga omnes* y en las sentencias de amparo indirecto, conforme a la fórmula Otero, los efectos son *inter partes*, no hay incompatibilidad entre ambas figuras.

Actualmente la fórmula Otero se prevé en el primer párrafo de la fracción II del artículo 107 en los siguientes términos: “Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los quejosos que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda.” Antes de la reforma del 6 de junio de 2011 se preveía la prohibición de realizar “una declaratoria general respecto de la ley o acto”, sin embargo, esto sigue siendo aplicable, porque a pesar de que algunas sentencias de amparo generen efectos *erga omnes* no se hará en ellas una declaratoria de inconstitucionalidad con efectos generales.

La fórmula Otero sigue siendo un postulado aplicable para todas las sentencias de amparo. Una Declaratoria General de Inconstitucionalidad de una norma general nunca se va a dictar en una sentencia de amparo; una sentencia de amparo no es el medio idóneo para expulsar del sistema jurídico a una norma general. Para emitir la Declaratoria General de Inconstitucionalidad se sigue un procedimiento que no es el del juicio de amparo, pero que deriva de los amparos indirectos contra normas generales.

Las razones que se dieron en el proceso legislativo de la reforma a la Constitución General en materia de amparo, publicada el 6 de junio de 2011, específicamente en el Dictamen elaborado por las comisiones de la Cámara de Senadores, para incluir a la Declaratoria y replantear la fórmula Otero son las siguientes:

Por lo que estas comisiones consideran que los efectos relativos de las sentencias de amparo generan ciertas consecuencias que son inadmisibles en un Estado democrático y de derecho. En un primer término, la relatividad de las sentencias de amparo vulnera el principio de supremacía constitucional. Por otro lado, se afecta la regularidad del orden jurídico mexicano, toda vez que tenemos casos de normas generales irregulares así determinadas por el órgano de control que no obstante, siguen formando parte del sistema jurídico.

A mayor abundamiento debe decirse que vulnera el principio de igualdad ante la ley, pues la norma declarada inconstitucional se sigue aplicando a todos aquellos que no promovieron el juicio de garantías, además del principio de economía procesal, pues se llega al absurdo de tener que seguir promoviendo juicios de amparo contra leyes que han sido declaradas inconstitucionales un sinnúmero

de veces. Esto supone una carga añadida para el Poder Judicial Federal que va en detrimento de una pronta y expedita administración de justicia.

Por otro lado, debe decirse que en un país con serias desigualdades económicas y sociales es una injusticia la permanencia de normas inconstitucionales y su obligatoriedad para la inmensa mayoría de los gobernados, solo porque no promovieron un juicio de amparo, a pesar de haber sido declaradas inconstitucionales.<sup>10</sup>

Con el anterior antecedente queda claro el objetivo de la Declaratoria General de Inconstitucionalidad derivada del juicio de amparo: evitar las incongruencias sistémicas y desigualdades que provoca el que una norma declarada inconstitucional por parte del Poder Judicial de la Federación sea desaplicada o inaplicada a algunos sujetos y a otros se les siga aplicando. Con la Declaratoria se preserva la congruencia del sistema jurídico, la cual está inmersa en el principio de igualdad, porque una norma debe ser aplicable o no para todos.

#### **4. EL PROCEDIMIENTO PARA EMITIR LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD**

El primer ordenamiento normativo secundario que desarrolló lo previsto en los párrafos segundo, tercero y cuarto de la fracción II del artículo 107, fue el Acuerdo General 11/2011, emitido por el Pleno de la Suprema Corte el 4 de octubre de 2011, relativo al procedimiento para la Declaratoria General de Inconstitucionalidad. Ese Acuerdo se emitió ante la falta de la ley reglamentaria de los reformados artículos 103 y 107; la emisión de esta ley ocurrió hasta el 2 de abril de 2013.

Una vez que se expidió la Ley de Amparo el 2 de abril de 2013, el Pleno de la Suprema Corte emitió el Acuerdo General 15/2013, de 23 de septiembre de 2013, relativo al procedimiento para la Declaratoria General de Inconstitucionalidad.

A raíz de la novedad de la figura, la Suprema Corte ha tenido que pronunciarse sobre aspectos básicos del procedimiento de la Declaratoria. El criterio más relevante que la Suprema Corte ha dado al respecto es el que emitió la Segunda Sala de la Suprema Corte en la resolución del Recurso de Reclamación 243/2017, en donde distinguió la existencia de dos procedimientos, uno previsto en el párrafo segundo y otro en el párrafo tercero de la fracción II del artículo 107. En esa resolución se reconoció la constitucionalidad de la regulación que de estos se hace en la Ley de Amparo. El criterio que derivó de esa resolución es el siguiente:

**DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD. LOS ARTÍCULOS 231, 232 Y 233 DE LA LEY DE AMPARO SON ACORDES CON LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN II, SEGUNDO Y TERCER PÁ-**

---

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 6.

## RRAFOS, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Conforme al principio de legislador racional y a la interpretación auténtica y funcional de los párrafos segundo y tercero de la fracción II del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, existen dos procedimientos para la declaratoria general de inconstitucionalidad con requisitos distintos: el primero –contenido en el segundo párrafo de esa fracción–, conforme al cual, cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general no tributaria por segunda ocasión consecutiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora correspondiente, está referido exclusivamente a las sentencias dictadas por el órgano al cual corresponde la competencia originaria para resolver en definitiva sobre temas de constitucionalidad de normas generales, es decir, únicamente a los amparos indirectos en revisión resueltos por las Salas o el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Por su parte, el segundo supuesto –previsto en el tercer párrafo de la mencionada fracción– se refiere al caso en que los órganos del Poder Judicial de la Federación (distintos del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o de sus Salas) establezcan jurisprudencia por reiteración sobre la inconstitucionalidad de una norma general no tributaria, supuesto en el cual la propia Suprema Corte lo notificará a la autoridad emisora para que, en un plazo de 90 días naturales, realice las adecuaciones legislativas o regulatorias correspondientes y necesarias para corregir el problema de constitucionalidad advertido; esto es, tal supuesto está referido a las sentencias emitidas por los Tribunales Colegiados de Circuito por ser los únicos órganos distintos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación facultados para emitir jurisprudencia. Con base en lo anterior, es evidente que los artículos 231, 232 y 233 de la Ley de Amparo desarrollan el procedimiento aplicable para cada uno de estos supuestos previstos constitucionalmente en las porciones normativas precisadas, para lo cual se establecen mecanismos distintos en razón del órgano resolutor y la necesidad o no de la existencia de jurisprudencia, por lo que dichos preceptos legales son acordes con el texto constitucional, dado que el legislador ordinario advirtió que en el proceso de reformas constitucionales en materia de amparo, el Poder Reformador de la Constitución distinguió entre dos supuestos y, a partir de esa diferenciación, estableció dos procedimientos diferentes (según el órgano de amparo emisor de la sentencia) pero encaminados al mismo fin, consistente en dar a conocer al órgano legislativo emisor sobre el inicio del procedimiento para declarar la inconstitucionalidad de una norma con efectos generales.

SEGUNDA SALA. Recurso de reclamación 243/2017.<sup>11</sup>

El criterio antes citado está en lo correcto al distinguir dos procedimientos, sin embargo, en él se cometen algunas imprecisiones. Del análisis del criterio y de la resolución que le dio origen se derivan las siguientes conclusiones generales:

11 [TA]; 10a. Época; 2a. Sala; Semanario Judicial de la Federación; 2a. XXIII/2019 (10a.). Registro No. 2 019 624.

1. El procedimiento previsto en el párrafo segundo de la fracción II del artículo 107 no tiene por finalidad la formulación de una Declaratoria General de Inconstitucionalidad, es un procedimiento para informar a la autoridad emisora de la norma general de la existencia de criterios que pueden dar lugar a una declaratoria de inconstitucionalidad de la norma en cuestión.
2. El procedimiento previsto en el párrafo tercero de la fracción II del artículo 107 sí tiene por finalidad la emisión de la Declaratoria General de Inconstitucionalidad.

Ambos procedimientos se analizan a continuación.

#### **4.1. Procedimiento para informar a la autoridad emisora de la norma general de la que se ha resuelto por segunda ocasión consecutiva sobre su inconstitucionalidad**

El párrafo tercero de la fracción II, del artículo 107, prevé un procedimiento para que la Suprema Corte informe a la autoridad emisora que se ha resuelto, por segunda ocasión consecutiva, en juicios de amparos indirectos en revisión, la inconstitucionalidad de la norma general que expidió. El texto del precepto es el siguiente: “Cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora correspondiente.”

Del citado precepto se concluye lo siguiente:

**Primero.** A reserva de que se profundizará más sobre el tema: en el amparo indirecto, a diferencia del directo, pueden tener como objeto de reclamación a normas generales; esto permite que, en este tipo de juicios, los juzgadores de amparo puedan resolver sobre la inconstitucionalidad de la norma general en cuestión. El precepto prevé que sean amparos indirectos en revisión, por lo que se trata de sentencias dictadas por tribunales de alzada en los que se confirma la resolución de inconstitucionalidad de la norma general emitida por un juez de distrito.

**Segundo.** Los únicos órganos del Poder Judicial que pueden conocer de amparos indirectos en revisión son los tribunales colegiados de circuito y la Suprema Corte en Pleno o en salas,<sup>12</sup> las resoluciones que estos adopten serán definitivas. Los tribunales colegiados de circuito tienen competencia delegada para resolver recursos de revisión en contra de sentencias en las que se resuelva sobre aspectos de inconstitucionalidad de normas generales y la Suprema Corte una competencia originaria.<sup>13</sup> Esos órganos jurisdiccionales, a su vez, pueden emitir jurisprudencia por reiteración en la que se determine la inconstitucionalidad de normas generales.

12 Artículo 107, fracción VIII.

13 *Cfr.* Contradicción de tesis 361/2015 del Pleno de la Suprema Corte.

Para comprender la norma prevista en el precepto en análisis es conveniente reformular la oración en ella contenida de la siguiente manera: “La Suprema Corte de Justicia de la Nación informará a la autoridad emisora que la norma general que emitió ha sido considerada inconstitucionalidad por segunda ocasión consecutiva en juicios de amparo indirecto en revisión.” El sujeto de la oración es la Suprema Corte, el verbo principal es informar y existe una oración subordinada cuyo sujeto es el que ejerce la acción de resolver los amparos indirectos en revisión, los cuales, en el sistema jurídico mexicano, pueden ser tres órganos: los tribunales colegiados de circuito y la Suprema Corte funcionando en Pleno o en salas.

Conforme a lo anterior, y en estricto apego al texto constitucional, pareciera que el legislador ordinario omitió regular en el artículo 231 de la Ley de Amparo el supuesto de los juicios de amparos indirectos en revisión resueltos por los tribunales colegiados de circuito. El texto de ese precepto legal es el siguiente:

Artículo 231. Cuando las salas o el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los juicios de amparo indirecto en revisión, resuelvan la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, en una o en distintas sesiones, el presidente de la sala respectiva o de la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora de la norma.

Lo dispuesto en el presente Capítulo no será aplicable a normas en materia tributaria.

La anterior disposición se replicó en el Acuerdo General 15/2013 de la siguiente manera:

SEGUNDO. Una vez que el Pleno o las Salas de este Alto Tribunal determinen por segunda ocasión consecutiva la inconstitucionalidad de una norma general no tributaria, lo harán del conocimiento del Presidente de este Alto Tribunal, con el objeto de que ordene informar a la autoridad emisora la existencia de esos precedentes.

La Segunda Sala de la Suprema Corte por cuatro votos a favor, en el criterio que derivó del Recurso de Reclamación 243/2017, validó la omisión del artículo 231 de la Ley de Amparo (y el punto segundo del Acuerdo General 15/2013) al considerar que este procedimiento se refiere “únicamente a los amparos indirectos en revisión resueltos por las Salas o el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”.

La respuesta del anterior conflicto normativo se encuentra en el proceso legislativo del que emanó el párrafo segundo de la fracción II del artículo 107.

Originalmente, en la iniciativa que dio origen a la reforma a la Constitución General, publicada el 6 de junio de 2011, se motivó la inclusión de la Declaratoria General de Inconstitucionalidad de la siguiente manera:

Respecto de la primera cabe señalar que la declaratoria corresponde en exclusiva al Pleno de la Suprema Corte, siempre que la misma hubiere establecido jurisprudencia por reiteración en los términos acabados de apuntar.

Es decir, si bien es cierto que a nuestro Máximo Tribunal se le confiere tan importante atribución, también lo es que sólo se actualiza ante el establecimiento reiterado de un criterio jurisprudencial. La declaración de interpretación conforme, por su parte, tiene la ventaja de permitir a la Corte establecer aquella interpretación mediante la cual sea factible salvar la constitucionalidad de la norma impugnada para, de esa forma, garantizar la supremacía constitucional y, simultáneamente, permitir una adecuada y constante aplicación de nuestro orden jurídico.<sup>14</sup>

De esa exposición de motivos se advierte que la intención fue que la Declaratoria tuviese lugar solo respecto de normas que se hubiesen declarado inconstitucionales a través de jurisprudencia emitida por el Pleno de la Suprema Corte. Derivado de esos motivos, se propuso en esa iniciativa el siguiente texto:

Artículo 107...

(...)

II...

Sin embargo, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los juicios de amparo indirecto en revisión, establezca jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad o la interpretación conforme de una norma general respecto de esta Constitución, procederá a emitir la declaratoria general correspondiente, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria.

En el Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos con Proyecto de Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 100, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la Cámara de Senadores, se reconoció la vaguedad de la iniciativa y se propuso especificar el procedimiento en los siguientes términos:

Si bien en el texto contenido en la iniciativa que se dictamina se establece que dicha declaratoria procederá en los términos y condiciones que se establezcan en la ley reglamentaria, estas comisiones unidas estiman pertinente establecer ciertos requisitos de procedencia de dicha declaratoria, dejando los demás términos para su desarrollo en la ley reglamentaria.

En consecuencia, se pretende establecer en el segundo, tercero y cuarto párrafos de la fracción II del artículo 107 constitucional, que cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los juicios de amparo indirecto en revisión de que conozca, resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, debe informar a la autoridad emisora de la norma, únicamente para su conocimiento.<sup>15</sup>

14 Senadores de la República del grupo parlamentario del PRI: Manlio Fabio Beltrones Rivera, Jesús Murillo Karam, Fernando Castro Trenti y Pedro Joaquín Coldwell, *Op. cit.*

15 Cámara de Senadores, *Op. cit.*, p. 7

Con la anterior exposición de motivos modificaron la propuesta de inclusión de la Declaratoria General de Inconstitucionalidad que contenía la iniciativa y se crearon los textos de los párrafos segundo, tercero y cuarto, hoy vigentes.

En el Dictamen de la Comisión de Puntos Constitucionales, con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de los artículos 94, 100, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos, de la Cámara de Diputados no se hicieron modificaciones al texto ni se expusieron motivos más allá de los que ya había dado la Cámara de Senadores.

De la sentencia del Recurso de Reclamación 243/2017 se advierte que la Segunda Sala retomó los trabajos legislativos de la reforma a la Constitución en materia de amparo, publicada el 6 de junio de 2011.

En el considerando Sexto, párrafo 22, de la sentencia de Reclamación 243/2017 se señaló lo siguiente:

22. Dicho de otra manera, en el proceso de reformas constitucionales en materia de amparo, claramente el poder reformador quiso distinguir entre dos supuestos; el primero, en el cual se trata de sentencias dictadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en amparo (indirecto) en revisión, en cuyo caso sólo se estableció como requisito la existencia de dos fallos y, el segundo, aplicable a los órganos del Poder Judicial de la Federación, en el cual condicionó el aviso sobre la declaratoria general de inconstitucionalidad, a la existencia de jurisprudencia.

Con lo anterior, la Segunda Sala justificó su resolución en una interpretación auténtica y funcional.<sup>16</sup> No obstante que la resolución de la Segunda Sala es correcta y que se advierte una falta de técnica legislativa en la redacción del párrafo segundo de la fracción II del artículo 107, es posible que la falta de mención en el dictamen del supuesto de resoluciones de amparos indirectos en revisión por los tribunales colegiados pueden ser una simple omisión o imprecisión del equipo técnico que elaboró el dictamen; ante esta posibilidad, era preferible una interpretación pro persona en el sentido de considerar también las resoluciones de los tribunales colegiados, ya que el fin de este procedimiento es incentivar a las autoridades emisoras a superar las incongruencias normativas sistémicas y las desigualdades que generan la desaplicación o inaplicación particular de las normas declaradas inconstitucionales en los juicios de amparo.

De lo que no hay duda es de la facultad exclusiva de la Suprema Corte de informar la situación a la autoridad emisora correspondiente.

16 Segunda Sala de la Suprema Corte, sentencia del Recurso de Reclamación 243/2017, considerando sexto, párrafo 27.

**Tercero.** Las autoridades emisoras de normas generales ejercen una función materialmente legislativa, ellas pueden ser: órganos legislativos, y autoridades administrativas y jurisdiccionales cuando emiten normatividad de carácter general.

La deferencia a la autoridad emisora de la norma general es para advertirle de la posible conformación de una jurisprudencia por reiteración en la que se resuelva la inconstitucionalidad de la norma y, con ello, darle oportunidad de que supere los problemas de inconstitucionalidad de la norma general en cuestión. La omisión de remediar el vicio no tiene consecuencias para la autoridad emisora. Este procedimiento solo consiste en informar.

El esquema del procedimiento es muy simple; es el siguiente:



Los procedimientos que hasta el momento se han solicitado para informar a la autoridad emisora de la norma general de la que se ha resuelto por segunda ocasión consecutiva sobre su inconstitucionalidad son los siguientes:

### **Procedimientos solicitados para informar a la autoridad emisora de la norma general de la que se ha resuelto por segunda ocasión consecutiva sobre su inconstitucionalidad<sup>17</sup>**

Número de expediente	Artículos de los cuales se solicitó que se informara a la autoridad emisora
4/2012	Artículos 294 y 295 del Código Federal de Procedimientos Penales.
1/2013	Artículo 143 del Código Civil para el Estado de Oaxaca, en la porción normativa que hace referencia a que la finalidad del matrimonio es perpetuar la especie.
2/2017	Artículo 13, primer párrafo, del Código Fiscal de la Federación vigente en 2013 publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1981
3/2017	Artículo 147 del Código Civil del Estado de Nuevo León.

<sup>17</sup> Los datos de este cuadro fueron obtenidos en el Sistema de Consulta de Sentencias y Datos de Expedientes del sitio de la Suprema Corte, disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/Paginas-Pub/ResultadosPub.aspx?Tema=&Consecutivo=0&Anio=0&TipoAsunto=71&Pertenececia=0&MinistroID=0&SecretarioID=0&MateriaID=0> consultado el 29 de julio de 2019.

Número de expediente	Artículos de los cuales se solicitó que se informara a la autoridad emisora
4/2017	Artículos 147 y 291 Bis del Código Civil del Estado de Nuevo León.
1/2018	Artículos 235, último párrafo, 237, 245, fracción I, 247 último párrafo y 248 de la Ley General de Salud.

Este tipo de procedimientos debe concluir con la mera información a la autoridad emisora.

La Suprema Corte incluye en sus registros a este procedimiento de forma indistinta con el de Declaratoria General de Inconstitucionalidad. Lo correcto sería que le dé otra categoría de registro a estos procedimientos.

#### 4.2. El Procedimiento para emitir la Declaratoria General de Inconstitucionalidad

El párrafo tercero de la fracción II del artículo 107 prevé el procedimiento para la Declaratoria General de Inconstitucionalidad; el texto del precepto es el siguiente:

Cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora. Transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria.

El análisis del procedimiento previsto en este precepto es el siguiente:

**Primero.** Se requiere que los órganos jurisdiccionales competentes del Poder Judicial de la Federación declaren la inconstitucionalidad de una norma general no tributaria en jurisprudencia por reiteración derivada de amparos indirectos en revisión. Las autoridades competentes para emitir jurisprudencia por reiteración son: la Suprema Corte, funcionando en Pleno o en salas, y los tribunales colegiados de circuito.<sup>18</sup>

18 El tercer párrafo de la fracción II del artículo 117 de la Constitución General se refiera a “Cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración...”, de aquí se deduce que se refiere al Pleno y Salas de la Suprema Corte y a los Tribunales Colegiados de Circuito porque son los únicos que pueden emitir jurisprudencia por reiteración. El artículo 216 de la Ley de Amparo establece cuáles son los órganos facultados para emitir jurisprudencia por reiteración: “Artículo 216. La jurisprudencia por reiteración se establece por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno o en salas, o por los tribunales colegiados de circuito.”

La regla común para todos los casos en los que se constituya jurisprudencia por reiteración es que dichas autoridades sustenten un mismo criterio en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, resueltas en diferentes sesiones, con las siguientes votaciones: una mayoría de cuando menos ocho votos, tratándose del Pleno de la Suprema Corte; una mayoría de cuando menos cuatro votos, tratándose de las salas de la Suprema Corte; y por unanimidad, tratándose de los tribunales colegiados de circuito.<sup>19</sup> Estas son mayorías calificadas que tienen la lógica de lograr el máximo consenso de los órganos jurisdiccionales de amparo para considerar la inconstitucionalidad de una norma general, por deferencia al legislador.

**Segundo.** La jurisprudencia por reiteración debe provenir de amparos indirectos en revisión. Además de las exposiciones de motivos que se desprenden del trabajo legislativo que dio origen a la reforma a la Constitución General en materia de amparo, publicada el 6 de junio de 2011, las razones para que deriven de amparos indirectos en revisión son las siguientes:

En el amparo directo no se resuelve sobre la constitucionalidad de las normas generales, por lo que a pesar de que no lo diga el párrafo tercero de la fracción II del artículo 107, se está refiriendo a amparos indirectos.

En los amparos directos no se puede alegar la inconstitucionalidad de una norma general como cuestión reclamada (lo cual sí es posible en el amparo indirecto), solo es posible en ellos hacer el planteamiento de inconstitucionalidad de una norma general en los conceptos de violación. En las sentencias de los amparos directos se puede considerar la inconstitucionalidad de las normas en la parte considerativa, pero no en la parte resolutive; el efecto de la sentencia puede ser el ordenar la desaplicación de la norma considerada inconstitucional solo para el caso concreto.

En el amparo directo solo puede ser objeto de reclamación: las sentencias definitivas, laudos y resoluciones que pongan fin al juicio,<sup>20</sup> por tal razón, nunca podrá ser parte en el juicio, como autoridad responsable, la emisora de la norma general. En estos juicios, la autoridad emisora de la norma no puede defender su obra.

En el amparo indirecto, a diferencia del amparo directo, puede ser objeto de reclamación una norma general,<sup>21</sup> y en la respectiva sentencia se puede resolver (en la parte

19 Artículos 222 a 224 de la Ley de Amparo.

20 Artículo 117, fracción III, inciso a).

21 El fundamento de esto es el artículo 117, fracción VII, en el cual se dispone lo siguiente:

“VII. **El amparo contra** actos u omisiones en juicio, fuera de juicio o después de concluido, o que afecten a personas extrañas al juicio, **contra normas generales** o contra actos u omisiones de autoridad administrativa, **se interpondrá ante el Juez de Distrito** bajo cuya jurisdicción se encuentre el lugar en que el acto reclamado se ejecute o trate de ejecutarse, y su tramitación se limitará al informe de la autoridad, a una audiencia para la que se citará en el mismo auto en el que se mande pedir el informe y se recibirán las pruebas que las partes interesadas ofrezcan y oirán los alegatos, pronunciándose en la misma audiencia la sentencia;”

resolutiva) la inconstitucionalidad de la norma general en cuestión. Cuando se reclama a una norma general en este tipo de amparo se genera una *litis* entre el quejoso y la autoridad emisora de la norma. Esto puede tener por efecto que se realice un pronunciamiento sobre la invalidez de la norma general, y lograr su desaplicación permanente para la parte quejosa. Esa desaplicación presente y futura de la norma para el quejoso es la base para extender los efectos a todos los destinatarios de la norma general a través de su expulsión del sistema jurídico.

La posibilidad en el amparo indirecto para declarar la inconstitucionalidad de normas generales, por ser estos objetos de la reclamación, hacen idóneo a este tipo de amparo para que de él derive el procedimiento de Declaratoria General de Inconstitucionalidad.

**Tercero.** Antes de emitir la Declaratoria, la Suprema Corte, por deferencia, notificará a la autoridad emisora de la norma declarada inconstitucionalidad a través de jurisprudencia por reiteración, para incitarla a que se avoque a la superación del problema de inconstitucionalidad. La autoridad emisora puede superar el problema por reforma en la que modifique o derogue el vicio de inconstitucionalidad.

Si la autoridad emisora no remedia el vicio dentro de los 90 días naturales siguientes a la notificación, la Suprema Corte, con una mayoría de cuando menos ocho votos, emitirá la Declaratoria General de Inconstitucionalidad.

La Suprema Corte deberá emitir la Declaratoria en un tiempo prudente para que la autoridad emisora supere las inconsistencias de la norma general en cuestión, por ejemplo, tratándose de órganos legislativos lo debe hacer durante los períodos ordinarios de estos, a fin de que el plazo de 90 días naturales no corra durante los recesos. Es necesario destacar que el tercer párrafo del artículo 232 de la Ley de Amparo contiene una norma inconstitucional, la cual es la siguiente:

Cuando el órgano emisor de la norma sea el órgano legislativo federal o local, el plazo referido en el párrafo anterior se computará dentro de los días útiles de los períodos ordinarios de sesiones determinados en la Constitución Federal, en el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, o en la Constitución Local, según corresponda.

La norma contenida en esta disposición es inconstitucional porque prevé el cómputo para los órganos legislativos en días hábiles, y la Constitución General prevé que son días naturales. De presentarse el caso de que estén en receso, esos órganos deberán convocar a períodos extraordinarios.

**Cuarto.** Ha sido debatible la cuestión de quiénes son los sujetos que pueden solicitar el inicio del procedimiento de Declaratoria General de Inconstitucionalidad.

---

*(Énfasis añadido)*

La Segunda Sala, en el Recurso de Reclamación 243/2017, consideró que la solicitud corresponde única y exclusivamente a la Suprema Corte y a los plenos de circuito y no así a las partes en los juicios de amparo indirectos en revisión. Las razones que dio fueron las siguientes:

...en el proceso de reformas constitucionales en materia de amparo no se previó esa posibilidad, ni fue objeto de discusión o se analizó como una posibilidad; por el contrario, en todo momento la intención fue que sólo los órganos de amparo resolutores en forma definitiva fueran quienes avisaran directamente (en el caso de la Suprema Corte de Justicia de la Nación) o indirectamente (mediante los Plenos de Circuito para el caso de los tribunales colegiados de circuito) al órgano emisor de la norma declarada inconstitucional sobre la existencia de dos precedentes, o bien de jurisprudencia (entendida como cinco precedentes emitidos en forma ininterrumpida, en el mismo sentido).<sup>22</sup>

Las razones de la Segunda Sala no tienen un sustento sólido para excluir a las partes en los juicios de amparo indirecto, porque parten de suposiciones sobre la intención de los autores de las normas constitucionales. Ante la falta de elementos de interpretación auténtica, lo correcto es ampliar las posibilidades de conocer las incongruencias normativas del sistema jurídico, lo que sin duda tendrá por efecto el que se preserve la seguridad jurídica; una interpretación en ese sentido es pro persona.

El único precepto que existe sobre los legitimados para iniciar el procedimiento aquí descrito es el artículo 233 de la Ley de Amparo, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 233. Los plenos de circuito, conforme a los acuerdos generales que emita la Suprema Corte de Justicia de la Nación, podrán solicitar a ésta, por mayoría de sus integrantes, que inicie el procedimiento de declaratoria general de inconstitucionalidad cuando dentro de su circuito se haya emitido jurisprudencia derivada de amparos indirectos en revisión en la que se declare la inconstitucionalidad de una norma general.

En este precepto solo se prevé la facultad de los plenos de circuito para solicitar el inicio del procedimiento de Declaratoria General de Inconstitucionalidad, conforme a los requisitos en él descritos. La Segunda Sala, en la resolución ya citada, consideró lógico que la Suprema Corte también pueda iniciar el procedimiento de Declaratoria.

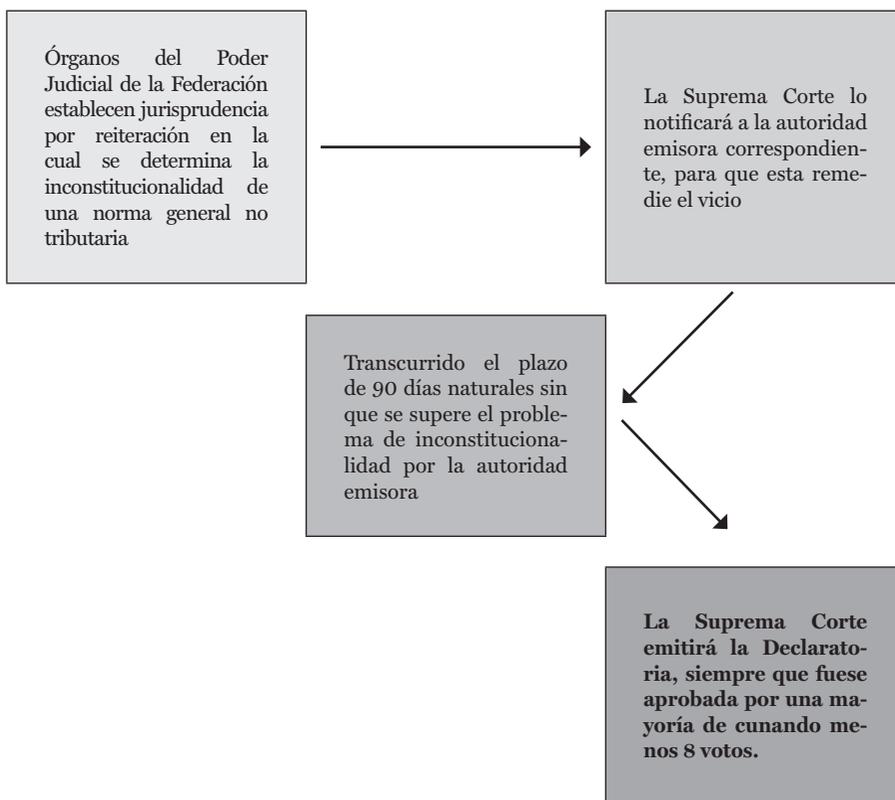
La legislación de amparo debe modificarse para permitir expresamente que las partes de los juicios de amparo de los que deriven los criterios de inconstitucionalidad de las normas en cuestión. No hay norma fundamental que impida este supuesto. La legitimación de los particulares es importante para incitar la actuación de las autoridades. La necesidad se hace evidente en el número de procedimientos iniciados, son

22 Segunda Sala de la Suprema Corte, sentencia del Recurso de Reclamación 243/2017, considerando sexto, párrafo 32.

muy pocos y sin duda las posibilidades de que puedan prosperar las Declaratorias son muchas.

**Quinto.** La publicación de la resolución de la Declaratoria General de Inconstitucionalidad se debe realizar en el Diario Oficial de la Federación y en el órgano oficial en el que se haya publicado la norma declarada inconstitucional. Esto se hará en un plazo de siete días hábiles.<sup>23</sup> Es conveniente que, en la publicación de las leyes oficiales, una vez hecha la publicación, se realice una anotación de la Declaratoria.

El esquema del procedimiento es el siguiente:



Los procedimientos que hasta el momento se han solicitado para la Declaratoria General de Inconstitucionalidad son los siguientes:

23 Artículo 235 de la Ley de Amparo.

## Procedimientos solicitados para emitir la Declaratoria General de Inconstitucionalidad<sup>24</sup>

Número de expediente	Artículos de los cuales se solicita la declaratoria	Resolución
1/2012	Artículo 60 Bis b, de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios sociales de los Trabajadores del Estado de Sonora	Se desechó por improcedente, porque se consideró que se trataba de una norma general en materia tributaria.
2/2012	Artículo 10, apartado A, fracción XIV, párrafos segundo y tercero de la Ley de los Establecimientos Mercantiles del Distrito Federal	Quedó sin materia, porque dentro del plazo de 90 días se derogaron los preceptos
3/2012	Artículos décimo primero y décimo segundo transitorios de la Ley de Pensiones para los Empleados del Gobierno del Estado de Oaxaca	Se desechó por improcedente, porque se consideró que se trataba de una norma general en materia tributaria.
1/2015	Artículo tercero transitorio del Decreto 373, publicado en el Periódico Oficial del Estado de San Luis Potosí el 26 de octubre de 2013	Se desechó por improcedente, porque se consideró que se trataba de una norma general en materia tributaria.
1/2016	Artículos 40 y 165 del Código Familiar del Estado de Sinaloa	Se requirió al Secretario de Acuerdos de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia para que tan pronto se establezca jurisprudencia sobre el tema lo comunique a la Presidencia se la Suprema Corte.
2/2016	Artículo 4 de los Lineamientos para la Recepción, Registro, Control, Resguardo y Seguimiento de las Declaraciones de Situación Patrimonial, publicados en el Periódico Oficial del Gobierno Constitucional del Estado de Michoacán de Ocampo el 12 de diciembre de 2014	Quedó sin materia, porque incluso antes del plazo de 90 días se modificó sustancialmente el precepto.
1/2017	Artículos 43 de la Ley Reglamentaria de las Oficinas del Registro Civil del Estado de Tamaulipas; artículo 124 del Código Civil del Estado de Tamaulipas; artículo 294 del Código Civil del Estado de Puebla; artículos 143 y 144 del Código Civil del Estado de Aguascalientes; artículo 7 de la Constitución Política del Estado de Baja California; artículo 143 del Código	Se desechó por improcedente, porque el promovente carecía de legitimación y no se cumplían con la configuración de jurisprudencia sobre la inconstitucionalidad de los preceptos.

24 Los datos de este cuadro fueron obtenidos en el Sistema de Consulta de Sentencias y Datos de Expedientes del sitio de la Suprema Corte, disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/Paginas-Pub/ResultadosPub.aspx?Tema=&Consecutivo=0&Anio=0&TipoAsunto=71&Pertenececia=0&MinistroID=0&SecretarioID=0&MateriaID=0> consultado el 29 de julio de 2019.

Número de expediente	Artículos de los cuales se solicita la declaratoria	Resolución
	Civil del Estado de Baja California; artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca; artículos 134 y 135 del Código Civil del Estado de Chihuahua	
5/2017	Artículos 87 fracción I y Décimo Quinto transitorio del Reglamento de la Ley General de Turismo, por violación al principio de reserva reglamentaria	Quedó sin materia, porque incluso antes del plazo de 90 días se modificaron sustancialmente los preceptos.
6/2017	Artículo 298, inciso b), fracción IV, de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión	Resolución: Se declara la inconstitucionalidad del artículo 298, inciso B), fracción IV, de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, en la porción normativa 'de 1%', con los alcances establecidos en el último considerando de esta resolución y con efectos generales que se surtirán a partir de la notificación de estos puntos resolutivos al Congreso de la Unión. <sup>25</sup>

A la fecha de la elaboración del presente artículo solo se ha expulsado una norma general del sistema jurídico a través de la Declaratoria General de Inconstitucionalidad (6/2017), y en tres ocasiones ha resultado la deferencia a la autoridad emisora de la norma general (2/2012, 2/2016 y 5/2017), porque han enmendado la inconstitucionalidad de las normas generales que expidieron debido a la notificación que les realizó la Suprema Corte.<sup>25</sup>

## 5. FUENTES DE CONSULTA

Cámara de Senadores, *Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos con Proyecto de Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan di-*

25 Los efectos que se decretaron en esta Declaratoria fueron los siguientes:

“1) que el alcance de esta declaratoria general de inconstitucionalidad no tendrá efectos retroactivos, con fundamento en el artículo 234 de la Ley de Amparo, y no implica que las posibles conductas que puedan configurarse conforme al artículo 298, inciso B), fracción IV, de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión queden impunes, pues la finalidad del Constituyente Permanente, establecida en el artículo 28, párrafo décimo octavo, constitucional, es la existencia de un esquema efectivo de sanciones a las conductas que sean contrarias a la legislación en materia de telecomunicaciones, ya que se pretende proteger un bien del dominio público de la Nación, esto es, el espectro radioeléctrico, y 2) que, si el Instituto Federal de Telecomunicaciones estima que algún particular incumplió con alguna obligación sancionable conforme al artículo 298, inciso B), fracción IV, de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, al determinar el porcentaje mínimo de la sanción procedente, podrá utilizar el porcentaje mínimo previsto en el inciso A) del artículo mencionado, es decir, el 0.01% del ingreso del sujeto sancionado.

*versas disposiciones de los artículos 94, 100, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, discutido y votado el 10 de diciembre de 2010.

Guastini, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, trad. Miguel Carbonell y Pedro Salazar, 2<sup>o</sup> ed., Trotta e IIJ-UNAM, Madrid, 2010.

Kelsen, Hans, *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, UNAM-IIJ, sobretiro del Anuario Jurídico I, México, 1974.

Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *contradicción de tesis 361/2015*.

Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD. LOS ARTÍCULOS 231, 232 Y 233 DE LA LEY DE AMPARO SON ACORDES CON LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN II, SEGUNDO Y TERCER PÁRRAFOS, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS*, [TA]; 10a. época; 2a. Sala; Semanario Judicial de la Federación; 2a. XXI-II/2019 (10a.). Registro No. 2 019 624.

Segunda Sala de la Suprema Corte, sentencia del *Recurso de Reclamación 243/2017*.

Senadores de la República del grupo parlamentario del PRI: Manlio Fabio Beltrones Rivera, Jesús Murillo Karam, Fernando Castro Trenti y Pedro Joaquín Coldwell, *Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan los artículos 94, 100, 103, 107 y 112 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Diario de Debates del 19 de marzo de 2009.



# LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DEL CONSUMIDOR EN MÉXICO OBLIGA A REGULAR PRONTA Y RAZONADAMENTE LOS SISTEMAS ELECTRÓNICOS DE ADMINISTRACIÓN DE NICOTINA

Por MARÍA DEL CARMEN ORDÓÑEZ LÓPEZ<sup>1</sup>

**RESUMEN:** La interpretación de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS) del artículo 16, fracción VI, en el sentido de que éste prohíbe los sistemas electrónicos de administración de nicotina es errónea y violatoria de diversos derechos humanos puesto que, además de haber propiciado el comercio clandestino y descontrolado de cigarrillos electrónicos que entran al país de manera informal, priva a los fumadores de alternativas que resultarían menos riesgosas para su salud impidiéndoles ejercer sus derechos a la igualdad, a la salud, al libre desarrollo de la personalidad y a la información. Es de la mayor importancia que, para cumplir con la obligación del Estado de respetar y procurar las condiciones más propicias para el ejercicio de los derechos humanos, se revierta esta interpretación y se legisle de manera específica para regular los sistemas electrónicos de administración de nicotina.

**PALABRAS CLAVE:** Nicotina, Derechos Humanos, Cigarrillos, Consumidor, Innovación, Regulación.

**ABSTRACT:** The interpretation of the Federal Commission for the Protection against Sanitary Risks (COFEPRIS) of article 16, section VI, in the sense that it prohibits the electronic systems of nicotine administration is erroneous and violates various human rights since, in addition to having propitiated the clandestine and uncontrolled trade of electronic cigarettes that enter the country informally, deprives smokers of alternatives that would be less risky for their health by preventing them from exercising their rights to equality, health,

---

1 La autora del presente artículo es abogada y trabaja como Vicepresident & Associate General Counsel para Philip Morris International Inc. (PMI). PMI es una empresa global dedicada a la fabricación de productos de tabaco y de sistemas electrónicos de administración de nicotina. El presente artículo no refleja la posición de PMI ni de ninguna de sus subsidiarias en México respecto de ninguno de los temas, autoridades, autores o sentencias que en él se tratan y los puntos de vista de la autora no deben en forma alguna ser atribuidos a PMI, el artículo no hace parte de la evaluación de desempeño de quien suscribe y no ha sido escrito por instrucciones o a petición de ninguna de estas empresas, sino que refleja la visión personal e independiente de la autora. Naturalmente, las convicciones de quien escribe están estrechamente relacionadas con el conocimiento que adquirido en virtud de la labor profesional y a lo largo de muchos años de empleo con PMI. También es una opinión que desarrollada por el estudio independiente de la autora y su interacción con familiares y amigos que consumen nicotina. Dicho eso, este artículo no presenta opinión alguna sobre la regulación de cigarros y otros productos de tabaco convencionales, no pretende trato diferenciado alguno para un sistema electrónico de administración de nicotina en particular ni presenta propuestas concretas sobre cómo deben ser regulados ya que ello es competencia exclusiva de las autoridades de salud en México mismas que, en el ejercicio de sus funciones, deben escuchar todas las voces y velar por el equilibrio entre los derechos de todos los miembros de la sociedad.

free personality development and information. It is of the utmost importance that, in order to comply with the State's obligation to respect and ensure the most favorable conditions for the exercise of human rights, this interpretation is reversed and specifically legislated to regulate the electronic nicotine administration systems.

**KEYWORDS:** Nicotine, Human Rights, Cigarettes, Consumer, Innovation, Regulation.

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN. 1. LA NICOTINA, LOS CIGARRILLOS Y SUS EFECTOS EN LA SALUD. LOS SISTEMAS ELECTRÓNICOS DE ADMINISTRACIÓN DE NICOTINA (SEAN) Y SUS CONSUMIBLES. POLÍTICA PÚBLICA DE REDUCCIÓN DEL DAÑO. 2. MARCO JURÍDICO GENERAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DEL CONSUMIDOR EN MÉXICO. 3. EL VACÍO REGULATORIO Y LA APARENTE PROHIBICIÓN DE LOS SEAN EN MÉXICO. 4. LA OBLIGATORIEDAD DE REGULAR LOS SEAN PARA PROTEGER LOS DERECHOS HUMANOS DEL CONSUMIDOR EN MÉXICO. 5. CONCLUSIONES. 6. FUENTES DE CONSULTA.

## INTRODUCCIÓN

“Fumar mata”. Esta advertencia de salud aparece en las cajetillas de cigarrillos en muchos países del mundo. No cabe duda, fumar es altamente riesgoso para la salud. Lo mejor que una persona puede hacer es no empezar a fumar nunca. Lo segundo mejor, dejar de fumar. Esto es del conocimiento público; aun así, hay millones de personas que no dejarán de fumar. La propia Organización Mundial de la Salud (OMS) reporta que, pese a todas las medidas de control de tabaco emprendidas en las últimas dos décadas, hay una población que continuará fumando. Esas personas son consumidores y tienen derechos humanos. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y la legislación mexicana les reconocen el derecho a tomar sus propias decisiones sobre su salud, a estar informados sobre los productos que consumen, a elegir entre productos con distintos perfiles de riesgo, a tener acceso a productos más saludables cuando los haya y así lo decidan. Es innegable que estos derechos les asisten. Para quienes continúan fumando, los SEAN son una alternativa para tener acceso a la nicotina sin exponerse al humo del tabaco, que es la causa de las enfermedades relacionadas con el fumar. Tener información veraz sobre estos productos y tenerlos legalmente a su alcance favorecería el ejercicio de sus derechos tal como la CPEUM y la ley se los reconocen. No obstante, los fumadores en México ven sus derechos vulnerados por la omisión del Congreso de la Unión de legislar sobre productos para los cuales la Ley General para el Control del Tabaco (LGCT) claramente no está pensada y la errónea interpretación de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS) de que la propia LGCT (mediante una disposición que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ya ha declarado inconstitucional en tres sentencias de amparo) los prohíbe. Como consecuencia de estas fallas gubernamentales que violentan sus derechos humanos, los fumadores se ven obligados a escoger entre dejar de fumar, seguir fumando, o consumir productos sobre los que solo tienen información parcial y que se venden en la clandestinidad, sin control alguno y sin pagar impuestos, cuando podrían escoger algo mejor para su salud. La falta de legislación y la posición

administrativa les vetan el acceso a un producto que es mejor para su salud que los cigarrillos.

Este no es un artículo científico ni se enfoca particularmente en ninguna de las variedades de SEAN existentes. No es un artículo sobre tabaco o sobre cigarrillos. No es un artículo sobre las motivaciones de los fumadores ni sobre la bondad o razonabilidad de su decisión de fumar. Es un artículo sobre las razones que hacen jurídicamente obligatorio regular pronta y razonablemente los SEAN para evitar una violación continuada a los derechos humanos que los fumadores tienen como consumidores y que no pueden negárseles, sea cual sea la opinión que se tenga sobre su decisión.

## 1. LA NICOTINA, LOS CIGARRILLOS Y SUS EFECTOS EN LA SALUD. LOS SISTEMAS ELECTRÓNICOS DE ADMINISTRACIÓN DE NICOTINA (SEAN) Y SUS CONSUMIBLES. POLÍTICA PÚBLICA DE REDUCCIÓN DEL DAÑO

### A) La nicotina, los cigarrillos y sus efectos en la salud

La nicotina (*nicotiana tabacum*) es un alcaloide producido de manera natural por la planta de tabaco (también se encuentra, en cantidades insignificantes, en otros productos agrícolas). La nicotina obtenida de la planta del tabaco sigue siendo la más utilizada pero hoy puede producirse también sintéticamente.

La nicotina es adictiva y, en alta dosis, tóxica. Para los efectos de este artículo usaremos la definición de “adicción” que nos proporciona el Diccionario de la Real Academia Española:

*“adicción: f. 1. Dependencia de sustancias o actividades nocivas para la salud o el equilibrio psíquico. f. 2 Afición extrema a alguien o algo.”*<sup>2</sup>

En el 2014, el Médico General de los Estados Unidos de América emitió, como hace periódicamente, un informe sobre tabaquismo y medidas de control de tabaco, en el que señala:

*“Dependence on nicotine is characterized by both the persistence of a drug-taking behavior and the emergence of withdrawal symptoms upon the abrupt cessation of nicotine administration.”*<sup>3 4</sup>

2 Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Edición del Tricentenario. Actualización 2017. Voz: adicción.

3 *The Health Consequences of Smoking – 50 years of Progress. A report of the Surgeon General.* U.S. Department of Health and Human Services. 2014. p. 112.

4 “La dependencia de la nicotina se caracteriza tanto por la persistencia de la conducta de tomar la droga como por la aparición de síntomas de abstinencia cuando la administración de la nicotina cesa repentinamente.” Traducción propia.

El consumo de nicotina proporciona al usuario una sensación placentera mediante un incremento en los niveles de dopamina y otros neurotransmisores.<sup>5</sup>

Fumar cigarrillos es la forma más común, eficaz y rápida de ingerir nicotina y de experimentar sus efectos. Por ello, entre otras cosas, los cigarrillos se convirtieron, en los últimos 150 años, en la manera más común y controvertida de consumir nicotina en el mundo. Sin embargo, fumar cigarrillos no es el único modo de consumir tabaco para obtener nicotina. El tabaco también se puede fumar en pipa o en puros y puede mascarse, aspirarse por la nariz o colocarse dentro de la boca. Y, por supuesto, el tabaco no es la única planta que se fuma.

Para fumar, el tabaco debe entrar en combustión, es decir, quemarse. Cuando el tabaco se quema genera – como cualquier otra cosa al quemarse – humo. El humo entra al cuerpo transportando la nicotina. Para el cuerpo humano, la exposición al humo de cualquier sustancia en combustión – como la gasolina – puede ser dañina. En concreto, el humo producido por la combustión de tabaco contiene más de 6,000 químicos; aproximadamente 100 de ellos han sido clasificados como posibles causantes de enfermedades relacionadas con el fumar como el cáncer de pulmón, las enfermedades cardiovasculares, y el enfisema. No hay ningún cigarrillo que no sea adictivo o que no dañe la salud.<sup>6</sup>

Según OMS, cada año mueren aproximadamente 6 millones de personas por enfermedades directamente relacionadas con fumar.<sup>7</sup>

Pese a los riesgos asociados con fumar y al conocimiento prácticamente universal de los mismos, hay gente que sigue, y seguirá, fumando. De acuerdo con la propia OMS hay 1.1 billones de fumadores en el mundo.<sup>8</sup> En México, no obstante las muchas iniciativas para reducir el uso del tabaco, en el 2025 todavía habrá más de 9 millones de fumadores.<sup>9</sup> La nicotina es la causa principal de que esto sea así.

*“People smoke for the nicotine but they die from the tar.”<sup>10 11</sup>*

5 Benowitz, Neal, “Pharmacology of Nicotine: Addiction, Smoking-induced Disease, and Therapeutics”, en *Annual Review of Pharmacology and Toxicology*, 2009. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2946180/pdf/nihms235120.pdf>

6 Philip Morris International, <https://www.pmi.com/our-business/about-us/our-views/health-effects-of-smoking-tobacco> Consultado el 14 de junio de 2019.

7 World Health Organization, <http://www.who.int/en/news-room/fact-sheets/detail/tobacco> de fecha 9 de marzo del 2018. Consultado el 14 de junio de 2019.

8 Ídem.

9 WHO Global Report on trends in prevalence of tobacco smoking. 2015. Sección México. [http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/156262/9789241564922\\_eng.pdf;jsessionid=A4F30789DE-5D996B2CD526DD1731772E?sequence=1](http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/156262/9789241564922_eng.pdf;jsessionid=A4F30789DE-5D996B2CD526DD1731772E?sequence=1) Consultado el 14 de junio de 2019.

10 Russell, MAH, “*Low-Tar, Medium-Nicotine Cigarettes: a new approach to safer smoking*”, en *British Medical Journal*, 12 de junio de 1976. p. 1431.

11 “La gente fuma por la nicotina, pero se muere por el alquitrán.” Traducción propia.

Pese a lo que comúnmente se piensa, la nicotina, aunque adictiva, no es la principal causa de enfermedades relacionadas con fumar; por ello, entendiendo que es inviable erradicar de un momento a otro el consumo de nicotina, distintos organismos han dedicado décadas a buscar una manera menos dañina pero igualmente satisfactoria de consumir nicotina. En palabras del Royal College of Physicians del Reino Unido:

*“Nicotine is the primary addictive component sustaining tobacco use, but it is not the cause of the vast majority of harm associated with tobacco use. Therefore, a product that delivers nicotine in the absence of other constituents of tobacco will be associated with dramatically less harm... there is sufficient evidence to conclude that any harm from long-term nicotine use will still be negligible compared with the harm of tobacco use... The ideal harm-reduction device should therefore deliver nicotine in a manner as similar as possible to cigarettes, while at the same time maximizing palatability and nicotine delivery to approximate the experience of cigarette smoking more closely.”<sup>12 13</sup>*

O, en palabras del Dr. Scott Gottlieb, ex Comisionado de la Administración de Alimentos y Drogas de los Estados Unidos de América, (Food and Drug Administration, FDA, por su nombre y siglas en inglés) el 28 de julio de 2017:

*“We must do more to help these Americans and their families to lead healthier lives, and to avoid or break free from harmful cigarette addiction.*

*The key lies in taking a new and comprehensive approach to the regulation of nicotine.*

*Why nicotine?*

*Because nicotine lives at the core of both the problem and, ultimately, the solution to the question of addiction and the harm caused by combustible forms of tobacco.*

*Nicotine is astonishingly addictive. And when nicotine is attached to cigarette smoke particles, it's not only highly addictive, but an addictive chemical mix of disease and death. One feature critical to cigarettes is the efficiency by which they deliver nicotine. And inhalation is the key. A cigarette can deliver the inhaled nicotine through the lungs and to the brain in less than 10 seconds, adding to its addictive potential.*

*But the nicotine in cigarettes is not directly responsible for the cancer, lung disease, and heart disease that kill hundreds of thousands of Americans each year. Yes, it got them all addicted and kept them addicted for the long term. And it got*

12 “Nicotine without Smoke, Tobacco Harm Reduction”, report by the Tobacco Advisory Group of the Royal College of Physicians. Royal College of Physicians. London, 2016. p. 62.

13 “La nicotina es el principal componente adictivo que motiva y mantiene el uso del tabaco, pero no es la causa de la gran mayoría de los daños asociados con el uso del tabaco. Por lo tanto, un producto que proporcione nicotina sin los demás componentes del tabaco estará asociado con un nivel dramáticamente menor de daño... hay evidencia suficiente para concluir que cualquier daño ocasionado por el uso prolongado de nicotina será insignificante en comparación con el daño ocasionado por el uso del tabaco... el mecanismo ideal para reducir el daño debe, entonces, proporcionar la nicotina de un modo tan similar como sea posible al modo en que lo hacen los cigarrillos, maximizando al mismo tiempo la palatabilidad y la entrega de nicotina para acercarse lo más posible a la experiencia de fumar un cigarrillo.” Traducción propia.

*most of them addicted when they were still teenagers. But it's the other chemical compounds in tobacco, and in the smoke created by setting tobacco on fire, that directly and primarily cause the illness and death, not the nicotine.*

*So we need to take a fresh look at nicotine itself, and how the addiction that it causes relates to the potential harm of its delivery mechanism.<sup>14</sup>*

Naturalmente, el ideal de política pública es evitar completamente las adicciones o propiciar que las personas logren superarlas. Pero ese no puede ser el único ideal. Es necesario también enfocarse en el manejo eficiente y efectivo de las adicciones mientras existan para que causen el menor daño posible. Por ello, hay que enfatizar la oportunidad y la obligación jurídicas, dadas las condiciones actuales de desarrollo tecnológico y científico, de mejor proteger los derechos humanos de las personas que hoy ya fuman y seguirán fumando pese a las medidas de control del tabaco.<sup>15</sup>

Es necesario un enfoque práctico y realista para lograr reducir las probabilidades de daño hoy porque *"...smokers cannot easily stop smoking because they are addicted to nicotine, and to expect people who cannot stop smoking to smoke cigarettes that have hardly any nicotine is illogical."*<sup>16 17</sup>

14 Gottlieb, Scott, Protecting American Families: A comprehensive approach to Nicotine and Tobacco, January 28, 20017, consultado el 14 de junio de 2019, <https://www.fda.gov/news-events/speeches-fda-officials/protecting-american-families-comprehensive-approach-nicotine-and-tobacco-06282017> "Debemos hacer más para ayudar a estos Estadounidenses y a sus familias a vivir vidas más saludables y a evitar la dañina adicción a los cigarrillos o liberarse de ella.

La clave está en adoptar un enfoque nuevo e integral para regular la nicotina.

¿Por qué la nicotina?

Porque la nicotina es el centro tanto del problema como de la solución al problema de la adicción y el daño causado por las formas combustibles de tabaco.

La nicotina es increíblemente adictiva. Y cuando la nicotina está adherida a partículas de humo de un cigarrillo no solo es altamente adictiva, es una mezcla química adictiva de enfermedad y muerte.

Una característica esencial de los cigarrillos es la eficiencia con la que proporcionan la nicotina. La inhalación es la clave. Un cigarrillo puede proporcionar la nicotina inhalada a través de los pulmones y hasta el cerebro en menos de 10 segundos, incrementando su carácter adictivo.

Pero la nicotina de los cigarrillos no es directamente responsable del cáncer, las enfermedades pulmonares y cardíacas que matan a miles de estadounidenses cada año. Sí, fue lo que los hizo adictos y es lo que los mantiene adictos en el largo plazo. Y convirtió a la mayoría de ellos en adictos cuando aún eran adolescentes. Pero son los otros componentes químicos en el tabaco y en el humo que se produce al quemar tabaco los que causan directa y principalmente las enfermedades, no la nicotina.

Así que necesitamos mirar con otros ojos la nicotina y su relación de la adicción que causa con el posible daño que involucra el mecanismo a través del cual se obtiene.

La nicotina no es, ni de lejos, un compuesto seguro y benigno. Pero una política orientada a la familia y población que pretenda reducir el daño causado y la mortalidad causados por el tabaco debe partir de la premisa de que por lo que se refiere a la nicotina, el problema no es solo la nicotina. El mayor problema es el modo por el cual la nicotina entra al cuerpo, la forma en que es entregada."

15 Australia Tobacco Harm Reduction Association, <https://athra.org.au/smoking-rates-stall-as-australia-loses-the-battle-against-smoking/> Consultado el 14 de junio de 2019.

16 *Vid supra* nota 8.

17 "...los fumadores no pueden dejar de fumar fácilmente porque son adictos a la nicotina, y pretender que unas personas que no pueden dejar de fumar fumen cigarrillos prácticamente sin nicotina es ilógico." Traducción propia.

## B) Los SEAN

Actualmente hay una variedad de productos que no requieren combustión de tabaco para proporcionarle nicotina al consumidor. Algunos de ellos contienen tabaco, algunos están hechos a base de nicotina natural o sintética y no contienen tabaco.

Entre los productos hechos a base de tabaco encontramos, por una parte, aquellos que utilizan un mecanismo electrónico para calentar el tabaco contenido en un consumible (en ocasiones de apariencia similar a un cigarrillo, en ocasiones similar a una pequeña cápsula) generando así un aerosol que contiene nicotina y que se aspira por la boca. Entre ellos podemos encontrar Ploom Tech, de Japan Tobacco, Glo, de British American Tobacco, y IQOS (y sus consumibles, HEETS), de Philip Morris International. Por otro lado, existen otros productos de tabaco que no requieren combustión ni producen humo y funcionan sin ayuda de ningún mecanismo electrónico – como el tabaco para aspirar por la nariz o para mascar. La nicotina llega al organismo por distintos medios en cada uno de estos casos: aerosol, absorción directa por la piel, etc. En conjunto, estos productos integran la categoría conocida como “productos de tabaco sin humo”.

Por otra parte, los denominados cigarrillos electrónicos son aparatos electrónicos en los que se introduce un cartucho de nicotina líquida que se calienta para que el consumidor aspire el aerosol. No tienen tabaco. La variedad de cigarrillos electrónicos disponibles en el mundo, su calidad y su respetabilidad es enorme.

Todos estos productos son adictivos y ninguno está exento de riesgos, sin embargo, los riesgos para la salud asociados con su consumo están en un espectro: no todos los productos para consumir nicotina son igualmente riesgosos y cualquiera de los que no requieren combustión reduce las probabilidades de que quienes los usen sufran enfermedades relacionadas con el fumar. Esto se debe a que al no haber combustión, no hay humo. Es en el humo en donde, como hemos dicho, se encuentra la mayor parte de los componentes relacionados con las enfermedades como el cáncer de pulmón, el enfisema, etc. Si bien es cierto que no existen aún estudios clínicos que hayan seguido a lo largo de periodos prolongados las condiciones de salud de un grupo de usuarios, los estudios toxicológicos ya realizados apoyan la conclusión de una reducción en la formación de componentes nocivos y en la exposición a los mismos.

Así, el Reino Unido tiene una posición abierta y clara respecto a los cigarrillos electrónicos y promueve la sustitución de cigarrillos convencionales por electrónicos cuando no se deja de fumar. Canadá regula también los SEAN permitiendo su venta y algunas comunicaciones a los consumidores. Nueva Zelanda promueve también cambiar a cigarrillos electrónicos. Estos 3 países, la Unión Europea, Guatemala, República Dominicana, Colombia, Japón, Corea, Sudáfrica, Estados Unidos y muchos otros permiten, dentro de un marco jurídico más o menos claro, la venta de productos de tabaco calentado y diversas formas de informar al consumidor. Mientras tanto en México prospera el mercado informal de esos productos, muchos de los cuales se internan al país sin pagar impuesto alguno, se venden sin supervisión eficaz para evitar el acceso de me-

nores de edad, las compañías bien establecidas que buscan ponerlos a disposición del consumidor adulto enfrentan constante inseguridad jurídica y, lo que es más grave, los fumadores reciben información contradictoria y confusa sobre estos productos que son una mejor elección que los cigarrillos, no tienen referencia sobre cuáles son manufacturados por fabricantes confiables y supervisados y cuáles no tienen control alguno y se ven privados de una alternativa fácilmente accesible que les permita ejercer sus derechos humanos.

### C) El concepto de “reducción del daño”

Muchas actividades que realizamos cotidianamente son de alto riesgo para nuestra salud. Frecuentemente, también son inevitables o provechosas o, simplemente, placenteras. Por ello, la regulación no se enfoca en evitar la conducta sino en minimizar los riesgos o procurar que, en caso de que un daño se materialice, este sea el menor posible.

Las medidas de prevención, como el uso de cinturones de seguridad, son medidas de reducción del daño puesto que conducir es una actividad de riesgo. El ámbito en el que la reducción del daño se ha aplicado más abiertamente es el del control de drogas duras o ilegales, especialmente las de consumo intravenoso; una de las conductas de riesgo añadido de los consumidores de drogas por esa vía es compartir las jeringas que utilizan para inyectarse, cosa que contribuye al contagio de enfermedades, incluyendo el VIH/SIDA. Ese riesgo de contagio llevó a las autoridades sanitarias de algunos países a implementar programas de suministro de jeringas desechables e, incluso, a crear espacios donde las personas pudieran inyectarse en un entorno más seguro que las calles, donde abundan otras posibilidades de infección, y con un equipo de inyección proporcionado por el propio Estado. De esta manera se evitan posibles daños asociados con el consumo intravenoso de drogas sin interferir de manera inmediata con la elección del usuario de consumir la sustancia.

En tanto que política pública, la reducción del daño se basa en los siguientes principios:

*“Pragmatism. Harm reduction accepts that some use of mind-altering substances is inevitable, and that some level of drug use is normal in a society. It acknowledges that, although carrying risks, drug use also provides the user with benefits that must be taken into account...”*

*Humanistic Values. The drug user’s decision to use drugs is accepted as a fact, as his or her choice; no moralistic judgement is made...*

*Focus on harms. The fact of a person’s drug use per se is of secondary importance to the risk of harms consequent to use. The harms addressed can be related to health, social, economic, or a multitude of other factors, affecting the individual, the community, and society as a whole. Therefore, the first priority is to decrease the negative consequences of drug use to the user and to others, as opposed to focusing*

*on decreasing the drug itself. Harm reduction neither excludes nor presumes the long-term treatment goal of abstinence...*<sup>18 19</sup>

En general, las políticas de reducción del daño reconocen que las conductas de riesgo son inherentes a la condición humana y que el tiempo dedicado a tratar de erradicar conductas indisociables de dicha condición estaría mejor empleado en reducir sus consecuencias negativas. Adicionalmente, quienes apoyan la teoría de la reducción del daño reconocen no solo que las conductas de alto riesgo existen, sino que existen por una razón que la economía conductual y las teorías sobre el autocontrol pueden explicar.<sup>20</sup>

Durante años, las autoridades de salud pública han intentado casi todas las medidas de control del consumo de tabaco en las que pueda pensarse: prohibición de publicidad, advertencias sanitarias con imágenes disuasivas y de gran tamaño, empaque genérico, aumento de impuestos, prohibición de exhibición del producto en los lugares de venta, prohibición de patrocinios, prohibición de uso en espacios públicos, en espacios educativos, deportivos, etc. El consumo de tabaco en el mundo se ha reducido sin duda. Sin embargo, a pesar de estas medidas y del conocimiento generalizado sobre el hecho de que fumar es nocivo para la salud, mucha gente sigue fumando. Su número no cambiará significativamente.

*“Yet, many people choose to smoke nevertheless, and the number continues to grow. In populations that have experienced the greatest drops in smoking prevalence, the change in prevalence has plateaued or at least slowed to the point that population growth causes the total number of smokers to remain roughly the same. Meanwhile, in many parts of the world, both smoking prevalence and population are growing. We can expect that prevalence will eventually drop in most populations as people become sufficiently healthy (i.e. reductions in infectious diseases and other risks raise life expectancy enough that smoking becomes a major risk*

18 Inciardi, James A., Harrison, Lana D., editors, *Harm Reduction, National and International Perspectives*, Sage Publications, Inc., 2000. pp. 6 y 7.

19 “Pragmatismo. La reducción del daño acepta que algún uso de sustancias que alteren la mente es inevitable y que hay un cierto nivel de consumo de drogas que es normal en una sociedad. Reconoce que, pese a los riesgos, el uso de drogas le proporciona a los usuarios ciertos beneficios que deben tenerse en cuenta si pretende entenderse la conducta del consumo de drogas...

Valores Humanistas. La decisión del usuario de consumir drogas se acepta como un hecho, como su elección, no hay juicios morales que condenen o exalten el uso de drogas, con independencia de la cantidad o el modo en que se utilicen. La dignidad y los derechos del usuario de drogas se respetan.

Enfoque en los daños. El que una persona use drogas, o cuánta droga consuma, son de importancia secundaria en comparación con los riesgos de daño que pueden resultar del consumo. Los daños que se consideran pueden relacionarse con la salud, ser de carácter social, económico, o de muchos otros tipos y afectar al individuo, a su comunidad o a la sociedad en general. Por lo tanto, la prioridad es reducir las consecuencias negativas del uso de la droga, para el usuario y para terceros, en lugar de enfocarse en reducir el uso de la droga como tal. La reducción del daño no excluye, pero tampoco presupone, que la abstinencia sea el objetivo final...” Traducción propia.

20 Marlatt, Alan G. et al., *Harm Reduction, Pragmatic Strategies for Managing High-Risk Behaviors*, The Guilford Press, Segunda Edición. 2012.

*for premature mortality) and educated about the risks. Historical evidence suggests that such education reduces nicotine use prevalence by about half, usually down to the 25-30% range... Predictions that even greater reductions in nicotine consumption can be achieved are based on little more than wishful thinking.*<sup>21 22</sup>

Por eso es jurídicamente indispensable regular adecuadamente la comercialización de productos de nicotina que puedan reducir el daño que estas personas pueden sufrir, ya.

## 2. MARCO JURÍDICO GENERAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DEL CONSUMIDOR EN MÉXICO

La reforma constitucional de los derechos humanos publicada en el Diario Oficial de la Federación en junio del 2011 fue trascendental. El Estado Mexicano pasó de *otorgar* una serie de garantías individuales que imponían a los entes públicos meras obligaciones de no hacer, a *reconocer* una amplia gama de derechos humanos, que lo obligan no solo a no interferir con su disfrute, sino a protegerlos, promoverlos y generar las condiciones necesarias para su goce efectivo. Esta reforma desencadenó cambios legales y reglamentarios. Todo el marco jurídico mexicano y la composición del Estado se vieron influenciados por ella.<sup>23</sup> El ámbito de los derechos del consumidor y su protección no fue una excepción. En realidad, los derechos que la Ley Federal de Protección al Consumidor (LFPC) reconoce a los consumidores son una expresión de los derechos fundamentales que la CPEUM reconoce para todas las personas. Cuando una persona actúa como consumidora en el mercado de bienes y servicios – cosa que hacemos todos múltiples veces al día – es titular de los derechos que la CPEUM y la ley de la materia reconocen. Estos derechos son subjetivos propiamente hablando y comprenden tanto derechos de defensa como de prestación.<sup>24</sup>

21 Ídem, pp. 108-109.

22 “Aun así, mucha gente decide seguir fumando, y el número sigue creciendo. En las poblaciones que han experimentado la mayor reducción en la prevalencia de fumado, el cambio se ha estabilizado o, al menos, se ha reducido hasta el punto en que el aumento poblacional provoca que el número de fumadores permanezca estable. Mientras tanto, en muchas partes del mundo tanto la prevalencia como la población aumentan. Es de esperarse que la prevalencia disminuya en la mayor parte de las poblaciones en la medida en que la gente sea más saludable (es decir, cuando haya una reducción en las enfermedades infecciosas y otros riesgos que aumente la expectativa de vida lo suficiente para que fumar se considere un riesgo significativo de muerte prematura) y esté mejor educada sobre los riesgos. La evidencia histórica sugiere que la educación puede reducir la prevalencia del uso de nicotina más o menos en la mitad, normalmente al rango del 25 al 30%... Las predicciones que puedan alcanzarse mayores reducciones en el consumo de nicotina se basan solo en ilusiones.” Trad. Propia.

23 SANCHEZ MORALES, Julieta, Reforma Constitucional de Derechos Humanos: hacia un nuevo Derecho en México, Perseo, Programa de Universitario de Derechos Humanos, Universidad Nacional Autónoma de México, Número 19, Septiembre de 2014. Disponible en <http://www.pudh.unam.mx/perseo/reforma-constitucional-de-derechos-humanos-hacia-un-nuevo-derecho-en-mexico/> Consultado el 14 de junio de 2019.

24 ARANGO, Rodolfo, *El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales*, Primera Edición en Español. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Editorial Legis, Colombia, 2005. Pág. 35. “*En el caso del derecho de defensa, se trata del derecho a la acción negativa del Estado (omisión estatal), que limita su*

Así, todos los consumidores son iguales ante la ley y en la ley. Todos los consumidores tienen derecho a elegir libremente, en el ámbito de lo lícito, cómo desarrollar su personalidad y qué productos quieren consumir. Todos los consumidores tienen derecho a la salud. Todos los consumidores tienen derecho a información plural y oportuna. Y no basta con que nadie obstruya el ejercicio de esos derechos, el Estado está obligado a crear las condiciones necesarias para su disfrute efectivo.

La LFPC es de orden público e interés social. Su objeto, según su artículo 1, es “promover y proteger los derechos y la cultura del consumidor y procurar la equidad, certeza y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores.” El mismo artículo primero establece que son principios básicos en las relaciones de consumo:

*“1. La protección de la vida, salud y seguridad del consumidor contra los riesgos provocados por productos... considerados peligrosos o nocivos;*

*3. La educación y divulgación sobre el consumo adecuado de los productos y servicios, que garanticen la libertad para escoger y la equidad en las contrataciones;*

*4. La información adecuada y clara sobre los diferentes productos y servicios con especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad y precio, así como los riesgos que representen;*

...

*VII. La protección contra la publicidad engañosa y abusiva...”*

Las obligaciones impuestas por la LFPC recaen principalmente en los proveedores pero el Estado Mexicano en general, y a través de la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor (PROFECO) en particular, tiene obligación de fomentar y mantener un entorno de mercado donde los consumidores puedan ejercer verdaderamente sus derechos. Así, la PROFECO “deberá fomentar permanentemente una cultura de consumo responsable e inteligente, entendido como aquel que implica un consumo consciente, informado, crítico, saludable... a fin de que los consumidores estén en posibilidades de realizar una buena toma de decisiones, suficientemente informada, respecto del consumo de bienes y servicios, los efectos de sus actos de consumo...”<sup>25</sup>, la Secretaría de Economía (SE) tiene la obligación de determinar la política de protección al consumidor para “...favorecer y promover los intereses y derechos de los consumidores...”<sup>26</sup> y la PROFECO tiene, incluso, facultades para requerir a otras autoridades para que tomen medidas para combatir, detener, modificar o evitar prácticas que lesionen los intereses de los consumidores<sup>27</sup>.

---

*campo de acción y asegura la libertad del individuo... Los derechos de prestación se refieren principalmente a los derechos a la acción positiva del Estado (a un hacer estatal), la cual asegura la participación del ciudadano en prestaciones normativas... o... en prestaciones fácticas.”*

25 Artículo 8 de la Ley Federal de Protección al Consumidor.

26 Artículo 19, ídem.

27 Artículo 24, fr. XX, ídem.

Como veremos a continuación, la interpretación prohibitiva de la COFEPRIS respecto de los SEAN ha generado un caos que impacta negativamente los derechos fundamentales del consumidor. Sin duda, México enfrenta muchos retos de importancia en materia de derechos humanos; sin embargo, interpretar correctamente el artículo 16, fracción VI, de la LGCT para y reglamentar de manera especial productos de una categoría distinta a los productos de tabaco y con un perfil de riesgo distinto a los cigarrillos para que el consumidor de nicotina los conozca y, si así lo decide informadamente, pueda escogerlos dentro de un marco jurídico ordenado, es un aporte al sistema jurídico nacional que no debería revestir mayor dificultad puesto que las bases están claramente sentadas. Este cambio beneficiaría considerablemente a los fumadores y otros consumidores de nicotina que hoy carecen de alternativas y de información o se ven obligados a recurrir al mercado informal para ejercer su derecho al libre desarrollo de la personalidad y a decidir sobre su propia salud.

### 3. El vacío regulatorio y la aparente prohibición de los SEAN en México

En México, los únicos productos para consumo de nicotina claramente permitidos, regulados y controlados son los productos de tabaco cuyo humo producto de la combustión se fuma o en los que el tabaco entra directamente en contacto con la piel. Los SEAN como los cigarrillos electrónicos y los aparatos necesarios para calentar tabaco están, en opinión de la COFEPRIS, prohibidos por el artículo 16, fracción VI, de la LGCT, que reza:

*“Artículo 16. Se prohíbe:*

...

*VI. Comerciar, vender, distribuir, exhibir, promocionar o producir cualquier objeto que no sea un producto del tabaco, que contenga alguno de los elementos de la marca o cualquier tipo de diseño o señal auditiva que lo identifique con productos de tabaco.”*

La mayoría de los SEAN no contienen elementos de la marca o cualquier diseño o señal auditiva que los identifique con productos de tabaco y no se parecen a un producto de tabaco. Aquellos que pertenecen a la categoría de productos de tabaco sin humo caen, naturalmente, dentro del campo de aplicación de la LGCT. Pero no puede interpretarse que los cigarrillos electrónicos que no contengan elementos de la marca de productos de tabaco estén prohibidos. Y tampoco puede interpretarse que estén prohibidos los aparatos electrónicos que se utilicen para calentar tabaco y no tengan elementos de marca de un producto de tabaco, es decir, que sean meros accesorios para el consumo de los otros productos. Eso equivale a interpretar que las pipas para fumar tabaco, por ejemplo, están prohibidas.

Como mencionaremos, la SCJN se ha pronunciado ya en tres ocasiones sobre la inconstitucionalidad de la fracción VI del artículo 16 de la LGCT señalando que la prohibición que en ella se contiene no pasa el examen de proporcionalidad al que debe someterse toda norma que limite los derechos fundamentales. Es notable que en estos

juicios de amparo y sus correspondientes sentencias no se haya analizado la interpretación de la COFEPRIS de la disposición sino que, dándola por correcta, se haya procedido a analizar su constitucionalidad. Pero lo más notable y lo verdaderamente importante es que en las sentencias a los amparos en revisión 513/2015 y 762/2017 la SCJN entendió que la prohibición combatida violaba el derecho fundamental a la igualdad consagrado en el artículo 1 de la CPEUM en tanto que imponía a productos que no son productos de tabaco pero contienen algún elemento de la marca de un producto de tabaco o tienen un diseño o señal auditiva que los asocie con un producto de tabaco, limitaciones más gravosas de las necesarias, y de las impuestas a los productos de tabaco, para alcanzar el objetivo de protección a la salud que la LGCT persigue.

Pese a estas sentencias, la fracción VI del artículo 16 de la LGCT no ha sido derogada ni reformada y la COFEPRIS no solo persiste en su interpretación sino que la hace reiteradamente pública en detrimento de los fumadores y ha emitido alertas sanitarias pretendiendo impedir la importación de estos productos, propiciando la introducción ilegal de muchos de ellos. Incluso, pese al artículo 7 de la CPEUM – que reconoce como inviolable la libertad de difundir información e ideas y prohíbe toda forma de censura – la pretendida prohibición de “promocionar” estos productos ha sido interpretada en ocasiones por la autoridad como un impedimento para informar a los consumidores sobre la mera existencia de los mismos, sobre sus características, o sobre su venta en otros países, a través de los medios de comunicación nacionales.

En suma, pese a los pronunciamientos de la SCJN, en México el consumidor tiene acceso lícito y ordenado a un cierto tipo de productos que contienen nicotina, pero no a otros. De hecho, dada la situación y en vista de los hallazgos científicos actuales, en México el consumidor tiene acceso a los productos más dañinos en el espectro de riesgos asociados con el consumo de nicotina, pero no a los menos dañinos.

#### **4. LA OBLIGATORIEDAD DE REGULAR LOS SEAN PARA PROTEGER LOS DERECHOS HUMANOS DEL CONSUMIDOR EN MÉXICO**

##### **A) La prohibición de los SEAN es contraria al derecho a la igualdad de los consumidores**

La nicotina es una sustancia lícita consumida por más de diez millones de personas en México.<sup>28</sup> Algunas de ellas pueden adquirir legalmente y con certeza de legalidad los productos de los cuales obtienen esa nicotina y están informados sobre los riesgos asociados con su consumo. Otros no. Unos y otros son consumidores de la misma sustancia lícita.

---

28 World Health Organization, <https://www.who.int/tobacco/surveillance/survey/gats/mex-report-2015-spanish.pdf?ua=1> Consultado el 14 de junio de 2019.

El artículo 1 de la CPEUM establece que todas las personas gozan de los derechos humanos que ella misma y los tratados internacionales de los que México sea parte reconocen. Está prohibida cualquier discriminación que tenga por objeto anular o menoscabar los derechos de las personas.

Los promoventes de los juicios de amparo referidos anteriormente buscaron la protección de la justicia federal contra actos de aplicación del artículo 16, fracción VI de la LGCT que consideraron violatorio del derecho a la igualdad puesto que admite y regula unos productos mientras que prohíbe otros, sin que exista razón para distinguirlos. La SCJN estuvo de acuerdo y afirmó que esta disposición viola el derecho a la igualdad.

Es claro que el artículo 16, fracción VI, de la LGCT no solo viola el derecho a la igualdad por la distinción que hace entre productos sino principalmente por la distinción injustificada y perniciosa que hace entre consumidores y los efectos discriminatorios que tiene en el mercado.

Citando al Tribunal Constitucional Federal Alemán, José María Soberanes Díez dice:

*“la máxima de la igualdad es violada cuando para la diferenciación legal no es posible encontrar una razón razonable, que surja de la naturaleza de la cosa o que, de alguna otra forma, sea concretamente comprensible, es decir, cuando la disposición tiene que ser calificada de arbitraria.”*<sup>29</sup>

El principio de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales no es novedoso: es la esencia del *jus suum cuique tribuere*. La dificultad es encontrar la “razón razonable” que justifica el trato diferenciado, ese criterio válido para distinguir a unos de otros: el *tertium comparationis*. Sin embargo, con independencia de la definición del criterio, es claro que la igualdad en la ley y ante la ley no es solo un principio jurídico, es un derecho subjetivo fundamental. Todas las personas tienen la facultad de exigir a las demás – incluyendo al legislador – el cumplimiento de una obligación clara de hacer (que las traten igual que a sus iguales y diferente que a sus diferentes) y de no hacer (que no las traten distinto que a sus iguales ni igual que a sus distintos).

Sin duda, los criterios que permiten hacer distinciones en el trato a las personas han cambiado con el tiempo. Actualmente, la CPEUM establece algunos criterios sobre la base de los cuales es impermissible hacer distinciones de ningún género. Así, el artículo 1 prohíbe la discriminación por motivos de origen étnico o nacional, de edad, de género, de discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, preferencias sexuales, o estado civil; así como por otras razones que atenten contra la dignidad humana o menoscaben los derechos de las personas. Respecto de los criterios específicamente señalados, cualquier examen de proporcionalidad deberá hacerse con un criterio estricto. Respecto del genérico “los que atentan contra la dignidad humana

29 SOBERANES DÍEZ, José María, *La Igualdad y la Desigualdad Jurídicas*, México, Ed. Porrúa, 2011. Pág. 27.

o menoscaban los derechos de las personas”, un examen de proporcionalidad con un criterio de razonabilidad será suficiente. En todo caso, para determinar si un acto o norma violan el derecho fundamental a la igualdad debe hacerse un juicio que, como resume Soberanes Díez<sup>30</sup>, comprende un análisis de racionalidad y otro de proporcionalidad.

Pensando entonces en un colectivo integrado por los consumidores de nicotina en México, la primera pregunta en el examen de racionalidad es si hay una razón válida para que la autoridad pretenda tratarlos diferente, para que unos tengan acceso legal al producto del cuál obtienen la nicotina y estén informados sobre las consecuencias de su consumo para su salud y otros no. Debemos concluir que el *tertium comparationis* en este caso es arbitrario: todos son consumidores de una misma sustancia lícita, el producto del cual la obtienen no justifica la diferencia de trato. Antes al contrario, aceptando las conclusiones científicas que indican que los SEAN acarrearán menos riesgos para la salud que los cigarrillos convencionales, de justificarse una distinción, sería la contraria.

Así pues, si bien puede justificarse, en atención a la protección de la salud de toda la población, que se trate diferente a quienes consumen nicotina y a quienes no, no puede justificarse que dentro del subgrupo identificado como “consumidores de nicotina” se hagan distinciones que menoscaben los derechos de algunos miembros.

Viendo esta la conclusión del análisis de racionalidad (que la distinción no es racional) podría omitirse el análisis de proporcionalidad y no preguntar si la medida a) es adecuada para conseguir un fin legítimo; b) es necesaria; y c) es estrictamente proporcional.

En las sentencias de amparo en revisión mencionadas, la SCJN sí hizo un análisis de proporcionalidad puesto que consideró que un trato diferenciado para los productos de tabaco respecto de otros productos en el mercado estaba justificado por el legítimo objetivo constitucional de proteger la salud. Sin embargo, más adelante determinó que no existía razón para distinguir dentro del grupo de productos de nicotina y que aunque, la prohibición de los SEAN es adecuada para alcanzar un propósito legítimo, es innecesaria porque el mismo objetivo puede alcanzarse con medidas menos restrictivas<sup>31 32</sup>. El mismo razonamiento debe aplicarse para determinar si los consumidores de nicotina en una modalidad deben tener derechos distintos a los consumidores de nicotina en otra modalidad: el legítimo objetivo genérico de proteger la salud de las personas debe abarcar a los consumidores de cualquier modalidad de nicotina y, además, existen medidas mucho menos restrictivas de los derechos de los consumidores de nicotina en las modalidades de cigarrillos electrónicos o de tabaco calentado a través de las cuales ese objetivo puede legítimamente perseguirse.

30 Ídem, pp. 133 y ss.

31 Amparo en revisión 513/2015, Ponente: Ministro José Fernando Franco González Salas, Segunda Sala, 23 de septiembre del 2015.

32 Amparo en revisión 762/2017, Ponente: Ministro Javier Laynez Potisek, Segunda Sala, 15 de noviembre de 2017.

Es necesario reinterpretar la fracción VI del artículo 16 de la LGCT y una reglamentar específicamente la comercialización de los SEAN para evitar una violación al derecho fundamental a la igualdad de sus consumidores.

## **B) La prohibición de los SEAN es contraria al derecho al libre desarrollo de la personalidad de los consumidores**

Como ha dicho la SCJN, el derecho al libre desarrollo de la personalidad tiene varios componentes, no está consagrado en un artículo constitucional específico sino que se desprende de la interpretación sistemática de la norma fundamental y del derecho esencial a la dignidad humana.

*“La Constitución mexicana otorga una amplia protección a la autonomía de las personas, al garantizar el goce de ciertos bienes que son indispensables para la elección y materialización de los planes de vida que los individuos se proponen. Así, en términos generales, puede decirse que los derechos fundamentales tienen la función de “atrincherar” esos bienes contra medidas estatales o actuaciones de terceras personas que puedan afectar la autonomía personal. De esta manera, los derechos incluidos en ese “coto vedado” están vinculados con la satisfacción de esos bienes básicos que son necesarios para la satisfacción de cualquier plan de vida. En este orden de ideas, el bien más genérico que se requiere para garantizar la autonomía de las personas es precisamente la libertad de realizar cualquier conducta que no perjudique a terceros. En este sentido, la Constitución y los tratados internacionales reconocen un catálogo de “derechos de libertad” que se traducen en permisos para realizar determinadas acciones que se estiman valiosas para la autonomía de las personas (expresar opiniones, moverse sin impedimentos, asociarse, adoptar una religión u otro tipo de creencia, elegir una profesión o trabajo, etcétera), al tiempo que también comportan límites negativos dirigidos a los poderes públicos y a terceros, toda vez que imponen prohibiciones de intervenir u obstaculizar las acciones permitidas por el derecho fundamental en cuestión. Ahora bien, el derecho al libre desarrollo de la personalidad brinda protección a un “área residual de libertad” que no se encuentra cubierta por las otras libertades públicas. En efecto, estos derechos fundamentales protegen la libertad de actuación humana de ciertos “espacios vitales” que, de acuerdo con la experiencia histórica, son más susceptibles de ser afectados por el poder público; sin embargo, cuando un determinado “espacio vital” es intervenido a través de una medida estatal y no se encuentra expresamente protegido por un derecho de libertad específico, las personas pueden invocar la protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad. De esta manera, este derecho puede entrar en juego siempre que una acción no se encuentre tutelada por un derecho de libertad específico.”<sup>33</sup>*

33 Décima Época, Primera Sala, Tesis Aislada, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II, Constitucional, Tesis: 1a. CCLXII/2016 (10a.), Página: 896. DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. BRINDA PROTECCIÓN A UN ÁREA RESIDUAL DE LIBERTAD QUE NO SE ENCUENTRA CUBIERTA POR LAS OTRAS LIBERTADES PÚBLICAS. Amparo en revisión 237/2014. Josefina Ricaño Bandala y otros. 4 de noviembre de 2015.

Resolviendo tesis contradictorias, la SCJN determinó en el 2015 que *“El libre desarrollo de la personalidad constituye la expresión jurídica del principio liberal de “autonomía de la persona”, de acuerdo con el cual al ser valiosa en sí misma la libre elección individual de planes de vida, el Estado tiene prohibido interferir en la elección de estos, debiéndose limitar a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno elija, así como a impedir la interferencia de otras personas en su persecución. En el ordenamiento mexicano, el libre desarrollo de la personalidad es un derecho fundamental que permite a los individuos elegir y materializar los planes de vida que estimen convenientes, cuyos límites externos son exclusivamente el orden público y los derechos de terceros...”*<sup>34</sup>

La SCJN ha sentado también jurisprudencia señalando que *“De conformidad con los postulados y principios fundamentales que acoge nuestra Constitución, las autoridades, los poderes y los órganos del Estado están sujetos a la ley en su organización, funcionamiento, facultades y atribuciones, y solo pueden actuar en aquello que les ha sido concedido, pues en lo que guarda silencio lo tienen prohibido; en tanto que tratándose de los particulares, ese silencio les garantiza que lo que no les está prohibido es lícito y permitido. La libertad personal prevista como garantía individual tanto en el artículo 1 como en los principios fundamentales de derecho que en forma abstracta están contemplados en la parte dogmática de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos debe entenderse como un atributo consustancial de la naturaleza humana y como la facultad de elección para hacer o dejar de hacer algo, siempre que no se perjudiquen derechos de tercero... los preceptos mencionados establecen garantías del individuo, no obligaciones... transgrede la libertad consagrada en el indicado artículo 1º. Constitucional, ya que le impone al gobernado la obligación de trabajar... al establecer*

---

Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto concurrente. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Arturo Bárcena Zubieta y Ana María Ibarra Olguín. Esta tesis se publicó el viernes 25 de noviembre de 2016 a las 10:36 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

- 34 Décima Época, Primera Sala, Jurisprudencia, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 20, Julio de 2015, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a./J. 28/2015 (10a.) Página: 570. DIVORCIO NECESARIO. EL RÉGIMEN DE DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO QUE EXIGE LA ACREDITACIÓN DE CAUSALES, VULNERA EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD (CÓDIGOS DE MORELOS, VERACRUZ Y LEGISLACIONES ANÁLOGAS). Contradicción de tesis 73/2014. Suscitada entre el Cuarto Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Cuarta Región, en apoyo del Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito. 25 de febrero de 2015. La votación se dividió en dos partes: mayoría de cuatro votos por la competencia. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Mayoría de tres votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho para formular voto concurrente y Olga Sánchez Cordero de García Villegas, en cuanto al fondo. Disidentes: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

como ilícito una elección permitida por el marco de libertades implícitas en régimen constitucional a favor de toda persona que se ubique en territorio nacional.”<sup>35</sup>

En una de sus sentencias más innovadoras<sup>36</sup>, la Primera Sala de la SCJN protegió a los quejosos que consideraban, *grosso modo*, la prohibición de consumir marihuana para fines lúdicos (así como la de actividades accesorias, como cultivarla sin fines comerciales) violatoria del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Citando a Luis María Díez-Picazo, la SCJN afirmó que “...*el derecho al libre desarrollo de la personalidad comporta “un rechazo radical de la siempre presente tentación del paternalismo del Estado, que cree saber mejor que las personas lo que conviene a éstas y lo que deben hacer con sus vidas”, de tal manera que puede decirse que este derecho supone “la proclamación constitucional de que, siempre que se respeten los derechos de los demás, cada ser humano es el mejor juez de sus propios intereses.”*”<sup>37</sup>

Habiendo definido el libre desarrollo de la personalidad como un derecho amplísimo que permite a las personas tomar cualquier decisión que quieran tomar y realizar cualquier actividad que quieran realizar, siempre y cuando no afecten a un tercero, la Primera Sala decidió que la elección de actividades lúdicas hace parte indudable de este derecho, incluso cuando involucren el cultivo y el consumo personales de marihuana. La SCJN señaló:

*“De esta manera, la elección de alguna actividad recreativa o lúdica es una decisión que pertenece indudablemente a la esfera de autonomía personal que debe estar protegida por la Constitución. Esa elección puede incluir, como ocurre en el presente caso, la ingesta o el consumo de sustancias que produzcan experiencias que en algún sentido “afecten” los pensamientos, las emociones y/o las sensaciones de la persona. En esta línea, se ha señalado que la decisión de fumar marihuana puede tener distintas finalidades, entre las que se incluyen “el alivio de la tensión,*

- 
- 35 Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Jurisprudencia, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVI, Octubre de 2002, Materia(s): Constitucional, Penal, Tesis: XXIII.3o. J/1, Página: 1299. VAGANCIA Y MALVIVENCIA. EL ARTÍCULO 190 DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE AGUASCALIENTES, AL PREVER EL NO DEDICARSE EL SUJETO ACTIVO A UN TRABAJO HONESTO, TRANSGREDE LA GARANTÍA DE LIBERTAD CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 10. CONSTITUCIONAL. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO TERCER CIRCUITO. Amparo en revisión 173/2002. 10 de julio de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Lucila Castelán Rueda. Secretario: Rafael Andrade Bujanda. Amparo en revisión 184/2002. 11 de julio de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Herminio Huerta Díaz. Secretaria: Gloria Yolanda de la Paz Amézquita. Amparo en revisión 225/2002. 11 de julio de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Herminio Huerta Díaz. Secretaria: Beatriz Eugenia Álvarez Rodríguez. Amparo en revisión 188/2002. 8 de agosto de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Álvaro Ovalle Álvarez. Secretaria: Indira Ang Armas. Amparo en revisión 192/2002. 8 de agosto de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Álvaro Ovalle Álvarez. Secretaria: Indira Ang Armas.
- 36 Amparo en Revisión 237/2014, Primera Sala, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 4 de noviembre de 2015.
- 37 Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 2ª ed., Cizur Menor, Thomson Civitas, 2005, p. 70., citado en sentencia de amparo en revisión 237/2014.

*la intensificación de las percepciones o el deseo de nuevas experiencias personales y espirituales”. Así, al tratarse de “experiencias mentales”, éstas se encuentran entre las más personales e íntimas que alguien pueda experimentar, de tal manera que la decisión de un individuo mayor de edad de “afectar” su personalidad de esta manera con fines recreativos o lúdicos se encuentra tutelada prima facie por el derecho al libre desarrollo de ésta.”<sup>38</sup>*

La SCJN decidió entonces que negar a un particular la autorización necesaria para cultivar marihuana para consumo personal con fines de entretenimiento resultaba una limitación inconstitucional de los derechos fundamentales de ese particular. Reconociendo que el derecho al libre desarrollo de la personalidad no es irrestricto, la SCJN pasó a realizar el análisis de proporcionalidad para determinar si el objetivo perseguido por las disposiciones combatidas por los quejosos resultaba legítimo. Al respecto, al Primera Sala concluyó, con base en la doctrina, que si bien los bienes colectivos y los jurídicos garantizados como principios constitucionales son fines legítimos para que el legislador intervenga en otros derechos, las intervenciones basadas en fines perfeccionistas no encuentran protección constitucional, pues el Estado no puede exigir que las personas se comporten de acuerdo con un modelo particular de virtud.

Así, si bien la virtud o la moralidad no son fines legítimos para intervenir en la decisión personal de consumir marihuana, la SCJN concluyó que la protección de la salud, tanto del usuario como de la sociedad en general, sí lo es. Concluyó también que la prohibición que causaba agravio a los quejosos era idónea para conseguir el fin de proteger la salud de las personas y de la sociedad, sin embargo, decidió que la medida era innecesaria porque existen otras medidas menos restrictivas que permiten perseguir ese objetivo causando menos perjuicio al derecho de las personas de tomar sus propias decisiones, incluso respecto a su salud. Es de mencionarse que la SCJN utilizó como referencia de medidas menos restrictivas que la prohibición del cultivo para autoconsumo y el autoconsumo de marihuana precisamente el régimen para el control del tabaco en México.

*“En este orden de ideas, se expondrá la regulación de las sustancias que provocan un daño similar, como el tabaco o el alcohol, sin que ello signifique que el legislador se encuentre obligado a regular de forma idéntica las actividades relacionadas al autoconsumo de marihuana, toda vez que las restricciones al consumo deben ponderarse de acuerdo a las características de cada sustancia.”*

*“De la regulación anteriormente expuesta pueden desprenderse una serie de elementos que podrían constituir una medida alternativa a la prohibición absoluta del consumo lúdico y recreativo de marihuana tal como está configurada por el “sistema de prohibiciones administrativas” impugnado por los quejosos: (i) limitaciones a los lugares de consumo; (ii) prohibición de conducir vehículos o manejar aparatos o sustancias peligrosas bajo los efectos de la sustancia; (iii) prohibiciones a la publicitación del producto; y (iv) restricciones a la edad de quienes*

38 Vid. Supra nota 34, pág. 41.

*la pueden consumir. Como puede observarse, se trata de medidas que vistas en su conjunto no prohíben el consumo de forma absoluta y, en contraste, sólo limitan la realización de las actividades relacionadas al autoconsumo de marihuana en supuestos muy acotados.*<sup>39</sup>

Así las cosas, si la decisión de consumir marihuana hace parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los consumidores (como se confirmó en otras sentencias posteriores), y el régimen de control de los productos tradicionales de tabaco es un modelo de medidas menos restrictivas para perseguir los objetivos legítimos de salud pública sin violentar indebidamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad, es indubitable que el consumo de nicotina está también protegido por el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Entonces ¿cómo se comprende que solo se respete el derecho al libre desarrollo de la personalidad de aquellos consumidores que quieren consumir nicotina fumando o por otros mecanismos convencionales pero no el de aquellos que quieren consumirla utilizando SEAN? El mismo derecho a tomar sus propias decisiones y a no sufrir las conductas paternalistas del Estado que protege a los fumadores protege a quienes quieren consumir nicotina con un cigarrillo electrónico o calentando tabaco y, así como el objetivo de salud pública puede conseguirse legítimamente limitando los lugares en donde se puede fumar, o regulando las advertencias sanitarias que una cajetilla de cigarrillos debe contener, también puede conseguirse legítimamente creando un régimen especial de regulación para los SEAN, especialmente en atención a su perfil de riesgo diferenciado.

Es necesario reinterpretar la fracción VI del artículo 16 de la LGCT y una reglamentar específicamente la comercialización de los SEAN para evitar una violación al derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad de sus consumidores.

### **C) La prohibición de los SEAN es contraria al derecho a la salud de los consumidores**

El artículo 4 de la CPEUM claramente establece el derecho fundamental de toda persona “a la protección de la salud”.

La constitución de la OMS establece que el derecho a la salud es un derecho fundamental de todas las personas, sin distinción alguna. El Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (PIDSEC) – de los que el derecho a la protección de la salud hace parte – de 1976, así como las resoluciones del Comisionado para los Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (CDHONU) y los reportes del relator especial para el derecho a la salud nos ayudan a entender este concepto.

El artículo 12 del PIDSEC reconoce el derecho de todas las personas al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Sobre este particular, la Oficina del

---

39 Ídem. Pág. 67.

CDHONU y la OMS publicaron la Hoja Informativa 31<sup>40</sup> que explica, por ejemplo, que el derecho a la salud no es únicamente un derecho a que el Estado proporcione hospitales o un sistema de salud al que todos puedan acceder en condiciones de igualdad, sino también a todas las condiciones materiales conducentes a un buen estado de salud, por ejemplo, un sistema de prevención, tratamiento y control de enfermedades, acceso a medicinas esenciales, educación e información sobre salud, agua potable, luz eléctrica, alimentación saludable, etc. El derecho a la salud también incluye la libertad de las personas de no someterse a tratamientos médicos forzados y a no ser torturadas. Esta Hoja Informativa, sin embargo, también es clara en que el derecho a la salud no es un derecho a estar sano. Ningún Estado puede garantizar salud a las personas puesto que esta es una condición personal y variable que depende de múltiples factores, incluyendo las decisiones que las propias personas tienen derecho a tomar sobre cómo vivir su vida. El derecho a la salud es un derecho a las condiciones más propicias para que las personas mantengan su bienestar.

En el 2003, el relator especial de Derechos Humanos de la ONU para el derecho a la salud, Paul Hunt, emitió un reporte sobre la definición del derecho a la salud<sup>41</sup> en el que señaló *“El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud...”*<sup>42</sup>. Después, en el 2009, el relator emitió un reporte sobre el derecho a la salud y el consentimiento informado. El reporte se enfocaba en la obligación del Estado de garantizar a todas las personas el derecho a decidir si recibir o no un tratamiento o una intervención médica, así como detener cualquiera de los dos libremente.

*“El consentimiento informado no es la mera aceptación de una intervención médica, sino una decisión voluntaria y suficientemente informada que protege el derecho del paciente a participar en la adopción de las decisiones médicas...”*<sup>43</sup> y, más adelante, *“Garantizar el consentimiento informado es un aspecto fundamental del respeto a la autonomía, la libre determinación y la dignidad humana de la persona... El consentimiento informado invoca algunos elementos de los derechos humanos que son indivisibles, interdependientes e interrelacionados. Entre ellos se cuentan, además del derecho a la salud, el derecho a la libre determinación, el derecho a la no discriminación, el derecho de toda persona a no ser sometida a experimentos sin su libre consentimiento, la seguridad y la dignidad de la persona humana, el reconocimiento ante la ley, la libertad de pensamiento y expresión y la libre determinación en lo tocante a la reproducción...”*<sup>44</sup>

40 Office of the High Commissioner for Human Rights, <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet31.pdf> Consultado el 14 de junio de 2019.

41 Reporte del Relator Especial para el Derecho a la Salud, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/109/82/PDF/G0310982.pdf?OpenElement>. Consultado el 14 de junio de 2019.

42 Ídem, pág. 8. Énfasis propio.

43 Reporte del Relator Especial para el Derecho a la Salud, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/450/90/PDF/N0945090.pdf?OpenElement>, pág. 5. Énfasis propio. Consultado el 14 de junio de 2019.

44 Ídem, pág. 7. Énfasis propio.

La SCJN ha emitido tesis aislada estableciendo que el consentimiento informado es un derecho fundamental de los pacientes a través del cual estos asumen los riesgos y consecuencias inherentes o asociados a una decisión médica<sup>45</sup>.

Por fuerza debemos concluir que el mismo derecho que le asiste a las personas para consentir o no a una intervención médica les asiste para tomar cualquier decisión que se relacione con su salud. Una vez que una persona llega a la edad en la que la ley le otorga personalidad jurídica, todas las decisiones relacionadas con su cuerpo deben estar a su alcance como parte esencial del derecho de esa persona a la salud. Es por ello que el derecho a la salud está íntimamente asociado con el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Así lo reiteró el 2014 el relator de Derechos Humanos de la ONU para el derecho a la salud:

*“La obligación de respetar el derecho a la salud es un deber negativo del Estado de abstenerse de interferir en el disfrute del derecho a la salud de la población. Esta obligación reconoce el derecho y la autonomía de las personas para adoptar decisiones sobre su salud con conocimiento de causa. La obligación de no intervenir en las decisiones individuales, no supone sin embargo, que los Estados se desvinculen de las leyes y políticas relativas a la industria alimentaria. La población debe disponer de alternativas viables y asequibles para elegir una alimentación sana.”<sup>46</sup>*

El consumo de nicotina tiene efectos negativos para la salud: la nicotina es adictiva. El consumo de tabaco por cualquier vía tiene efectos negativos para la salud. Pero es parte del derecho de las personas mayores de edad decidir si asumen o no los riesgos asociados con el consumo de nicotina porque, como hemos dicho, la nicotina es una sustancia lícita y las personas capaces tienen derecho a disponer sobre su salud.

Tanto la LGCT como la LFPC recogen el derecho a la salud como primordial. No obstante, la LGCT, tal como ha sido interpretada, solo da a los fumadores (que son consumidores y son personas con derechos humanos) la posibilidad de seguir fumando o dejar de consumir nicotina, negándoles el acceso a un producto menos peligroso para su salud.

Sin duda, compete a la PROFECO promover la legalización de los SEAN y la adopción de un régimen regulatorio diferenciado puesto que ello beneficiaría a los consumidores de tabaco dándoles más y mejores opciones y, además, les permitiría tanto a

45 Décima Época, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 1, Tesis: 1a. XLIII/2012 (10a.), Página: 478, Contradicción de tesis 93/2011. Suscitada entre el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y el Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Décimo Circuito. 26 de octubre de 2011. La votación se dividió en dos partes: mayoría de cuatro votos en cuanto a la competencia. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Unanimidad de cinco votos respecto al fondo. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Ana María Ibarra Olguín y Arturo Bárcena Zubietta.

46 Vid. supra, nota 43, pág. 9

la COFEPRIS como a la PROFECO ejercer sus facultades de control y protección de manera más efectiva.

Además, la reinterpretación de la LGCT y la regulación de los SEAN son necesarias para evitar una violación al derecho fundamental a la salud, en tanto que derecho a la autonomía sobre la propia salud y el propio cuerpo, de los consumidores de nicotina.

#### **D) La prohibición de los SEAN es contraria al derecho a la información de los consumidores**

El artículo 6 de la CPEUM establece la obligación del Estado de garantizar el derecho a la información y reconoce que *“Toda persona tiene derecho al libre acceso a información plural y oportuna...”*

Hemos visto ya que el acceso a información plural, oportuna y veraz es indispensable para que las personas puedan ejercer plenamente sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la salud.

El artículo 5 de las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor<sup>47</sup> es claro a este respecto:

*“Artículo 5. Las necesidades legítimas que las directivas procuran atender son las siguientes:*

...

*5. El acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas conforme a los deseos y necesidades de cada cual;*

...”

El artículo 11 de las mismas Directrices obliga a las empresas a proporcionar al consumidor información completa, exacta y no capciosa sobre los bienes que comercializan. De hecho, las Directrices tienen un capítulo completo dedicado a los programas de educación del consumidor que los Estados deben desarrollar; uno de los componentes esenciales de la educación del consumidor tiene que ver con que conozca – para que pueda decidir – las consecuencias de los productos para su salud.

El derecho de los consumidores a la información también está consagrado en la LFPC en sus artículos 1, fracciones III y VII, 8 bis, 24, fracción IV, y 32 a 45.

La propia LGCT reconoce implícitamente la importancia de que los consumidores tengan acceso a información veraz sobre las consecuencias que para su salud tiene el

---

47 Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, [https://unctad.org/es/Publications-Library/ditceplpmisc2016d1\\_es.pdf](https://unctad.org/es/Publications-Library/ditceplpmisc2016d1_es.pdf) Consultado el 14 de junio de 2019.

consumo de productos de tabaco y de que no sean engañados o inducidos a error a este respecto.

Sin embargo, en México, el derecho a tener información veraz y oportuna sobre productos que pudieran ser de su interés e, incluso, disminuir los riesgos para su salud, no existe para los consumidores de nicotina puesto que, pese a las disposiciones constitucionales y legales y a las directrices de organismos internacionales y sin hacer distinciones entre información y publicidad, el artículo 43 del Reglamento de la LGCT claramente dispone:

*“Artículo 43. La publicidad y promoción serán congruentes con las características o especificaciones de los productos del tabaco, para lo cual no deberá:*

...

*III. Indicar que un producto es menos nocivo que otro en razón de sus emisiones, ingredientes*

...”

Y más aún, el artículo 46 establece:

*“Artículo 46. La publicidad induce a una falsa apreciación con respecto a los productos del tabaco, cuando, de manera enunciativa más no limitativa:*

...

*IV. Establezca comparaciones entre productos.”*

Así pues, sin importar si es verdadero que un producto es menos nocivo que otro, en tanto se comparen dos productos de tabaco se entenderá que se está haciendo publicidad y que esta induce a una falsa apreciación. Cuando, además, se extiende por analogía esta prohibición a los SEAN o de invoca, sin distinguir entre promoción e información, la mencionada fracción IV del artículo 16 de la LGCT, el derecho a la información se ve coartado sustancialmente.

Hay que ser claros. Es de vital importancia que todas las personas estén enteradas de los riesgos que el consumo de tabaco implica para su salud y es obligación de quienes fabrican y comercializan productos de tabaco proporcionar información verídica y completa sobre dichos riesgos. Sin embargo, suponer que el derecho de los consumidores a la información se circunscribe a esa información y ninguna otra es privar al derecho de una buena parte de su contenido. Aquellos adultos que han decidido fumar tienen derecho tanto a saber que fumar está asociado con un número significativo de enfermedades y que dejar de fumar es la opción más saludable, como a saber que existen otros productos de nicotina que les ofrecen otras satisfacciones y, de igual modo, menos riesgos.

Cuando se piensa en estos términos, en lo que significa para los fumadores no tener acceso a información sobre productos con un perfil de riesgo distinto ¿dónde queda el principio jurídico de *alterum non laedere*? La obligación de respetar y garantizar el de-

recho a la información es solo de los fabricantes y comerciantes, también es del Estado. *“Los derechos fundamentales tienen carácter obligatorio como derecho directamente vinculante. Según una interpretación general, las normas de derechos fundamentales sirven de base a los derechos subjetivos y a las obligaciones objetivas. Por eso es que no solamente las normas legales, sino también las normas de derechos fundamentales entran en consideración como fuente de derechos subjetivos.”*<sup>48</sup>

Luego, es verdad que las normas vigentes, como la LFPC y la LGCT, establecen obligaciones claras respecto de un componente del derecho a la información – es decir, la de proporcionar a los consumidores cierto tipo de información sobre ciertos productos y ciertos riesgos – pero su interpretación no permite un disfrute pleno del derecho a la información. Estas leyes no incluyen una obligación puntual de informar al consumidor sobre el espectro de productos existentes en una categoría ni sobre cómo se comparan unos con otros en determinados aspectos, no obstante, *“...de la pregunta de si las obligaciones jurídicas deben ser expresamente consagradas en un enunciado normativo. La respuesta es necesariamente negativa. No hay obligaciones jurídicas sin normas jurídicas, pero las obligaciones jurídicas pueden ser determinadas de manera directa o indirecta.”*<sup>49</sup> Esto es así con mayor razón cuando la norma de la que se deriva, o a través de la cual se justifica, una obligación, es de aplicación horizontal, es decir, de derechos fundamentales, como lo señala el propio Arango.

Más aun, en un escenario hipotético<sup>50</sup> en el que los SEAN estuvieran legalmente presentes en el mercado y los fabricantes e importadores no tuvieran la posibilidad de proporcionar a los consumidores información comparativa sobre ellos, la propia norma atendería contra el objetivo explícito del sistema jurídico de protección al consumidor y violentaría abiertamente el artículo sexto constitucional puesto que este no podría decidir de manera informada.

Hoy, en México a) los fumadores no pueden tener acceso a información sobre productos que pudieran ser menos perjudiciales para su salud o, sencillamente, que les proporcionarían nicotina a través de una experiencia distinta; b) quienes ya consumen nicotina a través de SEAN no pueden tener acceso a información que les permita determinar si esa decisión es mejor o peor para su salud que fumar; c) los adultos que se interesan en los SEAN no tienen acceso a información plural que les haga ver que lo mejor es no empezar a consumir nicotina.

48 Vid. Supra nota 24, pág. 12

49 Ídem, pp. 13-14

50 En verdad, lo único “hipotético” de este escenario en la realidad mexicana de hoy es la legalidad de la presencia de dichos productos en el mercado puesto que no queda lugar a duda sobre el hecho de que los mismos se venden y se consumen en México en números cada vez mayores. Una búsqueda casual en Google, por ejemplo, revela la existencia de asociaciones de “vapeadores” y tiendas electrónicas de cigarrillos electrónicos y su consumo es evidente incluso en locales cerrados donde, en teoría, no están permitidos.

Hoy, en México, los consumidores solo tienen la información que les proporciona quien se ha arrogado la facultad de decidir por ellos.

Cabe hacer una última precisión respecto al derecho a la información: un sistema jurídico sofisticado debe distinguir entre información y publicidad. Esta distinción, fundamental para la auténtica protección de los consumidores, debe manifestarse en el texto de la ley, en su reglamentación y en su aplicación.

La posición de las autoridades sanitarias respecto de los productos de tabaco – extendida *ipso facto* los SEAN – ha sido la de no diferenciar “información” de “publicidad”, prohibiendo así de manera efectiva ambas cosas en casi todos los medios de comunicación.

Esta postura no es exclusiva de las autoridades sanitarias mexicanas ni se limita al ámbito de los productos de tabaco. La regulación europea prohíbe la publicidad de medicamentos al público en general y dicha prohibición se ha extendido a cualquier información, aun cuando no tenga por objeto incrementar las ventas o el uso de un medicamento en particular. No obstante, hay sentencias de tribunales alemanes que han hecho la distinción entre información y publicidad, reconociendo que, en ocasiones, es necesario que el fabricante de un medicamento emita información al público, aun mencionando marcas específicas, sin que dicha información esté incluida en la prohibición genérica<sup>51</sup>.

De acuerdo con la Real Academia, informar es dar noticia de algo. Es, sencillamente, relatar un hecho. Hacer publicidad, en cambio, – aunque la palabra tiene su origen también en “hacer público” – en la acepción que interesa al derecho comercial, de protección al consumidor y de regulación de productos es la *“divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc.”*<sup>52</sup> Con la intención de crear un vínculo emocional con el comprador, espectador o usuario.

Claramente, es perfectamente posible hablar sobre un producto, relatar hechos sobre ese producto, de manera no comercial y sin el propósito de atraer a posibles compradores, espectadores o usuarios, incluso si al hacerlo se menciona la marca que identifica a ese producto. Por estos motivos, pretender que la LGCT y su Reglamento, cuyo artículo 2, fracción XVII, excede los límites establecidos por la LGCT<sup>53</sup> y define publi-

51 Koynku, Adenm, German Court Allows Pharma Promotional Statements, Enero 29 del 2018, Convington & Burling Bulletin, <https://www.insideeulifesciences.com/2018/01/29/german-court-allows-pharma-company-promotional-statements-about-rx-drug-to-counter-a-shitstorm-a-trend-also-for-the-rest-of-the-eu/> Consultado el 14 de junio de 2019.

52 Vid. supra, nota 2, voces “información” y “publicidad”.

53 La LGCT tiene ya una definición de “promoción y publicidad de productos del tabaco” que claramente se condice con lo que el término “publicidad” significa en su acepción común: *“Toda forma de comunicación, recomendación o acción comercial con el fin, o el efecto de promover productos del tabaco, marca o fabricante, para venderlo o alentar su consumo, mediante cualquier medio, incluidos el anuncio di-*

cidad como un “mensaje dirigido al público o a un segmento del mismo, con el propósito directo o indirecto de informar sobre la existencia o características de un producto de tabaco, sobre su fabricante o las actividades de este.” pone al consumidor en una situación de indefensión y atenta gravemente contra su derecho a la información.

En suma, el consumidor tiene un derecho subjetivo fundamental a saber, a tener información a su alcance, a que esta sea veraz y completa, a poder buscarla cuando y como le convenga. Este derecho incluye, pero no se limita a, que se le avise sobre las consecuencias negativas de un producto. Prohibir que se incentive la compra y el consumo de productos nocivos para la salud está dentro de las competencias de la autoridad y no atropella los derechos del consumidor. Prohibir que el consumidor sepa qué productos existen, cuáles son sus características y cómo se comparan con otros productos de igual o similar categoría sí los atropella.

## 5. CONCLUSIONES

La innovación tecnológica y científica y la fundada preocupación social por la salud de los fumadores y quienes los rodean generan nuevos retos y nuevas oportunidades para que el Estado cumpla su obligación proteger integralmente los derechos fundamentales de los consumidores a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la salud y a la información.

Es fundamental reconocer que la supuesta prohibición de los SEAN y su falta de regulación específica perjudican los derechos de los consumidores y que se necesita con urgencia un marco jurídico que, sin descuidar los objetivos de salud pública, sin desproteger a los jóvenes y sin fomentar el consumo de productos nocivos para la salud, permita y regule apropiadamente la comercialización legítima de estos sistemas.

La interpretación actual de la LGCT permite a quienes consumen nicotina fumando cigarrillos adquirirlos y tener información sobre ellos. Sin embargo, quienes deciden consumirla mediante SEAN se ven impedidos para adquirir con certeza jurídica los productos de su elección y para tener más información sobre ellos. Esta distinción no se basa en ningún criterio objetivo o científico y no supera un análisis de proporcionalidad. Esto constituye una violación al derecho a la igualdad y la regulación de estos sistemas y sus consumibles es una oportunidad para subsanar esta desigualdad.

La interpretación actual de la LGCT no les permite a quienes, ejerciendo su derecho al libre desarrollo de la personalidad deciden consumir nicotina, elegir el producto a través del cual la consumen. En realidad, estos consumidores están prácticamente constreñidos a fumar o dejar la nicotina. El Estado no tiene facultades para tomar por

---

*recto, los descuentos, los incentivos, los reembolsos, la distribución gratuita, la promoción de elementos de la marca mediante eventos y productos relacionados, a través de cualquier medio de comunicación o difusión;”*

ellos esa decisión, que solo a ellos les compete y que es inherente a su dignidad personal y, al hacerlo, viola un derecho claramente integrado y reconocido por la SCJN.

La interpretación actual de la LGCT impide que quienes han decidido consumir nicotina tengan acceso a productos cuyos riesgos para la salud son menores que los generados por el cigarrillo tradicional y los obliga a usar el producto identificado como de más alto riesgo si no optan por la abstención total. El derecho a tomar decisiones sobre la salud propia es un elemento fundamental del derecho a la salud. Propiciar un entorno en el que las personas puedan tomar mejores decisiones de salud y tengan a su disposición productos menos riesgosos es obligatorio para el Estado en relación con el derecho a la salud.

La interpretación actual de la LGCT impide que quienes han decidido consumir nicotina se enteren por canales confiables y con información plural, y veraz sobre el espectro de productos para consumo de nicotina que existen. Los consumidores tienen derecho a la información y poder ejercerlo es indispensable para, a la vez, poder ejercer libremente su derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la salud. El derecho a la información no se limita a estar enterados de los posibles impactos negativos de un producto, abarca el derecho a conocer la existencia y las características de otros productos y cómo se comparan unos con otros.

La reinterpretación del artículo 16, fracción IV, de la LGCT y la regulación de los SEAN son una mejora necesaria y urgente para el ordenamiento jurídico. La mejor decisión para la salud de los consumidores de nicotina es dejar de consumirla. La mejor decisión para la salud de los fumadores es dejar de fumar. Sin embargo, es indudable que hay quienes no dejarán de consumir nicotina y, si no tienen otras alternativas legales y viables, seguirán haciéndolo por la vía más riesgosa: fumando. Está demostrado que las políticas prohibicionistas no eliminan el consumo y que las medidas restrictivas alcanzan, en algún momento, el límite de su eficiencia para conseguir que la gente deje de fumar.

Mientras todos los esfuerzos necesarios se hagan para que los jóvenes no empiecen ni a fumar ni a consumir nicotina por otros medios, una política sanitaria de reducción del daño es el enfoque más pragmático y respetuoso de los derechos fundamentales del consumidor que cualquier Estado puede adoptar y hoy las condiciones están dadas para que así lo haga el Estado Mexicano.

## 6. FUENTES DE CONSULTA

### Libros

ARANGO, Rodolfo, *El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales*, Primera Edición en Español. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Editorial Legis, Colombia, 2005.

INCIARDI, James A., Harrison, Lana D., editors, *Harm Reduction, National and International Perspectives*, Sage Publications, Inc., 2000.

MARLATT, Alan G. et al., *Harm Reduction, Pragmatic Strategies for Managing High-Risk Behaviors*, The Guilford Press, Segunda Edición. 2012.

SOBERANES DÍEZ, José María, *La Igualdad y la Desigualdad Jurídicas*, México, Ed. Porrúa, 2011. Pág. 27.

## Diccionarios

Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Edición del Tricentenario. Actualización 2017.

## Legislación y Reglamentación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley General para el Control del Tabaco

Reglamento de la Ley General para el Control del Tabaco

Ley Federal de Protección al Consumidor

(Todas ellas consultadas en [www.diputados.gob.mx](http://www.diputados.gob.mx) el 14 de junio de 2019)

## Sitios Web

Philip Morris International [www.pmi.com](http://www.pmi.com)

British American Tobacco [www.bat.com](http://www.bat.com)

Japan Tobacco International [www.jti.com](http://www.jti.com)

JUUL Labs [www.juul.com](http://www.juul.com)

World Health Organization [www.who.int](http://www.who.int)

Australia Tobacco Harm Reduction Association [www.athra.org.au](http://www.athra.org.au)

US Food & Drug Administration [www.fda.gov](http://www.fda.gov)

New Zealand Ministry of Health, Vaping Facts [www.vapingfacts.health.nz](http://www.vapingfacts.health.nz)

Cámara de Diputados [www.diputados.gob.mx](http://www.diputados.gob.mx)

## Otras Publicaciones

*The Health Consequences of Smoking – 50 years of Progress. A report of the Surgeon General*. U.S. Department of Health and Human Services. 2014. Disponible en <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/24455788>

Benowitz, Neal, “Pharmacology of Nicotine: Addiction, Smoking-induced Disease, and Therapeutics”, en *Annual Review of Pharmacology and Toxicology*, 2009. Disponible en <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2946180/pdf/nihms235120.pdf>

Gottlieb, Scott, “*Protecting American Families: A comprehensive approach to Nicotine and Tobacco*”, January 28, 20017, consultado el 14 de junio de 2019, <https://www.fda.gov/news-events/speeches-fda-officials/protecting-american-families-comprehensive-approach-nicotine-and-tobacco-06282017>

- Koynku, Adenm, “*German Court Allows Pharma Promotional Statements*”, Enero 29 del 2018, Convinton & Burling Bulletin, disponible en <https://www.insideeulifesciences.com/2018/01/29/german-court-allows-pharma-company-promotional-statements-about-rx-drug-to-counter-a-shitstorm-a-trend-also-for-the-rest-of-the-eu/>
- Royal College of Physicians, “*Nicotine without Smoke, Tobacco Harm Reduction*”, report by the Tobacco Advisory Group of the Royal College of Physicians. Royal College of Physicians. London, 2016.
- Russell, MAH, “*Low-Tar, Medium-Nicotine Cigarettes: a new approach to safer smoking*”, en *British Medical Journal*, 12 de junio de 1976.
- Sánchez Morales, Julieta, Reforma Constitucional de Derechos Humanos: hacia un nuevo Derecho en México, Perseo, Programa de Universitario de Derechos Humanos, Universidad Nacional Autónoma de México, Número 19, Septiembre de 2014. Disponible en <http://www.pudh.unam.mx/perseo/reforma-constitucional-de-derechos-humanos-hacia-un-nuevo-derecho-en-mexico/>
- World Health Organization, Global Report on trends in prevalence of tobacco smoking. 2015. Sección México. Disponible en [http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/156262/9789241564922\\_eng.pdf;jsessionid=A4F30789DE5D996B2CD526DD1731772E?sequence=1](http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/156262/9789241564922_eng.pdf;jsessionid=A4F30789DE5D996B2CD526DD1731772E?sequence=1)
- Factsheet 31. Office of the High Commissioner for Human Rights, disponible en <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet31.pdf>
- Hunt, Paul, Reporte del Relator Especial para el Derecho a la Salud, Definición del Derecho Humano a la Salud, 2003, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/109/82/PDF/G0310982.pdf?OpenElement>.
- Grover, Anand, Reporte del Relator Especial para el Derecho a la Salud, El Derecho al Consentimiento Informado, 2009, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/450/90/PDF/N0945090.pdf?OpenElement>

# ESTRATEGIA NACIONAL DE SEGURIDAD PÚBLICA Y GUARDIA NACIONAL

Por LORETTA ORTIZ AHLF<sup>1</sup>

**RESUMEN:** La violencia ha aumentado significativamente en nuestro país, para combatirla en los dos últimos sexenios, se aplicaron estrategias de seguridad erróneas, que desgraciadamente arrojaron resultados no satisfactorios y conllevaron a la comisión de crímenes de *lesa humanidad* como la desaparición de personas, ejecuciones arbitrarias y tortura sistemática. Lo cual, ha colocado al Estado mexicano como uno de los Estados más demandado en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Este trabajo analiza la nueva estrategia en materia de seguridad pública, con la recién publicada reforma constitucional en materia de seguridad. También se analizan las leyes secundarias que derivan de la reforma constitucional recientemente publicadas: la Ley de la Guardia Nacional, la Ley Nacional del Registro de Detenciones, la Ley Nacional sobre Uso de Fuerza y la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública.

**PALABRAS CLAVE:** Guardia Nacional, Seguridad Pública, Estrategia de Seguridad.

**ABSTRACT:** In Mexico, violence has increased significantly and during the past two administrations erroneous security strategies were applied to combat it, which unfortunately yielded unsatisfactory results and has led to the commission of crimes against humanity such as enforced disappearances, arbitrary executions and systematic torture. This situation has placed Mexico as one of the States with most claims against it in the Inter-American System for the Protection of Human Rights.

This paper analyzes the new Mexican strategy on public security stemming from the recently published constitutional reform on matters of security. The secondary laws that derive from this recently published constitutional reform are also analyzed: the Law of the National Guard, the National Law of the Record of Detentions, the National Law on the Use of Force and the General Law of the National System of Public Security.

**KEYWORDS:** National Guard, Public Security, Security Strategy.

**SUMARIO:** 1. ANTECEDENTES. 2. REFORMA CONSTITUCIONAL DE 26 DE MARZO DE 2019. 3. LEY DE LA GUARDIA NACIONAL. 4. LEY NACIONAL DEL REGISTRO DE DETENCIONES. 5. LEY GENERAL DEL SISTEMA NACIONAL DE SEGURIDAD PÚBLICA. 6. LEY NACIONAL SOBRE EL USO DE LA FUERZA. 7. CONCLUSIONES. 8. FUENTES DE CONSULTA.

---

1 Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel III e Investigadora del Centro de Investigación e Informática Jurídica de la Escuela Libre de Derecho.

## 1. ANTECEDENTES

Señala la Estrategia Nacional de Seguridad Pública,<sup>2</sup> que se cometen en nuestro país, más de 31 millones de delitos al año; cerca del 99% de ellos quedan impunes y con frecuencia se alcanza la cifra 100 homicidios dolosos por día. Los índices de violencia y las cifras de asesinatos ubican a nuestro país en niveles históricos de criminalidad y entre los países más inseguros del mundo. Millones de personas han modificado sus patrones de vida, algunas de ellas para protegerse se han desplazado, abandonando sus hogares y todos sus bienes.

Dicha violencia ha generado que se normalicen en la población, la comisión de crímenes de *lesa humanidad*, como las desapariciones, las ejecuciones forzadas, la trata de personas, el tráfico de migrantes y los feminicidios, aumentando cada día más las víctimas de estos delitos. Crímenes cuya comisión genera responsabilidad internacional del Estado mexicano, cuándo no se garantiza el derecho de acceso a la justicia, y se tolera la impunidad.

Desde la creación de la Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana, la dependencia se abocó a la consolidación de una reforma constitucional y leyes secundarias en materia de seguridad, en la que se permitiera al gobierno federal en coordinación con los Estados y municipios, garantizar el derecho a la seguridad. Dentro de los objetivos que se plantearon para la reforma se ubican los siguientes:

- Salvaguardar la vida, las libertades, la integridad y el patrimonio de las personas; y
- Contribuir a la generación y preservación del orden público y la paz social.

Así el 26 de marzo de 2019 se publicó el Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de seguridad. Con las modificaciones a la Constitución se crea la Guardia Nacional como una institución de carácter civil, disciplinado y profesional, cuyo eje fundamental es la coordinación en el ámbito de seguridad, con las entidades federativas y municipios. La reforma constitucional contempla además la emisión de una Ley en materia de uso de la fuerza, otra sobre el registro de detenciones y reformar el sistema nacional de información de seguridad pública.

Cabe señalar, que en proceso de aprobación de las reformas, organismos internacionales y la sociedad civil, demandaron que la Guardia Nacional no tuviera un mando militar sino civil y que el régimen de transición de la Guardia como cuerpo militar a civil se diera dentro de un plazo determinado. Dentro de las razones que se argumentaron

---

2 Decreto por el que se aprueba la Estrategia Nacional de Seguridad Pública, DOF, 16 de mayo de 2019, p, 9-10.

para estos cambios, jugo un papel fundamental la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del Caso Alvarado Espinosa y Otros, que señala:

En el presente caso la Corte verificó la existencia de un contexto de desapariciones, así como de un patrón de impunidad en México en el período materia de análisis. Ello, derivado, en parte, por la militarización como estrategia de seguridad pública en la “guerra contra el narcotráfico” iniciada en el año 2006. En particular se acreditó un incremento en la violencia criminal y las violaciones a los derechos humanos asociadas a la implementación de los “Operativos Conjuntos”. Dichas desapariciones se habrían dado durante la implementación del Operativo Conjunto Chihuahua y la alegada lucha contra el crimen organizado en la zona.<sup>3</sup>

#### Continúa la Sentencia:

En ese mismo sentido, como regla general, la Corte reafirmó que el mantenimiento del orden público interno y la seguridad ciudadana deben estar primariamente reservados a los cuerpos policiales civiles. No obstante, cuando excepcionalmente intervengan en tareas de seguridad, la participación de las fuerzas armadas debe ser:

- a) *Extraordinaria*, de manera que toda intervención se encuentre justificada y resulte excepcional, temporal y restringida a lo estrictamente necesario en las circunstancias del caso;
- b) *Subordinada y complementaria*, a la labores de las corporaciones civiles, sin que sus labores puedan extenderse a las facultades propias de las instituciones de procuración de justicia o policía judicial o ministerial.
- c) *Regulada*, mediante mecanismos legales y protocolos sobre uso de la fuerza, bajo los principios de excepcionalidad, proporcionalidad y absoluta necesidad y de acuerdo con la respectiva capacitación en la materia, y
- d) *Fiscalizada*, por órganos civiles competentes, independientes y técnicamente capaces.<sup>4</sup>

La reforma constitucional y las leyes secundarias recientemente aprobadas deben ajustarse a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por cuánto determinan en forma específica, las obligaciones de México para dar cumplimiento a la Convención Americana de Derechos Humanos. En cuanto al deber de los Estados Parte de ajustar su Constitución y legislación a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, cabe recordar el artículo 2, párrafo 2, que dispone:

3 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Alvarado Espinoza y Otros vs México, Sentencia de 28 de Noviembre de 2018, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, No. 370, en [www.corte.org.cr/cf/jurisprudencia2/index/ctm2lang=2](http://www.corte.org.cr/cf/jurisprudencia2/index/ctm2lang=2).

4 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Alvarado Espinoza y Otros vs México, Sentencia de 28 de Noviembre de 2018, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, No. 370, en [www.corte.org.cr/cf/jurisprudencia2/index/ctm2lang=2](http://www.corte.org.cr/cf/jurisprudencia2/index/ctm2lang=2).

2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.<sup>5</sup>

## 2. REFORMA CONSTITUCIONAL DE 26 DE MARZO DE 2019

El “Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Guardia Nacional”<sup>6</sup>, reforma los artículos 10, 16, párrafo quinto; 21, párrafos noveno, décimo y su inciso b); 31, fracción III; 35, fracción IV; 36, fracción II; 73, fracción XXIII; 76, fracciones IV y XI y 89 fracción VII, se adicionan los párrafos décimo primero, décimo segundo y décimo tercero al artículo 21; y se derogan la fracción XV del artículo 73, y la fracción I del artículo 78 de la Constitución.

La reforma constitucional establece un nuevo régimen en materia de seguridad nacional que se integra a la Estrategia Nacional de Seguridad Pública. Dentro de este nuevo marco normativo se contempla la emisión de la Ley de la Guardia Nacional, la Ley Nacional de Registro de Detenciones, reformas a la Ley General del Sistema Nacional de Información de Seguridad Pública y la Ley Nacional sobre el Uso de Fuerza.<sup>7</sup>

La reforma al artículo 21 constitucional, tiene como objetivo central la creación de la Guardia Nacional, la cual se define como una institución policial de carácter civil, adscrita a la dependencia del ramo de seguridad pública, dispone dicha disposición:

- c) La Federación contará con una institución policial de carácter civil denominada Guardia Nacional, cuyos fines son los señalados en el párrafo noveno de este artículo, la coordinación y colaboración con las entidades federativas y municipios, así como la salvaguardia de los bienes y recursos de la Nación.
- d) La ley determinará la estructura orgánica y de dirección de la Guardia Nacional, que estará adscrita a la secretaria del ramo de seguridad pública, que formulará la Estrategia Nacional de Seguridad Pública, los respectivos programas, políticas y acciones.

5 Artículo 2, Convención Americana Sobre Derechos Humanos, suscrita en San José Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, entrada en vigor internacional 23 de marzo de 1966, ratificación de México 24 de marzo de 1981, entrada en vigor para México 24 de marzo de 1981, publicación DOF 7 de mayo de 1981.

6 Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de Guardia Nacional, DOF 26 de marzo de 2019.

7 Dispone la reforma constitucional que el Congreso de la Unión dentro de los 60 días naturales siguientes a la entrada en vigor de la reforma, se expedirá la Ley de la Guardia Nacional y se harán las adecuaciones legales conducentes. Asimismo, se expedirán las leyes nacionales que reglamenten el uso de fuerza y el registro de detenciones dentro de los 90 días naturales siguientes a la entrada en vigor del Decreto.

e) La formación y el desempeño de los integrantes de la Guardia Nacional y de las demás instituciones policiales se regirán por una doctrina policial fundada en el servicio a la sociedad, la disciplina, el respeto a los derechos humanos, al imperio de la ley, al mando superior, y en lo conducente a la perspectiva de género.

Se dispone que la Guardia Nacional se regirá por los más altos estándares en su formación y desempeño, además se regirá por los principios de servicio a la sociedad, disciplina y respeto irrestricto a los derechos humanos. Estará constituida con los elementos de la Policía Federal, la Policía Militar y la Policía Naval que determiné en acuerdos de carácter general el Presidente de la República., hasta en tanto se expida la ley de la Guardia Nacional.

A partir de la entrada en vigor de la reforma constitucional, se designaron al titular del órgano de mando superior y a los integrantes de la instancia de coordinación operativa institucional de la Guardia.<sup>8</sup> Se contempla “que los elementos de las Policías Militar y Naval, así como otros elementos de mando y servicios de apoyo de la Fuerza Armada Permanente, que sean asignados a la Guardia Nacional conservarán su rango y prestaciones; la ley garantizará que cuándo un elemento sea reasignado a su cuerpo de origen, ello se realice respetando los derechos con que contaba al momento de ser asignado a aquélla, así como el reconocimiento del tiempo de servicio en la misma, para efectos de antigüedad.”<sup>9</sup>

En la reforma constitucional, se fijan los parámetros normativos de las leyes secundarias que deben emitirse a raíz de la misma. En el caso de la ley de la Guardia Nacional se puntualiza que se deberá atender y regular entre otras cuestiones las siguientes:

- La coordinación y la colaboración de la Guardia Nacional con las instituciones de seguridad pública de las entidades federativas y de los municipios.
- Estructura jerárquica, regímenes de disciplina, responsabilidades, ingreso, educación, capacitación, profesionalización y el cumplimiento de las responsabilidades, aspectos que puedan homologarse, en lo conducente a las disposiciones aplicables en el ámbito de la Fuerza Armada permanente.
- Los criterios de evaluación del desempeño de sus integrantes;
- La regulación sobre la disposición, posesión, portación y uso de armas de fuego, atendiendo a los estándares y mejores prácticas internacionales.

8 Ver: artículo primero transitorio. Decreto por el que se reforman adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de Guardia Nacional, DOF 26 de mayo de 2019.

9 Artículo tercero transitorio Decreto por el que se reforman adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de Guardia Nacional, DOF 26 de mayo de 2019.

- Las hipótesis para la delimitación de la actuación de sus integrantes;
- Los requisitos que deberán cumplir sus integrantes, conforme a las leyes aplicables; y
- Los componentes mínimos del informe anual a que se refiere la fracción IV del artículo 76 de esta Constitución.<sup>10</sup>

En lo relativo al plazo que pueden permanecer los militares en la Guardia Nacional señala el artículo quinto, transitorio de la reforma:

Durante los cinco años siguientes a la entrada en vigor del presente Decreto, en tanto la Guardia Nacional desarrolla su estructura, capacidades e implementación territorial, el Presidente de la República podrá disponer de la Fuerza Armada permanente en tareas de seguridad pública de manera extraordinaria, regulada, fiscalizada, subordinada y complementaria.<sup>11</sup>

Cabe señalar, que se establecieron adicionalmente mecanismos de control al cuerpo de seguridad, el primero de ellos, el informe anual de las actividades de la Guardia Nacional que será analizado por el Senado de la República.<sup>12</sup> El otro consistente en la facultad del Senado de aprobar y analizar la Estrategia Nacional de Seguridad Pública, previa comparecencia del titular de la Secretaría del ramo.<sup>13</sup>

Por lo que se refiere, a Ley Nacional sobre el Uso de la Fuerza, se determinó en la reforma constitucional, que la ley que se emita deberá contener al menos los siguientes elementos:

- La finalidad, alcance y definición del uso de la fuerza pública;
- Los sujetos obligados al cumplimiento del ordenamiento y los derechos y obligaciones de los integrantes de instituciones con atribuciones para llevar a cabo el ejercicio de la fuerza pública;
- La sujeción del uso de la fuerza a los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad, racionalidad y oportunidad;
- La prevención del adiestramiento en medios, métodos, técnicas y tácticas del uso de fuerza mediante el control físico, el empleo de armas incapacitantes, no letales y de armas letales;

10 Ver: artículo tercero transitorio, fracción II, Decreto por el que se reforman adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de Guardia Nacional, DOF 26 de mayo de 2019.

11 Artículo quinto transitorio, fracción II, Decreto por el que se reforman adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de Guardia Nacional, DOF 26 de mayo de 2019.

12 Ver: artículo 76, fracción IV:

13 Ver artículo 76, fracción XI.

- Los niveles para el uso de la fuerza pública por los servidores públicos en el ejercicio de sus atribuciones para hacer cumplir la ley;
- La distinción y regulación de las armas e instrumentos incapacitantes, no letales y letales;
- Las reglas sobre la portación y uso de armas de fuego entre los integrantes de instituciones con atribuciones para llevar a cabo el ejercicio de la fuerza pública, así como sus responsabilidades y sanciones;
- Las previsiones de actuación de los integrantes de instituciones con atribuciones para llevar a cabo el ejercicio de la fuerza pública, con relación a personas detenidas, bajo su custodia o en manifestaciones públicas;
- Las normas para la representación de informes de los servidores públicos que hagan uso de armas de fuego en el desempeño de sus funciones, así como para su sistematización y archivo, y
- Las reglas básicas de adiestramiento y gestión profesional del uso de la fuerza pública.<sup>14</sup>

En lo relativo, a las detenciones, ubicamos la reforma al artículo 16 de la Constitución que establece la obligación de las personas que detengan a un indiciado de registrar inmediatamente la detención<sup>15</sup>. Además dispone el artículo 3 transitorio de la reforma, que la Ley Nacional de Registro de Detenciones deberá regular al menos las siguientes cuestiones:

- Las características del registro y los principios que rigen su conformación, uso y conformación.
- El momento de realizar el registro de la persona dentro del procedimiento de detención.
- El tratamiento de los datos personales de la persona detenida, en terminó e las leyes de la materias.
- Los criterios para clasificar la información como reservada o confidencial.
- Las personas autorizadas para acceder a la base de datos del registro y los niveles de acceso;

14 Ver artículo tercero transitorio, fracción III, Decreto por el que se reforman adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de Guardia Nacional, DOF 26 de mayo de 2019.

15 Artículo 16 del Decreto por el que se reforman adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de Guardia Nacional, DOF 26 de mayo de 2019.

- Las atribuciones de los servidores públicos que desempeñen funciones de registro y sus responsabilidades en la recepción, administración y seguridad e la información,
- La actuación que deberá desplegar el Registro y su personal en caso de ocurrir hechos que pongan en riesgo o vulneren su base de datos.<sup>16</sup>

Por su parte, las reformas al Sistema Nacional de Información en Seguridad Pública (SNISP) se centran en precisar que dicho sistema, estará a cargo de la Federación, Entidades Federativas y Municipios, que el SNISP contendrá además de la información que integre la federación, gobiernos locales y municipales, las de las bases de datos criminalísticas y de personal de las instituciones de seguridad. Con la obligación de los tres niveles de gobierno de no ingresar a ninguna persona en las instituciones de seguridad que no esté debidamente certificada y registrada.<sup>17</sup>

### 3. LEY DE LA GUARDIA NACIONAL

La Ley de la Guardia Nacional (LGN), define a la institución como una “institución de seguridad pública, de carácter civil, disciplinada y profesional, adscrita como órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Seguridad y Protección Civil.”<sup>18</sup> En el texto original que se debatió en la Comisión de Puntos Constitucionales, se describía como una institución policial, armada, civil, disciplinada, profesional y permanente, con autonomía técnica, operativa y de mando. Adscrita a la Secretaría de Seguridad como órgano desconcentrado, cuyo titular ejercerá el mando originario.

El objetivo principal de la Guardia Nacional es realizar las funciones de seguridad pública a cargo de la federación y en las entidades federativas y municipios, cuándo se hayan celebrado convenios de colaboración con los mismos. Dentro de sus fines se ubican:

- Salvaguardar la vida, integridad, seguridad, bienes y derechos de las personas, así como preservar las libertades;
- Contribuir a la generación y preservación del orden público y la paz social;
- Salvaguardar los bienes y recursos de la Nación, y

16 Artículo tercero transitorio, fracción I, del Decreto por el que se reforman adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de Guardia Nacional, DOF 26 de mayo de 2019.

17 Artículo 21, inciso b); del Decreto por el que se reforman adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de Guardia Nacional, DOF 26 de mayo de 2019.

18 Artículo 4, Ley de la Guardia Nacional, DOF 27 de mayo de 2019.

- Llevar a cabo acciones de colaboración y coordinación con entidades federativas y municipios.<sup>19</sup>

Para la materialización de dichos fines la Guardia Nacional deberá realizar las siguientes funciones de conformidad con el artículo 7:

- I. Aplicar, de acuerdo a sus atribuciones y obligaciones, los programas, políticas y acciones que integran la Estrategia Nacional de Seguridad Pública.
- II. Prevenir la comisión de delitos y faltas administrativas.
- III. Investigar la comisión de delitos, bajo la conducción y mando del Ministerio Público competente en el ejercicio de esta función;
- IV. Colaborar, en materia de seguridad pública, con las entidades federativas y municipios, en los términos que así se convenga, de conformidad con las disposiciones que regulen el Sistema Nacional de Seguridad Pública,
- V. Auxiliar al poder Judicial de la Federación en el ejercicio de sus funciones, así como a los de las entidades federativas, en los términos de la coordinación y colaboración que convengan, de conformidad con las disposiciones del Sistema Nacional de Seguridad Pública.
- VI. Intervenir en los actos procesales de carácter penal en los que sea requerida su participación, así como fungir como policía procesal, en los términos de la Ley Nacional de Ejecución Penal;
- VII. Intervenir en materia de seguridad pública en el ámbito local, en coadyuvancia de las autoridades competentes , y
- VIII. Hacer uso de las armas que le sean autorizadas, de conformidad con las disposiciones aplicables.<sup>20</sup>

En el artículo 7, se marcan cambios de importancia en relación a las funciones que realizan los cuerpos de seguridad, como la investigación de la comisión de delitos, la intervención en actos procesales penales, y auxiliar al poder judicial federal. Estos cambios obedecen a que hay funciones del Estado que no se satisfacen a cabalidad hoy en día, y que es necesario garantizar para la debida protección de los derechos humanos, dónde uno de los reclamos de la ciudadanía, es precisamente el garantizar el derecho de acceso a la justicia la población.<sup>21</sup>

19 Ver: artículos 5 y 6; Ley de la Guardia Nacional, DOF 27 de mayo de 2019.

20 Ver: artículo 7, Ley de la Guardia Nacional, DOF 27 de mayo de 2019.

21 Ver. Documento "Aportaciones de los foros escucha para construir la agenda de políticas de Estado para la construcción de la paz entre todos," en <https://www.consultareconciliacionnacional.org>

Se contempla como niveles de mando de la Guardia Nacional, al Secretario, Comandante, Coordinador Territorial, Coordinador Estatal y Coordinador de Unidad.<sup>22</sup> . Así establecidos los niveles de mando, la Ley contempla que los mandos territoriales sean ejercidos únicamente por Comisarios Generales, los Mandos Estatales por Comisarios Jefe y los Mandos de Unidad serán de Batallón, Compañía, Pelotón y Escuadra. La Ley de la Guardia Nacional propone un común denominador entre el Comandante de la Guardia Nacional y los Mandos referidos, que cada uno de ellos cuente con el auxilio de un Jefe de Coordinación Policial, a efecto de resolver eficientemente las cargas que representa la operación de una fuerza pública.<sup>23</sup>

También la Ley de la Guardia Nacional con miras a organizar a los distintos elementos que integran, plantea una organización en Unidades con Mandos definidos. Así de menor a mayor, se contempla un Mando Escuadra, que habrá de tener a su cargo a dos o más Guardias; Mando Pelotón a cargo de dos o más Escuadras, un Mando Sección a cargo de dos o más Pelotones, un Mando de Compañía a cargo de dos o más Secciones, y un Mando Batallón a cargo de dos o más Compañías.

En resumen, la Guardia Nacional se integra por un Comandante, las Jefaturas Generales de Coordinación Policial, las Coordinaciones Territoriales, Estatales y Regionales, las Unidades, las Jefaturas de Coordinación Policial, la Coordinación de Administración y Finanzas y los servicios técnicos y administrativos.<sup>24</sup>

Al Secretario de Seguridad y Protección Civil le corresponden entre otras facultades las de organizar, dirigir y supervisar bajo su adscripción a la Guardia Nacional, designar y relevar al personal de la Guardia, expedir los manuales de organización, de procedimientos y de servicio público, elaborar los programas operativos, políticas estrategias y acciones, autorizar la distribución territorial, autorizar la creación de organismos, proponer al titular del Poder Ejecutivo el informe anual de las actividades, nombrar a las personas titulares de las coordinaciones territoriales, estatales y de las unidades especiales y suscribir los convenios de colaboración con las entidades federativas y municipios respecto de la participación de la Guardia Nacional.

Además de las facultades mencionadas le corresponde al Secretario la de elaborar los planes y programas para:

- a) La formación, capacitación, especialización y profesionalización del personal de la Guardia Nacional en el ámbito de los ejes de formación policial, académico y axiológico, y
- b) La capacitación permanente del personal de la Guardia Nacional en el uso de la fuerza, cadena de custodia y respeto de los derechos humanos.

22 Ver: artículo 12, Ley de la Guardia Nacional, DOF 27 de mayo de 2019.

23 Ver artículos 16, 17, 18 , Ley de la Guardia Nacional, DOF 27 de mayo de 2019.

24 Ver artículo 21. Ley de la Guardia Nacional, DOF 27 de mayo de 2019.

Estas últimas facultades del Secretario de Seguridad y Protección Civil tienen especial relevancia para dar cumplimiento cabal, a diversas Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>25</sup> se señala en el Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México:

...continuar implementando programas y cursos permanentes de capacitación sobre investigación diligente en casos de tratos crueles, inhumanos o degradantes y tortura, los cuales deberán impartirse a los funcionarios federales y del Estado de Guerrero, particularmente a integrantes del Ministerio Público, del Poder Judicial, de la Policía, así como a personal del sector salud con competencia en este tipo de casos y que por motivo de sus funciones sean llamados a atender víctimas que alegan atentados a su integridad personal; así como fortalecer las capacidades institucionales del Estado mediante la capacitación de funcionarios de las Fuerzas Armadas sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos y sobre los límites a los que deben estar sometidos.<sup>26</sup>

Sobresale dentro de las facultades de la Guardia Nacional el de otorgarle competencia para conocer de delitos federales, y en materia de delitos del fuero común cuándo previamente haya firmado un convenio que permita a la institución actuar en coadyuvancia. En este aspecto la Ley no se aparta del criterio jurisprudencial establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Alvarado Espinosa y Otros, por cuanto, los integrantes de la Guardia Nacional actúan como auxiliares del poder judicial federal o local.

Por lo que se refiere al personal de la Guardia Nacional se establecen en la Ley los requisitos de ingreso y permanencia, prestaciones de seguridad social, adscripción con base a las necesidades de servicio y en general, se regula un servicio profesional de carrera. Se establece la prohibición del ingreso de personas condenadas, sujetas o vinculadas a proceso penal con orden de aprehensión, presentación o comparecencia a cuestras; consumidores narcóticos, aquellos que hayan sido destituidos como servidores públicos, o removidos de alguna otra institución de seguridad pública, no sólo de policía, sino también de centros de readaptación social, entre otras.<sup>27</sup>

Las prestaciones de seguridad social del personal de la Guardia Nacional, son homologadas de las que gozan actualmente las Fuerzas Armadas y los demás trabajadores al servicio del Estado, como lo contemplan los artículos cuarto y sexto transitorios, del Decreto de Reforma Constitucional del 26 de marzo de 2019.

25 Ver Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco del 28 de noviembre de 2018, Serie C, No. 371.; Caso Trueba Arcineaga y otros del 27 de noviembre de 2018, Serie C, No. 369; Caso Alvarado Espinosa y otros del 28 de noviembre de 2018, Serie C, No. 370.

26 Ver: Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Serie C. No. 220, emitido por la Corte, 26 de noviembre de 2010, en [www.corteidh.or.cr/ct/jurisprudencia2/busqueda\\_casos-contesiosos.cfm](http://www.corteidh.or.cr/ct/jurisprudencia2/busqueda_casos-contesiosos.cfm)

27 Ver: artículo 25, Ver artículo 21. Ley de la Guardia Nacional, DOF 27 de mayo de 2019.

En lo relativo al armamento, la Ley remite en buena medida la cuestión del uso de armas de fuego y equipo, a la Ley Nacional del Uso de la Fuerza, y la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos. Sin embargo, la LGN contempla reglas mínimas sobre su disposición, posesión, portación y uso, además de su control y vigilancia.

El Título Quinto de la Ley, regula el régimen disciplinario a que están sujetos los integrantes de la Guardia Nacional. En la Exposición de Motivos se señala “que el régimen disciplinario busca facilitar el mando vertical personal, pero también la acción horizontal, de solidaridad y colaboración entre iguales”.<sup>28</sup> Para lograr dicho mando, se establecen por un lado, un catálogo de obligaciones o responsabilidades y del otro, un conjunto de sanciones o penas en el caso de cometer delitos contra la disciplina. La Ley regula a los Consejos de Disciplina como órgano competente para conocer, resolver y sancionar las faltas en contra de la disciplina cometidas por el personal de la Guardia Nacional.<sup>29</sup>

El instrumento fundamental que contempla la Ley, para restablecer la seguridad en el territorio nacional, son los convenios de colaboración con las entidades federativas o municipios, para la realización de acciones continuas en materia de seguridad pública por un tiempo determinado. Durante la vigencia de dichos convenios los titulares del Poder Ejecutivo Local o los presidentes municipales asumen las siguientes obligaciones.

- Asistir a las reuniones de coordinación que se convoquen;
- Aportar la información necesaria para cumplir con los fines de colaboración;
- Mantener, conforme a los parámetros que establezca el Código Nacional de Seguridad Pública, el nivel de inversión en infraestructura, equipamiento y servicios públicos que resulten necesarios para enfrentar la amenaza de seguridad pública y superflua;
- Asegurar el cumplimiento de los requisitos de ingreso y permanencia de los integrantes de sus instituciones de seguridad pública y superarla;
- Presentar informes periódicos sobre el avance del programa de fortalecimiento de capacidades institucionales que se diseñe al efecto y
- Propiciar, en el ámbito de su competencia, las condiciones para el cumplimiento de los fines que se persigan con la colaboración solicitada.

Cabe señalar, que las operaciones y actividades de la Guardia Nacional en las entidades federativas y municipios se sufragarán por la Federación, excepcionalmente tendrán que cubrirse por las entidades federativas o municipios, en los casos que la Guardia Nacional realice tareas de seguridad pública de competencia local.

28 Exposición de Motivos de la Ley de la Guardia Nacional, [www.senado.gob.mx/64/1](http://www.senado.gob.mx/64/1) legislación aprobada.

29 Ver: artículo 71, Ley de la Guardia Nacional, DOF 27 de mayo de 2019.

Por lo que se refiere, al control de las acciones u omisiones de la Guardia Nacional, la LGN regula dos tipos de controles uno parlamentario y el otro judicial. El parlamentario que se centra en la presentación de un informe de actividades que deberá rendir el Ejecutivo Federal, al inicio del segundo período ordinario de sesiones al Senado de la República, que deberá cubrir los rubros señalados en el artículo 96 de la Ley. El Senado analizará el informe y en su caso lo aprobará dentro del mismo período de sesiones. Cabe señalar, que el Senado podrá solicitar al Ejecutivo, dentro de los siguientes 15 días hábiles siguientes a la presentación del informe, elementos adicionales los cuales se deberán remitir, dentro de los quince días hábiles siguientes a la notificación del requerimiento.

El segundo control de las actividades de la Guardia Nacional se vincula con la intervención de las comunicaciones privadas, para dar cumplimiento a lo señalado en los artículos 16 y 21 constitucionales. Se dispone en los artículos 101 y 102 de la LGN, que las autoridades responsables de efectuar las intervenciones, se regirán por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, imparcialidad, honradez y respeto de los derechos humanos. Además que los servidores públicos autorizados para la ejecución de las intervenciones serán responsables de que se realicen en los términos de la resolución judicial. La solicitud que realicen los integrantes de la Guardia Nacional deberá contener :los preceptos legales que la fundamentan, el objeto y necesidad por el que se considera procedente, el tipo de comunicaciones, los sujetos y los lugares que serán intervenidos, así como el período durante el cual se llevarán a cabo las intervenciones. Por su parte, la autorización de la autoridad judicial determinará las características de la intervención, sus modalidades y límites y en su caso, ordenará a las instituciones públicas o privadas los modos específicos de colaboración.

La autoridad judicial podrá verificar en cualquier momento que las intervenciones sean realizadas en los términos autorizados y en caso de incumplimiento decretar su revocación parcial o total. Como límites a dichas intervenciones, se establece en el artículo 103, los únicos casos en los que se puede solicitar la autorización judicial para la intervención de las comunicaciones privadas y en el 106, quienes de la Guardia Nacional pueden solicitar dicha intervención.<sup>30</sup> Como mecanismo de control se dispone que la “Guardia Nacional deberá rendir un informe sobre la intervención y la autoridad judicial competente pondrá a disposición de Ministerio Público.”<sup>31</sup>

#### **4. LEY NACIONAL DEL REGISTRO DE DETENCIONES**

Vinculada al contenido material de la Ley Nacional de Registro de Detenciones (LNRD), ubicamos diversa normatividad internacional en materia de derechos humanos, que para México era indispensable implementar frente a la problemática de

30 Ver: artículo 103 y 106 Ley de la Guardia Nacional, DOF 27 de mayo de 2019.

31 Artículo 104, Ley de la Guardia Nacional, DOF 27 de mayo de 2019.

desaparecidos, trata de personas y tráfico de migrantes. En primer lugar ubicamos al “Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión”. En cuyo principio 12, se establece que se harán constar debidamente el arresto, las razones del mismo, la hora del arresto y la de su traslado al lugar de custodia, así como la de su primera comparecencia ante el juez u otra autoridad, y la identidad de los funcionarios que hayan intervenido en la detención. Agrega además que de todas estas actuaciones y del registro, deberá tener conocimiento la persona detenida, o su abogado.

También debe tenerse presente la interpretación sistemática de los órganos jurisdiccionales internacionales de protección de los derechos humanos, tanto del artículo 17.3 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, como del artículo XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; así como de las reglas 1, 2 y 7, de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos y la regla 21 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad, en que se establece la obligación de los Estados de la creación y mantenimiento de uno o varios registros oficiales y/o expedientes actualizados de las personas privadas de la libertad, los cuales estarán a disposición de las autoridades judiciales y deberán contener una serie de datos esenciales del detenido y de su situación jurídica, en todas las etapas del proceso penal o administrativo.

En ese mismo sentido, coinciden los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>32</sup>, los cuales disponen que los datos de las personas ingresadas a los lugares de privación de la libertad deberán ser consignados en un registro oficial, el cual será accesible a la persona privada de la libertad, a su representante y a las autoridades competentes.

En relación al cumplimiento de México de las mencionadas obligaciones internacionales, en el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>33</sup> de 2106, se precisa que México debe implementar un sistema efectivo de registro de arrestos y detenciones, en razón de que dicho registro proporciona una protección fundamental al detenido.

Ahora bien, antes de la entrada en vigor de la LNRD operaban tres registros o bases de datos de personas detenidas y privadas de la libertad.

1. El Sistema de Registro de Detenidos relacionados con delitos de competencia de la Fiscalía General de la República (SIREN), el cual contiene la Información de

32 Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 131º período ordinario de sesiones, 3 al 14 de marzo de 2008.

33 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Sobre los Derechos Humanos, México. OEA/Ser., L/VIII, Doc. 44/15, 31 de diciembre de 2015.

las personas que se encuentran detenidas en alguna de las Agencias del ministerio público ya sea federal o del fuero común;

2. El Registro Nacional de Información Penitenciaria (RNIP) que albergaba la información de las personas que se encuentran cumpliendo pena bajo la custodia del Estado en establecimientos de detenciones federales y estatales; y
3. El Registro Administrativo de Detenciones, que concentraba la información de las personas que son detenidas por las Instituciones de Seguridad Pública de los tres órdenes de gobierno.

Con la nueva LNRD se concentraron estos registros para crear una base común de operación, a cargo de la Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana y de sus órganos administrativos desconcentrados, a través del cual se pueda identificar y localizar a las personas inmediatamente después de su detención por la probable comisión de un delito o por una posible infracción administrativa.

De esta forma señala el artículo 3:

El Registro consiste en una base de datos que concentra información a nivel nacional sobre las personas detenidas, conforme a las facultades de las autoridades durante las etapas del proceso penal o del procedimiento administrativo sancionador ante juez municipal o cívico<sup>34</sup> respectivamente. Dicho registro será administrado y operado por la Secretaría con base en las disposiciones que al respecto se emitan.

Por tanto, la operación y administración del referido sistema, estará a cargo de la Secretaría de Seguridad Pública y Protección Ciudadana y el suministro de la información lo realizan todas las instituciones involucradas en el proceso de prevención, investigación y sanción de un delito, o infracción administrativa.

Señala la Exposición de Motivos “que el registro será no solo permanente, actualizado y armonizado con otras bases de datos para monitorear la localización física de las personas detenidas, sino que estará interconectado, lo cual permitirá su consulta en tiempo real.”<sup>35</sup> Al momento de registrar se emitirá un número de identificación único de la persona detenida, de tal forma que haya conexión entre la información que capture la policía, el ministerio público y la autoridad penitenciaria.

Cabe señalar que el Registro Nacional de Detenciones, forma parte del Sistema Nacional de Información en Seguridad Pública y que tiene como objetivo de conformidad con el artículo 4 de la Ley, prevenir la violación de derechos humanos, actos de tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes, o la desaparición forzada. Se aclara

34 Artículo 3, Ley Nacional del Registro de Detenciones, DOF: 27/05/2019.

35 Exposición de Motivos, Ley Nacional de Registro de Detenciones, Gaceta Parlamentaria Senado de la República 26/05/19.

en la LNRD que las bases de datos contenidas en el Registro podrán ser utilizadas por las Instituciones de Seguridad Pública con fines estadísticos, de inteligencia y para el diseño de políticas criminales, conforme a los lineamientos que para estos efectos se emitan. Cabe recalcar que se crea un Sistema de Consulta que permitirá a la ciudadanía tener acceso a una versión pública de la información de las detenciones practicadas por las instituciones de seguridad.

La información que deberá proporcionarse a cualquier persona que realice la consulta, al menos contendrá los siguientes elementos:

- La autoridad o institución que efectuó la detención;
- La autoridad que tiene a su disposición a la persona detenida;
- El domicilio del lugar donde se encuentra la persona detenida y
- Lugar, fecha y hora en que se haya practicado la detención.
- Tratándose de delincuencia organizada sólo estará disponible la información sobre la ficha de detención y si la persona se encuentra detenida.

De importancia fundamental, la obligación contenida en el artículo 17, de la LNRD que dispone:

Los integrantes de las instituciones de seguridad pública que lleven a cabo una detención deberán realizar el registro de inmediato y en el momento en el que la persona se encuentre bajo su custodia, bajo su más estricta responsabilidad. En caso de que al momento de la detención la autoridad no cuente con los medios para capturar los datos correspondientes en el registro deberá informar, inmediatamente y por el medio de comunicación de que disponga, a la unidad administrativa de la Institución a la cual se encuentre adscrito y que pueda generar el registro.

La ruta de traslado de una persona detenida podrá ser registrada mediante dispositivos de geolocalización. En caso de contar con ellos, se procederá en los términos de la fracción VI del artículo 23.<sup>36</sup>

De esta forma, se establece que el registro de la detención es inmediato, en caso de que no sea posible se deberá informar lo antes posible a la autoridad administrativa a la que se encuentre adscrito la persona que realice la detención. En el registro de la detención se deberá asentar al menos la siguiente información: nombre, edad, sexo, lugar, fecha y hora en que se haya practicado la detención, motivos de la misma así como si esta tuviese lugar para dar cumplimiento a una orden de aprehensión, detención por flagrancia, caso urgente o arresto administrativo, nombre de quienes o quienes hayan intervenido en la detención (institución, rango y área de adscripción), autoridad a la

36 Artículo 17, Ley Nacional del Registro de Detenciones, DOF: 27/05/2019

que será puesta a disposición, nombre de persona de confianza o familiar si la persona detenida accede proporcionar la información y señalamiento si la persona presenta lesiones apreciables a simple vista.<sup>37</sup>

La información asentada en el momento de la detención deberá actualizarse por las instituciones de procuración de justicia o administrativas. Los datos que deben asentar dichas autoridades en la actualización son: lugar y fecha de nacimiento, domicilio, nacionalidad y lengua nativa, estado civil, escolaridad, ocupación o profesión, Clave Única de Registro de Población, grupo étnico al que pertenece, descripción del estado físico de la persona detenida y nombre del médico que certificó, o en su caso copia del certificado médico, huellas dactilares; fotografía de la persona detenida u otros medios que permitan la identificación de la persona, número de la carpeta de investigación o expediente administrativo y tratándose de reincidencia, delito por el que fue sentenciado y pena impuesta, adicciones, estado general de salud enfermedades o padecimientos crónicos o degenerativos, nombre y cargo del servidor público que actualiza el registro así como área de adscripción, día y hora de la liberación de la persona detenida o en su caso, del traslado a otro lugar de detención, descripción mínima de la ruta sobre el traslado y la autoridad encargada del mismo, autoridad que recibe a la persona detenida, así como el día y hora de recepción, en caso de fallecimiento durante la detención o privación de la libertad, las circunstancias y causas del deceso y el destino final de la persona fallecida, y los demás datos que determine el Centro Nacional de Información conforme a sus atribuciones.

En el caso de que las personas detenidas sean liberadas, dentro de los cinco días siguientes a su liberación, deberá ser cancelada la información del Sistema de Consulta público, no obstante el registro permanecerá, sin que el mismo genere antecedentes penales.

En cuanto a los datos personales dispone el artículo 9:

El tratamiento de los datos personales de la persona detenida por parte de los sujetos obligados que deban intervenir en la captura, ingreso, envío, recepción, manejo, consulta o actualización de información del Registro, deberá sujetarse a las obligaciones que la normatividad aplicable le confiera en materia de protección de datos personales. Todo tratamiento de datos personales deberá ser justificado por finalidades concretas, lícitas, explícitas y legítimas relacionadas con las atribuciones que la normatividad aplicable le confiera.

De esta forma, con base al artículo 9 de LNRD el manejo de los datos personales deberá sujetarse a lo dispuesto en la Ley General de Protección y Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados.<sup>38</sup>

37 Ver artículo 18, Ley Nacional del Registro de Detenciones, DOF: 27/05/2019.

38 Ver: Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados, de 26 de Enero de 2017.

## 5. LEY GENERAL DEL SISTEMA NACIONAL DE SEGURIDAD PÚBLICA

Se reformó el artículo 21 constitucional, con la finalidad de ajustar el régimen del sistema nacional de información a la Estrategia Nacional de Seguridad, en los siguientes términos:

El establecimiento de un sistema nacional de información en seguridad pública a cargo de la Federación al que ésta, las entidades federativas y los municipios, a través de las dependencias responsables de la seguridad pública, proporcionaran la información que dispongan en la materia conforme a la ley. El sistema contendrá también las bases de datos criminalísticos y de personal para las instituciones de seguridad pública. Ninguna persona podrá ingresar a las instituciones de seguridad pública si no ha sido debidamente certificada y registrada en el sistema.<sup>39</sup>

Con la reforma constitucional al artículo 21 y a la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública (LGSNS) se consolida un sistema nacional de información, como un conjunto integrado, organizado y sistematizado de bases de datos que permiten a las instituciones de seguridad pública su consulta e interconexión para el desempeño de sus funciones.

Las Bases de Datos contendrán la información contenida en los registros nacionales en materias relativas a detenciones, armamento, equipo y personal de seguridad pública, medidas cautelares, soluciones alternativas y formas de terminación anticipada. Así como, bases de datos del ministerio público y las instituciones policiales de los tres órdenes de gobierno. Este conjunto de bases de datos conforma el Sistema Nacional de Información.<sup>40</sup>

Se establece la obligación de las Instituciones de Seguridad Pública de la Federación, de las Entidades Federativas y los Municipios, de generar, compartir, intercambiar, ingresar, almacenar y proveer información, archivos y contenidos a las bases de datos que integran el Sistema Nacional de Información. De igual forma, las Instituciones de Seguridad Pública podrán acceder a la información contenida en el Sistema, en el ámbito de su función de investigación y persecución de los delitos, como auxiliares en el ejercicio de dichas funciones, según corresponda. En lo atinente a la información vinculada con la impartición de justicia ésta podrá ser integrada al Sistema Nacional de Información, a través de convenios con los poderes judiciales y tribunales locales.

El responsable de regular al Sistema Nacional de Información es el Centro Nacional de Información y tendrá entre otras funciones las siguientes:

39 Artículo 21, décimo párrafo, inciso b, Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de Guardia Nacional, DOF 26 de mayo de 2019.

40 Ver artículo 5, Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, DOF 27/05/2019.

- Determinar los criterios técnicos y de homologación de las bases de datos que conforman el Sistema Nacional de Información;
- Emitir los lineamientos de uso, manejo y niveles de acceso del Sistema Nacional de Información;
- Conocer, integrar y analizar las Bases de Datos del Sistema Nacional de Información en los términos que señalen los Lineamientos que se emitan;
- Brindar asesoría a las instituciones de seguridad para la integración y uso de la información de las Bases de Datos al Sistema Nacional de Información
- Colaborar con el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, así como celebrar convenios con ese organismo para la integración de la estadística nacional en materia de seguridad pública de conformidad con la ley y los lineamientos del Sistema Nacional de Información.

Cabe aclarar que se concede a la Federación la competencia de la operar del Sistema Nacional de Información, con la aclaración de que las autoridades de las entidades federativas y municipios, deberán proporcionar al Sistema Nacional de Información, las bases de datos correspondientes para su interconexión y consulta. Antes de la reforma, el Sistema Único de Información Criminal, era operado de manera conjunta tanto por la Federación, las Entidades Federativas y los Municipios

Con la reforma se fortaleció el Sistema Nacional de Información de Seguridad Pública, por cuanto al Sistema Único de Información, se adicionaron el Sistema Nacional de Información Penitenciaria, el Registro Nacional de Personal de Seguridad Pública, el Registro Nacional de Armamento y Equipo, el Registro Nacional de Detenciones y el Registro Nacional de Medidas Cautelares, Soluciones Alternas y Formas de Terminación Anticipada.

## 6. LEY NACIONAL SOBRE EL USO DE LA FUERZA

Vinculadas con el ámbito material de la Ley Nacional Sobre el Uso de la Fuerza (LNUF), ubicamos diversas normas o directrices internacionales, obligatorias para México. Así por ejemplo ubicamos, el “Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley,”<sup>41</sup> los “Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley”<sup>42</sup>, la “Nor-

41 ONU, Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley. Aprobado por la Asamblea general d las Naciones Unidas en su resolución 34/169, de 7 de diciembre de 1979.

42 ONU, “Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley,” adoptados en el Octavo Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del delincuente, La Habana Cuba, del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

mativa y práctica de los derechos humanos para la policía<sup>43</sup> y las “Directrices para la aplicación de los principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley”<sup>44</sup>

Aunado a esta normativa debe considerarse el Informe Anual de 2015 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,<sup>45</sup> En dicho Informe se señala, que desde finales de 2014 a la fecha de aprobación del Informe, la fuerza ha sido empleada de forma incompatible con los estándares internacionales y agrega que la falta de entrenamiento, coordinación, supervisión y control, han causado daños irreparables a la vida e integridad personal de las personas. De las observaciones emitidas por dicho órgano internacional, se destaca en el caso de México, la ausencia de un instrumento legal que se apegue a los estándares internacionales y que sea aplicable a todas las fuerzas de seguridad pública.

De esta forma, la CIDH recomienda a los Estados Parte de la OEA que:

“Adopten las medidas legislativas y de cualquier otra índole, que sean necesarias para regular el uso de la fuerza, letal y menos letal, por parte de los agentes del orden, conforme a los estándares del Sistema Regional, los Principios sobre el Empleo de la Fuerza, el Código de Conducta para Funcionarios y demás instrumentos internacionales relevantes. Al regular el uso de la fuerza letal, las normas deberán ser detalladas y precisas, sin vacíos que pudiesen ser susceptibles a interpretaciones contrarias al sentido de los estándares internacionales en materia de los derechos humanos”<sup>46</sup>

El Decreto de reforma constitucional en materia de Guardia Nacional,<sup>47</sup> facultó al Congreso de la Unión para emitir una Ley Nacional sobre el Uso de la Fuerza, que retomara las directrices internacionales, en particular los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley de Naciones Unidas.<sup>48</sup>

El objetivo central de la LNUF es el de “regular el uso de la fuerza que ejercen las instituciones de seguridad pública del Estado, así como de la Fuerza Armada permanente

43 ONU, “Normativa y Práctica de los Derechos Humanos para la Policía, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Derechos Humanos, Nueva York y Ginebra 2003.

44 Uso de la Fuerza, Directrices para la aplicación de los principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, Amnesty International, Madrid, Noviembre de 2016.

45 CIDH, Informe Anual 2015, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Capítulo IV.A, Uso de Fuerza

46 Ídem.

47 Ver: artículo 4 III transitorio del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Guardia Nacional, DOF 26/05/2019.

48 ONU, “Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley,” adoptados en el Octavo Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del delincuente, La Habana Cuba, del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

cuándo actúe en tareas de seguridad pública”.<sup>49</sup> Para la realización de dicho objetivo y ajustándose a los parámetros del derecho internacional de los derechos humanos la Ley

- Establece las normas generales bajo las cuáles los integrantes de las instituciones de seguridad pueden ejercer el uso de la fuerza y utilizar armamento oficial para el desempeño de sus funciones.
- Regula el catálogo normativo de funciones, derechos, obligaciones, y prohibiciones para los integrantes de las instituciones de seguridad que ejercen el uso de la fuerza;
- Establece las reglas el control y administración del equipamiento oficial de los integrantes de las instituciones de seguridad.
- Norma los esquemas de coordinación operativa para las instituciones de seguridad en el uso de la fuerza y del armamento oficial;
- Brinda certeza jurídica y transparencia jurídica a la ciudadanía en relación al uso de la fuerza que realicen las instituciones de seguridad en el ejercicio de sus funciones.
- Establece un régimen de responsabilidades por la inobservancia de la Ley.

El uso de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad se encuentra regulada en la Ley, con base en los siguientes principios:

- Pleno respeto de los derechos humanos.
- Absoluta necesidad: para que el uso de la fuerza sea la última alternativa para tutelar la vida e integridad de las personas o evitar que se vulneren bienes jurídicamente protegidos o con el fin de mantener el orden y la paz pública, al haberse agotado otros medios para el desistimiento de la conducta del agresor.
- Legalidad: para que la acción de las instituciones de seguridad se realice con estricto apego a la Constitución, a las leyes y a los tratados ratificados por México.
- Prevención: para que los operativos para el cumplimiento de la ley sean planificados y se lleven a cabo, en la medida de lo posible , minimizando el uso de la fuerza y, cuando esto sea inevitable, reduciendo al mínimo los daños que de ello pueda resultar
- Proporcionalidad: para que el nivel de fuerza utilizado sea acorde con el nivel de resistencia ofrecido por el agresor y el nivel de riesgo exhibido, de tal forma que los agentes apliquen medios y métodos bajo un criterio de uso diferenciado y progresivo de la fuerza, y

---

49 Artículo 1, Ley Nacional Sobre el Uso de la Fuerza, DOF 27/05/2019.

- Rendición de cuentas y vigilancia: para que existan controles que permitan la evaluación de las acciones de uso de la fuerza y sea valorada su eficacia en términos del desempeño de las responsabilidades y funciones previstas por esta Ley.

Cabe señalar que los protocolos y procedimientos del uso de la fuerza deberán atender a la perspectiva de género, la debida protección de niñas, niños y adolescentes, así como la atención de situaciones de riesgo en el interior o en las inmediaciones de guarderías, escuelas, hospitales, templos, centros de reclusión y otros lugares en el que se congreguen personas ajenas a los agresores.

Se regulan en la LNUF tanto los procedimientos del uso de la fuerza como los instrumentos de uso de fuerza que se asignen a las instituciones de seguridad y a los agentes. Para evitar el tráfico ilegal de armas, las instituciones deberán registrar huellas, las características que impriman los proyectiles u ojivas, las estrías o rayado helicoidal de las armas de fuego bajo su resguardo, así como de las armas y equipo asignado a cada agente.

La LNUF precisa que el uso de las armas de fuego es una medida extrema. Por lo tanto, no podrán utilizarse como señal de advertencia, tampoco podrán usarse para controlar o disipar manifestaciones. Cabe señalar que el ámbito de aplicación de la Ley se extiende a los centros de reinserción social, para evitar que ningún miembro de los cuerpos de seguridad pueda infligir, instigar o tolerar ningún acto de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ni invocar la orden superior o circunstancias especiales como justificación de la tortura. Además, se puntualiza en la Ley que los cuerpos de seguridad deberán asegurar la plena protección de la salud de las personas bajo su custodia y, en particular, tomarán medidas inmediatas para proporcionar atención médica cuando se precise.

## 7. CONCLUSIONES

I. Los índices de violencia y las cifras de asesinatos ubican a nuestro país en niveles históricos de criminalidad y entre los países más inseguros del mundo. Millones de personas han modificado sus patrones de vida, algunas de ellas para protegerse se han desplazado, abandonando sus hogares y todos sus bienes. Dicha violencia ha generado que se normalicen en la población, la comisión de crímenes de lesa humanidad, como las desapariciones, las ejecuciones forzadas, la trata de personas, el tráfico de migrantes y los feminicidios, aumentando cada día más las víctimas de estos delitos. Crímenes cuya comisión genera responsabilidad internacional del Estado mexicano, cuándo no se garantiza el derecho de acceso a la justicia, y se tolera la impunidad.

II. Desde la creación de la Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana, la dependencia se abocó a la consolidación de una reforma constitucional y leyes secundarias en materia de seguridad, en las que se permitiera al gobierno federal en coordinación con las entidades federativas y municipios garantizar el derecho fundamental a la seguridad.

III. La reforma constitucional con la Estrategia Nacional de Seguridad Pública, contemplan la emisión de las leyes de la Guardia Nacional, Nacional de Registro de Detenciones y Nacional sobre el Uso de Fuerza, además de reformas a la Ley General del Sistema Nacional de Información de Seguridad Pública.<sup>50</sup>

IV. La Ley de la Guardia Nacional, define a la institución como una “institución de seguridad pública, de carácter civil, disciplinada y profesional, adscrita como órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Seguridad Pública y Protección Civil. Se rige por los más altos estándares en su formación y desempeño, además por los principios de servicio a la sociedad, disciplina y respeto irrestricto a los derechos humanos.

V. La Ley Nacional de Registro de Detenciones concentra e intercambia diversos registros para crear una base común de operación, a cargo de la Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana y de sus órganos administrativos desconcentrados, a través del cual se pueda identificar y localizar a las personas inmediatamente después de su detención por la probable comisión de un delito o por una posible infracción administrativa.

VI. Las reformas a la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública consolida un sistema nacional de información, como un conjunto integrado, organizado y sistematizado de bases de datos que permiten a las instituciones de seguridad pública su consulta e interconexión para el desempeño de sus funciones.

VII. El objetivo central de la Ley Nacional Sobre Uso de Fuerza es el de regular el uso de la fuerza que ejercen las instituciones de seguridad pública del Estado, así como de la Fuerza Armada permanente cuándo actúe en tareas de seguridad pública.

## 8. FUENTES DE CONSULTA

### Normativa Interna

Documento: Aportaciones de los foros escucha para construir la agenda de políticas de Estado para la construcción de la paz entre todos,” en <https://www.consultareconciliacionnacional.org>

Estrategia Nacional de Seguridad Pública, en [https://www.infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/1/219-02-01-1/assets/documentos/Estrategia\\_Seguridad.pdf](https://www.infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/1/219-02-01-1/assets/documentos/Estrategia_Seguridad.pdf).

Decreto por el que se aprueba la Estrategia Nacional de Seguridad Pública, DOF, 16/05/2019.

Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de Guardia Nacional, DOF 26/032019.

---

50 Dispone la reforma constitucional que el Congreso de la Unión dentro de los 60 días naturales siguientes a la entrada en vigor de la reforma, se expedirá la ley de la Guardia Nacional y se harán las adecuaciones legales conducentes. Asimismo, se expedirán las leyes nacionales que reglamenten el uso de fuerza y el registro de detenciones dentro de los 90 días naturales siguientes a la entrada en vigor del Decreto.

Exposición de Motivos de la Ley de la Guardia Nacional, [https://www.senado.gob.mx/64/l-legislación aprobada](https://www.senado.gob.mx/64/l-legislación-approbada).

Ley de la Guardia Nacional, DOF 27/05/ 2019.

Exposición de Motivos, Ley Nacional de Registro de Detenciones, [https://www.senado.gob.mx/64/l-legislación aprobada](https://www.senado.gob.mx/64/l-legislación-approbada).

Ley Nacional del Registro de Detenciones, DOF: 27/05/2019.

Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, DOF 27/05/2019.

Ley Nacional Sobre el Uso de la Fuerza, DOF 27/05/2019.

Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados, DOF 26 01/2017.

### **Normativa Internacional**

Convención Americana Sobre Derechos Humanos, suscrita en San José Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, entrada en vigor internacional 23 de marzo de 1966, ratificación de México 24 de marzo de 1981, entrada en vigor para México 24 de marzo de 1981, publicación DOF 7/05/1981.

ONU, Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley. Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 34/169, de 7 de diciembre de 1979.

ONU, Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptados en el Octavo Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del delincuente, La Habana Cuba, del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

ONU, Normativa y Práctica de los Derechos Humanos para la Policía, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Derechos Humanos, Nueva York y Ginebra 2003.

Directrices para la aplicación de los principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, Amnesty International, Madrid, Noviembre de 2016.

CIDH, Informe Anual 2015, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Capítulo IV.A, Uso de Fuerza

Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Serie C. No. 220, emitido por la Corte, 26 de noviembre de 2010, en [www.corteidh.or.cr/ct/jurisprudencia2/busqueda\\_casos-contesiosos.cfm](http://www.corteidh.or.cr/ct/jurisprudencia2/busqueda_casos-contesiosos.cfm)

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco del 28 de noviembre de 2018, Serie C, No. 371, [www.corteidh.or.cr/ct/jurisprudencia2/busqueda\\_casos-contesiosos.cfm](http://www.corteidh.or.cr/ct/jurisprudencia2/busqueda_casos-contesiosos.cfm)

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Trueba Arcineaga y otros del 27 de noviembre de 2018, Serie C, No. 369; [www.corteidh.or.cr/ct/jurisprudencia2/busqueda\\_casos-contesiosos.cfm](http://www.corteidh.or.cr/ct/jurisprudencia2/busqueda_casos-contesiosos.cfm)

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Alvarado Espinoza y Otros vs México, Sentencia de 28 de Noviembre de 2018, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, No. 370, en [www.corte.org.cr/cf/jurisprudencia2/index/ctm2lang=2](http://www.corte.org.cr/cf/jurisprudencia2/index/ctm2lang=2).

# EL DERECHO DE LA INTEGRACIÓN Y EL DERECHO COMÚN. ORÍGENES, ACTUALIDAD Y FUTURO DE SU PRESENCIA EN LATINOAMÉRICA

Por JUAN PABLO PAMPILLO BALIÑO<sup>1</sup>

**RESUMEN:** Este artículo plantea la importancia de la Integración Regional para el Derecho, dentro del contexto de la ‘glocalización’, explorando las características del Derecho de la Integración y del nuevo *Ius Commune* en Europa y en América, presentando un balance y una perspectiva de los principales mecanismos y proyectos de la Integración Americana, desde el siglo XIX hasta nuestros días.

**PALABRAS CLAVE:** Integración Regional, Glocalización, Derecho de la Integración, Nuevo *Ius Commune*, Teoría del Derecho.

**ABSTRACT:** This article discusses the importance of Regional Integration for the Law in the context of ‘glocalization’, exploring the characteristics of Integration Law and the new *Ius Commune* in Europe and in America, presenting a balance and perspective of the most significant proposals, and mechanisms of the American Integration, from the nineteenth century to our days.

**KEY WORDS:** Regional Integration, Glocalization, Integration Law, *Ius Commune*, Theory of Law.

**SUMARIO:** 1. PROEMIO. 2. DERECHO COMUNITARIO Y DERECHO COMÚN. 3. HISTORIA Y PRESENTE DE LA INTEGRACIÓN AMERICANA. 4. EL PORVENIR DE LA INTEGRACIÓN AMERICANA. 5. FUENTES DE CONSULTA

## 1. PROEMIO

El ‘derecho de la integración regional’ –también denominado derecho comunitario– y el nuevo ‘derecho común’ constituyen dos de los temas más importantes para la ciencia jurídica de nuestro tiempo, pero muy especialmente, para los juristas americanos.<sup>2</sup>

1 Abogado egresado de la Escuela Libre de Derecho. Doctor en Derecho *cum laude* y Premio Extraordinario del Doctorado por la Universidad Complutense de Madrid. Investigador Nacional nivel III adscrito al Centro de Investigación e Informática Jurídica de la Escuela Libre de Derecho. Algunas de sus publicaciones están disponibles en su página web: [http://works.bepress.com/juan\\_pablo\\_pampillo/](http://works.bepress.com/juan_pablo_pampillo/). Su correo personal es: [juanpablopampillo@yahoo.com.mx](mailto:juanpablopampillo@yahoo.com.mx)

2 El presente trabajo retoma algunas de las perspectivas y planteamientos que he venido presentando en cuatro libros: Juan Pablo Pampillo Baliño. *Nuevas Reflexiones sobre la Integración Jurídica Latinoamericana*. Lima. Editorial Rimay. 2019, *Historia General del Derecho*. México. Oxford University Press. 2008, *La Integración Americana. Expresión de un Nuevo Derecho Global*. México. Editorial Porrúa y la Escuela Libre de Derecho. 2012 y *Hacia un nuevo Ius Commune Americano*. Bogotá. Ibañez Editores, la Pontificia Universidad Javeriana y la Escuela Libre de Derecho. 2012. También recoge y avanza en la

Se trata de ‘nuevos paradigmas’ que están articulando el pluralismo jurídico de nuestro hemisferio, pero que además pudieran inspirar las bases epistemológicas que vertebrasen una nueva ciencia jurídica continental.<sup>3</sup>

De hecho, la experiencia de la Unión Europea –arquitectura institucional, sistema de fuentes jurídicas y metodología de interpretación– ha configurado un nuevo ‘derecho bisagra’ que cada vez más ha venido influyendo más a diversos organismos internacionales, estados e instituciones americanos.

Lo cierto es que aunque los primeros proyectos e iniciativas de integración regional americana pueden remontarse al siglo XVIII, el actual proceso de integración parte de la segunda mitad del siglo XX y ha tenido diversas proyecciones geográficas y culturales que van desde el hispanoamericanismo hasta el panamericanismo, pasando por diversas instancias de carácter latinoamericano, centroamericano y caribeñas.

Pero a diferencia del proceso europeo, que ha se ha desarrollado progresivamente, extendiendo su alcance geográfico y cultural así como profundizando y estrechando cada vez más la integración –desde lo económico, hasta lo político e internacional, pasando por lo social y lo cultural–, en América la evolución ha sido más bien errática.

De esa manera se han conformado diversos órganos e instituciones heterogéneas y yuxtapuestas, sobre los cuales debe hacerse una reflexión de conjunto a efectos de promover sinergias y evitar duplicidades. Asimismo, es necesario indicar las pautas para la prosecución y culminación del proceso de integración, así como para el desarrollo de un nuevo derecho común que sienta las bases de un ordenamiento jurídico supranacional que forme parte de los derechos de los países de la región.

---

línea de diversos ensayos previamente publicados, algunos de los cuales se encuentran disponibles en mi página web académica: [http://works.bepress.com/juan\\_pablo\\_pampillo](http://works.bepress.com/juan_pablo_pampillo).

- 3 Desde hace varios años, la Red Internacional de Juristas para la Integración Americana ([www.rijia.org](http://www.rijia.org)) viene trabajando en el estudio y la difusión de la importancia de estos temas, particularmente a través de la colección que dirijo en Editorial Porrúa, la Biblioteca Jurídica Americana, dentro de cuyos 22 volúmenes publicados, conviene destacar por su relación con el tema abordado los siguientes: César Montaña Galarza. *Problemas Constitucionales de la Integración*. México. Editorial Porrúa. 2013, Silvana Insignares. *Integración Latinoamericana*. México. Porrúa 2015, Juan Pablo Pampillo Baliño, Arturo O. Damián y Santiago Botero (coordinadores). *La Familia Jurídica Iberoamericana*. México. Porrúa 2016 y Juan Pablo Pampillo Baliño y Arturo O. Damián (coordinadores). *Integraciones Jurídicas Americanas. Teoría, Historia, Instituciones y Derecho*. México. Porrúa. 2017. Fuera de la anterior colección, pero como parte también de los trabajos de miembros de dicha Red, pueden citarse los siguientes libros: Juan Pablo Pampillo Baliño y Ricardo Rabinovich-Berkman (coordinadores). *Derecho Supranacional, Globalización e Integración Jurídica*. Volumen integrante de la *Obra Jurídica Enciclopédica en Homenaje al Primer Centenario de la Escuela Libre de Derecho* (coordinación general a cargo de Juan Pablo Pampillo Baliño y Manuel Alejandro Munive Páez) 43 volúmenes. México. Centro de Investigación e Informática Jurídica de la Escuela Libre de Derecho y Editorial Porrúa, 2012, Mario Álvarez Ledezma y Roberto Cippitani (coordinadores). *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e Integración Jurídica*. Roma-Perugia-México. ISEC. 2013, Juan Pablo Pampillo Baliño y Manuel Munive (coordinadores). *Globalización, Derecho Supranacional e Integración Americana*. México. Editorial Porrúa. 2013 y Eber O. Betanzos Torres y Helena Posener. *Derecho Supranacional y Comparado*. México. Porrúa. 2014.

La reflexión sobre los órganos, mecanismos e instrumentos de la integración regional, así como sobre el nuevo derecho común que necesitará conformarse, constituyen así dos asignaturas fundamentales que están pendientes, a la espera de que nuestra ciencia jurídica se ocupe de ellas.

## 2. DERECHO COMUNITARIO Y DERECHO COMÚN

La importancia de la integración jurídica deriva en primer lugar de la trascendencia de los procesos económicos, políticos, sociales y culturales de la 'globalización'.<sup>4</sup>

En efecto, al menos desde finales de la guerra fría, las relaciones internacionales dejaron de regirse por el 'modelo bipolar', sin que el mismo fuera sustituido por el 'unilateralismo hegemónico' que algunos vaticinaban, sino por un nuevo 'sistema multipolar' que ha propiciado la consolidación de bloques regionales.<sup>5</sup>

- 4 La bibliografía sobre la globalización y sus diversos aspectos económicos, políticos, sociales y jurídicos es prácticamente inabarcable. En un intento de orientar al lector interesado, cabe referirlo a las siguientes obras generales y de fácil acceso: André-Jean Arnaud. *Entre Modernidad y Globalización*. Traducción de Nathalie González. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2000, Jagdish Bhagwati. *En Defensa de la Globalización. El rostro humano de un mundo global*. Trad. Verónica Canales. Barcelona. Editorial Arena. 2005, Zygmunt Bauman. *La Globalización. Consecuencias humanas*. Trad. Daniel Zadunaisky. México. Fondo de Cultura Económica. 2006, Ulrico Beck. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Trad. Bernardo Moreno y Ma Rosa Borrás. Barcelona. Editorial Paidós. 1998, Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez (compiladores). *Estado Constitucional y Globalización*. México. Editan Porrúa y la UNAM. 2001, Boaventura de Sousa Santos. *Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Traducción Carlos Lema. Bogotá. ILSA. 2009, Rafael Domingo. *¿Qué es el derecho global? 2ª edición*. The Global Law Collection. Pamplona. Thomson Aranzadi. 2008, Rafael Domingo, Martín Santiváñez y Aparicio Caicedo (coordinadores). *Hacia un Derecho Global. Reflexiones en torno al Derecho y la Globalización*. Navarra. Thomson Aranzadi. 2006, José Eduardo Faria. *El derecho en la economía globalizada*. Trad. Carlos Lema. Madrid. Editorial Trotta. 2001, Francesco Galgano. *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bologna. Il Mulino. 2005, Paolo Grossi. *De la Codificación a la Globalización del Derecho*. Trad. Rafael D. García P. Navarra. Thomson Aranzadi. 2010, Octavio Ianni. *Teorías de la Globalización*. Trad. Isabel Vericat. 7ª edición. México. Siglo XXI y UNAM. 2006, Marcos Kaplan. *Estado y globalización*. México. UNAM. 2002, George Soros. *Globalización*. Trad. Rafael Santandreu. Barcelona. Editorial Planeta. 2002, Joseph E. Stiglitz. *El malestar en la globalización*. Trad. Carlos Rodríguez Braun. México. Editorial Taurus. 2002, Joseph Stiglitz. *¿Cómo hacer que funcione la globalización?* Trad. Amado Diéguez y Paloma Gómez. México. Editorial Taurus. 2006, Jesús Villagrasa. *Globalización. ¿Un mundo mejor?* México. Trillas y Universidad Anáhuac. 2003, Danilo Zolo. *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico*. Trad. Roger Campione. Madrid. Dykinson. 2005.
- 5 Fue así como surgieron los primeros bloques regionales como "un segmento mundial unido por un conjunto común de objetivos, basados en nexos de tipo geográfico, social, cultural, económico y político, que presentan una estructura formal constituida por convenios intergubernamentales" Manfred Mols. "La integración regional y el sistema internacional" en Shoji Nishijima y Peter H. Smith (coordinadores). *¿Cooperación o rivalidad? Integración regional en las Américas y la Cuenca del Pacífico*. México. Editan CIDAC y Miguel Ángel Porrúa. 1997, p. 37. Dichos bloques asumieron a su vez diversos niveles de compromiso respecto de la intensidad de su integración. Así, según diversos estudiosos, tenemos un "modelo embrionario" como fue el de la integración africana, que dio origen a la Comunidad Económica de Estados de África Central (CEEAC), a la Conferencia para la Coordinación del Desarrollo del África Austral (SADCC), a la Comunidad

Pero la conformación de bloques regionales no responde solamente al fenómeno de la globalización, sino más bien al doble proceso complementario de la ‘glocalización’ (globalización + localismos).<sup>6</sup>

La expresión “aldea global” de Marshall McLuhan, pone así de relieve la otra cara de la moneda, es decir, el resurgimiento de los localismos, como una reacción de las comunidades intra-estatales –regiones históricas, comunidades autonómicas, pueblos indígenas, tribus, ciudades, etcétera– que fueron engullidas por el Estado Moderno y que con su debilitamiento, han encontrado mayores espacios de autoafirmación en el contexto de la globalización, reivindicando sus mercados locales, pero también su cultura, sus formas de organización política y, desde luego, su derecho.

Pero la importancia del derecho de la integración también se aprecia en el declive de la dogmática que nació de la ‘codificación’ y del ‘constitucionalismo’ nacionalistas del siglo XIX, pues ha desdibujado la ‘imagen piramidal’ de un sistema legal territorialista, monista, sistemático y jerarquizado. En efecto, dicha ‘imagen sistémica’ está siendo sustituida por un nuevo ordenamiento jurídico plural, donde se entrecruzan, a la manera ‘redes horizontales colaborativas’, normas, reglas y principios supranacionales, internacionales, estatales e intraestatales.

Además, el derecho de la integración se encuentra también vertebrando a las demás disciplinas jurídicas especializadas. Así, por ejemplo, en el ámbito europeo, se habla desde hace varios años de un derecho constitucional comunitario, de un derecho privado –civil y mercantil– comunitario, de un derecho penal, medioambiental, cultural,

---

de Desarrollo de África Austral (SADC), a la Zona de Comercio Preferencial de África Austral y Oriental (PTA) y a la Comunidad Económica del África del Oeste (CEDEAO), así como a la Asociación Sudasiática para la Cooperación Regional (SAARC). En segundo lugar se aprecia un bloque de “integración tenue”, dentro del cual podrían ubicarse el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), el Acuerdo de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC), la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN) y la Unión Aduanera del África Austral (SACU). En tercer lugar se mencionan las “integraciones de vigor medio”, como serían la Comunidad Andina, el Mercado Común Centroamericano y el MERCOSUR. Finalmente, como realización más completa de los esquemas de integración regional, tendríamos la “integración de compromiso superior”, representada desde luego por la Unión Europea. Cfr. Mario A. R. Midón. *Derecho de la Integración. Aspectos institucionales del Mercosur*. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni Editores. 1998, passim y Mols. “La integración regional...” op. cit., passim. Desde luego que la ubicación de los diversos esquemas de integración a la anterior tipología es objetable, sin embargo, ofrece un panorama general útil para quienes se acercan por primera vez al tema. Por otro lado, cabe destacar que al menos desde hace unos diez años, ha venido también planteándose la posibilidad de una integración no regional, es decir, desvinculada de la continuidad geográfica –y también histórica, social y cultural– como es emblemáticamente el caso de los países BRICS, si bien es cierto que la misma puede encontrarse parcialmente preconizada en el proyecto APEC que surge en la década de los 1990’s y ha tomado nueva forma transcontinental en el más reciente Acuerdo Estratégico Trans-Pacífico de Asociación Económica (TTP) de 2005 –que no llegó a concretarse– y en el actual Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP) de 2018 que se firmó ya sin la participación de los Estados Unidos de Norteamérica.

6 El término ‘glocalización’ se acuña, hacia la década de los 1980’s, por Ulrich Beck y Roland Robertson. Cfr. Miguel Carbonell. “Globalización y derecho: siete tesis” en *Globalización y Derechos Humanos*. Coordinador Luis T. Díaz Müller. México. UNAM. 2003, p. 3.

etcétera, de naturaleza comunitaria, es decir, de un nuevo derecho de índole colaborativa, y armonizadora, que está articulando a las ramas tradicionales la ciencia jurídica y cuya producción ha experimentado un aumento progresivo en los últimos años.<sup>7</sup>

Por añadidura, el derecho de la integración y el derecho común se han conformado de manera flexible y casuista a través de una destacada intervención de la judicatura y de la ciencia jurídica que le han devuelto la centralidad a la interpretación jurídica.

Ahora bien, para ser más precisos, el origen del derecho de la integración se encuentra en el proceso de integración económica, social, política y cultural europea, así como a la estructura institucional a través de la cual se ha venido configurando de la década de los 1950's.<sup>8</sup>

- 
- 7 En general, véase a Ricardo Alonso García *Sistema Jurídico de la Unión Europea*. 4ª edición. Madrid. Thomson Civitas. 2014 y a Rogelio Pérez-Bustamante. *Historia Política y Jurídica de la Unión Europea*. Madrid. Edisofer. 2008.
- 8 Me he referido a este tema en mis cuatro libros anteriormente citados, así como en varios de los ensayos que consultables en mi página web académica: [http://works.bepress.com/juan\\_pablo\\_pampillo](http://works.bepress.com/juan_pablo_pampillo). En general, sobre el proceso de integración europea, la estructura institucional de la Unión Europea y el Derecho de la Unión Europea pueden verse las siguientes obras, que se han tomado en cuenta para la redacción del presente apartado y que reunimos en esta nota para aligerar el aparato crítico y permitir una lectura más fluida del texto: Ricardo Alonso García. *Derecho Comunitario, Derechos Nacionales y Derecho Común Europeo*. Madrid. Editan Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense y Editorial Civitas. 1989, Ricardo Alonso García *Sistema Jurídico de la Unión Europea*. Madrid. 4ª edición. Thomson Civitas. 2014, Victoria Abellán Horubia y Blanca Vilà Costa (directores). *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*. 6ª edición actualizada. Barcelona. Editorial Ariel. 2011, Klaus-Dieter Borchardt. *El ABC del Derecho de la Unión Europea*. Luxemburgo. Edita la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. 2011, Mar Campins-Eritja *Proceso de Integración en la Unión Europea*. Barcelona. J.M. Bosch. 1996, Nicola Catalano y Riccardo Scarpa. *Principios de Derecho Comunitario*. Trad. Fernando Mariño y Ángel Chueca. Madrid. Editorial Tecnos. 1988, María Dolores Díaz-Ambrona Bajadía (Directora). *Derecho Civil de la Unión Europea*. 5ª edición. Madrid. Editorial Colex. 2012, Fernando Díez Moreno. *Manual de Derecho de la Unión Europea*. 5ª edición. Madrid. Editorial Civitas. 2009, Ugo Draetta. *Elementi di diritto dell' Unione Europea. Parte istituzionale. Ordinamento e struttura*. 5ª ed. Milano. Giuffré Editore. 2009, Ugo Draetta e Nicoletta Parisi. *Elementi di diritto dell' Unione Europea Parte speciale. Il diritto sostanziale*. 3ª ed. Milano. Giuffré Editore. 2010, Antonio Fernández Tomas et. al. *Instituciones de Derecho Comunitario*. 2ª edición. Valencia. Tirant lo Blanch. 2000, Ralph H. Folsom. *European Union Law*. 4th edition. United States of America. Thomson-West. 2014, Paloma García Picazo. *La Idea de Europa: Historia, Cultura, Política*. Madrid. Editorial Tecnos. 2008, Nuria González Martín. *Una introducción a la Unión Europea*. México. Editorial Porrúa y la UNAM. 2007, Cesáreo Gutiérrez Espada. *La Unión Europea y su Derecho*. Madrid. Editorial Trotta. 2012, Trevor C. Harley. *The Foundations of European Union Law*. 7th edition. New York. Oxford University Press. 2010, Guy Isaac. *Manual de Derecho comunitario general*. 5ª ed. Barcelona. Editorial Ariel. 2000, Mar Jimeno Bulnes. *La Cuestión Prejudicial del artículo 177 TCE*. Barcelona. Bosch. 1996, Florence Lézé, Verónica de la Rosa y Alfredo Islas Colín, *La Unión Europea*. México. Editan Flores Editor y la Universidad de Castilla La Mancha. 2010, Enrique Linde Paniagua y Pilar Mellado Prado. *Iniciación al Derecho de la Unión Europea*. 5ª edición. Madrid. Editorial Colex. 2010, Enrique Linde Paniagua et. al. *Principios de Derecho de la Unión Europea (Antecedentes, Instituciones, Fuentes y Jurisdicción)*. 6ª edición. Madrid. Editorial Colex. 2012, Manuel López Escudero y José Martín y Pérez de Nanclares (coordinadores). *Derecho Comunitario Material*. Madrid. McGrawHill. 2000, Diego López Garrido *La Constitución Europea. Estudio. Texto completo. Protocolos y Declaraciones más relevantes*. Albacete. Editorial Bomarzo. 2005, Diego López Garrido et

En relación con dicho proceso de integración –que ha sido recorrido en su integridad por la Unión Europea, pero que también ha venido desarrollándose en otras latitudes y particularmente en nuestro continente americano– el mismo se ha traducido en la identificación de una serie de etapas –en ocasiones convergentes, en otras simultáneas o salteadas– que van desde las puramente económicas, como a) la cooperación económica, b) las zonas de preferencia arancelaria, c) las áreas de libre comercio, d) las uniones aduaneras, e) los mercados comunes y f) las uniones económicas y monetarias, hasta las que se han extendido también a los ámbitos de lo social y de lo político y que se han traducido en la así denominada g) integración o unión total.<sup>9</sup>

Ahora bien, las anteriores formas de cooperación (género) e integración económica (especie), han dado lugar a los procesos –algunos intergubernamentales, otros supranacionales– que se desarrollaron a partir de la Segunda Guerra Mundial, con mayor profundidad en Europa –aunque también en América así como en Asia y en África–, basándose en el principio de complementación económica (de la producción y del consumo).<sup>10</sup>

---

al. *Derecho Comunitario Europeo*. Madrid. Editorial Tecnos. 1986, Araceli Mangas Martín. *La Constitución Europea*. Madrid. Editorial Iustel. 2005, Araceli Mangas Marín y Diego J. Liñán. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. 7ª edición. Madrid. Editorial Tecnos. 2012, Franceso Martinelli. *Diritto dell'Unione Europea. Aspetti istituzionali e politiche dell'Unione*. 19ª edizione. Napoli. Simone. 2012. Alfonso Mattera. *El Mercado Único Europeo. Sus reglas, su funcionamiento*. Trad de Cora Zapico. Madrid. Editorial Civits. 1991, Carlos Molina del Pozo. *Derecho de la Unión Europea*. Madrid. Editorial Reus. 2011, Carlos Molina del Pozo. *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*. 4ª edición. Madrid. Dijusa. 2002, Carlos Molina del Pozo. *Tratado de la Unión Europea*. 3ª edición. Granada. Editorial Comares. 1999, José Manuel Peláez Marón. *Lecciones de Instituciones Jurídicas de la Unión Europea*. Madrid. Editorial Tecnos. 2000, Rogelio Pérez-Bustamante. *Historia Política y Jurídica de la Unión Europea*. Madrid. Edisofer. 2008, Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer. *El Juez Nacional como Juez Comunitario*. Madrid. Editan Fundación Universidad Empresa y Editorial Civitas. 1993, Paz Andrés Sáenz de Santa María et. al. *Introducción al Derecho de la Unión Europea*. 2ª edición. Madrid. Eurolex. 1999, y Antonio Truyol. *La Integración Europea. Idea y realidad*. Madrid. Editorial Tecnos. 1992. Conviene destacar que parda conocer el funcionamiento actual de la Unión Europea y su Derecho, se recomienda consultar libros precisamente posteriores a 2008 que recojan ya las modificaciones vigentes aprobadas por el Tratado de Lisboa; se citan sin embargo algunos libros anteriores a ése año, o bien por su valor histórico para comprender el proceso de desenvolvimiento de la Unión Europea y su Derecho, o bien para ilustrar ciertos aspectos que fueron en su momento tratados convenientemente por sus autores.

9 La caracterización original de las etapas de la integración se debe a Bela Balassa. *The theory of economic integration*. Londres. Allen & Unwin. 1961. También, entre muchos otros autores, seguimos a Raúl Granillo Ocampo. *Derecho Público de la Integración*. Buenos Aires. Ábaco de Rodolfo Depalma. 2007, María Teresa Moya Domínguez. *Derecho de la Integración MERCOSUR, Unión Europea y Comunidad Andina. Estudio Comparado*. Buenos Aires. Editorial Ediar. 2006 y Alberto M. Sánchez. *Derecho de la Integración. Un recorrido múltiple por las experiencias de la Unión Europea y del MERCOSUR*. Buenos Aires. Edita RAP. 2004.

10 Desde un punto de vista económico, resulta fundamental para el entendimiento del comercio internacional y sus distintas formas de cooperación y de integración, la comprensión de varios conceptos tales como ventaja comparativa, costo de oportunidad, uso eficiente de los recursos, economías de escala, efecto multiplicador, ciclos económicos, competencia imperfecta, externalidades, rendimientos a escala, teorías de estructura arancelaria y proteccionismo, cuotas, subsidios, compensaciones, *dumping* y *dumping* social, adquisiciones gubernamentales, comercio internacional y desarrollo económico, inversión extranjera y flujos de capital, inflación, PIB, precios al consumidor, empresas multinacionales, impacto del comercio internacional en los mercados laborales, movilidad laboral, tercerización o *outsourcing*, mercados de divi-

Según dicho principio, diversos países facilitan su intercambio de bienes y servicios mediante la eliminación de aranceles y otras barreras comerciales para su importación y exportación, para aumentar su productividad –derivada de la operación a escalas– y ampliar sus mercados de consumo, con el objetivo de propiciar además creación de riqueza y la generación de nuevas fuentes de empleo.

No obstante debe también reconocerse –sobre todo a partir de las últimas crisis mundiales, que han puesto en evidencia las limitaciones del neoliberalismo y del libre comercio indiscriminado– que la cooperación y la integración económicas no son una panacea y se corre el riesgo de que los países menos desarrollados sufran la compensación de sus asimetrías cuando se integran a economías mayores o más estables.

Así ha sucedido especialmente cuando no se establecen oportunamente diversas fórmulas –como plazos para la desgravación arancelaria, fondos estructurales o de compensación, sistemas de preferencias aduaneras, subsidios temporales o salvaguardas, entre otras– que permitan que las industrias de los países menos desarrollados cuenten con la oportunidad de prepararse para competir, en circunstancias equitativas con sus homólogas asentadas en países más desarrollados.<sup>11</sup>

Sin embargo, si los procesos de integración se desarrollan adecuadamente y con una visión de largo plazo, las economías en desarrollo tienden a volverse menos vulnerables y el mismo aumento de la riqueza por el intercambio intra-regional les permite adquirir más bienes de capital procedentes de economías desarrolladas.<sup>12</sup>

---

sas y tipos de cambio, riesgos, cobertura y especulación, paridades, balanzas de pagos y desequilibrios en transacciones internacionales, banca y finanzas internacionales, reservas, mercados de futuros, deuda externa, economía social de mercado, pobreza y desarrollo, entre muchos otros. En relación con los mismos, pueden consultarse –entre muchas otras–, las siguientes obras generales: Paul A. Samuelson y William D. Nordhaus. *Economía con aplicaciones a Latinoamérica*. Revisión y adaptación de Liliane Isabel Pavón y Carlos Blanco Huitrón. México. McGrawHill. 2010, Michael Parkin, Gerardo Esquivel y Mercedes Muñoz. *Macroeconomía*. Versión para Latinoamérica. Traducción de Mónica G. Martínez. México. Pearson Educación. 2007, Robert J. Carbaugh. *Economía Internacional*. Traducción de Pilar Mascaró y Magda E. Treviño. 12ª edición. México Cengage Learning. 2009, Sergio A. Berumen. *Economía Internacional*. México. Editorial CECSA. 2001 y Michael Parkin y Gerardo Esquivel. *Microeconomía. Versión para la Latinoamérica*. Traducción de Julio Silverio Coro Pando. 5ª edición. México. Pearson Education 2001 y Ricardo Torres Gaytán. *Teoría del Comercio Internacional*. México. Siglo XXI Editores. 2011. También puede verse para el caso específico de América Latina, además de las obras específicas sobre integración jurídica que en su momento se citarán –más actualizadas–, las dos obras siguientes: Miguel S. Wionczek (coordinador). *Integración de la América Latina, experiencias y perspectivas*. México. Fondo de Cultura Económica. 1979 y Banco Interamericano de Desarrollo. *Factores para la Integración Latinoamericana*. México. Fondo de Cultura Económica. 1969, en las que se encuentran algunos ensayos clásicos sobre la materia. Igualmente es recomendable el libro de Ramón Tamames y Begoña G. Huerta. *Estructura económica internacional*. 19ª edición. Barcelona. Alianza Editorial. 1999. Desde la perspectiva del desarrollo puede verse Víctor L. Urquidí. *Otro siglo perdido. Las políticas de desarrollo en América Latina (1930-2005)*. México. Fondo de Cultura Económica. 2005.

11 Cfr. los mismos textos anteriormente citados.

12 Ibidem.

Lo cierto es que para encauzar dicha cooperación e integración económica, los ordenamientos jurídicos, tanto estatales e internacionales, han debido desarrollar desde la segunda mitad del siglo XX nuevas reglas.

Así, por ejemplo, el Derecho Estatal del Comercio Exterior, ha venido regulando las tarifas y los trámites aduaneros relativos a la importación y exportación de mercancías y servicios. Pero también el Derecho del Comercio Internacional o Derecho Internacional del Comercio –como parte del Derecho Internacional Económico– ha establecido, a partir de tratados diversos tratados, como el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT), y organizaciones internacionales, como la Organización Mundial del Comercio (OMC), reglas universales aplicables al flujo transfronterizo de bienes y servicios, incluyendo los principios de reciprocidad, nación más favorecida, trato nacional y eliminación de barreras arancelarias y no arancelarias. Y los anteriores ordenamientos jurídicos constituyen a su vez el marco de Derecho Público –nacional e internacional– dentro del cual los particulares realizan sus transacciones bajo el Derecho Privado e Internacional Privado y específicamente el Derecho Mercantil Internacional.<sup>13</sup>

Ahora bien, dentro del anterior contexto –económico y jurídico– fue desarrollándose de manera paralela el Derecho de la Integración en sentido amplio –género–, que regula los intercambios comerciales transnacionales dentro de una dinámica de desarme arancelario y supresión de las barreras técnicas del comercio internacional, pactado únicamente entre ciertos estados, que han acordado conformar un bloque económico, bajo la excepción a los principios previstos por el GATT-OMC.

Lo interesante a destacar aquí es que dada la naturaleza progresiva de la integración regional –que va, como se dijo, desde las preferencias arancelarias y hasta la integración total– cabe distinguir, desde un punto de vista científico, el Derecho de la Integración Cooperativo (especie del Derecho de la Integración como género), como una variante del Derecho Internacional del Comercio, que abarca las primeras fases, llamadas pre-comunitarias, de la integración económica –preferencias arancelarias y libre comercio– del Derecho de la Integración en sentido estricto, como un ordenamiento eminentemente supranacional, propio y específico de las etapas más avanza-

---

13 Sobre Comercio Exterior, pueden verse los difundidos textos de Filiberto Pacheco Martínez. *Derecho de la Integración Económica*. México. Editorial Porrúa. 2002, Elvia Arcelia Quintana Adriano. *El Comercio Exterior de México*. 3ª edición. México. 2010 y Jorge A. Witker. *Derecho del Comercio Exterior*. México. UNAM. 2011. Sobre Comercio Internacional, Juan Manuel Saldaña Pérez. *Comercio Internacional. Régimen Jurídico Económico*. México. Editorial Porrúa. 2008 y Carlos Humberto Reyes (coordinador). *Temas Selectos de Comercio Internacional*. México. Editorial Porrúa. 2008. Véase también el trabajo de Rodolfo Cruz Miramontes. “¿Derecho internacional del comercio, derecho del comercio internacional o derecho del comercio exterior?” en F.J. Gaxiola y M.C. Platas (compiladores) *Discursos de Ingreso 1930-2007 de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación*. México. Miguel Ángel Porrúa y otras. 2009. Sobre el derecho mercantil internacional véase la obra clásica de Luis Fernández de la Gándara y Alfonso Luis Calvo Caravaca. *Derecho Mercantil Internacional*. Madrid. Editorial Tecnos. 1995.

das, como la unión aduanera, el mercado común, la integración económica completa y la integración total.

La importancia de la anterior distinción estriba en que el Derecho de la Integración en sentido estricto –denominado en el ámbito europeo como Derecho Comunitario hasta el Tratado de Lisboa (en vigor desde 2009), a partir del cual ha venido a denominarse Derecho de la Unión Europea– constituye un ‘nuevo paradigma jurídico’. En efecto, se trata de derecho supranacional –que no internacional, cooperativo o intergubernamental– que se caracteriza por ciertos principios –como la primacía, la aplicación inmediata y el efecto directo– que desbordan los cauces tradicionales del Derecho Internacional Público.<sup>14</sup>

Así, el Derecho de la Integración ha venido a constituir una materia diversa y novedosa, que a pesar de haber aparecido hace apenas sesenta años, ha revulsionado los parámetros formales del Derecho Internacional y los límites materiales del Derecho del Comercio Exterior.<sup>15</sup>

Ciertamente, mientras que el Derecho Internacional Público –tanto el cooperativo como el asociativo–, más allá de sus normas de *ius cogens* y de algunas disposiciones excepcionales dentro del ámbito del derecho convencional de los tratados (*ius dispositivum*), se trata de un derecho que establece la coordinación entre los estados, en contrapartida, el Derecho de la Integración: a) establece un ordenamiento jurídico completo que viene a insertarse en los ordenamientos particulares de los estados parte, b) se supraordina a los derechos internos de los países signatarios, c) aunque parte de tratados internacionales (derecho originario) es desarrollado ulteriormente por una estructura institucional (derecho derivado) a partir de una lógica supranacional, d) envuelve una auténtica delegación de soberanía, usualmente reconocida a través de una cláusula de habilitación de las Constituciones de los estados parte, y que, además, por regla general, e) es de aplicación inmediata y tiene un efecto directo sobre los particulares.<sup>16</sup>

Igualmente, por lo que respecta al ámbito material del Derecho de la Integración, éste no puede considerarse agotado por los instrumentos del Comercio Internacional que

---

14 Aunque los anteriores intentos de diferenciación y definición jurídica son propios, asumiendo la correspondiente responsabilidad por los mismos, en muchos sentidos se encuentran inspirados en la lectura reflexiva de diversos textos clásicos sobre la materia; además de los anteriormente citados –y los que en su momento serán referidos específicamente para otros temas– he tomado muy en cuenta la exposición de Roberto Dromi, Miguel A. Ekmekdjian y Julio C. Rivera. *Derecho Comunitario. Sistemas de Integración. Régimen de MERCOSUR*. 2ª edición. Buenos Aires. Ediciones Ciudad Argentina. 1996 y, sobre todo, las de Ricardo Alonso García, Carlos Molina del Pozo y Calogero Pizzolo, citadas en su oportunidad.

15 Calogero Pizzolo. *Derecho e Integración Regional. Comunidad Andina, MERCOSUR, SICA, Unión Europea*. Buenos Aires. Editorial Ediar. 2010.

16 Dentro de toda la literatura citada sobre derecho de la integración, pueden consultarse también a este respecto, por su sencillez didáctica, las obras de Pizzolo. *Derecho e Integración Regional...*, op. cit., pasim y Sandra C. Negro (directora). *Derecho de la Integración*. Buenos Aires. Euros Editores. 2010.

abarca hasta las zonas de libre comercio. Lo anterior pues –como se recordará– tras la unión aduanera y el mercado común se encuentra todavía la unión económica, pero sobre todo, queda aún la integración total.<sup>17</sup>

Así, aunque el Derecho de la Integración suele gestarse a partir de la evolución de dichos esquemas, lo cierto es que ni siquiera se limita a la consecución de las libertades económicas básicas de la integración propias de los mercados comunes (libre circulación de mercancías, capitales, personas y servicios), sino que comprende también la regulación de ciertas políticas sectoriales básicas para la consolidación económica, como lo son las de la competencia, la fiscal, la financiera, la monetaria, la comercial, la del consumidor y hasta la laboral. Inclusive, en el ámbito europeo, ha llegado a abarcar el desarrollo de políticas sectoriales en muy diversos campos sociales y culturales, que comprenden lo mismo aspectos de protección de la salud que del medio ambiente. Y dentro de dicho ámbito europeo, se ha extendido también hasta la protección de los derechos fundamentales y la formación de una ciudadanía regional que permita revertir el déficit democrático propio de una organización internacional. Adicionalmente, tendría que considerarse la asunción de posturas internacionales comunes, así como la cooperación en diversos ámbitos policiales y de justicia como una característica propia de los desarrollos más profundos de la integración jurídica.<sup>18</sup>

Finalmente, por lo que respecta a los principios generales del derecho de la integración, la doctrina generalmente reconoce los siguientes: a) autonomía, por cuanto que su derecho no se configura a partir de la lógica de los derechos de los estados parte, sino de una lógica propia, de naturaleza comunitaria y por ende comparativa e histórica, b) operatividad, por cuanto que por regla general es de aplicación inmediata y efecto directo, sin necesidad de acto normativo estatal de recepción ulterior, c) supranacionalidad, d) primacía, e) competencia, subsidiariedad y proporcionalidad, f) seguridad jurídica y responsabilidad, g) colaboración e interpretación concurrente y g) progresividad.

En síntesis, el Derecho de la Integración: a) formalmente constituye un ordenamiento jurídico supranacional, b) desarrollado por la vía convencional (derecho originario) y a través de la ulterior actividad normativa de una estructura institucional (derecho derivado), c) que se encuentra inserto en los ordenamientos de los Estados parte, caracterizándose por su primacía, autonomía, operatividad, supranacionalidad y naturaleza colaborativa, y d) que materialmente comprende mucho más que el comercio internacional y exterior, proyectándose transversalmente a través del derecho público, privado y social, a ámbitos tan diversos como el económico, el social, el cultural y el político.

17 Cfr. Granillo Ocampo. *Derecho Público de la Integración...*, op. cit.

18 Cfr. Alberto M. Sánchez. *Derecho de la Integración. Un recorrido múltiple por las experiencias de la Unión Europea y del MERCOSUR*. Buenos Aires. Ediciones RAP. 2004.

Y dicho Derecho de la Integración es además –como se dijo– la ‘bisagra’ de un nuevo ‘Derecho Global’ y la misma expresión de una ‘nueva dogmática jurídica’ que ha venido conformándose durante las últimas décadas sigue aun definiendo sus perfiles.<sup>19</sup>

Y entre dichos nuevos perfiles, un aspecto sumamente interesante del Derecho Comunitario Europeo se encuentra en los ‘principios generales comunes’, creados por el Tribunal de Luxemburgo.<sup>20</sup>

Dichos principios son el resultado del empleo de los métodos interpretativos sistemático, teleológico, concurrente, comparado y progresivo, que han dotado al derecho comunitario de un dinamismo dialéctico que, según la expresión de Von Bogdandy, ha creado un auténtico “espacio jurídico europeo” que conforma una especie de nuevo *ius europaeum*.<sup>21</sup>

Ahora bien, por lo que respecta al nuevo Derecho Común Europeo, cabe destacar la relevancia de los principios jurídicos que durante los últimos treinta años ha venido desarrollando principalmente la doctrina científica, facilitando la enseñanza del derecho pero también procurando ofrecer una serie de orientaciones prácticas que permiten que puedan ser utilizados como derecho supletorio.

En efecto, dicho derecho común ha venido elaborándose a través de distintos proyectos, que con diversa finalidad y metodología, han buscado el conocimiento y la formulación de los principios del derecho europeo, como acervos doctrinales para el estudio universitario, así como para orientar la *praxis* académica y jurídica de profesores, abogados, jueces y legisladores, destacando las convergencias existentes en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales.

Entre las iniciativas más importantes que se inscriben dentro del anterior esfuerzo académico pueden citarse, junto con otras: los *Principles of European Contract Law (Comisión Lando)*, el *Study Group on a European Civil Code (Proyecto von Bar)*, el

19 Cfr. Domingo. *¿Qué es el Derecho Global?...*, op. cit. y Pampillo. *Nuevas reflexiones...*, op. cit., pasim.

20 Sobre el Tribunal y la reelaboración jurisprudencial de los principios generales comunes, además de la literatura general anteriormente recomendada, pueden consultarse con provecho las obras de Ricardo Alonso García. *Las Sentencias Básicas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Estudio y Jurisprudencia*. 5a edición. Navarra. Thomson-Civitas. 2014, Ricardo Alonso García. *El Juez Nacional en la Encrucijada Europea de los Derechos Fundamentales*. Madrid. Editorial Aranzadi. 2014, Mar Jimeno Bulnes. *La Cuestión Prejudicial del artículo 177 TCE*. Barcelona. Bosch. 1996, Rébecca-Emmanuëla Papadopoulou. *Principes Généraux du Droit et Droit Communautaire. Origines et concrétisation*. Bruselas. Etablissements Emile Bruylant. 1996, Jorge Nieva Fenoll. *El recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. Barcelona. Bosch. 1998, Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer. “La Función del Abogado General del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.” y de Gil Carlos Rodríguez Iglesias y Fernando Castillo de la Torre. “El Procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas” ambas en Carlos Jiménez Piernas (ed.). *Iniciación a la práctica en Derecho internacional y Derecho comunitario europeo*. Madrid. Editan la Universidad Alcalá y Marcial Pons. 2003.

21 Armin von Bogdandy. *Hacia un nuevo Derecho Público. Estudios de Derecho Público Comparado, Supranacional e Internacional*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 2011, pp. 3 y ss.

*Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (Proyecto Gandolfi o Grupo de Pavía)* y el Proyecto de Trento o *Common Core of European Private Law*, entre muchos. Más recientemente, destaca también el *Marco Común de Referencia para el Derecho Contractual Europeo*.<sup>22</sup>

Pero lo interesante a destacar aquí, es que este nuevo derecho común, además de haber reivindicado un nuevo espacio para la ciencia jurídica, está contribuyendo a brindarle un poderoso soporte epistemológico al derecho europeo, sirviendo igualmente de orientación y contrapeso a la actividad jurídica de las instituciones comunitarias.

Y, por lo mismo, su importancia se encuentra a) en su extracción jurisprudencial, b) en su contextura principialística, c) en su método comparativo (sincrónico y diacrónico) y d) en su influencia sobre la educación y la cultura jurídica.

### 3. HISTORIA Y PRESENTE DE LA INTEGRACIÓN AMERICANA

El proceso de integración jurídica americana, visto desde una perspectiva histórica, se ha desarrollado a través de las siguientes fases: 1) *Propuestas de articulación de los Reinos Hispanoamericanos* (finales del siglo XVIII y principios del XIX), 2) *Utopías y primeros Proyectos Iberoamericanos* (primeros dos tercios del siglo XIX), 3) *Proyectos Panamericanistas* (finales del s. XIX hasta nuestros días) 4) *Proyectos Latinoamericanos* (1950's-1980's y hasta nuestros días), 5) *Fragmentación Subregional del Continente* (1960s-1990's y hasta nuestros días) y 6) *Entre América Latina y el Pacífico* (desde los 1990's).<sup>23</sup>

La primera etapa, supuso la estructuración del espacio geográfico hispanoamericano y su posterior unificación cultural, como obra de la Monarquía Universal Española, misma que en realidad es el primer antecedente de la integración americana, formando ella misma parte de un proyecto supranacional muchísimo más ambicioso, vinculado

22 En extenso sobre cada uno de estos grupos, su historia, objetivos, métodos de trabajo y resultados, puede consultarse la obra colectiva de Sergio Cámara Lapuente (coordinador). *Derecho Privado Europeo*. Madrid. Editorial Colex. 2003, Helmut Coing. *Derecho Privado Europeo*. Traducción de Antonio Pérez Martín. Madrid. Edita la Fundación Cultural del Notariado. 1996, María Dolores Díaz-Ambrona Bajadí (Directora). *Derecho Civil de la Unión Europea*. 5ª edición. Madrid. Editorial Colex. 2012, Reiner Schulze (ed). *Common Frame of Reference Existing EC Contract Law*. Munich. Sellier. 2008. Juan Pablo Pérez Velázquez. *El proceso de modernización del Derecho Contractual Europeo*. Madrid. Editorial Dykinson. 2014, Reinhard Zimmermann. *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo*. Trad. Javier M. Rodríguez. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2010, John Cartwright. "Proyectos de Armonización: ¿Lecciones de la Experiencia Europea?" en *Latin American Legal Studies*. Volumen 2. Viña del Mar. Chile. Facultad de Derecho de la Adolfo Ibáñez. 2018.

23 La periodización presentada se expuso por primera vez en Juan Pablo Pampillo Baliño. "Propuesta de Periodización Histórica de la Integración Jurídica Americana" en *Historia del Derecho. X Congreso de Historia del Derecho Mexicano*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 2016. Otra propuesta de periodización en Arturo Oropeza García (coordinador). *Latinoamérica frente al espejo de su integración, 1810-2010*. México. IIJ-UNAM, SER. 2010, p. 19.

por un lado con el Sacro Imperio Romano Germánico y por el otro con la Iglesia Católica.<sup>24</sup>

El segundo periodo, relativo a las utopías y proyectos iberoamericanos, supone en primer lugar el proceso de emancipación de América, como el contexto dentro del cual se plantean, entre otras iniciativas, la *Carta de Jamaica* de 1815, la Declaración de la Angostura y el Congreso Anfictiónico de Panamá promovidos por Simón Bolívar, que son las más conocidas entre muchas otras propuestas, como las debidas al Precursor Francisco de Miranda.

A las anteriores utopías siguieron múltiples acuerdos, tratados y congresos, cuyas repercusiones fueron sin embargo bastante limitadas.<sup>25</sup>

Pero, lo cierto, es que todas las iniciativas de esa época fueron un intento de proyectar una América unida contra la realidad de los hechos, que durante todo el siglo XIX tendía más bien hacia la disgregación por varias razones.<sup>26</sup>

- 
- 24 Entre la vasta literatura sobre el particular, pueden verse en general con provecho las obra de David A. Brading. *Orbe Indiano. De la Monarquía Católica a la República Criolla 1492-1867*. México. Fondo de Cultura Económica. 1993, Francisco de Icaza Dufour. *Plus Ultra. La Monarquía Católica en Indias 1492-1898*. México. Editorial Porrúa. 2008, José María Ots Capdequí. *El Estado Español en las Indias*. La Habana. Editorial de Ciencias Sociales. 1975, José Manuel Pérez Prendes. *La Monarquía Indiana y el Estado de Derecho*. Valencia. Asociación Francisco López de Gómara. 1989. Más en general sobre la Historia de América, entre las muchas obras escritas sobre el particular, pueden verse las siguientes, todas de fácil acceso y que muestran diversas perspectivas geográficas e históricas: Juan B. Amores Carredano (coordinador). *Historia de América*. Barcelona. Editorial Ariel. 2006, Pierre Chanu. *Historia de América Latina*. Trad. de Federico Monjardín. Buenos Aires. EUDEBA. 1964, Francois Chevalier. *América Latina*. México. Fondo de Cultura Económica. 2005, Tulio Halperin Donghi. *Historia contemporánea de América Latina*. Madrid. Alianza Editorial. 2008, Manuel Lucena. *Breve Historia de Latinoamérica*. Santiago de Chile. Editorial Catedra. 2010, Óscar Mazín. Iberoamérica. Del descubrimiento a la Independencia. México. El Colegio de México. 2007, Carlos Pereyra. *Historia de la América Española*. 8 volúmenes. Madrid. Editorial Saturnino Calleja. 1924-1925 y VV.AA. UNESCO. *Historia General de América Latina*. Madrid. Editorial Trotta. 2000-2006. Específicamente sobre los proyectos de articulación de los reinos hispanoamericanos véase también a Patricia Escandón. "Arqueología de proyectos unificadores de América Latina" en Rodrigo Páez Montalbán y Mario Vázquez Olivera (coordinadores). *Integración Latinoamericana. Raíces y perspectivas*. México. Editan Eón y el CIALC-UNAM. 2008, pp. 19-33. Durante esta primera fase, hubo ya algunos intentos para conformar una Comunidad Hispanoamericana de Naciones, como lo fue, por ejemplo, el *Dictamen Reservado* presentado en 1783 por el Conde de Aranda, el proyecto de *Congreso General* de Fray Melchor de Talamantes, o la propuesta presentada por Michelena y Ramos Arizpe en las Cortes Españolas de 1821. Lamentablemente, la ceguera de las autoridades peninsulares impidió la formación de un *Commonwealth* Ibérico, como el que después sería logrado por Inglaterra respecto de sus antiguas colonias.
- 25 Desde el 'Pacto de Familia' propuesto por el mexicano Lucas Alamán hasta la propuesta del chileno Francisco Bilbao de establecer un Congreso Federal de las Repúblicas de Latinoamérica, pasando por la Unión Continental de Comercio que en su momento impulsó el argentino Juan Bautista Alberdi. Cfr. Oropeza García. "Latinoamérica: El futuro de la Memoria o la Memoria del futuro" en Oropeza García (coordinador). *Latinoamérica frente al espejo...*, op. cit., passim. Cfr. también a Gómez Robledo. *Idea y Experiencia de América...*, op. cit., passim.
- 26 En primer lugar, por cuanto desde la época colonial, los reinos ultramarinos no tenían relaciones entre sí, sino únicamente con la metrópoli. En segundo lugar, la coyuntura de 1808 –invasión napoleónica

Vale la pena observar dentro de este periodo, que desde el último tercio del siglo XIX, junto con la identidad iberoamericana –presente hasta nuestros días– empezó a desarrollarse una nueva personalidad cultural específicamente latinoamericana, a la que posteriormente habría de sumarse la aportación característica de la región del Caribe.<sup>27</sup>

Y precisamente lo fundamental de esta etapa de proyectos iberoamericanos, consiste en que a pesar del fracaso de las diversas iniciativas y proyectos, se conformó una identidad histórica y cultural que ha conseguido sobrevivir hasta nuestros días y que subyace todavía detrás de diversos esquemas y proyectos de integración vigentes.

La tercera fase, vigente hasta nuestros días, es la correspondiente a los proyectos panamericanistas, que tuvo como antecedentes a la Doctrina Monroe de 1823 y cuya principal realización fue la creación de la Organización de Estados Americanos (OEA), en Bogotá, en 1948.<sup>28</sup>

Sin embargo, cabe destacar que la OEA se fundó en el marco de la confrontación político militar este-oeste propia de la guerra fría que dio lugar al sistema bipolar de aquéllos años. Por ésa razón, dentro del seno de la organización, adquirieron un peso desproporcionado los Estados Unidos de Norteamérica, por donde a pesar de la igualdad formal entre sus estados miembros, prevaleció el principio de “la mayoría de uno”, convirtiendo al organismo en un foro hegemónico útil para convalidar una política intervencionista, contraria al derecho internacional.

---

España– que sirvió de pretexto para el inicio de la mayor parte de las independencias, no fue un acontecimiento que cohesionara a la sociedad colonial, que más bien se dividió en las facciones peninsular y criolla. Además, la organización política de los nuevos estados trajo consigo una serie de disputas internas entre monarquistas y republicanos, centralistas y federalistas, católicos y reformistas, conservadores y liberales, que se prolongaron durante toda la centuria, dando lugar a una serie de guerras civiles que sumieron a todos los países de la región en un divisionismo interno que hacía poco propicia la unidad iberoamericana. Peor aún, con motivo de las emancipaciones y de la ulterior desmembración de algunos países –como Centroamérica y la Gran Colombia– se produjeron una serie de conflictos motivadas por diferencias respecto de los límites territoriales.

- 27 Por lo que respecta al Caribe, la independencia y el actual colonialismo de los países que lo conforman, las propuestas de integración (como la del intelectual portorriqueño Emeterio Betances, o los proyectos del cubano José Martí, del haitiano Antenor Firmin, del portorriqueño Eugenio María de Hostos y de los dominicanos Gregorio Luperón, Pedro Bonoy, Américo Lugo y otros) pueden verse Juan Manuel de la Serna. *El Caribe en la Encrucijada de su Historia. 1780-1840*. Colección Panoramas de Nuestra América. México. UNAM. 1993, J. Jesús Serna Moreno. “Comunidad del Caribe” en Rodrigo Páez Montalbán y Mario Vázquez Olivera (Coordinadores). *Integración Latinoamericana. Organismos y Acuerdos. (1948-2008)*. México. CIALC-UNAM. 2008, así como la sección temática sobre el Caribe y, en lo particular, el artículo de Edelberto Torres-Rivas. “Para entender el Caribe” de la *Revista Perfiles Latinoamericanos*. Número 9. Dedicada a El Caribe, Política y Sociedad. México. Revista de la Sede Académica de México de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. 1996.
- 28 En general seguimos aquí a William Manger. “La Organización de los Estados Americanos. Antecedentes Históricos, Propósitos y Principios, Situación Actual y Perspectivas Inmediatas” en *Cursos Monográficos*. Volumen VII. La Habana. Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional. 1960. Ann Van Wynen Thomas y A. J. Thomas, Jr. *La Organización de los Estados Americanos*. Traducción de Armando Arrangoiz. México. UTEHA. 1968.

Y, aunque desde finales de la década de los 1980's, se advierte un viraje positivo en el sentido de que al interior de la OEA se discuten los asuntos hemisféricos con mayor autonomía, pluralismo y representatividad, promoviéndose igualmente, de manera adecuada, el respeto de los derechos humanos, el desarrollo sustentable y la consolidación de la democracia en los países de la región, lo cierto es que todavía sigue lastrando el pesado fardo de su anterior descrédito y, actualmente, el contrapeso de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y del Caribe (CELAC) como foro de concertación política.<sup>29</sup>

La cuarta etapa que señalamos –que se proyecta como las anteriores hasta nuestros días– es la relativa al proceso de integración económica latinoamericana. Esta etapa tiene sus orígenes en las propuestas de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) hacia la década de los 1950's y encuentra su principal hito en la conformación de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) con el Tratado de Montevideo de 1960, cuyo fracaso constituye a su vez el puente hacia la siguiente etapa de fragmentación subregional del continente.<sup>30</sup>

El fracaso de la ALALC fue el resultado de la reiterada flexibilización de sus compromisos, así como la falta de una estructura institucional suficiente. También de la falta de visión y compromiso de las economías más desarrolladas –Argentina, Brasil y México– que condujo a que desde finales de la década de los 1960's varios países, encabezados por el Grupo Andino, decidieran buscar por sí mismos esquemas más eficaces de integración. La ALALC fue así sustituida por la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), a la que a partir de 1978 vino a sumarse el Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe (SELA) como foro de consulta y coordinación.<sup>31</sup>

Así es como llegamos a la quinta fase histórica del proceso de integración en el continente americano, la fragmentación subregional –también vigente en la actualidad– que ha dado lugar a la conformación de un complejo entramado de bloques subregionales, muchas veces yuxtapuestos y empalmados entre sí.

Dichos bloques son, en orden de aparición: a) Centroamérica, b) el Caribe, c) los Andes, d) el Cono Sur y e) Iberoamérica. A dichas subregiones latinoamericanas, debe sumarse también el Área de Libre Comercio Norteamericana.<sup>32</sup>

29 VV. AA. Instituto Matías Romero. (coordinador). *La OEA hacia el siglo XXI*. México. Secretaría de Relaciones Exteriores. 1998.

30 Cfr. Luis Maira. "América Latina: El reto de una integración distinta en el Siglo XXI" en Oropeza García... pp. 197 y ss. Véase también, en el mismo libro, el ensayo de Oropeza García Latinomérica: El futuro de la Memoria... p. 92. También pueden verse algunas opiniones de Daniel Cosío Villegas. *Problemas de América. México*. Editorial Clío y El Colegio Nacional. 1997. Específicamente sobre la CEPAL y sus planteamientos: Adolfo Gurrieri (compilador). *La obra de Prsbisch en la CEPAL*. 2 tomos. México. Fondo de Cultura Económica. 1983. Joseph Hodaro. *Prebisch y la CEPAL. Sustancia, trayectoria y contenido institucional*. México. El Colegio de México. 1987.

31 Ibidem.

32 Además de la bibliografía específica que será referida para cada una de las anteriores subregiones y de la general que venimos siguiendo, puede verse VV.AA. *Organismos Hemisféricos y Mecanismos de*

En cada una de las anteriores subregiones fueron estableciéndose, respectivamente, zonas de libre comercio, uniones aduaneras, foros de cooperación intergubernamental y organismos con algunas características supranacionales, entre los que destacan el Sistema de Integración Centroamericana (SICA),<sup>33</sup> el Mercado Común del Caribe (CARICOM),<sup>34</sup> la Comunidad Andina de Naciones (CAN),<sup>35</sup> el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR)<sup>36</sup> y las Cumbres Iberoamericanas.<sup>37</sup>

Dentro del anterior contexto subregional se encuentra también –según se adelantó– el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) de 1994 y el actual Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC).<sup>38</sup>

---

*Concertación en América Latina*. México. Instituto Matías Romero de Estudios Diplomáticos. 1997. Sobre la posibilidad de articular los anteriores esquemas a través de una integración latinoamericana, considerando las anteriores subregiones, así como la hegemonía regional que ejercen México y Brasil, véase el ensayo Luis Maira. “América Latina: El reto de una integración distinta en el Siglo XXI” en Oropeza García. *Latinoamérica frente al espejo...*, op. cit., pp. 197 y ss.

- 33 Sobre esta integración subregional, véanse los capítulos correspondientes de Páez Montalbán y Vázquez Olivera (coordinadores). *Integración Latinoamericana. Organismos y Acuerdos (1948-2008)*..., op. cit., passim y la página web oficial del SICA <http://www.sica.int/>. Sobre el derecho de SICA véase Pizzolo. *Derecho e Integración Regional*..., op. cit. Más en detalle puede consultarse César Ernesto Salazar Grande y Enrique Napoleón Ulate Chacón. *Manual de Derecho Comunitario Centroamericano*. 2ª edición. San Salvador. Talleres de Impresiones. 2013, también disponible en la página oficial de SICA.
- 34 Véanse los apartados correspondientes de Páez Montalbán y Vázquez Olivera (coordinadores). *Integración Latinoamericana. Organismos y Acuerdos (1948-2008)*..., op. cit., passim y las páginas web oficiales del CARICOM <http://www.caricom.org/> y de la AEC [www.acs-aec.org/](http://www.acs-aec.org/)
- 35 Cfr. Germánico Salgado. El Grupo Andino. Eslabón hacia la integración de Sudamérica. 2ª edición. Quito. Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. 2007 y Luis Maira. “América Latina: El reto de una integración distinta en el Siglo XXI” en Oropeza García... pp. 197 y ss. Véanse los apartados correspondientes de Páez Montalbán y Vázquez Olivera (coordinadores). *Integración Latinoamericana. Organismos y Acuerdos (1948-2008)*..., op. cit., passim y la página web oficial: <http://www.comunidadandina.org/>. Sobre el derecho del CAN véanse también los trabajos de Pizzolo. *Derecho e Integración Regional*..., op. cit., Moya Domínguez. *Derecho de la Integración*..., op. cit.
- 36 Véanse los apartados correspondientes de Páez Montalbán y Vázquez Olivera (coordinadores). *Integración Latinoamericana. Organismos y Acuerdos (1948-2008)*..., op. cit., passim y las páginas web oficiales del MERCOSUR: <http://www.MERCOSUR.int/> y del Unasur: <http://www.unasursg.org/>. Sobre el derecho del MERCOSUR véanse también los trabajos de Pizzolo. *Derecho e Integración Regional*..., op. cit., Moya Domínguez. *Derecho de la Integración*..., op. cit.
- 37 Cfr. Celestino del Arenal (coordinador). *Las Cumbres Iberoamericanas (1991-2005). Logros y desafíos*. Madrid. Siglo XXI Editores y Fundación Carolina. 2005 y Felipe González (editor). *Iberoamérica 2020. Retos ante la Crisis*. Madrid. Siglo XXI Editores y Fundación Carolina. 2009. Véase el apartado correspondiente de Páez Montalbán y Vázquez Olivera (coordinadores). *Integración Latinoamericana. Organismos y Acuerdos (1948-2008)*..., op. cit., passim y la página web oficial de la Secretaría General Iberoamericana <http://segib.org/>.
- 38 Sobre el TLCAN véase a Loretta Ortiz Ahlf, Fernando A. Vázquez Pando y Luis Miguel Díaz. *Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio con América del Norte y sus acuerdos paralelos*. 2ª edición. México. Editorial Themis. 2000, Jorge Witker. *El Tratado de Libre Comercio con América del Norte: análisis, diagnóstico y propuestas*. México. IJ-UNAM. 1993; en específico sobre la solución de controversias: Rodolfo Cruz Miramontes. *El TLC: controversias, soluciones y otros temas conexos*. México. Editorial Porrúa. 2002. También puede consultarse el apartado correspondiente de Páez Montalbán

Finalmente, la última etapa de la integración americana, que se proyecta igualmente hasta nuestros días, es la que ha venido oscilando, desde la década de los 1990's, entre el relanzamiento de los proyectos regionales latinoamericanos (ALBA y CELAC),<sup>39</sup> por un lado y por el otro, el giro que ha venido produciéndose hacia el Océano Pacífico y que ha conducido al desarrollo de nuevos vínculos con países del este asiático (APEC, CPTPP)<sup>40</sup> y a la conformación de vínculos puramente americanos determinados por la costa del pacífico (Alianza del Pacífico).<sup>41</sup>

De la anterior exposición se advierte que en la actualidad coexisten, de manera traslapada, múltiples instancias –más de 50 tratados y de 90 acuerdos sectoriales, sin contar los tratados de libre comercio– con alcances geográficos y culturales distintos (iberoamericanos, latinoamericanos, norteamericanos, caribeños, centroamericanos, andinos, sudamericanos, transpacíficos, etcétera). Dichos acuerdos a su vez se han traducido en diversos esquemas de colaboración, que van desde meros foros de coordinación política, hasta mercados comunes, pasando por zonas de libre comercio y uniones aduaneras, los más, funcionando bajo la lógica intergubernamental, aunque también algunos –particularmente SICA y CAN– se desenvuelven, al menos en parte, según los principios de la supranacionalidad.<sup>42</sup>

---

y Vázquez Olivera (coordinadores). *Integración Latinoamericana. Organismos y Acuerdos (1948-2008)*..., op. cit., passim y la página web oficial <http://www.nafta-sec-alena.org/>.

39 Véase el apartado correspondiente de Páez Montalbán y Vázquez Olivera (coordinadores). *Integración Latinoamericana. Organismos y Acuerdos (1948-2008)*..., op. cit., passim.

40 Pueden consultarse sus páginas web oficiales.

41 Puede consultarse su página web oficial.

42 Además de los textos anteriormente citados en específico respecto de los diversos esquemas de cooperación e integración, sobre los orígenes y desarrollo de las diversas estructuras de la integración americana, pueden consultarse en general las siguientes obras: Ignacio Gómez-Palacio. *Derecho de los Negocios Internacionales*. México. Editorial Porrúa. 2006, Raúl Grien. *La integración económica como alternativa inédita para América Latina*. México. FCE. 1994, Marcos Kaplan. *Estado y globalización*. México. UNAM. 2002 pp. 417 y ss., Jorge Witker y Arturo Oropeza (coordinadores) *México-MERCO-SUR. Los retos de su integración*. México Editan el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. 2004, Jorge Witker (editor). *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*. México. UNAM. 1993, Loretta Ortiz Ahlf, Fernando A. Vázquez Pando y Luis Miguel Díaz. *Aspectos Jurídicos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y sus Acuerdos Paralelos*. 2ª edición. México. Editorial Themis. 1998, Filiberto Pacheco Martínez. *Derecho de la Integración Económica*. México. Editorial Porrúa. 2002, Alicia Puyana (coordinadora). *La Integración Económica y la Globalización. ¿Nuevas propuestas para el proyecto latinoamericano?* México. Flaco y Plaza y Valdés. 2003, Ricardo Schembri Carrasquilla. *Teoría Jurídica de la Integración Latinoamericana*. Sao Paulo. Parlamento Latinoamericano. 2001, Gregorio Vidal (coordinador). *ALCA. Procesos de integración y regionalización en América*. México. Editan la Cámara de Diputados, UAM, INTAM y Miguel Ángel Porrúa. 2006, Francisco R. Dávila Aldás. *Globalización-Integración. América Latina, Norteamérica y Europa*. México. Editorial Fontamara. 2002, Edgar Vieira Posada. *La formación de espacios regionales en la integración de América Latina*. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana y Convenio Andrés Bello. 2008, Daniel Villafuerte Solís y Xochitl Leyva Solano (coordinadores). *Geoeconomía y geopolítica en el área del Plan Puebla Panamá*. México. CIESAS y Miguel Ángel Porrúa. 2006. Sobre la integración americana en general pueden verse, además de las obras ya citadas y entre muchas otras, las siguientes: Francisco R. Dávila Aldás. *Globalización-Integración. América Latina, Norteamérica y Europa*. México. Editorial Fontamara. 2002,

#### 4. EL PORVENIR DE LA INTEGRACIÓN AMERICANA

Expuesto lo anterior, de cara al futuro de la integración americana, cabe decir que la primera reflexión que plantea tanto el repaso del proceso histórico como la consideración del conjunto de los principales organismos y foros de la integración americana, es que su laberíntica estructura, que conforma un intrincado y entrecruzado sistema de organismos y tratados heterogéneos y yuxtapuestos, no puede ser eficiente, dando lugar a inevitables duplicidades, traslapes y hasta contradicciones, que generan una serie de desperdicios que pudieran evitarse con una adecuada planeación.

Dicho balance preliminar resulta ser todavía más preocupante si consideramos la brecha entre el discurso y los hechos, entre los proyectos y su concreción, entre los compromisos y su flexibilización, que nos permiten entender el por qué la integración no ha terminado de consolidarse en el hemisferio americano.

Para dimensionar adecuadamente las cosas, vale la pena contrastar el porcentaje del comercio intra-regional europeo, del 64%, o del asiático, que supera el 50%, con el 16% que representa el total del comercio interno dentro de la subregión latinoamericana. Las anteriores cifras nos permiten dimensionar la medida del desperdicio y de la oportunidad.<sup>43</sup>

Más aún, para calibrar adecuadamente la magnitud del desperdicio y de la oportunidad, bastaría considerar que con la sola integración subregional Latinoamericana y del Caribe se daría lugar a la formación de la cuarta potencia económica a nivel mundial después de los Estados Unidos, la Unión Europea y China, la tercera potencia en materia de energía eléctrica y el mayor productor de alimentos del mundo. Lo anterior

---

Germán A. de la Reza. *Integración Económica en América Latina. Hacia una nueva comunidad regional en el siglo XXI*. México. Editan la UAM y Plaza y Valdés. 2006, Ernesto Enríquez Rubio. *Un Marco Jurídico para la Integración Económica de América Latina*. Tesis profesional. México. Escuela Libre de Derecho. 1969, Héctor Fix Fierro et. al (editores) *Culturas Jurídicas Latinas de Europa y América en Tiempos de Globalización*. México. UNAM. 2003, Peter Häberle y Markus Kotzur. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*. Traducción Héctor Fix Fierro. México. UNAM. 2003, Luis León (coordinador). *El Nuevo Sistema Internacional. Una visión desde México*. México. Editan Secretaría de Relaciones Exteriores y Fondo de Cultura Económica. 1999, Filiberto Pacheco Martínez. *Derecho de la Integración Económica*. México. Editorial Porrúa. 2002, José Isidro Saucedo González. *Posibilidades de un Estado comunitario hispanoamericano*. México. IJ-UNAM. 1999, José Gregorio Vidal (coordinador). *ALCA. Procesos de integración y regionalización en América*. México. Editan la Cámara de Diputados, UAM, INTAM y Miguel Ángel Porrúa. 2006, José Vidal Beneyto, Ricardo Alonso García y otros. *Hacia una Corte de Justicia Latinoamericana*. Valencia. Fundación AMELA. 2009, Jorge Witker (coordinador). *El Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA)*. México. UNAM. 2004, Jorge Witker y Arturo Oropeza (coordinadores) *México-MERCOSUR. Los retos de su integración*. México Editan el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. 2004.

43 Datos tomados de las páginas oficiales de ALADI, CEPAL, OCDE, OMC y SELA [www.aladi.org](http://www.aladi.org), [www.eclac.cl](http://www.eclac.cl), [www.wto.org](http://www.wto.org), [www.oecd.org](http://www.oecd.org), y [www.sela.org](http://www.sela.org), páginas consultadas en julio del 2019, donde se pueden encontrar numerosos documentos de trabajo que contienen información valiosa sobre el particular.

sin contar la riqueza petrolera de trece países –entre los que destacan Venezuela, Brasil y México–, a la que tendría que sumarse la riqueza minera de Chile (cobre), Perú (plata) y de Bolivia, Brasil, Argentina y México (minería de conjunto), así como las magníficas llanuras para el cultivo y la ganadería, las extensas costas para la pesca y la inmensa biodiversidad del continente.<sup>44</sup>

A la anterior riqueza material, habría que sumarle el hecho de que desde un punto de vista geográfico, América Latina –y específicamente Iberoamérica– es la mayor continuidad histórico-cultural del mundo, donde más allá de su riqueza policromática –plurinacional, pluriétnica y pluricultural– constituye la región más homogénea de cuantas aspiran a la integración regional basada en la continuidad histórica, cultural, jurídica, lingüística y religiosa.

No obstante lo anterior, debe reconocerse también, como un aspecto positivo, el que durante los últimos años han venido madurando en nuestra región diversos esquemas de integración –Andes, Caribe, Centroamérica y Sudamérica– que ya han desarrollado una incipiente cultura en materia de funcionamiento de estructuras institucionales regionales y de aplicación de un derecho comunitario, de naturaleza embrionaria, que ha venido conviviendo con los derechos nacionales de los estados parte de los mismos.

Asimismo, es necesario valorar positivamente la importancia latinoamericana del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, muy especialmente la consolidación de un ‘*corpus iuris*’ supranacional que ha venido desarrollándose y aplicándose cada vez con mayor pujanza, a través de nociones e instituciones como el ‘bloque de constitucionalidad’, la ‘interpretación conforme’ y el ‘control de convencionalidad’ dando lugar también inclusive a que un creciente sector de la doctrina se refiera al mismo como el núcleo de un nuevo ‘*ius publicum commune latinoamericanus*’.<sup>45</sup>

44 Cfr. *idem*, loc. cit.

45 En general pueden verse con provecho los siguientes textos: Rodrigo Brito Melgarejo. *Diálogo jurisprudencial y protección de los derechos humanos*. México. CNDH. 2016, Daniel O’Donnell. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano*. 2ª edición. México. Naciones Unidas y Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. 2012, Xavier Díez de Urduy (coordinador). *Los derechos humanos en el tercer milenio*. México. Biblioteca Jurídica Americana. Porrúa. 2018, Xavier Díez de Urduy (coordinador). *Derechos Humanos. Desafíos y perspectivas desde la Globalidad Política*. Biblioteca Jurídica Americana. Porrúa. 2019, Héctor Fix Zamudio. “La creciente internacionalización de las constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación de los derechos humanos” en Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales. *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* Tomo II. México. IIJ-UNAM. 2010, Sergio García Ramírez. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México. Editorial Porrúa. 2007, Sergio García Ramírez. “La ‘navegación americana’ de los derechos humanos: hacia un *ius commune*” en Armin von Bogdandy, Héctor Fix-Fierro y Mariela Morales (coordinadores). *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades, desafíos*. México. IIJ-UNAM. 2016, Sergio García Ramírez. “Panorama de la Jurisdicción Interamericana sobre Derechos Humanos” en Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales. *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* Tomo II. México. IIJ-UNAM. 2010, César

Por otro lado, cabe señalar también que desde un punto de vista geopolítico, económico y estratégico, la región latinoamericana cuenta con seis actores fundamentales: los cuatro esquemas de integración antes mencionados –Andes, Caribe, Centroamérica y Sudamérica– y dos potencias emergentes, Brasil y México.<sup>46</sup>

Las primeras, son anillos subregionales concéntricos, que bien pueden articularse en un proyecto multinivel de integración hemisférico, pero el mismo tendría que pasar por un necesario acuerdo estratégico entre Brasil y México, que guardando las distancias, son como eje franco-alemán que posibilitó originalmente la integración europea.

Ahora bien, la integración latinoamericana necesitaría establecer –como muestra la experiencia europea– una serie de prerrequisitos, que pudieran incluirse como condición necesaria para la participación en los mecanismos de integración regionales.

Dichos requisitos previos debieran abarcar, por lo menos, los siguientes aspectos: a) extender y consolidar la democracia, b) fortalecer el estado de derecho garantizando el respeto de los derechos humanos y c) promover una economía abierta y equilibrada, que además, reduzca la intolerable desigualdad y la pobreza en la región mediante la creación de fondos compensatorios.

En otras palabras, cualquier integración profunda requiere de un piso económico, social, político y jurídico común y dicho bloque tiene que ser necesariamente obligatorio y exigible, sin que pueda pretextarse su incumplimiento invocando los principios de soberanía y de no injerencia o vetarse mediante la exigencia de un consenso unánime.

La voluntad fundacional de una auténtica comunidad de estados, requiere pues de un *minimum* de cesión de soberanía y de la creación de un orden jurídico supranacional obligatorio.

Para ello se necesitaría a su vez de la creación de una instancia supranacional que requeriría más que de Declaraciones, de un Tratado Internacional Constitutivo y obligatorio en sus términos. Y dicho tratado tendría que desarrollar, por lo menos, los siguientes aspectos: a) la creación de un organismo de derecho internacional dotado de personalidad jurídica, patrimonio propio y fuentes de financiamiento, b) la sujeción del mismo al derecho internacional y, específicamente, a los derechos humanos, garantizada a través de los mecanismos judiciales internos de los Estados parte y de un Tribunal de Justicia, c) el reconocimiento de las libertades básicas en materia de integración económica, es decir, la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, d) la consolidación de un mercado común, basado en la apertura econó-

---

Alejandro Orozco Sánchez. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su recepción en México*. 2ª edición. México. Editorial UbiJus. 2013 y Carlos María Pelayo Moller. *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. 3ª reimpr. México. CNDH. 2015.

46 Cfr. Luis Maira. "América Latina: el reto de una integración distinta en el siglo XXI" en Oropeza García (coordinador). *Latinoamérica...*, op. cit. pp. 207 y ss.

mica de los estados parte, orientada por los principios de crecimiento sostenible y no inflacionario, e) la instrumentación de políticas específicas en materia de competitividad y competencia económica, regulando tanto la reducción y supresión de aranceles como la desaparición de barreras no arancelarias, f) el diseño de medidas de ajuste estructural para compensar los desequilibrios económicos y sociales en las subregiones menos desarrolladas, g) el desarrollo de políticas comunes en materia laboral y de prestación de servicios, h) la previsión de la posibilidad de optar, llegado el momento, a profundizar el mercado común con la adopción de la unidad monetaria, i) la aproximación entre los ordenamientos jurídicos nacionales, especialmente en materia comercial, privada y de conflictos de leyes y jurisdicciones, j) la búsqueda de mecanismos de cooperación en materia judicial, policial y migratoria, k) el desarrollo de políticas de control de fronteras exteriores y de las condiciones para la circulación a lo largo de la región de los habitantes de los países de la comunidad, l) la previsión de los mecanismos para el diseño de una política exterior y de seguridad común, m) la articulación de una política de promoción educativa, científica y cultural común, y n) la colaboración de las administraciones públicas y de las administraciones de justicia nacionales, como delegadas de la administración y de la judicatura comunitaria.

Desde luego que un tratado de la anterior naturaleza no puede improvisarse, ni es concebible que pueda celebrarse entre todos los países de la región con todas las anteriores características. Lo más plausible sería buscar paulatinamente la convergencia de los organismos ya existentes, así como de sus países miembros, respecto de sectores específicos y en ámbitos concretos, como sucedió en Europa y como ha venido recomendando para nuestro subcontinente la CEPAL.

Por último, cabe decir que la conformación de un derecho comunitario *-ius communitatis-* americano requerirá también de la armonización de los derechos propios *-iura propria-* de la región (bloques, países y regiones), lo que eventualmente habrá de generar el surgimiento de un derecho común *-ius commune-* propio de los países de nuestro continente.

Ahora bien, el aspecto central a destacar en el presente artículo es, que tanto la conformación de un derecho comunitario, como la creación de un derecho común, tendientes a facilitar el libre flujo de los factores de la producción *-bienes, servicios, personas y capitales-* en un marco jurídico de libertad, igualdad y seguridad que propicie la unidad en la diversidad para el mejoramiento de la calidad de vida, la garantía de los derechos humanos, la consolidación de la democracia participativa y la economía abierta, competitiva, sustentable e incluyente, requerirán de una serie de esfuerzos que pudieran ser desarrollados, al menos en parte, por la comunidad jurídica americana científica y forense.

Y aunque es preciso reconocer que en lo inmediato no se vislumbran las condiciones económicas y políticas que propicien una auténtica profundización de la integración americana, no obstante parece que la comunidad jurídica del hemisferio no debiera desatender el consejo de P. Häberle: “es preciso llevar a cabo todo lo necesario para

que un continente como América Latina, con su riqueza multiétnica y multicultural, se reafirme también en la era de la globalización”.<sup>47</sup>

En el mismo sentido, los profesores Jürgen Samtleben y Jan Peter Schmidt coinciden con nuestra tesis, de que ante la falta de condiciones económicas y voluntad política, la integración americana puede y debe orientarse en primer lugar a través de la doctrina y la jurisprudencia.<sup>48</sup>

Ahora bien, los retos que dicha integración supone desde un punto de vista jurídico, recomiendan la ‘investigación científica’ y la ‘colaboración académica’ por parte de los estudiosos de la región.

El esfuerzo que supone la conformación de un *ius commune* americano parece, a primera vista, inabarcable, máxime si consideramos el número de países respecto de los cuales habría que estudiar su tradición jurídica histórica y sus elementos comunes actuales. Sin embargo, la experiencia europea ha probado ya que esto es posible y que los resultados son de una utilidad extraordinaria.

Recuérdense, por ejemplo, los *Principles of European Contract Law* de la Comisión Lando, o bien –entre los muchos otros trabajos citados– la interesante cartografía jurídica de coincidencias y diferencias jurídicas desarrollada por el Grupo de Trento o del *Common Core of European Law* y el *Marco Común de Referencia del Derecho Contractual Europeo*.

Desde luego que los anteriores trabajos requieren, por su magnitud y complejidad, de la colaboración interdisciplinaria, de la clara definición de metas y objetivos y de la distribución racional del trabajo. Pero son esfuerzos que en nuestro tiempo, además de ser practicables y utilísimos, están devolviéndole a la academia y a los juristas privados el *ius faciendui iuris* o capacidad de proponer y crear y derecho, que caracterizó los momentos estelares de nuestra tradición jurídica como derecho de juristas.<sup>49</sup>

47 Häberle. “México...”, op. cit., p. 3.

48 Sus trabajos e investigación sobre la integración jurídica americana pueden verse en la página web del Instituto Max Planck de Derecho Internacional Privado y Comparado de Hamburgo, donde el primero fue Director hasta 2002 del Proyecto de Integración Americana y el segundo es actualmente investigador de la Unidad para América Latina de dicho instituto. En el mismo sentido nos hemos pronunciado en diversas monografías publicadas desde hace varios años.

49 En este sentido y en relación precisamente con la unificación jurídica americana, a partir del derecho romano, el profesor Guzmán Brito observa que “El absolutismo legislativo de los modernos estados, ha impedido a los juristas desarrollar aquella misma labor que sus antepasados de gremio realizaron en tiempos anteriores”, realidad frente a la cual, la armonización jurídica puede “lograr que los juristas asuman el papel de ser los verdaderos depositarios del *ius faciendui iuris* a través de su actividad privada de estudiosos cuyas conclusiones sean recibidas selectivamente por quien tiene el poder de establecer formalmente lo jurídico”. Alejandro Guzmán Brito. “La función del Derecho Romano en la Unificación Jurídica de Latinoamérica” en David Fabio Esborraz (coordinador). *Sistema Jurídico Latinoamericano y Unificación del Derecho. Cuadernos del Curso de Máster en Sistema Jurídico Romanista y Unificación del Derecho en América Latina*. México. Editorial Porrúa y Centro di Studi Giuridici Latinoameri-

Lo cierto es que más allá del relativo escepticismo que con razón pudiera generarle a algunos estudiosos el errático proceso de integración americana durante los últimos dos siglos, es que se trata de un tema de actualidad, con grandes proyecciones para el futuro inmediato y mediato, con una enorme viabilidad geográfica, cultural y económica y con las más extraordinarias proyecciones en el ámbito jurídico, donde además, el papel que puede y debe desarrollar la doctrina jurídica –y, en general, la sociedad civil– es fundamental para configurar espacios, comunidades, gobiernos y derechos más justos, capaces de promover una mejor convivencia y de mejorar la calidad de vida de los habitantes de la región americana. / A.M.D.G.

## 5. FUENTES DE CONSULTA

- Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales. *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* México. IIJ-UNAM. 2010.
- André-Jean Arnaud. *Entre Modernidad y Globalización*. Traducción de Nathalie González. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2000.
- Jagdish Bhagwati. *En Defensa de la Globalización. El rostro humano de un mundo global*. Trad. Verónica Canales. Barcelona. Editorial Arena. 2005.
- Zygmunt Bauman. *La Globalización. Consecuencias humanas*. Trad. Daniel Zadunaisky. México. Fondo de Cultura Económica. 2006.
- Ulrico Beck. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Trad. Bernardo Moreno y Ma Rosa Borrás. Barcelona. Editorial Paidós. 1998.
- Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez (compiladores). *Estado Constitucional y Globalización*. México. Editan Porrúa y la UNAM. 2001.
- Boaventura de Sousa Santos. *Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Traducción Carlos Lema. Bogotá. ILSA. 2009.
- Rafael Domingo. *¿Qué es el derecho global? 2ª edición*. The Global Law Collection. Pamplona. Thomson Aranzadi. 2008.
- Rafael Domingo, Martín Santiváñez y Aparicio Caicedo (coordinadores). *Hacia un Derecho Global. Reflexiones en torno al Derecho y la Globalización*. Navarra. Thomson Aranzadi. 2006.
- José Eduardo Faria. *El derecho en la economía globalizada*. Trad. Carlos Lema. Madrid. Editorial Trotta. 2001.
- Francesco Galgano. *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bologna. Il Mulino. 2005.

---

cani Università di Roma ‘Tor Vergata’-CNR. 2006, pp. 180 y 181. En el mismo sentido, en Europa, von Bogdandy: “No todos compartirán esta afirmación categórica acerca de la primacía de la teoría sobre la práctica, pero muy pocos negarán que los profesores juegan un papel clave en los ordenamientos jurídicos, al menos en los de los Estados Miembros de la Unión Europea... esta ciencia no se limita a describir, sino que también configura contenidos.” Von Bogdandy. *Hacia un nuevo Derecho Público...*, op. cit., p. 7.

Paolo Grossi. *De la Codificación a la Globalización del Derecho*. Trad. Rafael D. García P. Navarra. Thomson Aranzadi. 2010.

Octavio Ianni. *Teorías de la Globalización*. Trad. Isabel Vericat. 7ª edición. México. Siglo XXI y UNAM. 2006.

Marcos Kaplan. *Estado y globalización*. México. UNAM. 2002.

George Soros. *Globalización*. Trad. Rafael Santandreu. Barcelona. Editorial Planeta. 2002.

Joseph E. Stiglitz. *El malestar en la globalización*. Trad. Carlos Rodríguez Braun. México. Editorial Taurus. 2002.

Joseph Stiglitz. *¿Cómo hacer que funcione la globalización?* Trad. Amado Diéguez y Paloma Gómez. México. Editorial Taurus. 2006.

Jesús Villagrasa. *Globalización. ¿Un mundo mejor?* México. Trillas y Universidad Anáhuac. 2003.

Danilo Zolo. *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico*. Trad. Roger Campione. Madrid. Dykinson. 2005.

# EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN FRENTE AL HONOR Y VIDA PRIVADA ¿PREVALENCIA O SUBORDINACIÓN?<sup>1</sup>

Por ARIEL SALANUEVA BRITO<sup>2</sup>

*“El que decide un caso sin oír a la otra parte, aunque decida justamente no puede ser considerado justo.”*  
Séneca

*“Quis custodiet ipsos custodes?”*  
(¿Quién vigilará a los vigilantes?)  
Juvenal

**RESUMEN:** El objeto del presente trabajo es determinar que fuerza tiene el principio institucional de contradicción frente a los principios sustantivos como el honor y la vida privada. Lo anterior cobra relevancia dentro de los paradigmas que consideran al Derecho como un conjunto de principios y de reglas ya que al operar con aquellos pareciera que la forma debiera prevalecer frente al fondo, máxime cuando una de las dos partes guarda una situación de debilidad o vulnerabilidad. Sin embargo, lo anterior puede dar lugar a soluciones que generen falta de certeza, incertidumbre e irrazonabilidad, mismas que contradicen la naturaleza institucional del Derecho.

**PALABRAS CLAVE:** Principio de contradicción, Vida privada, Honor, Principios, Reglas, Daño moral.

**ABSTRACT:** The purpose of this paper is to determine the strength of the institutional principle of contradiction against substantive principles such as honor and private life. The foregoing becomes relevant within the paradigms that consider Law as a set of principles and rules since when operating with those it seems that the form should prevail against the fund, especially when one of the two parties keeps a situation of weakness or vulnerability. However, the above may lead to solutions that generate a lack of certainty, uncertainty and unreasonableness, which contradict the institutional nature of the Law.

**KEYWORDS:** Principle of contradiction, Private life, Honor, Principles, Rules, Moral damage.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. 3. REGLAS Y PRINCIPIOS. 4. CONCLUSIONES. 5. FUENTES DE CONSULTA.

- 1 El presente trabajo fue posible gracias a la generosa asesoría de la Dra. Ángeles Rodenas Calatayud, del departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante. No hace falta decir que los defectos que pueda tener el presente trabajo son exclusiva responsabilidad del autor.
- 2 Abogado Postulante. Socio del despacho Sánchez Medal. Profesor de Ética y Argumentación Jurídica en la Escuela Libre de Derecho.

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objeto establecer si el principio institucional de contradicción (*audiatur altera pars*) debe o no prevalecer frente a principios sustantivos como el honor y la vida privada.

Lo anterior cobra dramatismo en casos donde existe una gran desigualdad material entre las partes y la débil omite expresar argumentos basados en principios sustantivos que podrían darle la razón. Frente a ello el tribunal se encuentra en un dilema: por un lado, puede invocar los principios sustantivos dejando en indefensión a la contraparte del débil; por otro lado, puede no invocar los principios sustantivos y negar la razón a quién podría tenerla.

A fin de pronunciarnos sobre esta problemática, en primer término se aborda un caso real resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana. Allí se narra su historia sustantiva y procesal y se analiza la sentencia dictada por la Corte, así como el voto disidente del que se abstrae el problema que nos ocupa<sup>3</sup>. Así mismo se plantea un marco en que debe resolverse el problema planteado: el paradigma pospositivista cuyo concepto de Derecho no se agota en reglas sino que comprende principios.

En segundo término, se analiza el concepto y diferencias entre las reglas y los principios, dividiéndolos éstos en sustantivos e institucionales. Después se hace una breve referencia a los principios en conflicto, a saber: por un lado, el honor y la vida privada (como límites a la libertad de expresión) y, por otro lado, el principio de contradicción.

Por último, se plantean los argumentos a favor y en contra de la prevalencia del principio de contradicción frente a la vida privada y el honor.

Pensamos que el tema tiene gran relevancia teórica y práctica. En efecto, el postpositivismo puede entenderse equivocadamente como un ámbito donde la ponderación de los principios puede dar lugar a una gran incertidumbre e injusticias. Sin embargo, el balance entre principios sustantivos e institucionales, en función de las características genéricas de los casos concretos que se someten a la jurisdicción del tribunal, puede evitar en gran medida estos riesgos al crear un equilibrio entre equidad y certeza.

## 2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En este apartado nos ocuparemos del caso real que origina el problema objeto del presente trabajo. Así, narraremos brevemente su historia sustantiva y procesal. Luego analizaremos la ejecutoria en que la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana analizó el caso. Posteriormente enunciaremos la cuestión que un ministro, al formular voto disidente, encontró a lo resulto por la mayoría y, con base en esta cuestión, enun-

---

3 Este caso ha sido objeto de estudio en Cossio (2014), p. 35 y siguientes e Inchaurreandieta (2017), p. 1-7.

ciaremos el problema que nos ocupa, a saber: si la ponderación de principios sustantivos puede realizarse aún en ausencia de planteamientos realizados por las partes con lo cual se atentaría contra el principio institucional de contradicción.

### A) Breve historia sustantiva y procesal de un caso difícil

1. El señor Pérez (nombre ficticio), un abogado retirado, masón<sup>4</sup> y ex empleado de una empresa de seguridad, se encuentra con una esquila relativa a su supuesto fallecimiento publicada en el Periódico Reforma cuyo texto es el siguiente:

“La asociación VIH unida le da el más sentido pésame a la familia Pérez por la muerte del señor Perez, quién se une a las víctimas de este mal del siglo.”

La publicación fue pagada y ordenada por el señor López (nombre ficticio).

2. Con base en esta nota, el señor Pérez demandó la indemnización del daño moral únicamente en contra del Periódico Reforma<sup>5</sup>. El señor Pérez hace consistir el daño moral en la afectación a su vida familiar, social y sentimental que la nota le ha causado.
3. Al contestar la demanda, el Periódico Reforma opuso la excepción de falta de legitimación pasiva en la causa, ya que la esquila fue ordenada y pagada por el señor López. Para demostrar lo anterior, el Periódico proporcionó el nombre completo y el domicilio que éste proporcionó para elaborar el comprobante fiscal (factura) correspondiente, anexando dicha factura a la contestación. Esto es, el Periódico Reforma planteó que no es responsable de la publicación ya que sólo sirvió como un medio para que el señor López ejerciera su libertad de expresión, siendo este responsable de los daños que en su caso se pudieran haber causado<sup>6</sup>.
4. Luego de una enrevesada travesía de sentencias y recursos, un tribunal de apelación y después un Tribunal Colegiado determinaron que el Periódico Reforma tenía un deber de cuidado consistente en *“verificar que el contenido de las esquelas no tuviera expresiones que por sí mismas fueran ofensivas o que necesariamente tuvieran la intención de ofender.”*

---

4 La pertenencia a los masones es una curiosidad del caso ya que si bien no fue objeto del contexto de justificación de las sentencias dictadas durante el juicio si fue uno de los puntos referidos por el actor en su demanda y uno de los temas que dieron “color” al debate entre los Ministros de la Corte durante la sesión pública donde se discutió el caso. Tal vez la razón sea que en México hay toda una leyenda sobre la influencia, real o mítica, de la masonería en la política nacional.

5 Es importante destacar que el señor Pérez no demandó al señor López sino sólo al Periódico Reforma. El Derecho mexicano permite esta situación ya que en la obligación de reparar los hechos ilícitos causados conjuntamente es solidaria, lo que permite demandar por el todo a cualquiera de los presuntos causantes del daño. Una situación que seguramente contribuyó a que se adoptara esta táctica es que el Periódico Reforma goza de solvencia económica.

6 A pesar de que hubo conocimiento del nombre y domicilio que obraban en la referida factura, el señor Pérez no solicitó el llamamiento a juicio del señor López ni entabló un diverso juicio en su contra.

## B) Análisis de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana

Inconforme con la determinación del Tribunal Colegiado, el Periódico Reforma interpuso el recurso de revisión donde sostuvo que no existe tal deber de verificar el contenido de las esquelas, ya que esto atentaría contra la libertad de expresión.

La determinación del Tribunal Colegiado fue revisada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana al resolver el amparo directo en revisión 1302/2009. La Corte, por mayoría de tres ministros de cinco, resolvió que el Periódico *“no tiene a su cargo un deber de cuidado consistente en verificar que la publicación de las esquelas que acepten de los particulares no contenga expresiones que violen los derechos que constituyen el límite de la libertad de expresión”*.

Sin embargo, la Corte estableció que deben existir *“ciertas condiciones mínimas necesarias en el ejercicio de su quehacer, tendentes a que su labor se realice en condiciones que permitan modos de armonizar el ejercicio de las libertades de imprenta, expresión e información tanto suyos como de quienes contratan con él las inserciones pagadas, con los derechos de los demás”*. Lo anterior para que quienes pudieran considerarse afectados *“estén en situación de exigir alguna responsabilidad y ser merecedores de un resarcimiento por lo dicho por el particular a través del periódico”*.

En este sentido la Corte estableció que deben cumplirse con dos requisitos mínimos: *“el primero es solicitar de los contratantes la información necesaria para poder determinar, de buena fe, quiénes son y cuáles son sus datos básicos de identificación del autor y responsable de los dichos que se publican en estas inserciones, de manera tal que esos datos permitan a los potenciales afectados saber y tener contra quién interponer, en su caso, una demanda judicial por supuesta vulneración del derecho al honor, o a la intimidad o a cualquier otro derecho fundamental que consideren afectado; y, en segundo lugar, debe cerciorarse que el texto que queda inserto en el medio de difusión corresponde en sus términos con aquel cuya publicación le fue solicitada”*.

La Corte estableció que si el periódico no cumple con esos deberes mínimos debe *“asumir el riesgo de tener entonces que responder, ante los tribunales competentes, por esos daños”*

## C) El problema

El problema que surge de lo anterior, consiste en que los nuevos deberes no fueron objeto de la litis del recurso planteado ante la Suprema Corte y tampoco del juicio que dio origen a esta determinación de la Suprema Corte por lo que su imposición dejó en estado de indefensión al Periódico Reforma.

En efecto, el Ministro Silva, sobre el particular, consideró lo siguiente:

*“En primer lugar, considero que se rebasa la litis principal y también la litis constitucional.”*

*La litis se centra en la cuestión específica, consistente en determinar si es jurídicamente válido sostener que la quejosa tenía un deber de cerciorarse de que no fuera ofensivo el contenido de la inserción pagada por el tercero perjudicado, de manera que, al incumplir dicho deber, es responsable por el daño eventualmente causado. Por consiguiente, opino que la resolución de la litis constitucional debía agotarse mediante la contestación de esta cuestión en sentido afirmativo o negativo, sin perjuicio de que puedan hacerse consideraciones adicionales que no sobrepasen la litis descrita”.*

...

***“En la especie, la litis constitucional no versó sobre la cuestión relativa a si en el juicio, la empresa demandada recabó o no la información necesaria relacionada con la identidad del cliente que contrató la publicación de la esquila de que se trata, pues tal cuestión no fue el fundamento para condenar a la demandada, porque no se hizo valer así en la litis del juicio de origen, y por ende la demandada no tuvo la oportunidad de defenderse y alegar que no tenía ese deber o que no debía condenársele por su incumplimiento. En estas condiciones, el amparo concedido a la demandada exponiendo este criterio, en términos de la resolución aprobada por la mayoría, para el efecto de que la sala responsable dicte otra sentencia en la que siga los lineamientos de la ejecutoria de amparo, podría conducir a que la sala responsable, en acatamiento de la ejecutoria de que se trata, llegue a condenar a la demandada por este concepto novedoso, en el caso, por supuesto, de que en plenitud de jurisdicción determine que se comprobó la existencia del daño y las demás cuestiones sobre las que debe decidir. Con ello, quizás se consiga dar seguridad jurídica a casos futuros, pero no se resuelve congruentemente la litis constitucional del presente amparo, como ya se apuntó, y se da pie a que se resuelva el juicio principal de manera incongruente con los argumentos que fueron materia de litis en el mismo”.***

En este sentido, dicho Ministro consideró que *“En la ejecutoria aprobada por la mayoría, se persigue el establecimiento de un precedente, pero se prescinde de la resolución adecuada de la litis constitucional”.*

### *La ponderación y el principio de contradicción*

Así las cosas, es importante preguntarnos sobre los requisitos y límites de la ponderación que es la operación que resuelve conflictos entre principios para integrar las lagunas normativas o axiológicas de las reglas; un resultado de esta operación es la creación de reglas que establecen derechos y deberes.

La ponderación llevada a cabo por los tribunales constitucionales cobra una relevancia enorme ya que las decisiones de éstos sientan precedentes o jurisprudencia para tribunales inferiores y no tienen otro poder revisor de sus decisiones. Así nos encontramos frente al problema planteado por el poeta romano Juvenal: *“ Quis custodiet ipsos custodes?”* (¿Quién vigilará a los vigilantes?).

El problema en el Derecho mexicano se amplifica ya que la reforma constitucional promulgada en 2011 estableció el deber de todas las autoridades de respetar los de-

rechos humanos (párrafo tercero del artículo 1º constitucional). La situación anterior era que sólo la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Tribunales Colegiados y los Juzgados de Distrito (que pertenecen a la federación) tenían la obligación de juzgar los conflictos entre la ley y los derechos humanos y resolverlos mediante la complicada operación de la ponderación. A raíz de la reforma mencionada, cualquier autoridad, incluso los jueces locales de primera instancia, tienen la obligación de ponderar. Decimos que el problema se amplifica porque la ponderación es una operación intelectual compleja y delicada y ponerla en las manos de todos los jueces les dota de un gran poder y puede generar grandes beneficios, pero también graves injusticias.

Frente a esta situación cobra nueva relevancia lo dicho hace dos mil años por el filósofo romano Lucio Anneo Séneca: *“El que decide un caso sin oír a la otra parte, aunque decida justamente no puede ser considerado justo.”* Lo anterior, no es otra cosa que una explicación del principio *“audiatur altera pars”* (oigase a la otra parte) que modernamente se conoce como principio de contradicción.

Así, situados entre el principio de contradicción y los principios sustantivos en conflicto, debemos preguntarnos lo siguiente: si una de las partes omite plantear argumentos basados en la ponderación entre principios sustantivos **¿el tribunal puede crear reglas con base en esa ponderación y afectar el derecho de la contraparte a ser escuchada y la facultad de defenderse?**

Existen casos donde esta situación destaca por su dramatismo. Entre ellos se encuentra el del abogado que al recurrir una sentencia que le niega la razón a su cliente que reclama una indemnización con base en un acoso sufrido en su trabajo; al recurrir, el abogado lo hace sólo con base en razones de legalidad pero omite expresar argumentos basados en principios como la perspectiva de género, la dignidad y la igualdad de los cuales se derivan reglas que podrían darle la razón a su cliente. El caso en estudio tiene mismo dramatismo: un abogado, anciano ya, omitió plantear los argumentos que podrían darle la razón consistentes en que del balance entre la libertad de expresión y sus límites (como el honor y la vida privada) podría derivarse el deber del periódico de indemnizarlo.

En estas situaciones los jueces pueden intentar defender al débil, sobre todo cuando su abogado ha sido negligente o torpe y no ha sabido postular las razones para que su cliente obtenga una sentencia favorable. Sin embargo, con dicha defensa el tribunal rompe con el principio de contradicción y deja en indefensión a la contraparte. En este sentido, cabe preguntarnos si este principio de sentido común jurídico puede subordinarse a otros principios y, si es así, ¿en qué situaciones y bajo qué límites? En el mismo sentido, cabe preguntarse si el principio referido debe prevalecer, y si es así, qué razones justificarían que pueda primar frente a las situaciones dramáticas como las mencionadas.

#### **D) Marco del problema: El paradigma postpositivista**

Las anteriores preguntas deben formularse dentro del paradigma postpositivista. Este paradigma establece correctamente que el Derecho se integra no sólo por reglas sino también por principios y que éstos pueden derrotar a aquellas (Aguiló, 2007, 669-670).

Sin embargo, es importante preguntarse si la facultad judicial de crear reglas y deberes mediante la ponderación es ilimitada. Dicho en otras palabras, cabe preguntarse si la ponderación entre principios sustantivos puede hacerse de oficio y derrotando el derecho de las partes en un juicio a defenderse (principio institucional de contradicción).

### 3. REGLAS Y PRINCIPIOS

En este apartado nos ocuparemos de uno de los aspectos centrales del paradigma postpositivista: la idea de que el Derecho no sólo se integra de reglas, sino también de principios. Así, en primer término nos ocuparemos del concepto de las reglas y de los principios así como de sus diferencias y las distintas maneras de solucionar sus conflictos; después nos ocuparemos de la de la clasificación de los principios en sustantivos e institucionales. En segundo término, abordaremos brevemente los principios en pugna, por un lado, el honor y la vida privada como límites a la libertad de expresión y, por otro lado, el principio de contradicción.

#### A) Concepto de reglas y principios

Tanto las reglas como los principios son normas que correlacionan el caso con una solución (Atienza y Ruiz Manero, 2004, p. 29).

A partir de Dworkin (2012) se considerará que el derecho no sólo se integra por reglas, (que establecen en forma cerrada cual es el supuesto y la consecuencia) sino también de principios (que tienen un supuesto abierto pero una consecuencia cerrada). Un ejemplo de una regla es la que castiga el homicidio: A quien prive de la vida a otro se le castigará con “x” años de prisión. Como puede verse hay supuesto cerrado y consecuencia cerrada). Un ejemplo de principio es el de no discriminación: Que prohíbe discriminar, pero deja abiertos los supuestos en que un trato diferenciado atenta contra la dignidad humana y cuando no.

Como puede observarse, la diferencia entre reglas y principios radica en la forma en que está configurado el caso o la solución:

Configuración del caso: los principios los casos están configurados en forma centralmente abierta; en cambio las reglas configuran los casos en forma centralmente cerrada.

Configuración de la solución: las reglas (de acción) y los principios configuran la solución en forma cerrada, esto es ordenan la realización de una acción. (Atienza y Ruiz Manero, 2004, p. 29-34).

#### *La solución de conflictos entre reglas y entre principios*

Una importante diferencia entre los principios y las reglas es la manera de solucionar sus conflictos. Los conflictos entre reglas se solucionan con base en los conocidos criterios de ley especial deroga a ley general, ley posterior deroga a ley anterior y ley

superior deroga a ley inferior. La solución en este caso consiste en expulsar a una regla del sistema (Guastini, 2002. P. 71-83).

En cambio, para la solución entre conflictos para principios se utiliza la ponderación donde no se expulsa a ningún principio del sistema (Prieto, 2009. p.199 y siguientes).

La ponderación sirve para resolver conflictos entre principios involucrados en la integración de una laguna axiológica o normativa y es un proceso que se realiza en dos fases: la ponderación propiamente dicha y la aplicación de la regla resultante (Atienza, 2006, p. 168-176).

La primera fase es la ponderación propiamente dicha. Se integra por varios pasos que enjuician una medida respecto de la cual se plantea una laguna normativa o axiológica:

Primer paso: Que la medida enjuiciada presente un fin constitucionalmente legítimo.

Segundo paso: Acreditar la idoneidad de la medida objeto de enjuiciamiento en orden a la protección de la finalidad expresada, excluyendo las medidas ineficaces.

Tercer paso: La intervención lesiva para un principio o derecho constitucional propuesta por la medida ha de ser necesaria; esto es, ha de acreditarse que no existe otra medida que obteniendo en términos semejantes la finalidad perseguida, resulte menos gravosa o restrictiva.

Cuarto paso: Juicio de ponderación consiste en aplicar la Ley de Ponderación “Cuando mayor sea la afectación producida por la medida, mayor o más urgente ha de ser la necesidad de realizar el principio en pugna”.

La segunda fase consiste en aplicar la regla mediante la subsunción si es una regla de acción.

### *Principios sustantivos e institucionales*

Entre las diversas clasificaciones de los principios, destaca la división entre sustantivos y los institucionales (Atienza y Ruiz Manero, 2004, p. 27-28, 165-166):

Los principios sustantivos “...*expresan exigencias correspondientes a los valores o a los objetivos colectivos que el sistema jurídico trata de realizar*”. Ejemplos: la libertad y la igualdad.

Los principios institucionales, en cambio, “...*expresan exigencias que derivan centralmente de lo que podemos llamar los valores internos del Derecho y del objetivo general de eficacia del Derecho y de funcionamiento eficiente de su maquinaria*.” Ejemplos: la jerarquía normativa, la deferencia del legislador, la eficacia del derecho y el funcionamiento eficiente de la maquinaria jurídica.

En ese sentido, “*el carácter institucional del Derecho plantea exigencias que pueden limitar el logro de valores y fines sustantivos que el propio Derecho trata de realizar*.”

Esto es, “...los valores institucionales... pueden prevalecer o verse desplazados por valores sustantivos.”

De lo anterior, aparece que los rasgos de los principios institucionales son los siguientes:

- a) Reflejan los valores internos del Derecho.
- b) Contribuyen a la eficacia y el funcionamiento eficiente de la maquinaria jurídica.

### *Principios sustantivos involucrados: los limites de la libertad de expresión*

Entre los principios sustantivos involucrados en el caso objeto del presente estudio se encuentran los limites de la libertad de expresión.

En el derecho mexicano, la libertad de expresión se entiende como un derecho fundamental que “*comprende tanto la libertad de expresar el pensamiento propio (dimensión individual), como el derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole.*”<sup>7</sup> El sustento constitucional de este deber se encuentra en el artículo 6º de la constitución mexicana que a la letra dice:

*Artículo 6o. La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado.*

*Toda persona tiene derecho al libre acceso a información plural y oportuna, así como a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión.*

Como puede observarse, entre los limites de la libertad de expresión se encuentran los derechos de terceros, entre los que se encuentra el honor y la vida privada. Los tribunales federales mexicanos han definido al honor como “*el concepto que la persona tiene de sí misma o que los demás se han formado de ella, en virtud de su proceder o de la expresión de su calidad ética y social*”<sup>8</sup> y a la vida privada como el “*poder conducir parte de la vida de uno protegido de la mirada y las injerencias de los demás*”<sup>9</sup>.

7 Véase la tesis del LIBERTAD DE EXPRESIÓN. DIMENSIONES DE SU CONTENIDO con el número de Registro 172479. A continuación, las tesis del Poder Judicial de la Federación mexicana se cita con el rubro y el número de registro bajo el cual se clasifican en el Semanario consultable en la siguiente dirección: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/tesis.aspx>

8 Véase la tesis del rubro DERECHO FUNDAMENTAL AL HONOR. SU DIMENSIÓN SUBJETIVA Y OBJETIVA con el número de Registro: 2005523.

9 Véase la tesis del rubro DERECHO A LA VIDA PRIVADA. SU CONTENIDO GENERAL Y LA IMPORTANCIA DE NO DESCONTEXTUALIZAR LAS REFERENCIAS A LA MISMA con número de Registro: 165823.

*Principio institucional involucrado: el principio de contradicción.*

*El proceso y la naturaleza institucional de sus reglas y principios:*

Para entender el principio de contradicción es necesario aludir al proceso ya que dicho principio es parte de su esencia. Así, nos ocuparemos del proceso, su estructura y función, el carácter institucional de las reglas y principios que lo rigen para, finalmente, abordar el principio de contradicción.

El proceso, junto con la mediación, la conciliación y el arbitraje, es un medio heterocompositivo de resolución de controversias; los medios heterocompositivos se distinguen porque la solución al conflicto es dada por un tercero imparcial (Ovalle, 2012, p. 23 y siguientes).

El proceso se define como “*una serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de la autoridad, el conflicto sometido a su decisión*”. (Couture, 1997, p. 122).

Para clarificar el concepto de proceso es importante distinguir su estructura y función:

El proceso se estructura en forma dialéctica. Es decir, el actor reclama la declaración o constitución de un derecho o la imposición de una condena con base en los hechos que constituyen la causa de pedir y el demandado se opone a dicha reclamación con base en los hechos que integran las excepciones. Con base a lo anterior, el juez dará respuesta a las pretensiones de las partes mediante el dictado de una sentencia absolutoria o de condena. En este sentido el contradictorio es la condición esencial del proceso y una garantía esencial de las partes (Taruffo, 2009, p. 404).

Esta estructura dialéctica se explica por la historia del proceso cuyo origen es agonístico, dicho en palabras del gran Piero Calamandrei (1997, p. 250-251) “*El debate judicial es una especie de representación alusiva y simbólica de un certamen primitivo, en el cual el juez no era más que un juez de campo: la alternativa sucesión de los actos procesales de los litigantes viene a ser la representación mínima de lo que en sus orígenes era un hecho de armas; hasta la terminología del proceso está tomada todavía de la utilizada en esgrima o la palestra.*”

Respecto a su función, es evidente que el proceso no es un fin en sí mismo sino un instrumento, esto es, un medio para un fin. El fin es resolver un conflicto mediante la verificación de la verdad de los hechos y la identificación de la norma jurídica que regula el caso concreto (Becerra, 1999, p. 2).

Dicho lo anterior, es claro que las reglas y principios que regulan al proceso no tienen un carácter sustantivo sino institucional.

Podemos entender mejor lo anterior recordando que para Hart, (2004, p. 101-123) existen dos tipos de reglas, las primarias y secundarias:

Las reglas primarias prescriben que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no; es decir son reglas que imponen deberes y se refieren a acciones que implican movimientos o cambios físicos. En nuestro criterio, las reglas sustantivas, y por analogía, los principios sustantivos se corresponden con dichas reglas primarias como la obligación de reparar el daño, el deber de respetar la propiedad, la libertad de expresión, etc.

En cambio, las normas secundarias “...establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación...” y se dividen en tres tipos: la regla de reconocimiento, las reglas de cambio y las reglas de adjudicación.

La regla de reconocimiento establece qué características debe tener una regla para que sea parte del sistema jurídico. Las reglas de cambio facultan a uno o varios individuos a introducir y suprimir reglas primarias. Las reglas de adjudicación identifican los individuos que pueden juzgar y definen el procedimiento.

En este sentido las normas de adjudicación, integradas por los principios que inspiran a las reglas procesales y por estas mismas reglas<sup>10</sup> son institucionales. En efecto, dichas normas son secundarias respecto a las primarias, y por tanto son un medio, para un fin; además, las normas de adjudicación cumple con los rasgos atribuidos a los principios institucionales, a saber:

- a) Reflejan los valores internos del Derecho que en el caso del proceso son la posibilidad de defenderse frente a los hechos afirmados por el contrario, las pruebas ofrecidas por éste y el derecho que invoca.
- b) Contribuyen al funcionamiento eficiente de la maquinaria jurídica pues los principios procesales forman parte de la maquinaria del derecho y constituyen un instrumento para determinar el efecto de las normas primarias a través de establecer que individuos pueden juzgar y cuál es el procedimiento que debe seguirse.

### *El principio de contradicción.*

#### *Concepto y principales rasgos del principio*

El principio de contradicción (también llamado de igualdad, de bilateralidad o de dialecticidad) se resume en el precepto *audiatur altera pars* (oigase a la otra parte).

Dicho principio consiste en que “*toda petición o pretensión formulada por una de las partes en el proceso debe ser comunicada a la parte contraria para que pueda ésta presentar su consentimiento o formular su oposición.*” (Couture, 1997, p. 183-185).

10 Si bien Hart sólo se ocupa del Derecho como un conjunto de reglas y no de principios, su clasificación, por analogía, se aplicable a los principios que inspiran a las reglas.

Este principio cobrar aplicación en los más importantes actos procesales (demanda, prueba, alegatos y recursos) ya que es elemento esencial de la estructura del proceso y tiene como finalidad no dejar en indefensión a las partes en un juicio.

Lo anterior, ha sido reconocido por los tribunales mexicanos en diversos criterios entre los que destaca el siguiente:

*“El principio de contradicción o del contradictorio es consustancial al proceso, pues le viene impuesto por la naturaleza de la materia sobre la que versa: el litigio o conflicto de intereses de trascendencia jurídica. **Por ser el proceso un medio de solución de litigios en donde normalmente hay dos partes, el principio de contradicción impone al juzgador el deber de resolver sobre las promociones formuladas por éstas oyendo, previamente, las razones de la contraparte o, al menos, dándole la oportunidad para que las exprese.** De conformidad con ese principio, el juzgador no puede resolver de plano dichas promociones, sino que debe otorgar previamente a la contraparte la oportunidad para que manifieste su actitud frente a aquéllas y los motivos en que la funde. Las leyes procesales pueden establecer salvedades a este principio cuando se trate de actos de mero trámite; pero dichas salvedades no deben dejar en estado de indefensión a la contraparte pues, de lo contrario, éste se infringiría. **En virtud del referido principio, el proceso tiene la estructura de un método de discusión, de debate de afirmaciones de hecho, de acciones y excepciones, y de argumentaciones jurídicas generalmente contrapuestas, o al menos divergentes, que expresan las partes ante el juzgador;** de ahí que se afirme que el carácter dialéctico del proceso jurisdiccional consiste, precisamente, en que éste es un método de confrontación de tesis, es decir, un método de disputa sujeto a reglas legales. Por la estructura del proceso, también es dialéctico, toda vez que es un medio para solucionar litigios, el cual surge precisamente de la contradicción u oposición entre la acción de la parte actora o acusada (con función de una tesis) y la excepción de la demandada o acusada (antítesis); contradicción que va a ser resuelta por la sentencia que dicte el juzgador (síntesis).<sup>11</sup>”*

#### *Fundamento constitucional*

El principio de contradicción encuentra fundamento constitucional en lo que el Derecho positivo mexicano conoce como garantía de audiencia o debido proceso, contenida en el segundo párrafo del artículo 14 constitucional:

*Artículo 14. ...*

*Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el*

11 Véase la tesis del rubro CAUSALES DE IMPROCEDENCIA. FINALIDAD DEL ARTÍCULO 64, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY DE AMPARO, EN CONGRUENCIA CON EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN con número de registro: 2005484.

*que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.*

Las formalidades esenciales del procedimiento tiene la finalidad de no dejar en indefensión al afectado por un acto de privación. De conformidad con los tribunales federales dichas formalidades son: “...las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado.”<sup>12</sup>

*El principio de contradicción como garantía de justicia y racionalidad de las decisiones judiciales*

Es importante destacar que el principio de contradicción es una garantía de justicia y racionalidad de las decisiones judiciales.

En efecto, el principio de contradicción es una condición necesaria, aunque no suficiente, de la justicia de la decisión judicial. Así lo que sostiene el profesor Taruffo quién establece entre estos criterios de justicia el “empleo de un procedimiento válido y justo para llegar a la decisión”<sup>13</sup>. Dicho criterio se traduce en que partes “hagan valer las razones propias con apoyo en las respectivas hipótesis”; esto es que se respeten “las garantías constitucionales del due process of law o de los principios correspondientes de defensa de las partes” (Taruffo, 2003, p. 162 - 163 y 169).

En mi concepto, que el principio de contradicción constituya una garantía de justicia se entiende mejor al recordar que el proceso tiene su origen en una lucha. Ahora bien, en el nuestro combate procesal la lucha no se realiza a través de golpes sino de argumentos. En este contexto, el principio de contradicción garantiza a ambas partes la posibilidad de defenderse frente al derecho y a los hechos alegados por el contrario; esto es, les pone en pie de igualdad respecto a la posibilidad de hacer valer argumentos y contraargumentos. En este sentido, de la misma forma que una pelea es injusta si se le amarran los brazos a uno de los oponentes, pocas cosas resultan más injustas en un juicio que negarle a una persona la posibilidad de combatir los argumentos del contrario o que el tribunal establezca de oficio argumentos respecto de los cuáles la parte

12 Véase la tesis del rubro FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO. Registro 200234

13 Para el profesor italiano, los otros criterios de la decisión justa son la corrección de la elección y de la interpretación de la regla jurídica aplicable al caso y la comprobación fiable de los hechos relevantes del caso (Taruffo, 2003, p. 162).

afectada no tenga posibilidad de defenderse. Dicho en forma coloquial: es injusto que el referi golpee a los boxeadores y que el arbitro meta goles.

Por otra parte, el principio contradictorio es una condición de racionalidad de la decisión. Esto es dicho principio puede encontrarse sustentado en el proceso de la argumentación racional que es el discurso práctico en general. Recordemos que este sirve para decidir lo que hay que hacer u omitir mediante un proceso de argumentación racional. Este proceso de argumentación racional se lleva a cabo mediante una serie de reglas para lograr una situación ideal de diálogo y entre dichas reglas destacan las que reflejan el principio de contradicción. En efecto, entre las reglas de razón se encuentran las siguientes (Alexy, 2008, 187 y siguientes):

*“(2) Todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación.*

*(2.2) a) Todos pueden **problematizar cualquier aserción.***

*(2.3) A ningún hablante **puede impedírsele ejercer sus derechos fijados en (2.1) y (2.2), mediante coerción interna o externa al discurso.***

Estas reglas recuerdan al racionalismo crítico de Popper: “...como es más fácil criticar creencias que justificarlas, se defiende que hemos de basarnos en la experiencia y en lógica más que en las emociones (racionalismo) a la hora de criticar creencias (criticismo) con el objeto de aceptar como menos malas a las que mejor resistan la crítica.” (Ostalé, 2015, p. 91 y siguientes y 149-150).

De lo anterior aparece que la racionalidad no sólo consiste en dar razones, sino en que estas resistan a la crítica. En este sentido, el principio procesal de contradicción contribuye a la racionalidad de la decisión judicial ya que permite la crítica de los argumentos del contrario que eventualmente podrían sustentar la decisión del tribunal.

### *Síntesis de lo expuesto*

En resumen, el principio de contradicción es de naturaleza institucional pues informa la estructura del proceso y consiste en que las peticiones de cada parte deben ser comunicadas a la contraparte, para que esta pueda consentirlas u oponerse.

Este principio limita al juzgador en el sentido de que no puede resolver de plano las cuestiones planteadas por una de las partes, sino que antes de resolver debe dar oportunidad a la contra parte de argumentar lo que a su derecho convenga. Un corolario de lo anterior, es que el tribunal, al resolver debe atender a las razones planteadas por una de las partes y a la crítica de la contraparte.

Al evitar dejar en estado de indefensión a las partes en el proceso, el principio de contradicción constituye una condición necesaria, aunque no suficiente, de justicia de la decisión y, al permitir la crítica de los argumentos de las partes, contribuye a la racionalidad de la decisión judicial.

## *Funcionamiento del principio contradictorio durante el juicio, la sentencia y los recursos*

Antes de avanzar es importante destacar el funcionamiento del principio contradictorio en el juicio de primera instancia y en la sentencia definitiva que lo resuelve, así como en los recursos y medios de defensa que la combaten<sup>14</sup>.

El juez al dictar sentencia sólo puede atender a lo alegado por las partes y lo probado en juicio (*secundum alegata et probata*). Esto es, los hechos sólo entran al proceso con base en las proposiciones de las partes y a las pruebas relevantes y admisibles desahogadas durante el juicio. (Taruffo, 2008, p. 19 y siguientes). En esta fase el principio de contradicción entra en juego de la siguiente forma: cada hecho y cada prueba planteado genera una oportunidad para que el contrario los consienta o impugne; esto es, cada acto procesal de parte genera la posibilidad de una reacción del contrario.

Ahora bien, el juez, al dictar sentencia debe calificar los hechos alegados y probados, esto es encuadrados dentro de conceptos e instituciones jurídicos, lo que da lugar a que se les apliquen ciertos preceptos jurídicos y no otros. Es importante destacar que la sentencia dictada tiene presunción de legalidad<sup>15</sup>.

Una consecuencia de la presunción de legalidad de la sentencia es que, al interponer recursos y medios de defensa en su contra, las partes deben combatir “...*dicha presunción mediante una correcta argumentación jurídica planteada en sus agravios, demostrando la ilegalidad cuya declaración pretende mediante su recurso para que el tribunal de alzada revoque, modifique o nulifique la sentencia apelada*”. De este modo “*si los argumentos contenidos en los agravios no logran desvirtuar la legalidad de la sentencia apelada, el tribunal de alzada puede calificarlos de infundados o de inoperantes*”<sup>16</sup>.

Respecto de dichos argumentos el principio de contradicción cobra aplicación en dos vertientes: la primera es que el tribunal superior debe atender sólo a los argumentos expresados por el recurrente, la segunda vertiente es que la contraparte tiene la oportunidad de contestar dichos argumentos. Dicho en otras palabras, si el recurrente omite plantear determinados argumentos (aún los relativos a principios sustantivos y su ponderación para combatir las lagunas axiológicas o normativas que pueden tener las normas aplicadas en la sentencia) el juez no debería poder aplicarlos pues vio-

14 Nos referimos aquí a la materia procesal civil y mercantil y no a diversas ramas procesales donde la naturaleza del litigio puede dar lugar a que el principio en estudio opere de manera distinta.

15 El artículo 91 del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México, con equivalente en los códigos de las distintas entidades federativas, establece: “Toda sentencia tiene a su favor la presunción de haberse pronunciado según la forma prescrita por el derecho, con conocimiento de causa y por juez legítimo con jurisdicción para darla.”

16 Vease la tesis del rubro “AGRAVIOS EN LA APELACIÓN. EL TRIBUNAL DE ALZADA PUEDE CALIFICARLOS DE INFUNDADOS O INOPERANTES PARA SOSTENER LA RESOLUCIÓN EN LA QUE CONFIRME LA SENTENCIA RECURRIDA.” con número de Registro Ius 162941.

laría el principios de contradicción dejando en indefensión a la contraparte. Si bien esta consecuencia puede parecer excesiva en ciertos casos dramáticos como los arriba planteados, no lo es en realidad pues el principio de contradicción es una condición mínima de la justicia de la decisión, al dar al contrario la oportunidad de defenderse, y contribuye a la racionalidad de la decisión, al permitir contrastar un argumento con sus contraargumentos para que la adoptar la decisión que mejor resista la crítica. Dicho en otras palabras, la aplicación justa y racional de los principios sustantivos necesita del respeto al principio de contradicción.

#### **4. CONCLUSIONES**

##### **A) Argumentos a favor de la prevalencia del honor y la vida privada**

Existen dos argumentos para sostener que los principios del honor y la vida privada deben prevalecer frente al principio de contradicción.

El primer argumento es que el proceso, y su principio rector, que es el de contradicción, tienen un carácter instrumental en la aplicación de los principios sustantivos. En este sentido puede sostenerse que el fin debe prevalecer frente al medio, así como el fondo frente a la forma.

El segundo argumento es que al existir desigualdad material entre las partes es justo que el tribunal busque el equilibrio mediante la suplencia de los planteamientos de la parte débil, máxime si dicha suplencia se sustenta en principios sustantivos. Esto es, el derecho debe proteger al débil cuando dicha protección se apoya en principios sustantivos.

##### **B) Argumentos a favor de la prevalencia del principio de contradicción**

El principal argumento para sostener que el principio institucional de contradicción debe prevalecer frente al honor y la vida privada es que constituye una garantía de justicia y razonabilidad de la decisión judicial. En efecto, mediante el principio de contradicción se evita que las partes queden en estado de indefensión y se garantiza la discusión crítica de los hechos y del derecho. Lo anterior se demostró líneas arriba al establecer que una de las condiciones necesarias de la justicia de la decisión es que se respete el derecho de las partes a defenderse lo que se logra mediante la aplicación del principio contradictorio. Por otra parte, dicho principio garantiza la racionalidad de la decisión ya que la razón no sólo consiste en dar argumentos, sino en prevalezcan los que mejor resistan la crítica racional.

Así las cosas la forma de proteger al débil no consiste en dejar en indefensión al fuerte introduciendo argumentos basados en principios sustantivos que el fuerte no pueda combatir. El proceso pueden equilibrar la desigualdad entre las partes sin necesidad de cometer atropellos como este, por ejemplo; brindado el apoyo de abogados de oficio

y/o mediante la remoción del abogado incompetente<sup>17</sup>. En este sentido, es importante evitar el error de considerar que el que débil tiene, por ese sólo hecho, la razón. La razón no es una emoción; es el resultado de contrastar los argumentos: no hay razón sin crítica. Así las cosas en el juicio la decisión racional y justa sólo se obtiene mediante el respeto al principio de contradicción.

El argumento expuesto destruye los argumentos a favor de la prevalencia de la vida privada y el honor.

En efecto, si bien es cierto que el proceso, y su principio rector, que es el de contradicción, tienen un carácter instrumental en la aplicación de los principios sustantivos no menos cierto es que dicho principio garantiza su aplicación justa y racional. Esto es, el respeto a la forma es condición de la justa aplicación del fondo.

Por otra parte, si bien es justo compensar la desigualdad de la parte débil, la manera correcta de hacerlo no es introduciendo principios sustantivos que dejen respecto de los cuales la contraparte no pueda defenderse ya que esto constituye una grosera injusticia y no tiene garantía de racionalidad al haber pasado la prueba de la crítica. Además decisiones de oficio o la pública administración y su cruce mejor resistan la racionalidad de la decisión de oficio o la pública administración brinda otros medios para establecer el equilibrio entre las partes, como los abogados de oficio y/o la remoción del abogado incompetente.

En resumen, una decisión que no respete el principio de contradicción es injusta e irrazonable por definición; este es el sentido de las palabras de Séneca arriba citadas: *“El que decide un caso sin oír a la otra parte, aunque decida justamente no puede ser considerado justo.”* Es más, si se dicta justicia con argumentos que no pueden controvertirse o refutarse es tanto como no dar razones en lo absoluto, pues sólo la razón que puede criticarse merece tal nombre. Ambas conductas judiciales son sinónimo de arbitrariedad aunque usen los ropajes del proceso, es más, constituyen su máxima perversión, precisamente porque la arbitrariedad se oculta bajo el manto de la justicia.

## 5. FUENTES DE CONSULTA

Amparo directo en revisión 1302/2009.

Aguiló, Joseph (2007), *Positivismo y post positivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho.

17 Si aplicamos los pasos de la ponderación, la medida enjuiciada podría vencer en el primer y segundo paso, ya que presenta un fin constitucional legítimo que es equilibrar la desigualdad material y sería eficaz para tal objeto. Sin embargo, no vencería en el tercer paso ya que existen medidas que logran en términos semejantes la finalidad perseguida y resultan menos gravosas o restrictivas ya que no dejan en indefensión a la contraparte, como proporcionarles abogados de oficio y/o remover al abogado incompetente.

- Alexy, Robert, (2008), *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Atienza, Manuel; Manero, Juan Ruiz (2004), *Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, España: Ariel Derecho.
- Atienza, Manuel (2006), *El derecho como argumentación: concepciones de la argumentación*, Barcelona, España: Ariel Derecho.
- Becerra Bautista, José, (1999), *El Proceso Civil en México*, México: Porrúa.
- Cossio, José Ramón y otros, (2014) *La libertad de expresión en las sentencias de la Suprema Corte de Justicia*, México: Tirant lo Blanch,
- Couture, Eduardo J. (1997), *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Argentina: De Palma.
- Dworkin, Ronald (2012), *Los derechos en serio*, Barcelona, España: Ariel Derecho.
- Guastini. Riccardo, (2002), *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México: Porrúa.
- Hart, H. L. A. (2004), *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Inchaurrandieta Sánchez Medal, Jaime, (Septiembre 2017), *El caso de un muerto que no estaba muerto y la creación de un zombi*, Revista Praxis Legal.
- Ostalé García Julio, (2015), *Popper - Para que una Teoría sea Científica ha de ser posible falsarla*, España: RBA.
- Ovalle Favela, José, (2012), *Teoría General del Proceso*, México: Oxford University Press.
- Prieto Sanchís, Luis, (2009), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, España: Trotta.
- Taruffo, Michel, (2003), *Cinco lecciones mexicanas: Memoria del Taller de Derecho Procesal*, México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Escuela Judicial Electoral.
- Taruffo, Michel, (2008), *La prueba*, España: Marcial Pons.
- Taruffo, Michel, (2009), *Páginas sobre justicia civil*, España: Marcial Pons.

# JUSTO SIERRA O'REILLY: PIONERO DEL DERECHO MARÍTIMO Y PILAR DE LA CODIFICACIÓN EN MÉXICO

Por JUAN PABLO SALAZAR ANDREU<sup>1</sup>

**RESUMEN:** La figura de Justo Sierra O'Reilly (1814-1861), eminente jurista, escritor y periodista yucateco del siglo XIX, es sometido a un análisis histórico jurídico en sus diversas facetas, como iniciador de la novela histórica nacional y como pilar de la codificación mexicana. De manera especial, se busca demostrar que el biografiado, es el iniciador del estudio del Derecho Marítimo Mexicano, a través de la obra "*Lecciones de derecho marítimo internacional*", precisando el contenido de sus capítulos y las doctrinas jurídicas que se ocupan, resaltando la poca difusión que ha tenido la mencionada obra en el contexto jurídico nacional, y la necesidad de dar el debido reconocimiento al iniciador de los estudios de Derecho marítimo en México.

**PALABRAS CLAVE:** Justo Sierra, Derecho Marítimo, Codificación, Siglo XIX.

**ABSTRACT:** The figure of Justo Sierra O'Reilly (1814-1861), eminent jurist, writer and journalist born in Yucatan in the 19th century, is analysed in his diverse facets, as the initiator of the national historical novel and as a pillar of the mexican codification. In a special way, it is sought to demonstrate that the biographer is the initiator of the study of Mexican Maritime Law, through the work "*Lessons from international maritime law*", specifying the content of its chapters and the legal doctrines that are dealt with, highlighting the little diffusion that the aforementioned work has had in the national legal context, and the need to give due recognition to the initiator of maritime law studies in Mexico.

**KEYWORDS:** Justo Sierra, Maritime Law, Codification, 19th Century.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. CONTEXTO SOCIAL Y POLÍTICO. 3. HOMENAJES PÓSTUMOS. 4. FORMACIÓN COMO JURISTA. 5. LITERATO E HISTORIADOR. 6. PERIODISTA. 7. ACTIVIDAD COMO SERVIDOR PÚBLICO. 8. JURISTA. 9. LEGADO JURÍDICO. 10. DERECHO MARÍTIMO. 11. AUTORES CONTEMPORÁNEOS QUE CITAN SU OBRA. 12. CONCLUSIONES. 13. FUENTES DE CONSULTA.

## 1. INTRODUCCIÓN

Justo Sierra O'Reilly<sup>2</sup> nace el 24 de septiembre de 1814 en *Tixcacaltuyub*, cabecera del partido de Sotuta, en la Península de Yucatán. A lo largo de su vida cambiará de domicilio para desempeñar los diversos cargos públicos, residiendo sobre todo en Campe-

1 Cronista de la Ciudad de Puebla, Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, Catedrático Investigador de la Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla, Catedrático de la Universidad Panamericana.

2 Ver anexo: Tabla de tiempo de los sucesos históricos más importantes de la vida de Justo Sierra O'Reilly, Yucatán y México.

che, en Mérida y en la Ciudad de México. Los lugares mencionados tendrán una fuerte influencia en los estudios culturales del yucateco.<sup>3</sup> En el ocaso de su vida y después de una corta pero fatigante labor política, que por supuesto le trajo varios sin sabores<sup>4</sup> morirá en Mérida el 15 de enero de 1861 a causa de lepra.

En lo referente al aspecto familiar, sus padres fueron María Sierra O'Reilly, y el Cura José María Domínguez<sup>5</sup>. Tuvo dos hermanas, Epifanía y Cayetana, así como un hermano, Manuel, dedicado a la vida religiosa y quien perdería la vida en Valladolid, Yucatán en 1848, víctima de la guerra de las Castas.<sup>6</sup> El 23 de mayo de 1842, Justo Sierra O'Reilly contrae matrimonio con Concepción Méndez Echazarreta, madre de sus cinco hijos: María Concepción (1844) nacida en Mérida, María Jesús (1846), Justo (1848), Santiago (1850) y Manuel (1852) nacidos en Campeche. De medular importancia será su familia política, sobre todo su suegro, el eminente político Santiago Méndez Ibarra, y su cuñado, Santiago Méndez Echazarreta, quien cuidará a la familia después de su muerte.<sup>7</sup>

La educación recibida por Justo Sierra O'Reilly va a empezar en Mérida para después, a los ocho años trasladarse en 1825 a Tabasco donde tendrá el cuidado e instrucción del presbítero Fernández de Montilla.<sup>8</sup> De 1829 a 1838 recibió la educación media superior y profesional. En primer lugar, en 1829 en el Seminario Conciliar de San Ildefonso de Mérida bajo la instrucción del presbítero Domingo Campos; en 1833 recibirá la instrucción liberal de Domingo López de Somoza, especializándose en cánones y derecho civil; Pablo Moreno lo instruirá en Filosofía y en el Método Cartesiano.<sup>9</sup>

Para 1834, desempeñará la función de bibliotecario secretario y un año después se le asignará para dar la cátedra en las facultades menores y mayores. Será en 1836 cuando reciba el título de bachiller en derecho canónico y decida estudiar, como se verá más adelante, la carrera de jurisprudencia.

## 2. CONTEXTO SOCIAL Y POLÍTICO

Los tiempos en que desarrolló su actividad Justo Sierra O'Reilly fueron de efervescencia política, derivado del surgimiento de la Nación Mexicana, la cual luchaba por

3 Fernández, Delgado Miguel Ángel, *Justo Sierra O'Reilly Hombre de letras y autor del proyecto de Código Civil mexicano*, Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2006, p.31.

4 Por un lado el malogrado y nada placentero viaje realizado a Estados Unidos para negociar la anexión de Yucatán en 1848. De igual forma, en 1857 se incendia su biblioteca personal en Campeche por disputas políticas con el partido de los conservadores, situación que mermará su salud.

5 Será en su adolescencia, cuando se entere de que el para esos momentos fallecido Cura José María Domínguez, fue su padre biológico.

6 Manuel Antonio Sierra O'Reilly morirá el 8 de abril de 1848 en Valladolid. Sierra O'Reilly manifestará su posición sobre la guerra de las Castas en varios escritos periodísticos y obras literarias. Véase: Fernández, Delgado Miguel Ángel, *Op. Cit.*, p.p. 90,91.

7 *Ibidem*, p.p. 71,72.

8 *Ibidem*, p.31.

9 *Ibidem*, p.32.

definir su identidad desarrollando ensayos gubernamentales de poca estabilidad, y que variaron entre lo monárquico y lo republicano, así como entre lo federal y lo centralista en cuanto a estado se refiere. La intendencia de Yucatán, lugar de residencia del personaje en estudio, tuvo un impacto muy particular en las mutaciones de corte federalista y unitario, por lo que Sierra O'Reilly desarrolló su genio en defensa de su tierra natal, y después, en un ejemplo de coherencia ideológica, en la recién formada Federación mexicana que surge a partir de la Constitución de 1857. Los abruptos cambios de gobierno y formas de Estado que se presentaron, junto con unas finanzas públicas paupérrimas y modificaciones territoriales resultado, entre otros factores, de la desorganización nacional, fueron el escenario político y social del personaje en estudio. Justo Sierra O'Reilly nace en el Virreinato de la Nueva España, y de su niñez a adolescencia temprana se restablece la Constitución de Cádiz, el movimiento de independencia retoma su ímpetu, el Virreinato pasa a ser el Primer Imperio Mexicano bajo la Corona de Agustín de Iturbide, y surge la Primera República Federal Mexicana junto con la Constitución de 1824. Posteriormente México verá desfilar a once titulares del Poder Ejecutivo, se transitará en 1836 a un sistema centralista con base en las Siete Leyes constitucionales. Para cuando Sierra O'Reilly es ya un jurista y ha recibido algunos cargos públicos, creado periódicos locales y desarrollado sus primeras obras literarias, el Congreso Constituyente declarará nuevamente vigente la Constitución de 1824, retornando al sistema federal, Estados Unidos declara la guerra a México y Santa Anna se instala por novena ocasión en la silla presidencial. Para la temporada de 1848 a 1855, Sierra O'Reilly sigue escribiendo en periódicos locales, desempeñando cargos estatales y especializándose en Derecho Marítimo. En ese mismo tiempo, Santa Anna es presidente por undécima ocasión y en 1855 huye ante el plan de Ayutla.

En la última época de la vida del biografiado que va de 1856 a 1861, tiempo por cierto en donde realizará el proyecto del Código Civil Federal, se redactará y acordará la Constitución liberal de 1857, Benito Juárez será presidente de México y comenzará la guerra de Reforma.

Antecedentes importantes que de manera particular se presentan en la tierra natal del biografiado serían entre otros: la intendencia de Mérida o Yucatán que abarca Tabasco, Campeche, Quintana Roo y Yucatán, presenta la figura de las confederaciones patrióticas a en las primeras dos décadas del siglo XIX. En el periodo de 1824 y 1825 Yucatán ha establecido su Constitución liberal de 23 de abril de 1825. En el periodo de 1829 a 1838, se establece un régimen centralista en Yucatán a cargo de José Segundo Carvajal, realizándose el "*Acta de separación de la Federación Mexicana*" en 1829. Para 1836, los gobernadores centralistas aumentan los impuestos, aranceles y la abolición de franquicias. Será en el lapso de 1839 a 1847 cuando a la par de los acontecimientos estatales, Sierra O'Reilly desarrolle una fuerte actividad como servidor público, sinónimo de la efervescencia política del momento. En 1839 surgirá la insurrección en Tizimín, así como el movimiento secesionista. El siguiente año se presenta la toma de poder de Santiago Méndez Ibarra; para 1841 se establecerá el 31 de marzo una nueva Constitución que contendrá la figura jurídica del Juicio de Amparo; en 1842 Yucatán

vuelve a formar parte de México, pero lejos de generar estabilidad y al verse convertido en departamento de México, da lugar al decreto de 1 de enero de 1846, en el que se desconoce al gobierno mexicano y se reasume la soberanía de Yucatán. En diciembre del mismo año, surge un levantamiento armado en Campeche que exigía el cumplimiento de la Constitución de 1841. De especial dificultad será el año 1847, en donde Yucatán se declara neutral en la guerra de México contra Estados Unidos, inicia la guerra de Castas, y en octubre, es nuevamente gobernador de Yucatán, Santiago Méndez.

Para el periodo comprendido de 1848 a 1855 el biografiado desempeñará una fuerte actividad periodística y fungirá como diputado del Congreso de la Unión, el Estado de Yucatán continuará con la guerra de las Castas, se autorizará la venta de indios rebeldes a Cuba en calidad de esclavos y en 1855, Santiago Méndez será por tercera ocasión Gobernador de Yucatán. En el último trayecto de su vida, de 1856 a 1861, Justo Sierra O'Reilly resentirá la pérdida de su biblioteca personal en Campeche, así como el declive de su salud. En ese mismo tiempo, en 1856 el Congreso Constituyente acuerda que la Isla del Carmen se reincorpore a Yucatán; en 1858, el 6 de mayo, Benito Juárez sanciona con pena de muerte a quien conduzca a indígenas al extranjero; y el 18 de mayo se establece la separación de Campeche y Yucatán.

Como se puede apreciar, Justo Sierra O'Reilly vivió en una época en la que se pretendía poner en orden muchas de las problemáticas sociales y políticas, lo anterior provocó derramamiento de sangre derivado de ideas contrastadas entre la sociedad, y por supuesto, la necesidad de encontrar un camino posible para conformar y dar fuerza a la idea de nación mexicana.

### 3. HOMENAJES PÓSTUMOS

Justo Sierra O'Reilly puede ser considerado como uno de los pioneros en cuanto a elaboración de la novela histórica en México, y de igual forma en el aspecto jurídico, tuvo la capacidad de análisis y síntesis para desarrollar el Proyecto del Código Civil de la naciente federación mexicana de mediados del siglo XIX.

Posterior a su muerte en 1861, los homenajes a su labor y persona no se hicieron esperar, el siguiente es un recuento de los reconocimientos que ha recibido a la fecha.

En cuanto al Proyecto del Código Civil, el mismo fue retomado y revisado tanto a nivel local en Veracruz como a nivel federal. En Veracruz, se tomó en cuenta para el primer Proyecto de Código Civil veracruzano con decreto de 6 de diciembre de 1861, por el Gobernador Ignacio de la Llave<sup>10</sup>. En el mismo sentido, se tomó en cuenta para la elaboración del segundo Proyecto de Código Civil en Veracruz realizado por Fernando de Jesús Corona.

---

10 Estuvo en vigor hasta el 18 de diciembre de 1868.

A nivel federal, se hicieron tres Revisiones de su proyecto por diversos grupos revisores. En la primera revisión (1861 a 1863) participaron Jesús Terán, Sebastián Lerdo de Tejada, Fernando Ramírez, José María Lacunza, Pedro Escudero Echánove y Luis Méndez.<sup>11</sup> La segunda revisión llevada a cabo en privado (1863- 1864); y la tercera revisión en 1866 bajo el Imperio de Maximiliano que promulga los dos primeros libros.<sup>12</sup>

El primer Código Civil nacional surgirá el 8 de diciembre de 1870, el cual se basa en el proyecto original de Sierra O'Reilly. De igual forma acontecerá con los códigos civiles de 1884 y 1928. En este sentido, se puede afirmar que las bases de lo que fue la codificación nacional, se debe al gran trabajo de análisis-síntesis que realizó el jurista en comento.<sup>13</sup>

Por otra parte, Yucatán y Campeche, Estados que vieron nacer, trabajar y morir a Sierra O'Reilly, llevarán a cabo una serie de actos póstumos que harán que se preserve su nombre y obra. Así, el 16 y 17 de enero de 1861 será embalsamado el cuerpo del eminente jurista, y presentado tanto en la Universidad de Yucatán como en la Catedral de Mérida, para después ser inhumado en el cementerio general.<sup>14</sup>

Para 1870, se bautiza rancho de Papacal como "Sierra Papacal" en su honor. En 1873 se declarará "Benemérito del Estado de Campeche" y se plasmará su nombre en la Sala Rectoral del Instituto Campechano. En 1906 vera la luz, una estatua de bronce con su figura, la cual quedará postrada en la "Rotonda del Paseo Montejo" en Mérida.<sup>15</sup>

En el mismo sentido, en el año 2010, se editará el libro "Las Guerras de Justo" de Francisco José Paoli Bolio, el cual a suerte de novela histórica, narra la vida y pensamiento de Justo Sierra O'Reilly.<sup>16</sup> En el año 2014, al cumplirse 200 años de su nacimiento, se celebraron en el Instituto Campechano diversos eventos culturales en su memoria y se publicó el libro "A 200 años de O'Reilly", el compilador de esta obra fue el premiado escritor Carlos Justo Sierra Brabatta, descendiente del jurista yucateco.

Como se puede apreciar, con el paso de los años y la revisión de la historia nacional, el nombre y obra de Justo Sierra O'Reilly, ha sido puesta en su debida dimensión, circunstancia constatada por los diversos reconocimientos póstumos a que ha sido merecedor.

11 Ledesma Uribe, José de Jesús, "Justo Sierra O'Reilly, padre de la codificación mexicana", en: *La Independencia de México a 200 años de su inicio. Pensamiento social y jurídico. México*, Ed. Derecho UNAM, D.F., 2010, p. 186., en: Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4074-la-independencia-de-mexico-a-200-anos-de-su-inicio-pensamiento-social-y-juridico-coleccion-facultad-de-derecho>, consultado el 31 de oct- 18.

12 Fernández, Delgado Miguel Ángel, *Op. Cit.*, p.p. 183-193.

13 Idem.

14 Sierra, O'Reilly Justo, *Páginas Escogidas*, México, UNAM, 1960, colección Biblioteca del Estudiante Universitario, p. XX.

15 Fernández, Delgado Miguel Ángel, *Op. Cit.*, p.p. 183-193.

16 Bolio, José Paoli, "Las guerras de Justo". ED. Keh., México, 2010.

#### 4. FORMACIÓN COMO JURISTA

La amplia cultura y facilidad de escritura de Justo Sierra O'Reilly, también dio frutos en la materia jurídica. En cuanto a su educación jurídica, realizó estudios de derecho canónico (1833) decidiendo especializarse en Jurisprudencia (1836) y poniendo en práctica sus conocimientos, en el bufete del Licenciado Isidro Rejón (1837), así como en el Tribunal Superior de Justicia de Yucatán.

Para el 21 de julio de 1838, recibe el grado de abogado en el Colegio de San Ildefonso en México, y el año siguiente concluye estudios en la Universidad Literaria de Yucatán, obteniendo el grado de doctor en derecho. Para 1841 y después de un arduo trabajo de investigación sobre la materia, será experto en derecho marítimo, y para 1852, el 26 de enero, ingresará al Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México con el asiento 348.<sup>17</sup>

Fungirá en 1839 como Juez de primera instancia en Campeche y en 1841 como Juez del Poder Judicial de Yucatán. De igual forma, realizará labores como catedrático, lo que le llevará a profundizar en las áreas del derecho civil y marítimo. Dentro del Poder Ejecutivo estatal, desempeñará cargos como consejero, secretario, comisionado, agente del ministerio de fomento en Yucatán y juez de hacienda. En el terreno legislativo, se desempeñará como legislador tanto a nivel estatal como federal, e incluso, estuvo cerca de formar parte del constituyente que dio vida a la Constitución de 1857.<sup>18</sup>

Como se aprecia, Justo Sierra O'Reilly conoció, entendió y aplicó el derecho en sus diversas vertientes, tanto el privado como el público, y en su labor de juez, de administrador público y de legislador. De ahí el encargo para elaborar el tan importante Proyecto de Código Civil Federal, y por supuesto, las Lecciones de Derecho Marítimo, pioneras en cuanto a la materia a nivel nacional.

#### 5. LITERATO E HISTORIADOR

En cuanto a la literatura se refiere, Justo Sierra O'Reilly utilizó el seudónimo "José Turrisa" y el de "J. Tomás Iurre y Ara", y en ésta área, es considerado como uno de los fundadores de la novela histórica mexicana, primer mexicano en publicar una novela histórica y pionero de la novela de folletín junto con Manuel Payno (1810-1894)<sup>19</sup>.

Dentro de su acervo como escritor destacan las siguientes obras: "Historia de Yucatán" (1842), "Vida y escritos de Don Lorenzo de Zavala" (1846), "Viaje a los Estados Unidos de Norteamérica" (1846), "La tía Mariana", "El filibustero", "Galería biográfica de

17 Fernández, Delgado Miguel Ángel, *Op. Cit.*, p.144.

18 Quedó sexto en el orden de elección y de acuerdo al censo poblacional solo podían acudir cinco. *Ibidem*, p.p. 154-155.

19 *Ibidem*, p. 173.

los señores obispos de Yucatán” (1845), “Un año en el hospital de San Lázaro” (1845-1848), “El secreto del ajusticiado” (1845), “La hija del judío” (1848-1849), “Impresiones de un viaje a los Estados Unidos de América y el Canadá” (1851).

La obra “La hija del Judío”, es sin temor a equivocación, la más comentada por literatos y concedores de la novela histórica, fue redactada en su viaje a Estados Unidos (1848-1849) y es considerada la creación literaria mejor lograda de Sierra O’Reilly<sup>20</sup>; sobre ella Miguel Ángel Fernández Delgado precisa que “pocos críticos disienten en cuanto a que La hija del judío fue la mejor novela mexicana sobre la época colonial<sup>21</sup>. Carlos J. Sierra comenta al respecto, que es la obra “que más reimpressiones ha recibido”<sup>22</sup>.

Toda la obra literaria del yucateco reseñado, es fiel reflejo del conocimiento a profundidad de la época en que vivió, de las costumbres sociales, de la forma de pensar de los periodos anteriores, y de una increíble cualidad a la hora de traducir sus pensamientos al texto.

## 6. PERIODISTA

Los momentos convulsos que le toco vivir a Justo Sierra O’Reilly, fueron la materia prima de su agudo pensamiento liberal, difundiendo la cultura de su tierra natal, defendiéndola incluso de los gobiernos centralistas de corte conservador o de los ataques de los grupos mayas que se revelaron en la conocida “guerra de las castas”.

Como editor y periodista, siempre fue referente en su tierra e incluso a nivel nacional, debido sobre todo a la alta calidad de sus publicaciones, mismas que abarcaron aspectos culturales, históricos, mercantiles y políticos. A lo largo de su vida creo, dirigió y redactó en cuatro diversos diarios de corte local<sup>23</sup>.

El primer diario que dirigió fue “El Museo Yucateco” en los años 1841 a 1842, mismo que se publicó en Campeche bajo la edición de Sierra O’Reilly y Vicente Calero Quintana<sup>24</sup>, con impresión de José María Peralta. De corte científico, artístico, literario e histórico vio entre las publicaciones de O’Reilly: “El filibustero”, “Los bandos de Valladolid”, “Historia de Yucatán”, “Un año en el hospital de San Lázaro”, entre otros. “Abarcaron dos tomos en cuarto, el primero de 480 y el segundo de 204 páginas”<sup>25</sup>. De él, Carlos J. Sierra ha dicho que fue “el pilar sólido sobre el cual se ha levantado el edificio de la literatura peninsular<sup>26</sup>.”

20 *Ibidem*, p. 125.

21 *Ibidem*, p. 131.

22 Sierra, O’Reilly Justo, *Op. Cit.*, p. XXIV.

23 Véase tabla anexa sobre los periódicos y artículos más importantes redactados por Justo Sierra O’Reilly.

24 Sierra, O’Reilly Justo, *Op. Cit.*, p. XIII.

25 Fernández, Delgado Miguel Ángel, *Op. Cit.*, p. 63.

26 Sierra, O’Reilly Justo, *Op. Cit.*, Ídem.

El segundo periódico fue el “El Registro Yucateco”, el cual publicó de 1845 a 1849 en Mérida, con el mismo corte que el anterior, fue impreso por Castillo y Compañía. Sobre el espíritu del diario Carlos J. Sierra nos dice: “...relativo a Yucatán; porque hemos cuidado que nuestro periódico tome por objeto la historia antigua, los monumentos célebres y los grandes hombres de una patria que tan acreedora es a nuestro aprecio”.<sup>27</sup> Obras de O’Reilly publicadas en este diario fueron: “Un año en el hospital de San Lázaro”, “El Secreto del ajusticiado” o “Galería biográfica de los señores obispos de Yucatán”, entre otras.

“El Fénix”, publicado entre 1848 y 1850, fue el tercer diario creado y dirigió por Justo Sierra O’Reilly. Publicado en la ciudad de Campeche, tocó temas de la historia del Estado, los Indígenas y Belice.<sup>28</sup> Fue en este diario donde vio luz la obra literaria más importante del yucateco “La hija del judío” junto con varios artículos que retrataban la vida social de la entidad como: “El hospital de San Lázaro”, “Guerra de los bárbaros” o “Belice” entre otros.

“La Unión Liberal”, último diario de Sierra O’Reilly, estuvo presente en Mérida de 1855 a 1857<sup>29</sup>, de corte político-jurídico<sup>30</sup>, fue impreso por José María Peralta. Destacan del ilustre jurista doce artículos, entre ellos: “Importación de maíz”, “Errores económicos”, “Agonía de la República” o “Situación de Yucatán”.

Como se puede apreciar, Justo Sierra O’Reilly manejó una gran diversidad de temas de corte social, muchos de ellos sirvieron como crítica o apoyo al gobierno en turno y sobre todo, dejan ver la gran erudición que vivía en ese momento Yucatán y Campeche en las manos de muchos de sus ilustres ciudadanos.

## 7. ACTIVIDAD COMO SERVIDOR PÚBLICO

Como ya se ha dicho, Justo Sierra O’Reilly no solo se desempeñó en la vida intelectual y periodística del México del siglo XIX, prácticamente conoció las entrañas del aparato burocrático del gobierno estatal y federal, es por ello que con merecimiento, siempre se le tuvo como un intelectual que transmitía su sapiencia a los intereses políticos liberales, credo ideológico que siempre lo acompañó.

En lo que se refiere a su desempeño como servidor público, en la década de 1830 fungió como: bibliotecario secretario en el seminario conciliar de San Ildefonso de Mérida (1835), en el mismo colegio fue catedrático en facultades menores y mayores. Para 1839 sería nombrado como juez de primera instancia en Campeche.

27 *Ibidem*, p. XIV.

28 *Ibidem*, p. XV.

29 *Ibidem*, p. XVI.

30 Fernández, Delgado Miguel Ángel, *Op. Cit.*, p. 153.

Ya en la década de 1840, desempeñó el cargo de Secretario del Coronel Sebastián López Llergo, Juez de Distrito del Poder Judicial de Yucatán (1841), Comisionado a Estados Unidos sobre tratado de amistad y comercio; también con el mismo cargo fue a Tabasco para coalición de Estados Federalistas. Posterior a ello, fue designado en varias ocasiones como representante del gobierno para diversas comisiones, firmas de tratados y por supuesto, el trascendental viaje que realizó a Estados Unidos (1847-1848) en el denominado “*Yucatan bill*”<sup>31</sup>.

Para la década de 1850 fungirá como Diputado del Congreso de la Unión representando a Yucatán (1851-1853), Agente del Ministerio de Fomento en Yucatán, Juez especial en Hacienda en Campeche (1853), Miembro de la Junta facultativa de Jurisprudencia (1856), Diputado al Congreso Constituyente de la Constitución de 1857 (cargo que no toma) e informador sobre rentas Eclesiásticas en el Estado de Yucatán en 1859.

Evidentemente con las anteriores cartas de presentación, queda claro el talante que como servidor público siempre tuvo el eminente jurista yucateco, conociendo de la vida pública, desempeñando sus cargos con honradez ideológica y con sentido de responsabilidad, Justo Sierra O’Reilly estaba en condiciones de teorizar y positivar sobre derecho civil y marítimo, tenía el conocimiento y la práctica.

## 8. JURISTA

Aunque ya se ha hecho referencia a la formación que Justo Sierra O’Reilly tuvo como jurista, es preciso hacer hincapié en la sólida formación jurídica que con el paso de las décadas fue reafirmando y profundizando, derivado sobre todo de su facilidad para abstraer situaciones sociales, glosar tanto codificaciones como doctrinas occidentales, y sintetizar sus elementos en una suerte de sistematización muy apegada a los estándares más altos de las doctrinas europeas, en la conocida época de la codificación y constitucionalización.<sup>32</sup>

Por aquellos tiempos, los juristas desempeñaron un papel relevante para la formulación de las normas que regirían a la naciente nación mexicana, por lo tanto era

---

31 Es de hacer mención sobre el interés que surgió de parte del estado de Yucatán de anexarse a Estados Unidos derivado de los diversos conflictos de la época entre ellos, la guerra civil con el gobierno centralista, la guerra de castas, el conflicto territorial con Belice y los conflictos políticos en el estado de Campeche y Yucatán entre conservadores y liberales. Véase: Sierra, Carlos J., *Breve Historia de Campeche*, FCE-El Colegio de México, México, 1938.

32 Por aquellas épocas se había consolidado el positivismo como filosofía social que buscaba racionalizar los hechos sociales a través del método científico. En el plano del derecho, se buscaba cambiar la idea de un derecho divino sobre todo católico (derecho natural divino) con postulados centrados en la metafísica aristotélica-tomista salamantina, por postulados basados en las ciencias sociales. Véase la interesante disertación que al respecto hace Alejandro Madrazo Lajous en su obra *Revelación y Creación*, sobre todo en el capítulo tercero “Fusiones y confusiones en la dogmática moderna”, en: Madrazo, Lajous Alejandro, “*Revelación y creación. Los fundamentos teológicos de la dogmática jurídica*”, Ed. Fondo de la Cultura Económica, México, 2016.

indispensable contar con sólidos conocimientos jurídicos que permitiesen aterrizar los ideales sociales en sistemas jurídicos que dieran orden y certeza sobre las cuales construir un México moderno.

Lo anterior significaba contar con unas sólidas bases de derecho común (basado en el derecho civil romano y en el derecho canónico) el cuál ocupaba –y seguiría haciéndolo durante esta época– tanto de los métodos ocupados por los glosadores para aplicar derecho, cómo del método aristotélico-tomista que ocupó la escuela salamantina en la Escolástica tardía<sup>33</sup>.

Luego entonces, Justo Sierra tuvo que aprender de la dogmática jurídica, dominarla e interpretarla apoyándose en la fuerte formación cultural e histórica, que le permitiría desarrollar la labor titánica de elaborar un proyecto codificador cómo el que se le encomendó.

Dentro del mundo jurídico, el reseñado yucateco, se apoyó para su consolidación como jurista, de la reflexión que aporta el impartir cátedra (civil y marítimo), de la capacidad técnica de aplicar metodología jurídica en la resolución de casos durante su desempeño como juez y magistrado en Campeche y Yucatán (1839 y 1841), de la capacidad de abstracción y concreción para desarrollar legislación coherente en su desempeño como legislador, y por supuesto, de la capacidad para aterrizar ideales políticos y transformarlos en opciones jurídicas que se materialicen en políticas públicas, en su labor como funcionario de la administración pública.

Por supuesto que los momentos cumbres en la dogmática jurídica que realizó Sierra O'Reilly, se presentarían en la redacción del texto jurídico “Lecciones de Derecho Marítimo Internacional” y en el multicitado “Proyecto de un Código Civil federal”. Mismos que por su relevancia y contexto social, apoyan la idea de reconocer al ilustrado yucateco, como pionero del derecho marítimo mexicano y pilar de la codificación en México.

## 9. LEGADO JURÍDICO

La sapiencia del doctor Sierra O'Reilly, se pondría en evidencia cuando después de realizar un encargo del gobierno liberal de Benito Juárez en 1859,<sup>34</sup> el Ministro de Justicia Manuel Ruíz le encomendara la labor de redactar un Proyecto de Código Civil. Francisco Sosa recuerda sobre el asunto:

En 1859 el Gobierno nacional por conducto del señor don Manuel Ruíz, Ministro de Justicia de entonces, encargó a Sierra, desde Veracruz, la formación de un Proyecto de

33 Ídem., 2016.

34 Por ese año se le encargó redactar un informe sobre las rentas eclesiásticas en el Estado de Yucatán, mismo que derivaba de la primera Ley de Reforma de 12 de julio de 1859. Fernández, Delgado Miguel Ángel, *Op. Cit.*, p.p. 163-164.

Código Civil, que en virtud de sus facultades omnímodas, el presidente habría hecho promulgar en toda la República; cortando así de un solo golpe uno de los obstáculos mayores para la buena administración de justicia en los pueblos constituidos en federación, cual es la diversidad en la legislación civil. Esta honrosa cuanto difícil comisión fue confiada al jurisconsulto yucateco, quien la recibió en los momentos en que las dolencias que le aquejaban habían llegado a tomar proporciones alarmantes... Conociendo, sin embargo, el bien incalculable que traería a su país la realización de tan elevada empresa, a pesar de los tristes vaticinios de los facultativos, no vaciló en sacrificar las esperanzas que tenía de restablecerse, al cumplimiento de un patriótico deber.<sup>35</sup>

La necesidad de una codificación, se había hecho palpable desde los primeros momentos de la independencia mexicana, por lo que no faltaron numerosos intentos por consolidar códigos a nivel estatal o nacional, sin embargo, derivado de los conflictos internos que el país vivía, nunca se lograron consolidar las propuestas y proyectos que al respecto se llevaron a cabo.<sup>36</sup>

Sierra O'Reilly comenzará la elaboración de la primera codificación de alcance nacional en México<sup>37</sup>, enraizado en el proyecto encomendado en septiembre de 1859 y entregado el 18 de enero de 1860<sup>38</sup>. En su metodología José de Jesús Ledesma comenta:

*[...] Es bien sabido que el Proyecto sigue la ordenación sistemática del código francés. Encontramos en ambos la distribución de las materias en libros, títulos, capítulos, ocasionalmente apartados, bases, secciones y precisamente, artículos o numerales que algunas veces pueden sub-dividirse en fracciones. Es cierto, el proyecto no pretendía innovar, lo urgente era disponer de la normatividad respectiva para el naciente derecho mexicano.<sup>39</sup>*

*Fernández Delgado, haciendo alusión al estudio taxonómico que Rodolfo Batiza ha hecho sobre el proyecto de Justo Sierra O'Reilly, comenta:*

*[...] De acuerdo con él, de los 2,124 artículos de su proyecto, 1,887 provenían en forma literal o veladamente copiados del proyecto de García Goyena. Otros 58 surgieron de las Concordancias, motivos y comentarios del mismo jurista español, en que se hallan disposiciones de los códigos austriaco, holandés, prusiano, de Louisiana, etcétera; 50 más procedían del Código Civil Francés; 16 de la Ley*

35 *Ibidem*, p.p. 165,166.

36 Véase *Ibidem*, p.p. 165-175 y UNAM 166-168.

37 Batiza, Rodolfo, "Las fuentes de la codificación civil en la evolución jurídica de México", en Soberanes Fernández, José Luis (coord.), *Memoria del III Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, Ed. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1983, p.155, <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/700-memoria-del-iii-congreso-de-historia-del-derecho-mexicano-1983>, consultada el 1 de enero de 2019.

38 Ledesma Uribe, José de Jesús, "Justo Sierra O'Reilly, padre de la codificación mexicana", en: *La Independencia de México a 200 años de su inicio. Pensamiento social y jurídico. México*, Ed. Derecho, UNAM, D. F., 2010, p.182., en: Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4074-la-independencia-de-mexico-a-200-anos-de-su-inicio-pensamiento-social-y-juridico-coleccion-facultad-de-derecho>, consultado el 31 de oct- 18.

39 Ídem.

*de matrimonio civil de 1859; 3 de la Constitución de 1857; 3 del Código Civil de Louisiana de 1825; y 7 más carecían de fuente concreta de origen, por lo que debemos atribuirlos a Justo Sierra.<sup>40</sup>*

De acuerdo a lo anterior, es posible afirmar que en el proyecto de Sierra O'Reilly tenemos la base de una compilación del derecho civil traído desde occidente, sistematizado y listo para ser ocupado en la nación mexicana de mediados del siglo XIX. Ledesma Uribe al respecto sugiere:

*[...] Gracias al documento del Doctor Sierra, el derecho civil mexicano adquirió su propio punto de radicación. De ese modo, alrededor de él, se fue fraguando la novel doctrina que no sólo sería importante para el desarrollo del propio derecho civil y mercantil sino para todo el proceso codificador y de la ciencia jurídica mexicana. Este es el fundamento del enunciado de este escrito que pretende reivindicar para Justo Sierra O'Reilly el sitio de Padre de la codificación mexicana.<sup>41</sup>*

Cruz Barney, al hacer referencia al dictamen emitido por la Comisión de justicia de la Cámara de diputados en cuanto a la reforma del Código Civil de 1870, señala que se trataba de:

*[...] una obra que honra á sus autores y a la nación. Redactado en su origen por el inteligente jurisconsulto Dr. D. Justo Sierra, reformado después lentamente y aprovechando el material precioso de la legislación española, los avanzados principios de la legislación francesa y las correcciones prácticas que a esta última legislación hicieron los Códigos de Portugal y de Italia...<sup>42</sup>*

Queda entonces como legado del jurisconsulto yucateco, el proyecto de Código Civil, que como en anteriores secciones se apuntó, será la base de posteriores revisiones tanto de federalistas como de centralistas, pero que en lo elemental conseguirá mantener la huella de su creador.

## 10. DERECHO MARÍTIMO

La obra de Justo Sierra O'Reilly, Lecciones de Derecho Marítimo Internacional, será redactada en 1854 bajo la imprenta de Ignacio Cumplido por encargo del Ministerio de Fomento y dirigida a la Escuela Nacional de Comercio de la Ciudad de México. Sobre ella, es preciso analizar el contexto político y jurídico, así como el contenido y comentarios, que han hecho sobre variados juristas<sup>43</sup>.

40 Fernández, Delgado Miguel Ángel, *Op. Cit.*, p.182.

41 Ledesma Uribe, José de Jesús, *Op. Cit.*, p.184.

42 Cruz Barney, Óscar, *La codificación en México: 1821-1917. Una aproximación*, Ed. Porrúa, México, 2014, p.61, <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1335>, consultada el 1 de enero de 2019.

43 Sierra, Justo, "Lecciones de derecho marítimo internacional.", Imprenta de Ignacio Cumplido, México, 1854.

## 10.1. Contexto político

Como ya se ha precisado, el contexto político de la época en que Sierra O'Reilly escribe su obra marítima, es el de una efervescencia bélica. En el aspecto nacional, se tiene un país que está luchando por definir su identidad –las luchas entre liberales y conservadores están a punto de desatar su versión más sangrienta–, en el aspecto internacional, las naciones mueven sus piezas de ajedrez, haciendo evidente el sentimiento imperialista y colonizador de las grandes potencias del momento.

## 10.2. Contexto jurídico

En cuanto al contexto jurídico, la época en la que le tocó desarrollar sus ideas a Justo Sierra O'Reilly, es la de positivismo internacionalista de los siglos XVIII y XIX, en ese sentido, la intención era obtener certeza a través de teorías rigurosas. Sepúlveda, en una suerte de síntesis de lo que significaron las prácticas de esta época refiere:

[...] El poder del Estado se desarrolló poderosa y sorprendentemente. La doctrina hubo de convertir al Estado en el único sujeto de todas las normas, y a su voluntad en la exclusiva fuente de todo el orden jurídico internacional. Se obtenía con ello un alto grado de certeza, pues así toda la actividad exterior del Estado quedaba referida a un punto preciso de imputación jurídica. En otros términos, una situación favorable en extremo a la definición exacta de obligaciones y a la organización de responsabilidades. Según el decir de los propios positivistas, se buscaba de esa manera una teoría más rigurosa y más exacta.<sup>44</sup>

Como los Estados, bajo la presión nacionalista de esos años, hubieron de perseguir más abiertamente políticas de fuerza, tuvo que batirse en retirada la idea de un derecho fundado en las necesidades morales de la naturaleza humana, esto es, un *derecho necesario*, y suplantarse por el criterio de la *efectividad*, más inteligible, y que satisfacía más al papel preponderante del Estado en sus relaciones con los demás.<sup>45</sup>

## 10.3. Sobre las lecciones de derecho marítimo internacional

Carlos J. Sierra comenta sobre las *Lecciones de derecho marítimo internacional*, que “... En el año 1854, tomando en consideración las dotes de jurista que poseía Sierra O'Reilly, le fue encargado por el Ministerio de Fomento, la obra *Lecciones de derecho marítimo internacional* para la Escuela Nacional de Comercio de la Ciudad de México”.<sup>46</sup>

En cuanto a la estructura de la obra en comento, Justo Sierra divide el trabajo en catorce lecciones, ocupa como fuentes doctrinales 26 libros extranjeros<sup>47</sup> destacando

44 Sepúlveda, Cesar, *Derecho Internacional*, 26 ed., Ed. Porrúa, México, 2013, p.35.

45 Ídem.

46 Sierra, O'Reilly Justo, *Op. Cit.*, p. XVI.

47 Fernández, Delgado Miguel Ángel, *Op. Cit.*, p.147.

entre ellos al positivista holandés Cornelis van Bynkershoek (1673-1743), al iusnaturalista florentino Giovanni María Lampredi (1732-1793), al filósofo portugués Silvestre Pinheiro-Ferreira (1769-1846) y sobre todo, el publicista estadounidense Henry Wheaton (1795-1848). Al no existir legislación nacional, Sierra O'Reilly tomará como base la Novísima Recopilación de las Leyes de España (1805).<sup>48</sup>

La finalidad de la obra de O'Reilly, consistirá en la apropiación por parte de la nación mexicana, de los derechos marítimos que le corresponden, en palabras de su autor:

Conquistando para sí la nación mexicana todos los derecho marítimos que hasta aquí hemos recorrido, obtendrá al fin el lugar que le corresponde; y una vez cimentados sólidamente, podremos sus hijos decirle, llenos de profunda emoción, lo que el romano a la libertad de su patria: Esto perpetua.<sup>49</sup>

Como ya se ha dicho, la obra “Lecciones de Derecho Marítimo internacional, arregladas” fue publicada en 1854 en México, bajo la imprenta de Ignacio Cumplido. El trabajo consta de catorce lecciones y un capítulo de nociones previas<sup>50</sup>.

En cuanto a las “Nociones Previas” (p. 5-8), se habla sobre el Estado y su soberanía. Se precisa entre otros aspectos: sobre el derecho natural entre individuos y entre Estados; sobre los derechos absolutos y los condicionales; así como la distinción entre el derecho internacional natural, positivo y consuetudinario.

También se abordan en las nociones, conceptos del derecho público en cuanto a los tratados públicos, la costumbre y la equidad natural. Se hará referencia a Vattel, a Kluber, a Wheaton y a Pinheiro-Ferreira.

En la “Lección primera. Libertad y comunidad de los mares” (p. 9-17), se habla sobre el imperio de una nación sobre el mar. Se abordan principios sobre la razón física de la imposibilidad de apropiarse del mar al no poder poseerse; sobre la comunicación común al ser una ley de la naturaleza; sobre la disputa entre la sana razón y el derecho internacional frente a los hechos y actos interpretados. Como autores ocupados por O'Reilly, se tiene a Savigny, a Azuni y a Ortolan.

En la “Lección segunda. De los puertos, radas, bahías, ríos y mares territoriales de una nación” (p. 18-28), se aborda el tema del mar territorial y su propiedad, aquí, se explica la propiedad de las mencionadas figuras jurídicas, sus excepciones, el concepto de propiedad, los puertos abiertos al comercio extranjero para buques mercantes y de guerra, sobre el mar territorial y sus alcances.

---

48 *Ibidem*, *Op. Cit.*, p. p.147-149.

49 *Ibidem*, p.150.

50 Véase la tabla adjunta sobre los aspectos relevantes, autores citados y principios de cada lección que aborda la obra en comento.

En el capítulo en comento, Justo Sierra O'Reilly ocupa del derecho positivo, y en este sentido, menciona el Tratado México-Gran Bretaña publicado en 1827 sobre la entrada de buques de guerra; el código de comercio sobre motivos de arriba de buques; y la ley quinta título octavo, libro sexto de la Novísima Recopilación. Como referencia ocupará a Wheaton, Galván, Rayneval, Pinheiro-Ferreyra, Martens, Grocio y D' Hauterive.

En la "Lección tercera. De los buques mercantes" (p. 29-39), se hace un análisis sobre su origen, construcción, derechos y características. Ahí, se establece cómo reconocer su nacionalidad, sobre el comercio de cabotaje, la prueba de bandera y los papeles del buque para hacer valer la nacionalidad.

En cuanto a derecho positivo, se ocupa el tratado México-Gran Bretaña sobre derechos de importación, el acta de navegación de 1854, la Novísima Recopilación y el código de comercio. Se ocupan referencias de Grocio, de Pinheiro-Ferreyra, y Mac-Colloch.

La "Lección Cuarta. De los Buques de Guerra" (p. 40-50), habla sobre el servicio de guerra, los buques de guerra, sus derechos y límites. Se tocan temas relativos a la defensa y protección de la marina, la diferencia entre buques mercantes y de guerra, el derecho de extraterritorialidad y sus límites, o la requisición de bandera. Como derecho positivo, se ocupa la ordenanza de 1802, y se mencionan como referencia a Martens, Hubner, Peña y Peña y a Pinheiro-Ferreyra.

En la "Lección Quinta. De los piratas" (p. 51-58), Sierra O'Reilly establecerá su concepto, clasificación y crímenes que pueden llegar a cometer. Ahí, se menciona el origen y evolución de la piratería, las formas tutelares para ser juzgados, los crímenes de asesinato y robo abordado, así como la limitación de transmisión de derechos que los piratas tienen.

Como derecho positivo, se ocupa el tratado diez de las ordenanzas generales de la armada de 1751, el tratado Inglaterra-México de 1841, la ordenanza de corso de 1801 que se establece en la Novísima Recopilación. Como referencia ocupa a Bynkershoek, Abreu, Charl, Wheaton y D' Hauterive.

En la "Lección Sexta. Jurisdicción marítima internacional" (p. 59-70) se aborda el tema de la competencia de buques de guerra, mercantes y de los refugiados. Se habla sobre los supuestos de la justicia penal por hechos cometidos fuera o dentro del territorio; sobre el principio de reciprocidad sobre buques de guerra y mercantiles; sobre las franquicias a buques mercantes y de guerra, así como la tripulación y su revisión.

Como derecho positivo, se hace referencia a la ley mexicana sobre las causas del almirantazgo de 1854, y como referencia se ocupa a Peña y Peña, Wheaton y Vattel, entre otros.

La "Lección Séptima. De las represalias y del derecho de hacer presas" (p. 71-79), trata de las represalias y el derecho de guerra, su distinción entre la guerra de mar y tierra.

Se precisa la distinción entre embargo de buques, retorsión (imposición de recargos), y las solemnidades necesarias. De igual forma, se menciona sobre el estado de guerra y las leyes relativas. Como referencia, se ocupa a Vattel, Martens, Pinheiro-Ferreira, Azuni, Rayneval y Wheaton.

La “Lección Octava. Del curso marítimo” (p. 80-86), explica los usos y reglas del corso. Menciona su contexto jurídico, su eficacia, las reglas españolas y mexicanas sobre el corso, mencionando el Tratado de presas, la Novísima Recopilación y la Ley sobre causas de almirantazgo. Como referencia, ocupa las obras de Kluber, Wheaton y Martens.

En la “Lección Novena. De la Bandera y la mercancía, o sea de las relaciones que hay entre un buque y su cargamento” (p. 87-95), se analiza la naturaleza de la bandera en un buque y su mercancía. Precisa sobre la neutralidad de los Estados, sus derechos y obligaciones, la libertad de comercio, así como las particularidades del derecho de presa. Se apoya en los escritos de Vattel, Pinheiro-Ferreira, Grocio, Lampredi, Valin, Bynkershock, Rayneval y Wheaton.

Por su parte, la “Lección Décima. Continuación de la misma materia” (p. 96-106), continúa abordando el tema de la bandera y las convenciones internacionales que se realizan en su nombre. Se realizan observaciones doctrinales sobre la bandera y el comercio, la tendencia a ocupar el principio de que menciona “la bandera cubre la mercancía” y los países que la adoptan. Ocupará a Antonio Capmany y a Wheaton como referencia.

En la “Lección Undécima. Del contrabando de guerra” (p. 107-118), se analiza la definición, particularidades, clasificación y doctrinas que sustentan el contrabando. Ahí, se precisa sobre su naturaleza como ilícito mercantil, se hace la distinción entre transporte y venta de artículos de guerra, así como la clasificación del contrabando y las doctrinas que la sustentan. Ocupará a Vattel, Kluber, Lampredi, Grocio, Masse, Valin, Bynkershock y Wheaton como apoyo en la temática.

La “Lección Duodécima. Del derecho de visita” (p. 119-130), precisa sobre la naturaleza, necesidad y particularidades de este derecho. Se explica su fundamento y como ejercerlo, las posturas de diversos publicistas, las penas que existen al resistirse a este derecho, y las particularidades que se dan cuando se trata de un buque de guerra. Se ocupa para la fundamentación a Bynkershock, Vattel, Lampredi, Hubner, Valin, Azzunni, Martens, Kluber, Wheaton, Rayneval, Luchesi y Ortolan.

En la “Lección Décima-Tercera. Del asilo marítimo” (p. 131-143), se explica sobre la naturaleza, características, modalidades y consecuencias del asilo. Del mismo modo, se analiza la diferencia con el tránsito de buques, y sobre la venta de presas marítimas en territorio neutral. Como referencia, se ocupan las obras de Kluber, Wheaton, Bynkershock, Vattel y Lampredi.

La “Lección Décima-Cuarta y última. De los bloqueos” (p. 144-156), analiza el tema de los bloqueos, precisando su definición, doctrinas y principios que los rigen. Se apoya en las obras de Kluber, Vattel, Ortolan y Wheaton.

Como se puede observar, Sierra O'Reilly ocupa en su obra a grandes publicistas que habían marcado tendencia debido a su pensamiento, así, hará uso tanto de positivistas como de iusnaturalistas, además de mencionar leyes y tratados que aplicaban a nivel nación, mostrando que conocía a profundidad la materia marítima.

En el anterior sentido, Justo Sierra O'Reilly hace uso de Hugo Grocio <sup>51</sup> (1583-1645), sobre éste, se puede decir que pertenece a la corriente de los iusnaturalistas laicos, los cuales tenían como preocupación, en palabras de Cesar Sepúlveda:

[...] separar la moral de la teología y la de tratar de fundamentar su tesis, principalmente, en los historiadores antiguos y en esto vienen a diferir de los teólogos juristas, aunque también reconocen que las normas del derecho de gentes provienen del derecho natural<sup>52</sup>.

Más adelante, el propio Sepúlveda indica sobre Grocio, que su obra “del derecho de presas” dentro del cual se encuentra el capítulo “*De mare libero*” ha sido “[...] la simiente de todo lo que se ha escrito sobre la libertad de navegación en alta mar. [...]”<sup>53</sup>.

La importancia del mencionado publicista, es trascendental en los diversos capítulos de la obra de Sierra O'Reilly, como es sabido, Grocio proclama el principio de libertad de los mares. José Luis Vallarta Marrón precisa sobre Grocio, que: “[...] Proclamó el principio de libertad de los mares, hoy aceptado y controvertido en su tiempo por pretensiones de algunos Estados de ejercicio de soberanía en el mar por ellos dominado [...]”<sup>54</sup>.

Sobre el citado publicista, Sepúlveda comenta al hablar sobre su obra magna *De jure belli ac pacis*:

La preocupación mayor de Hugo Grocio, que se precisa en este libro, es la de establecer reglas de justicia obligatorias para el hombre viviendo en un estado de sociedad, independientemente de las leyes humanas positivas. También se nota su reacción contra la política internacional arbitraria que estaba ocurriendo en el mundo. Le embarga un sentimiento de profunda moralidad.<sup>55</sup>

Otro jurista que habla sobre derecho marítimo y que Justo Sierra O'Reilly toma en cuenta, es Cornelius van Bynkershoek (1673-1743) quien abandona la corriente iusnaturalista y de acuerdo a Modesto Seara Vázquez:

[...] se preocupa de buscar el origen de las normas internacionales en el sentido común de los pueblos, que se refleja en su actuación; de ahí la importancia que da a los

---

51 Sepúlveda, Cesar, *op. Cit.*, p.23.

52 Ídem.

53 *Ibidem*, p.25.

54 Vallarta, Marrón José Luis, “Derecho internacional público”, 2da ed., Ed. Porrúa, México, 2016, p.17.

55 Sepúlveda, Cesar, *Op. Cit.*, ídem.

precedentes, particularmente a los más recientes, que eran los que reflejaban la situación del Derecho internacional en aquél momento histórico. [...]»<sup>56</sup>.

Seara Vázquez, precisa sobre Bynkershoek y su obra “De Dominio Maris” la idea que O’Reilly plasma en sus lecciones sobre las aguas territoriales de un Estado diciendo: “[...] Uno de los criterios más populares es el que fijó en su tiempo el jurista Bynkershoek [...] que lo basó en el alcance del disparo de un cañón, a veces identificado con la regla de las tres millas, porque en cierto momento coincidían ambos. [...]»<sup>57</sup>.

Otro de los publicistas utilizados por O’Reilly, será el positivista suizo Emerich de Vattel (1714-1767), de él, Sepúlveda comenta que “[...] contribuye poderosamente, sobre todo en lo que se refiere al tema de la interpretación de los pactos internacionales, donde resulta un hábil y detallado analista.”<sup>58</sup>.

El profesor alemán Georg Frederic De Martens (1756-1822), será ocupado por Sierra O’Reilly debido a que aquél introduce en “léxico internacional la frase “los derechos fundamentales de los Estados”<sup>59</sup>. De Martens fue un positivista sistemático, entendida esta corriente, como aquellos positivistas que “[...] postularon desde fines del siglo XVIII y durante todo el XIX, presentando el orden jurídico internacional de una manera metódica y hasta cierto punto científica, en grandes síntesis.”<sup>60</sup> De ésta corriente también será el publicista Henry Wheaton<sup>61</sup>.

## 11. AUTORES CONTEMPORÁNEOS QUE CITAN SU OBRA

En cuanto a juristas contemporáneos, varios de ellos han reconocido la importancia de sus lecciones derecho marítimo, así, Ledesma precisa sobre el escaso estudio a profundidad de la obra de O’Reilly:

[...] en 1977 fueron editadas de nuevo por el entonces departamento de Pesca, en general no han sido suficientemente estudiadas. Este trabajo constituye a no dudarlo, un esfuerzo de ordenación y difusión, indispensable para el conocimiento de esta importante rama del derecho.<sup>62</sup>

Por su parte, en la obra sobre el curso marítimo<sup>63</sup>, Óscar Cruz Barney considera las lecciones de derecho marítimo como fuente consultada<sup>64</sup> a la hora de revisar el concepto

56 Seara, Vázquez Modesto, “Derecho internacional público”, 25 ed., Ed. Porrúa, México, 2016, p.284.

57 Ídem.

58 Sepúlveda, Cesar, *Op. Cit.*, p.32.

59 *Ibidem*, p.33.

60 *Ibidem*, p.32.

61 *Ibidem*, p.34.

62 Ledesma, Uribe José de Jesús, *Op. Cit.*, p.177.

63 Cruz, Barney Óscar, *El régimen jurídico del curso marítimo: el mundo indiano y el México del siglo XIX*, Ed. UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas, serie C: Estudios históricos, Núm. 64, México, 1997.

64 *Ibidem*, p. 528.

de lo que se puede entender como corso. Así, en su capítulo sobre “la legitimidad de los actos bélicos” hace referencia al concepto de corso que dan varios juristas, entre ellos, Justo Sierra O’Reilly en 1854. Para éste último el corso “[...] es la guerra hecha por los buques particulares armados por estos en guerra y autorizados por su gobierno”<sup>65</sup>.

También ocupará Cruz Barney del conocimiento de Sierra O’Reilly, cuando intenta distinguir entre un pirata y un corsario:

[...] Justo Sierra señala que los corsarios no pueden reputarse piratas no de hecho ni de derecho, sino en ciertos casos previstos en los tratados de navegación y comercio, por los que se prohíbe que los buques de países neutrales reciban patentes de corso, o en el caso que violen las leyes de guerra, ya que al hacerlo pierden su beneficio y protección<sup>66</sup>.

En el capítulo tercero apartado cuarto “El corso durante la guerra de independencia”, Cruz Barney nuevamente ocupará de Sierra O’Reilly al dar cuenta sobre el ataque de corsarios al comercio de Yucatán:

[...] Justo Sierra señala que en 1823 y 1824 el comercio de Yucatán sufrió una serie de depredaciones por parte de buques tripulados por belgas, holandeses, daneses, negros marrones y criollos de la Antillas, quienes actuaban provistos de patentes de corso colombianas, cuyo objetivo era interrumpir el comercio español, pese a lo cual hostilizaron con frecuencia las costas mexicanas.<sup>67</sup>

De igual forma, el Doctor Alejandro Sobarzo ocupa de los conocimientos de Justo Sierra en el área del derecho marítimo. Lo hará en la obra “Régimen jurídico de alta mar”<sup>68</sup>, en el capítulo noveno sobre la “jurisdicción sobre el buque mercante en alta mar”, para referirse a las excepciones al principio de jurisdicción cuando hace referencia a la piratería.<sup>69</sup> Ahí menciona cuando hace referencia a su “historia breve”, lo que Sierra sostuvo al respecto:

Sierra sostuvo que “...los piratas son enemigos de todo linaje humano, *communes hostes omnium*, como les llamaba Cicerón; están fuera de la ley de las naciones, y a todos es permitido salir en persecución suya, aprehenderlos por cuantos medios sean posibles y llevarlos ante los tribunales de su propia nación, o de las más cercana, para hacerles sufrir el castigo de sus crímenes”. Y un poco más adelante agrega:

Por manera, que si en sus correrías criminales enarbolan la bandera e insignias de una nación, tales distintivos son notoriamente usurpados, y no pueden ni deben proteger-

65 *Ibidem*, p. 119.

66 *Ibidem*, p.121.

67 *Ibidem*, p.265.

68 Sobarzo, Alejandro, *Régimen jurídico del alta mar*, 2da ed., Ed. Porrúa, México, 1985.

69 *Ibidem*, p.p. 281-290.

los en ningún caso; pues que si poseen y presentan, como suele suceder, la patente y demás papeles regulares, tales documentos son ilegítimos [...]"<sup>70</sup>

En segundo término, Sobarzo ocupa de Sierra O'Reilly cuando diferencia la piratería del corso y explica los excesos a que daba lugar el corso, En el anterior sentido, en su nota al pie número 820 cita textualmente al doctor Sierra de la siguiente forma:

Como ejemplo cabe citar lo señalado por Justo Sierra: "En los años de 1823 y 1824 el comercio de Yucatán experimentó la más cruda vejación con las violencias piráticas que cometían ciertos buques tripulados de belgas, holandeses, daneses, negros marroñes y criollos de las Antillas, a los cuales por no hallar otro nombre mas apropiado el vulgo llamaba musulmanes, quienes so pretexto de estar provistos de patentes libradas por el gobierno de Colombia para molestar y perseguir el comercio de España y hacer la guerra a esta potencia, recorrían sobre la aguas de la península de Yucatán causando males de trascendencia, sin embargo de hallarse México en paz con Colombia, como que sostenían ambas nada menos que una misma causa".<sup>71</sup>

En el mismo tema, sobre las excepciones al principio general de no interferencia, Alejandro Sobarzo habla del derecho de visita y manifiesta que existe discrepancia terminológica, en su nota número 827, escribe que "Sierra habla de *requisición de la bandera* y dice que se limita a pedirle al buque que muestre su pabellón".<sup>72</sup>

Por último, en el capítulo décimo sobre la nacionalidad de los buques, el propio Sobarzo al hablar sobre la comprobación de la nacionalidad, menciona haciendo clara referencia a Justo Sierra O'Reilly:

A mediados del siglo pasado ya se señalaba esto también con claridad por un autor mexicano, quien se expresaba en los siguientes términos: "La bandera es el distintivo visible de la nacionalidad del buque, y cada potencia tiene designada la suya, bajo cuya protección navegan sus súbditos o ciudadanos; pero ya se debe concebir a la más simple reflexión que este signo no es bastante, porque si lo fuera nada habría más fácil que suplantar la nacionalidad de un buque, principalmente en alta mar. Es necesario, pues, que tenga todos los documentos que se llaman ordinariamente *papeles* del buque, los cuales debe llevar a bordo toda embarcación mercante. El número, naturaleza, carácter y fórmula de estos *papeles*, están explícitamente regulados por la leyes particulares de cada país".<sup>73</sup>

El doctor en derecho Raúl Cervantes Ahumada, realiza una compilación de temas y leyes en su obra "Derecho Marítimo"<sup>74</sup>, en ella, al elaborar una guía bibliográfica en el

70 *Ibidem*, p.p. 289,290.

71 *Ibidem*, p.296.

72 *Ibidem*, p. 298.

73 *Ibidem*, p.p. 324-325.

74 Cervantes, Ahumada Raúl, "Derecho Marítimo", Ed. Porrúa, México, 2001.

capítulo tercero, menciona como fuente del derecho marítimo constitucional e internacional la obra de Justo Sierra O'Reilly, sobre ella comenta haciendo referencia al año en que se escribió (1854), que es "...una de las pocas obras mexicanas sobre la materia. Tiene interés principalmente la parte histórica relacionada con el derecho español".<sup>75</sup>

Como se aprecia, Sierra O'Reilly y su obra sobre derecho marítimo, ha sido tomada en cuenta, tal vez no con la importancia que merece, pero en ella podemos ver, la primera reflexión jurídica nacional sobre la materia marítima. Esa gran cualidad para agrupar a grandes publicistas, para seleccionar tanto a iusnaturalistas como positivistas, para hacer crítica y fijar posición sobre la mejor doctrina, dan cuenta de un jurista que conoció el fondo y la forma, que derivado de su gran sapiencia cultural, pudo identificar las bases de lo que necesitaba la nación mexicana a la hora de exigir derechos sobre el mar.

En última instancia, el derecho marítimo era fundamental en aquella época, los tiempos mundiales veían la navegación, como el principal medio de comunicación, de comercialización entre continentes, y por supuesto, de afirmación hegemónica de las naciones. Quien dominaba el mar, tenía poder para dominar naciones, quien conocía los principios que sustentaban la navegación, podía exigir sus derechos y la búsqueda de su garantía. Sierra O'Reilly logró sintetizar en su obra, la idea, principio y costumbre del derecho marítimo. Una genialidad que se suma a sus demás logros.

Reconocerlo como pionero del derecho marítimo mexicano, es un justo premio que no debe ser pasado por alto, ya que junto con su Proyecto de Código Civil, son las dos cartas fuertes con que se presenta en el contexto jurídico. Codificar y sistematizar, tareas tan necesarias para la época en que se desarrolló, con el apremiante fin de sentar las bases jurídicas de una nación que lo pedía a gritos, siempre en la búsqueda de un orden nacional que tardaría varios años en llegar.

## 12. CONCLUSIONES

Justo Sierra O'Reilly fue un personaje de mitad de siglo XIX, que sobresalió por su amplia cultura, por sus ideas liberales, por su trayectoria política siempre coherente, por la capacidad de transmitir su pensar a sus novelas históricas, a sus artículos periodísticos y por supuesto, a sus obras jurídicas.

En cuanto a su cultura, esta la logró expresar de forma magistral, tanto en sus novelas históricas, como en sus incontables escritos y artículos sobre diversidad de temas, pero siempre relacionados con sus ideas liberales, o con el lugar que lo vio nacer y desarrollarse, e incluso sobre los acontecimientos sociales que le tocó padecer.

Ideales liberales plasmados tanto en su actividad política, como en su labor como periodista, apoyando siempre la concepción de un régimen federado con libertades para

---

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 19.

las entidades, incluso a costa de una guerra con un gobierno centralista. Lucha política que llevó a cabo a través de su pluma, dirigiendo periódicos, atrayendo talentos de su zona y conjuntando en cada una de sus entregas la filosofía liberal.

Pero no todo queda en lo cultural y político, su genio le permitió entender el derecho, aquella rama del saber humano que pretende adaptar la realidad a normas y prácticas jurídicas. Derivado de una educación completa que incluyó filosofía, derecho civil y canónico, logró entender y aplicar tanto formas como fondos jurídicos; así mismo, desempeñó cargos públicos que le dieron facultades para crear, aplicar y juzgar el derecho.

En el anterior sentido, profundizó sus conocimientos jurídicos impartiendo cátedra. Ya con la sabiduría que da el tiempo, logró sistematizar los principios, valores, costumbres y normas del derecho marítimo, siendo pionero en la materia y un referente obligado para el estudioso de la navegación.

Como punto cumbre, recibió la encomienda de redactar el Proyecto de un Código Civil, mismo que elaboró con gran pericia sentando las bases de nuestra doctrina civil mexicana, base del sistema jurídico que opera hasta nuestros días.

Por todo lo anterior, podemos concluir diciendo que Justo Sierra O'Reilly fue un ilustrado de su época, logró entender su contexto social de forma magistral, y así lo demuestra el grueso de su obra. Reconocerlo y recordarlo es una obligación que se tiene con su persona, pero sobre todo, con la cultura mexicana.

### 13. FUENTES DE CONSULTA

#### Fuentes bibliográficas

Cervantes, Ahumada Raúl, "Derecho Marítimo", Ed. Porrúa, México, 2001.

Cruz, Barney Óscar, "El régimen jurídico del curso marítimo: El Mundo Indiano y el México del siglo XIX", Ed. UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas, serie C: Estudios históricos, Núm. 64, México, 1997.

Seara, Vázquez Modesto, "Derecho internacional público", 25 ed., Ed. Porrúa, México, 2016.

Sepúlveda, Cesar, "Derecho Internacional", 26 ed., Ed. Porrúa, México, 2013.

Sierra, Carlos J., *Breve Historia de Campeche*, FCE-El Colegio de México, México, 1938.

Sierra, Justo, "Lecciones de derecho marítimo internacional.", Imprenta de Ignacio Cumplido, México, 1854.

Sierra, Justo, "Obras completas. I Poesías", Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1977.

Sierra, Justo, "Obras completas. II Prosa Literaria", Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1977.

Sobarzo, Alejandro, *Régimen jurídico del alta mar*, 2da ed., Ed. Porrúa, México, 1985.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Miguel Ángel Fernández Delgado, “Justo Sierra O’Reilly, Hombre de Letras y autor del proyecto del Código Civil”, Ed. SCJN, 2006.

Vallarta, Marrón José Luis, “Derecho internacional público”, 2da ed., Ed. Porrúa, México, 2016.

### Fuentes en línea

Abreu, Gómez Emilio, “Sierra O’Reilly y la novela”, *Revista de la Universidad Autónoma de Yucatán*, México, Yucatán, 2009, abril-septiembre de 2009, volumen 24, número 249-250, p.p. 56-71, <http://www.cirsociales.uady.mx/revUADY/ru249-50.php>

Batiza, Rodolfo, “Las fuentes de la codificación civil en la evolución jurídica de México”, en Soberanes Fernández, José Luis (coord.), *Memoria del III Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983, <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/700-memoria-del-iii-congreso-de-historia-del-derecho-mexicano-1983>, consultada el 1 de enero de 2019.

Castro, Ibarra German, “Justo Sierra O’Reilly: pionero de la novela histórica y de folletín en México.”, *Caleidoscopio, Revista Semestral de Ciencias Sociales y Humanidades*, México, Aguascalientes, 2004, núm. 16, p.p. 125-135, <https://revistas.uaa.mx/index.php/caleidoscopio/issue/view/79>

Cruz Barney, Óscar, “La codificación en México: 1821-1917. Una aproximación”, Ed. Porrúa, México, 2014, <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1335>, consultada el 1 de enero de 2019.

Ledesma Uribe, José de Jesús, “Justo Sierra O’Reilly, padre de la codificación mexicana”, en: *La Independencia de México a 200 años de su inicio. Pensamiento social y jurídico. México*, Ed. Derecho, UNAM, D. F., 2010, en: Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4074-la-independencia-de-mexico-a-200-anos-de-su-inicio-pensamiento-social-y-juridico-coleccion-facultad-de-derecho>, consultado el 31 de oct- 18.

Sierra, Carlos J., “Noticias de Justo Sierra O’Reilly”, *Revista de la Universidad Autónoma de Yucatán*, México, Yucatán, 2009, abril-septiembre de 2009, volumen 24, número 249-250, p.p. 46-55, <http://www.cirsociales.uady.mx/revUADY/ru249-50.php>



# LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS EN EL MARCO DEL DERECHO PROCESAL MEXICANO; UNA MIRADA A SU ESTADO, CONTRADICCIONES Y PERSPECTIVAS, RELATIVAS A LA MAYOR PROTECCIÓN DEL DERECHO HUMANO DE ACCESO A LA JUSTICIA Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Por JULIO E. SANCLIMENT MARTÍNEZ<sup>1</sup>  
y JULIÁN SAN MARTÍN DÍAZ<sup>2</sup>

*“El honor es patrimonio del alma, y el alma sólo es de Dios.”*  
Pedro Calderón de la Barca

**RESUMEN:** El presente escrito busca analizar si la doctrina de los actos propios se encuentra regulada en el orden jurídico mexicano. Asimismo, en caso de una afirmativa respuesta, buscaremos plantearnos el papel de la judicatura en el marco de la cuestión. Para los efectos anteriores se revisa el estado que guarda la doctrina de los actos propios, bajo el Derecho Mexicano, abordando el marco jurídico aplicable y, por último, el papel de los y las juezas.

**PALABRAS CLAVE:** Constitución, Judicatura, Jurisprudencia, Derechos Humanos, Buena Fe, Doctrina de los Actos Propios.

**ABSTRACT:** This paper seeks to analyze whether the Own Acts Doctrine is regulated under Mexican Law. In case Mexican Law does regulate this doctrine, we will seek to further study the judicial role in this matter. To achieve the later, analysis regarding current status of Own Acts Doctrine under Mexican Law and the role of the Judiciary are conducted in this paper.

**KEYWORDS:** Constitution, Judiciary, Precedent, Human Rights, Good Faith, Own Acts Doctrine.

**SUMARIO:** 1. UNA RADIOGRAFÍA DE LA CUESTIÓN. 2. EL SISTEMA GENERAL MEXICANO. 3. ALGUNOS PRESUPUESTOS ELEMENTALES DE LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS. 4. EL MARCO JURÍDICO APLICABLE. 5. EL PAPEL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN CUANTO A LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS. 6. COMENTARIO FINAL. 7. FUENTES DE CONSULTA.

---

1 Profesor de Derecho Constitucional en el ITAM y académico de la Escuela Libre de Derecho.  
2 Profesor de Teoría General de las Obligaciones en la Escuela Libre de Derecho y abogado postulante.

## 1. UNA RADIOGRAFÍA DE LA CUESTIÓN

Para entender la doctrina de los actos propios dentro del derecho mexicano, concretamente en su ámbito procesal civil, es necesario comenzar por señalar que en la actualidad –y prácticamente desde el comienzo de la modernidad jurídica<sup>3</sup>– la certeza en cuanto a los efectos de derecho que habrán de producir los actos celebrados resulta ser un concepto eje o toral. Así las cosas, pareciera ser que, para poder llevar a cabo relaciones jurídicas sanas debemos de tener plenamente identificadas las consecuencias que los actos habrán de tener en el plano del derecho. En ese sentido, existe un derecho del sujeto de reconocerse a sí mismo como autor de los actos libremente ejecutados o celebrados.

Por otra parte, el derecho a ser reconocido como autor de los actos libremente celebrados conlleva la obligación de hacerse responsable de los mismos. Es decir, el hecho de poder optar por celebrar, o no, un acto jurídico implicaría el deber tanto dogmático como moral de sostenerse como autor y no atacar mediante actos o declaraciones futuras la seguridad del acto previamente realizado. En esa línea de entendimiento, Ricardo Andrés Padilla Parot señala:

*“Como resulta sabido, los contratantes o partícipes de cualquier otra relación jurídica que sea utilizada para llevar a cabo intereses privados, deben desenvolverse con respeto a la certidumbre y seguridad jurídica del negocio que se encuentren desarrollando. Pero aquello solo será exigible en un ordenamiento jurídico que esté dominado por la idea de resguardar los derechos subjetivos pertenecientes a los particulares. Ahora bien, esto último trae consigo la necesidad de tutelar la confianza suscitada en los demás, lo que acarrea como consecuencia, situaciones que ameritan una especial defensa del ordenamiento jurídico, y que comportará, en muchos casos, la concesión al titular aparente o al que confía en la apariencia, de una legitimación extraordinaria.”<sup>4</sup>*

En ese tenor, es importante destacar una primera característica que rige a las relaciones habidas entre particulares; el hecho de que cuando uno celebra un acto jurídico, existe la expectativa real de poder prever los efectos que el mismo producirá. Esto es la seguridad jurídica que importa todo acto del derecho en nuestro sistema y que, inclusive, es considerada dentro del Título Primero, Capítulo I, De los Derechos Humanos y sus Garantías, de nuestra Constitución.

Por otra parte, la confianza depositada por las personas en el estado de derecho toma una importancia capital. Un estado de derecho que no es capaz de garantizar la repa-

3 Véase: Fioravanti, Maurizio, *Constitución; De la antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2011, pp. 77 y ss.

4 Padilla Parot, Ricardo Andrés, *Por una correcta aplicación de la Doctrina de los Actos Propios*, Revista Chilena de Derecho Privado, versión en línea, ISSN 0718-8072. Documento disponible en línea en la siguiente dirección: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-80722013000100004](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722013000100004), consultado el 10 de julio de 2019.

ración por las violaciones que se produzcan en materia de derechos humanos, es un Estado débil; y un estado débil corre el riesgo de convertirse en un Estado fallido, por lo que el estado de derecho acaba siendo uno de los pilares del constitucionalismo democrático que rige los destinos de nuestra querida patria.

El tener la certidumbre de que tanto un acto propio como uno celebrado por alguien más será la verdad jurídica, buena o mala *–y que por lo tanto nadie podrá alegar en contra de él o desconocerlo–* constituye un pilar fundamental para el normal desarrollo de las operaciones de derecho y, por ende, también alguna vertiente del estado de derecho. Es por ello que, los eventuales ataques de las litigantes en contra de sus propios actos, previamente celebrados, constituye el objeto de reflexión del presente texto. Hilando con lo anterior, el papel de los jueces constitucionales se ha vuelto trascendental ya que, además de lo mencionado respecto de la seguridad jurídica, subyacen algunos derechos humanos de las personas que, merecen una tutela y eficacia adecuada. Se insiste, so pena, en caso de errar en esta tarea, de caer en un modelo de Estado disfuncional.

*Expuesto lo anterior, ponemos de relieve la problemática en materia de doctrina de los actos propios que existe en México. Las litigantes, constantemente, con el afán de ganar un caso, atentan contra actos realizados válidamente por ellas mismas en el pasado; desatando así algunas transgresiones tanto a principios generales del derecho, como a derechos humanos consagrados en el pacto federal. Es por ello que constituye el objeto principal del presente texto el evidenciar la necesidad de que el juzgador eche mano de toda la maquinaria jurídica disponible, para efectos de evitar que las litigantes atenten contra sus propios actos y, con ello, desencadenen una serie de transgresiones a las sanas prácticas procesales y, sobre todo, constitucionales del sistema. Concretamente, buscamos demostrar que el juzgador debe echar mano de la doctrina de los actos propios para evitar que se viole el correcto espíritu procesal y la Constitución general de la nación.*

Consideramos que el objeto de análisis del presente trabajo resulta relevante y por demás pertinente para la ciencia del derecho. Lo anterior toda vez que advertimos una importante ausencia de estudios y ensayos en una materia que diariamente tiene manifestaciones en el foro. La esperanza de los que escriben no es otra que sembrar una semilla en el tema, esperando servir de aliento para investigaciones futuras, propias o de terceros, en la materia.

## **2. EL SISTEMA GENERAL MEXICANO**

Para comprender en toda su dimensión la actividad del juez mexicano, es requisito *sine qua non* el partir de una comprensión integral de la forma de agregación político jurídica que alberga la república mexicana. Pareciera ser un lugar común el afirmar que México es una Democracia Constitucional; lo que implicaría de manera simple que la forma de gobierno es democrática y que, la de Estado es constitucional, con

sus respectivas y evidentes vinculaciones con el Estado Constitucional de Derecho. Es decir, si partimos del constitucionalismo democrático, tenemos que reconocer que el Estado de Derecho<sup>5</sup> es el eje rector de la sana convivencia. En ese sentido, Pedro Salazar apunta:

*“Lo importante es que, para que podamos hablar de un ordenamiento constitucional, el conjunto de normas debe contener (reconocer u otorgar) un conjunto más o menos amplio de derechos (naturales, humanos o fundamentales) a las personas (individuos o, incluso en algunos casos, colectivos). El conjunto de esos derechos puede ser más o menos extenso pero, según dicta la tradición liberal, al menos debe contener a las que Bobbio llamaba las “cuatro grandes libertades de los modernos” (personal, de pensamiento, de reunión y de asociación). Si, además, el documento constitucional contiene derechos políticos hablaremos de un constitucionalismo democrático y si contiene algunos derechos sociales, entonces, tendremos un constitucionalismo social. Cuando el documento contiene los tres tipos de derechos hablamos de un “Estado social y democrático de derecho” o, con una formulación más simple, de una “democracia constitucional”. En todos los casos, como segunda condición para la existencia de una Constitución, el ordenamiento debe contemplar garantías para esos derechos dentro de las que no puede faltar un esquema de poderes divididos que garantice al principio de legalidad y la imparcialidad judicial.”<sup>6</sup>*

Así, es necesario decirlo de un modo claro, para que el Estado funcione, consideramos que debe existir –*al estilo del constitucionalismo democrático de la segunda postguerra*<sup>7</sup>– una auténtica primacía de la Constitución, derechos humanos, división y limitación recíproca del poder y, sobre todo, tomando prestada la expresión de Carl Schmitt, un auténtico guardián de la Constitución<sup>8</sup> imparcial.

Dependiendo de la manera en que se entienda la Constitución es que deberá ser la actividad de los jueces y, en el caso concreto, el compromiso que deberán tener para con la doctrina de los actos propios en busca de la supremacía constitucional y de la supervivencia del Estado de Derecho; al respecto:

- 5 Para efectos de este trabajo, se entiende por Estado de Derecho el sometimiento de todos al derecho. Es decir, tanto los particulares como –principalmente– los agentes del Estado deben actuar por medio del derecho o, dicho de otro modo, respetando el principio de legalidad. Esto, como apunta Pedro Salazar Ugarte en su libro sobre democracia constitucional, acaba siendo una manifestación del ideal clásico del gobierno de las leyes en contraposición del gobierno de los hombres. Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional; una radiografía teórica*, Fondo de Cultura Económica-UNAM-IIIJ, México, 2013.
- 6 Salazar Ugarte, Pedro, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)*, en acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Documento disponible en línea en la siguiente dirección: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3271/22.pdf>, consultado el 10 de julio de 2019.
- 7 Para mayor profundidad sobre el tema, véase: Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, Trotta, Madrid, 2010, pp. 27 a 32.
- 8 Carl Schmitt, *La defensa de la Constitución*, Editorial Tecnos, Madrid, 1998.

*“Dentro del conjunto de ordenamientos jurídicos que pueden ostentarse como constitucionales tienen cabida tradiciones, modalidades y concepciones distintas. Por ejemplo, es posible encontrar ordenamientos que emanan del common law y otros que provienen de la tradición del civil law. También sabemos que existen Constituciones escritas y otros ordenamientos constitucionales no escritos (típicamente U. K.) y, si pensamos en la manera en la que se articulan las relaciones de poder político al interior del Estado constitucionalizado, encontraremos Constituciones más o menos democráticas y, en el caso de las que lo son, alternativas presidencialistas o parlamentaristas. Asimismo, desde el punto de vista del diseño constitucional, es posible identificar ordenamientos constitucionales de principios (o de cláusulas abstractas) y otros de reglas. Desde otra perspectiva, si nos colocamos en el plano teórico, tenemos que al constitucionalismo se le puede abordar e interpretar según concepciones iusnaturalistas o iuspositivistas (entre las cuales emergen algunas teorías híbridas: positivismo incluyente, soft positivism, neoconstitucionalismo, etcétera)”<sup>9</sup>*

Concordando con la idea esbozada por Pedro Salazar en el sentido de que existe una pluralidad de opciones para entender una Constitución del Constitucionalismo, es válido afirmar que con la llegada del propio Constitucionalismo a México<sup>10</sup> en el siglo XIX, las constituciones de dicha centuria así como la de principios del novecientos han tenido una interpretación que podríamos calificar de pendular. Centrando la atención en la queretana Constitución de 1917, es posible afirmar que su devenir histórico se ha debatido entre al menos dos formas de entenderla: por una parte, hacia los inicios del siglo pasado, la Constitución era vista como un documento de carácter preponderantemente político que repartía el poder público, a la vez que distribuía las competencias entre los diversos órdenes de gobierno. En ese orden de ideas la Constitución, en los albores y hasta el mediodía del siglo XX, era observada desde el punto de vista político, pasando a un segundo nivel el aspecto estrictamente normativo de sus disposiciones. Es decir, se tenía una visión descriptiva de la Carta.

En parte gracias a los excesos de la Segunda Guerra Mundial, derivados de un entendimiento exacerbado del positivismo jurídico, los derechos humanos comenzaron a tener absoluta relevancia para el mundo. La visión descriptiva de la Constitución poco a poco empezaba a volverse un tanto más axiológica.<sup>11</sup> Ya para finales del siglo pasado la tendencia mundial era la de considerar a las constituciones como documentos políticos, ciertamente, pero también como textos normativos con eficacia directa. Es decir, como auténticas normas jurídicas aplicables a la realidad. Lo anterior, fundamentalmente, se pensó con el objeto de hacer prevalecer los derechos humanos de las personas ante el abuso del poder político. Así, en el México de junio de 2011 se vivió

9 Salazar Ugarte, Pedro, *El nuevo constitucionalismo... Op. Cit.*, Documento en línea.

10 Entendido como aquel conjunto de doctrinas que buscaban, ante todo, reaccionar en contra de las teorías absolutistas por medio de la idea del poder limitado. Al respecto, *Cfr.* Fioravanti, Maurizio, *Op. Cit. Constitución...*, pp. 77 y ss.

11 *Cfr.* Salazar Ugarte, Pedro, *Op. Cit. La democracia...* pp.

una reforma constitucional en materia de derechos humanos, mediante la cual se hizo patente el ascenso de los derechos humanos en el sistema jurídico supremo.

Por este nuevo entendimiento de la Constitución, también identificado en cierta forma con el paradigma del Estado Constitucional de Derecho, Los derechos humanos adoptan un primerísimo rol en la palestra jurídica y política nacionales. Este nuevo sistema se hace depender básicamente del artículo 1º constitucional que señala la obligación de que las autoridades, en el ámbito de sus competencias, potencialicen y velen por el cumplimiento máximo de los derechos humanos. Interpretando *a contrario sensu*, cualquier actuar de una autoridad judicial donde no se vele por la máxima potencialización de los derechos humanos, generaría un efecto de inconstitucionalidad en su actuar, de manera satelital a la litis principal del juicio. Es decir, pareciera ser que un juez que no vele por el adecuado desarrollo de un procedimiento ventilado ante él estaría, además de las correspondientes consecuencias legales, ignorando por completo un mandamiento constitucional contenido en el referido artículo primero.

*“Artículo 1º (...) 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 (...)*

### 3. ALGUNOS PRESUPUESTOS ELEMENTALES DE LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS

Para iniciar una conversación sobre la doctrina de los actos propios, como se pretende en este artículo, es indispensable pasar por su definición. Para efectos del texto que nos ocupa, habrá de entenderse como actos propios *“la vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio”*.<sup>12</sup> Es decir, una vez que una de las partes litigantes ha manifestado o realizado algún hecho o acto en un determinado sentido, posteriormente no podrá adoptar una postura que atente contra lo anterior. Ello será así en aras de la honestidad y verdad que debe regir el procedimiento jurisdiccional. Inclusive no sería válido argumentar la adecuada defensa como razón para justificar un acto que contradiga un hecho o acto propio realizado en el pasado.

Asimismo, es necesario establecer los parámetros teóricos entre los cuales se desarrolla el pensamiento de los actos propios. Para ir iluminando el camino, es necesario partir

12 *Actos propios*, Guías jurídicas, Editorial Wolters Kluwer. Documento disponible en línea en la siguiente dirección: [https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H-4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDE3NDtbLUouLM\\_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhl-QaptWmJOcSoAyKp-hzUAAAA=WKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H-4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDE3NDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhl-QaptWmJOcSoAyKp-hzUAAAA=WKE), consultado el 10 de julio de 2019.

de dos presupuestos del derecho privado. Por una parte, la buena fe, tanto del juzgador como de las partes del acto jurídico; y, por otro lado, la confianza en la seguridad jurídica o certeza de los actos realizados en el pasado al amparo de un ordenamiento jurídico vigente y válido material y formalmente. Por último, considerando como premisas las dos anteriores, es necesario que exista una relación jurídica relevante que actualice una determinada contradicción de la litigante respecto de un acto propio del pasado. Al efecto, recogemos lo que ha dicho Michel Llorens Zapata refiriéndose a los elementos esenciales de la doctrina de los actos propios:

*“...entre los cuales se encuentran: (1) la buena fe, como el elemento calificador de las conductas relevantes y como principio general del derecho, que interpreta todo tipo de conducta, (2) la confianza objetiva derivada de las actuaciones pasadas de los sujetos de la relación jurídica, (3) la relación jurídica relevante y la conducta contradictoria, las cuales delimitan la contradicción de las conductas y circunscriben la identidad de los sujetos involucrados en la relación jurídica de la que se desprenden las conductas contradictorias”<sup>13</sup>*

El principio de buena fe, además de ser inherente a todos los actos jurídicos, constituye el más primitivo origen de la doctrina de los actos propios. La idea de que existe y es además necesario el principio de buena fe es de inspiración y configuración romana. Al efecto, podemos distinguir dos etapas o concepciones en la tradición romanista de este principio:

- a) Aquella que se desarrolló durante el derecho romano clásico; y
- b) La que corresponde a su evolución en el derecho romano postclásico.

En ese sentido, resulta oportuno mirar lo que al efecto ha dicho Jorge Adame Goddard:

*“El análisis de este principio en la historia del Derecho Romano debe distinguir dos etapas en las que tiene significados diferentes, la etapa clásica y la postclásica. En la primera la buena fe se predica principalmente de las acciones o juicios, y sirve para distinguir las acciones o juicios de buena fe de aquellos otros llamados de derecho estricto, de suerte que la buena fe es fundamentalmente una cualidad que tienen ciertos juicios y que comporta un determinado modo o método de juicio. En la segunda, la buena fe se predica como una cualidad de los contratos o bien se sustantiviza, convirtiéndose en un principio jurídico del cual derivan reglas o prescripciones de carácter imperativo; el principio de buena fe comienza a entenderse en esta etapa posclásica como un principio rector de la conducta. Son dos concepciones diferentes del mismo principio de buena fe (una lo entiende como método de juicio, la otra como regla de conducta), no necesariamente opues-*

13 Llorens Zapata, Michel, *La doctrina de los actos propios. Una regla subsidiaria y eficiente*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2017, pp. 14 y 15.

*tas o contradictorias, si bien cada una tiene su propio contenido y sus peculiares consecuencias.”<sup>14</sup>*

Así, el origen más primitivo del principio de buena fe, proviene de la *fides* del derecho romano, que se entiende como el deber que tienen todas las personas de respetar y cumplir su palabra. De esta manera, conforme al principio de buena fe, las personas deben siempre actuar conforme a la palabra que empeñaron sin defraudar a quienes decidieron relacionarse con ellos:

*“La fides es un principio fundamental del Derecho Romano que enuncia el deber de toda persona de respetar y cumplir su palabra. La fides, se entiende como un principio vigente en todos los pueblos, es decir de ius gentium y no como un principio exclusivo de los romanos. Es fuente de deberes jurídicamente sancionados en actos que carecen de la forma jurídica necesaria, como la fidepromissio que vale, por la fides aunque carezca de la forma propia de la sponsio. Puede considerarse que el mismo principio, la fides o lealtad a la palabra, es la causa de las obligaciones derivadas de los contratos consensuales”<sup>15</sup>*

En este contexto, al ser la buena fe un criterio que rige la conducta de las personas frente a sus relaciones jurídicas y que *—por supuesto—* incluye la prohibición de defraudar a aquellos a quienes dimos nuestra palabra; surge la clara y patente conclusión de que la buena fe no es compatible, y por tanto no tolera *—o, al menos no debería tolerar—* las contradicciones o faltas de honestidad de una persona en su actuar jurídico.

Así, tenemos que la buena fe como principio de conducta, exige de las personas que actúen siempre de manera congruente con lo que previamente han venido desplegando voluntariamente. De modo que, si en una misma relación jurídica una de las partes involucradas ha venido actuando de determinada forma, no podrá aceptarse que de súbito modifique su conducta en un sentido contrario. Pues ello redundaría en una contravención a la *bona fides*.

Con esto en mente, podemos aceptar que el antecedente más remoto de esta faceta de la buena fe es una *responsa* formulada por Ulpiano en la que se concluye que habrá de impedirse a un padre alegar la nulidad del testamento de su hija muerta, basando su pretensión en la ineficacia de la emancipación, cuando este mismo padre había previamente *emancipado* a su hija, otorgándole con ese acto plena capacidad.

*“25. EL MISMO en el libro quinto de las opiniones. Tras la muerte de su hija, que como madre de familia había vivido como emancipada de pleno derecho, y*

14 Adame Goddard, Jorge, *El principio de la buena fe en el derecho romano y en los contratos internacionales y su posible aplicación a los contratos de deuda externa*, en Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, Buenos Aires, 15, 16 y 17 de septiembre del 2004. Documento disponible en línea en la siguiente dirección: [http://www.robertexto.com/archivo10/buenafe\\_derrom.htm](http://www.robertexto.com/archivo10/buenafe_derrom.htm), consultado el 10 de julio de 2019.

15 *Idem*.

*habiendo fallecido con herederos instituidos en testamento, se prohíbe al padre iniciar juicio contra su propio acto, como si no la hubiese emancipado válidamente y en presencia de testigos.*<sup>16</sup>

En este caso, el célebre jurista estimó que no tenía mérito el reclamo, pues la alegación contraviene directamente el sentido en que había actuado previamente quien formulaba el caso. Es decir, lo resuelto por este jurista, puede reducirse al enunciado “a nadie ha de estar permitido ir contra sus propios actos”. Este enunciado, será recogido por los Glosadores y Pos glosadores quienes lo usarán por primera vez como un principio general del *ius commune* –derecho común a todas las personas– y acuñarán el aforismo: *venire contra factum proprium nulla conceditur*, recogido ya para la modernidad jurídica como un principio general del derecho.

Sobre la confianza objetiva que debe camppear en las relaciones del tráfico jurídico, esta debe entenderse como “lo que sería esperable de la contraparte, es decir, la confianza objetiva que un sujeto deposita en su contraparte está basada en el actuar pasado de dicho sujeto y en la buena fe (objetiva), lo que deriva en un cauce de acciones esperadas del tercero, las cuales deberían estar en concordancia con lo que se espera de una persona que actúa con probidad”.<sup>17</sup>

Por último, respecto de la relación jurídica relevante, habremos de adherirnos al entendimiento que de la cuestión nos aporta Alejandro Borda; en el sentido de que la misma debe ser entendida como “el acto o serie de actos que revelan una determinada actitud de una persona respecto a algunos intereses vitales”.<sup>18</sup> Así las cosas, Llorens Zapata apunta que “la conducta debe ser jurídicamente relevante, lo cual significa que la conducta debe ser considerada en el derecho como tal, es decir, atribuirle consecuencias jurídicas a dicha conducta ya en la propia esfera de derechos y obligaciones como en la esfera de un tercero”.<sup>19</sup>

Expuesto lo anterior, es menester apuntar que la buena fe en la relación jurídica, así como la confianza objetiva y la relación jurídicamente relevante, son elementos básicos de la doctrina de los actos propios.<sup>20</sup>

#### 4. EL MARCO JURÍDICO APLICABLE

La doctrina de los actos propios –en cuanto pensamiento aplicable a la teoría general del proceso– no se encuentra regulada como tal en disposición procesal alguna del

16 D. 1, 7, 25. “*IDEM libro quinto opinionum. Post mortem filiae suae, quae ut mater familias quasi iure emancipate vixerat et testamento scriptis herediis decessit, adversus factum suum, quasi non iure eam nec praesentibus testibus emancipasset, pater movere controversiam prohibetur.*”

17 Llorens Zapata, Michel *La doctrina de los...* Op.Cit., p. 25.

18 Borda, Alejandro, *La teoría de los actos propios*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986, p. 68.E

19 Llorens Zapata, Michel *La doctrina de los...* Op.Cit., p. 28.

20 Cfr. *Ibidem*, p. 14 y ss.

orden jurídico legal de la federación, ni por la legislación adjetiva federal ni por las legislaciones procesales locales. Sin embargo, es posible argumentar que su fundamento se encuentra en el postulado del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

*“Artículo 14. (...) En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho”.*

Como se observa en el último párrafo de la disposición constitucional en cuestión, se establece de manera clara la posibilidad de utilizar los principios generales del derecho para resolver controversias jurisdiccionales de naturaleza civil. En ese sentido, conviene preguntarnos ¿qué se entiende como principios generales del derecho? Para resolver dicha interrogante nos adherimos a lo que al respecto han apuntado Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero en el sentido de que la palabra principio pareciera ser un término equívoco. En lo tocante a la acepción que nos compete, han dicho:

*“Por empezar por lo obvio, es bien sabido que los juristas utilizan la expresión ‘principios jurídicos’ ‘principios generales del Derecho’ u otras semejantes con significados diversos, y no parece que tenga mucho sentido afirmar que uno de ellos es el esencial, el verdadero, o cosa por el estilo. De todas formas, las acepciones más significativas que se encuentran en contextos jurídicos parecen ser las siguientes (tomamos en cuenta, fundamentalmente, los análisis de Carrió, 1986 y Guastini, 1990):*

*a) ‘Principio’ en el sentido de norma muy general, entendiendo por tal –como antes se apuntó– las que regulan un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales. Por ejemplo, el art. 1091 del código civil español, cuando establece que «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos»...”<sup>21</sup>*

Siguiendo el entendimiento de Atienza y Ruiz, es necesario tener muy presente que el último párrafo del artículo 14 constitucional no se está refiriendo a principios más al estilo dworkiniano sino a parámetros operativos que el juzgador tiene al alcance de la mano para la resolución de una determinada controversia de naturaleza privada. Pareciera ser más fácil identificar este tipo de principios con adagios jurídicos que implican –en la mayoría de los casos– lugares comunes de la ciencia en cuestión. Así las cosas, si la doctrina de los actos propios se desprende de la buena fe que rige en el derecho privado y la buena fe es a su vez concebida como un principio general del derecho en los términos apuntados por Atienza y Ruiz Manero, luego entonces pareciera ser válido inferir que el principio de buena fe es aplicable para que los juzgadores lo consideren a la hora de fallar en los procesos judiciales en nuestro país.

21 Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Sobre principios y reglas*, Revista Doxa, Universidad de Alicante. Documento disponible en línea en la siguiente dirección: [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10763/1/doxa10\\_04.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10763/1/doxa10_04.pdf), consultado el 10 de julio de 2019.

Asimismo, existe un criterio jurisprudencial al respecto, ya que el “Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito” (en el tiempo en que estuvo integrado por los magistrados Neófito López Ramos, Víctor Francisco Mota Cienfuegos y Francisco Javier Sandoval López) consideró la doctrina de los actos propios en distintas resoluciones. Así las cosas, como resultado de lo anterior se emitió la siguiente tesis jurisprudencial:

*“DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS. SU DERIVACIÓN INMEDIATA Y DIRECTA DEL PRINCIPIO GENERAL DE BUENA FE. La buena fe se define como la creencia de una persona de que actúa conforme a derecho; constituye un principio general del derecho, consistente en un imperativo de conducta honesta, diligente, correcta, que exige a las personas de derecho una lealtad y honestidad que excluya toda intención maliciosa. Es base inspiradora del sistema legal y, por tanto, posee un alcance absoluto e irradia su influencia en todas las esferas, en todas las situaciones y en todas las relaciones jurídicas. Ahora bien, a partir de este principio, la doctrina y la jurisprudencia han derivado diversas instituciones, entre las que por su importancia para la resolución de problemas jurídicos destaca la llamada doctrina o teoría de los actos propios, que deriva de la regla consignada en el brocardo que reza: venire contra factum proprium, nulla conceditur, la cual se basa en la inadmisibilidad de que un litigante fundamente su postura al invocar hechos que contraríen sus propias afirmaciones o asuma una actitud que lo coloque en oposición con su conducta anterior y encuentra su fundamento en la confianza despertada en otro sujeto de buena fe, en razón de una primera conducta realizada, la cual quedaría vulnerada si se estimara admisible aceptar y dar curso a una pretensión posterior y contradictoria”<sup>22</sup>*

La Jurisprudencia referida, constituye por tanto el fundamento de derecho positivo más específico respecto los alcances y la aplicación de la doctrina de los actos propios en nuestro país. En ella, se establece que el fin de la aplicación de la doctrina de los actos propios a los procesos judiciales es evitar dar efectos a conductas contrarias al principio de buena fe. Asimismo, también busca inhibir aquellos comportamientos procesales en los que se sostienen pretensiones contradictorias con aquellas previamente desplegadas, lo que de suyo podría implicar mala fe, aunque también pudiera ser negligencia o descuido.

Es de resaltar que la aplicación de la doctrina de los actos propios en este sentido, constituye un límite a las posturas que judicialmente pueden adoptar el enjuiciado o el actor, pues no podrán adoptar posiciones contradictorias unas con las otras. Dicho de otro modo, deberán actuar con congruencia y buena fe, partiéndose de la confianza objetiva en la relación jurídica procesal. Con ello, además de establecer un criterio respecto la manera en que han de analizarse los argumentos jurídicos vertidos por

22 *DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS. SU DERIVACIÓN INMEDIATA Y DIRECTA DEL PRINCIPIO GENERAL DE BUENA FE.* 2008952. I.3o.C. J/11 (10a.). Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 17, abril de 2015, p. 1487.

las partes, se dignifica la labor de los litigantes, pues se pretende abandonar las viejas prácticas en las que se llegaban a sostener posturas jurídicas contradictorias y abiertamente incompatibles en un mismo juicio o en distintos procesos relacionados.

Así las cosas y aunado a lo expresado al inicio del presente texto, el papel del juzgador adquiere toda la relevancia posible como garante de la buena fe y la confianza, así como también la seguridad jurídica que demandan todas las relaciones jurídicamente relevantes. En esa línea de pensamiento, pareciera ser que el juez del siglo XXI tiene al menos dos posibilidades argumentativas para sostener la doctrina de los actos propios en tratándose de situaciones que sean aplicables al caso concreto. Veamos esto a continuación.

## 5. EL PAPEL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN CUANTO A LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS

Siguiendo la línea de ideas apuntada, constituye una práctica reiterada de los litigantes dentro de un procedimiento jurisdiccional el hecho de actuar o realizar manifestaciones ante la o el juez, guiándose solamente por lo que convenga para las particulares circunstancias del caso.

Lo anterior, necesariamente implica el hecho de que en ocasiones este instinto de buscar la obtención de una resolución favorable para los intereses de una de las partes conlleva la realización de declaraciones o manifestaciones incluso contradictorias respecto de algún acto propio previamente realizado y de relevancia jurídica para el caso.

Lo apuntado, necesariamente nos lleva a plantearnos las siguientes interrogantes:

- a) ¿Hasta qué punto una juzgadora o juzgador se encuentra constreñido, tanto en sede constitucional como en sede convencional, a realizar un escrutinio estricto para la identificación de posturas contradictorias en el caso de actos propios? Y
- b) ¿Hasta qué punto lo está en sede legal procesal?

Pareciera ser que las anteriores interrogantes, tomando en cuenta el nuevo paradigma de actuación constitucional de los jueces en materia de derechos humanos, pueden ser resueltas con la siguiente afirmación: a una juzgadora o juzgador nunca le sería lícito el admitir posturas contradictorias dentro de un procedimiento cuando se esté ante actos propios de la parte en cuestión. Ello resulta así, aun cuando la litigante argumentase que la contradicción se realiza en *pro* de brindar una adecuada defensa judicial a la persona, física o moral, que corresponda. Para estar en posición de afirmar lo anterior, resulta necesario el distinguir, *grosso modo*, la forma en la que los jueces han participado en el derecho a lo largo de la historia de la modernidad jurídica. Así, cobran relevancia dos aproximaciones al derecho que han estado en los primeros planos jurídicos desde el siglo XIX:

- a) El positivismo jurídico; y
- b) Una visión más axiológica.

Si bien no desconocemos lo complicado y vago de la segunda expresión y la consiguiente dificultad para determinar qué es exactamente, para efectos de este trabajo diremos que es aquella aproximación al derecho en la cual la separación tajante entre derecho y moral no es tan clara como en el positivismo metodológico; asimismo, la Constitución es entendida como norma jurídica con una total eficacia directa; y por último con un papel mucho más activo de la judicatura a la hora de proteger derechos humanos. Posturas claramente ajenas a la concepción positivista clásica del derecho y, por supuesto, también a las corrientes del formalismo jurídico que tanto dañaron al derecho. Es así que pareciera ser que el papel del juez se vuelve determinante y mucho más activo cuando se encuentra ante un acto propio de la litigante que pretende ser contradicho posteriormente por ella misma para obtener un beneficio procesal.

Ahora bien, en sede legal procesal, nos parece que no hay duda ya que inclusive existe un pronunciamiento jurisdiccional de observancia obligatoria para los jueces inferiores: la referida tesis jurisprudencial que reconoce la doctrina en cuestión. Consideramos que además del fundamento positivo de la obligatoriedad jurisprudencial, acreditamos con suficiencia que, conforme a los principios generales del derecho, dicha doctrina tiene cabida en el sistema jurídico mexicano y constituye una importante herramienta interpretativa para las y los juzgadores. No obstante, es importante tratar de ir un paso más allá en interpretación jurídica para así determinar si la doctrina de los actos propios tiene alguna implicación en sede constitucional, por subyacerle algún o algunos derechos humanos.

Para dilucidar si la obligación judicial implica tintes constitucionales, es menester distinguir ciertos conceptos básicos. En primer lugar, el concepto de derechos humanos. Para esos efectos consideramos que son ese “conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas”.<sup>23</sup> Adicionalmente Miguel Carbonell señala que “podríamos decir que todos los derechos fundamentales son derechos humanos constitucionalizados”.<sup>24</sup> En este trabajo, por lo anterior, se entienden como sinónimos los vocablos derechos humanos y derechos fundamentales.

Ahora bien, dentro de los derechos humanos del orden jurídico mexicano se encuentra el derecho de acceso a la justicia. En ese tenor retomamos la opinión de Sancliment Martínez:

*“El acceso a la justicia entraña un ‘derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera*

23 Pérez Luño, Antonio E., Los derechos fundamentales, Madrid, Tecnos, 1991, p. 46.

24 Carbonell, Miguel, Los derechos fundamentales en México, México, Porrúa CNDH-UNAM, 2012, p. 9.

*expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que, a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión. Dicho en otras palabras, el acceso a la justicia es el derecho de toda persona de acceder, cumpliendo los requisitos y formas que señale la Ley, a un procedimiento jurisdiccional”<sup>25</sup>*

El derecho humano de acceso a la justicia tiene su fundamento en los artículos 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En ese sentido, el artículo 17 constitucional señala el derecho de las personas a que *no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio* a saber:

*“Artículo 17 (...) Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales (...)”*

Las obligaciones constitucionales de los jueces en materia de acceso efectivo a la justicia se desprenden, entre otros lugares, del párrafo referido anteriormente.

Por su parte la Convención Americana sobre Derechos Humanos enuncia lo siguiente:

*“Artículo 8. Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (...)”*

Derivado del estándar mínimo del derecho de acceso a la justicia y tutelas judiciales efectivas establecidas por los ordenamientos supremos de México, es posible inferir una problemática en materia de lo que se conoce como doctrina de los actos propios.

Si tomamos como punto de partida el artículo 1º constitucional vigente, nos daremos cuenta de que los derechos humanos son entendidos como límites al poder público en beneficio de las personas en su calidad de soberanas. Así las cosas, los jueces están igualmente vinculados o limitados en su actuar por los derechos humanos. En ese orden de ideas, es importante recordar lo que es el control de constitucionalidad difuso.

El control difuso, por mandato de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el expediente varios 912/2011, fue establecido en México, disipando todas las dudas

25 Sancliment Martínez, Julio E. *La defensoría Pública en México; El acceso a la justicia de los desposeídos*, Mexicanos Contra la Corrupción y la Impunidad, México, 2019.

sobre su existencia que se habían presentado en México desde tiempos remotos. Así las cosas, este control de la constitucionalidad y convencionalidad de los actos, implican un mecanismo de fiscalización incidental por parte de todas las autoridades jurisdiccionales en el ámbito de su respectiva competencia. En otras palabras, nos resulta interesante el reflexionar en torno a dos nuevas interrogantes:

- a) En primer lugar, si un acto de la litigante, que sea contrario a la doctrina de los actos propios, pudiera ser considerado como violatorio del derecho humano de acceso a la justicia en México; y
- b) Si un juzgador que, en su caso, se encuentre ante este tipo de declaraciones contradictorias de la litigante, tiene el deber jurídico de ejercer control de constitucionalidad oficioso y con ello, aplicar por otra vía las ideas de la doctrina de los actos propios.

El analizar las interrogantes planteadas sería excesivo para los fines propuestos por el trabajo, sin embargo, su respuesta la anotamos como una asignatura pendiente para la realización de futuros escritos.

## 6. COMENTARIO FINAL

Como resultado del presente trabajo pudimos constatar después de haber llevado a cabo un análisis que la doctrina de los actos propios tiene plena vigencia en el derecho positivo mexicano. Y no solamente eso, sino que también es de carácter imperativo para los jueces inferiores, según la jurisprudencia emitida y que referimos en el presente texto.

Posteriormente buscamos determinar que dicha doctrina se sustenta fundamentalmente en aquello que Atienza y Ruiz Manero identifican como principios generales del derecho.

Por último y derivado de un análisis holístico del sistema constitucional y político del Estado mexicano, nos surgieron dos interrogantes. En primer lugar, el saber si un acto de una litigante pudiera constituirse como una violación del derecho humano de acceso a la justicia; y, en segundo lugar, si el juez, motivado indirectamente por la doctrina de los actos propios, debe ejercer *motu proprio* un control de constitucionalidad.

Las anteriores interrogantes exceden el objeto del presente trabajo, sin embargo, han sembrado la semilla para futuras investigaciones de los que escriben.

## 7. FUENTES DE CONSULTA

- 1) *Actos propios*, Guías jurídicas, Editorial Wolters Kluwer. Documento disponible en línea en la siguiente dirección: <https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUN->

DE3NDtbLUouLM\_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOc-SoAyKp-hzUAAAA=WKE, consultado el 10 de julio de 2019.

- 2) Adame Goddard, Jorge, El principio de la buena fe en el derecho romano y en los contratos internacionales y su posible aplicación a los contratos de deuda externa, en Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, Buenos Aires, 15, 16 y 17 de septiembre del 2004. Documento disponible en línea en la siguiente dirección: [http://www.robertexto.com/archivo10/buenafe\\_derrom.htm](http://www.robertexto.com/archivo10/buenafe_derrom.htm), consultado el 10 de julio de 2019.
- 3) Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, Sobre principios y reglas, Revista Doxa, Universidad de Alicante. Documento disponible en línea en la siguiente dirección: [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10763/1/doxa10\\_04.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10763/1/doxa10_04.pdf), consultado el 10 de julio de 2019.
- 4) Carbonell, Miguel, Los derechos fundamentales en México, México, Porrúa CNDH-UNAM, 2012.
- 5) Carl Schmitt, La defensa de la Constitución, Editorial Tecnos, Madrid, 1998.
- 6) D. 1, 7, 25.
- 7) DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS. SU DERIVACIÓN INMEDIATA Y DIRECTA DEL PRINCIPIO GENERAL DE BUENA FE. 2008952. I.3o.C. J/11 (10a.). Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 17, abril de 2015, p. 1487.
- 8) Ferrajoli, Luigi, Democracia y garantismo, Trotta, Madrid, 2010.
- 9) Llorens Zapata, Michel, La doctrina de los actos propios. Una regla subsidiaria y eficiente, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2017.
- 10) Padilla Parot, Ricardo Andrés, Por una correcta aplicación de la Doctrina de los Actos Propios, Revista Chilena de Derecho Privado, versión en línea, ISSN 0718-8072. Documento disponible en línea en la siguiente dirección: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-80722013000100004](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722013000100004), consultado el 10 de julio de 2019.
- 11) Pérez Luño, Antonio E., Los derechos fundamentales, Madrid, Tecnos, 1991.
- 12) Salazar Ugarte, Pedro, El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica), en acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Documento disponible en línea en la siguiente dirección: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3271/22.pdf>, consultado el 10 de julio de 2019.

- 13) Salazar Ugarte, Pedro, La democracia constitucional; una radiografía teórica, Fondo de Cultura Económica-UNAM-IIJ, México, 2013.
- 14) Sancliment Martínez, Julio E. La defensoría Pública en México; El acceso a la justicia de los desposeídos, Mexicanos Contra la Corrupción y la Impunidad, México, 2019.



# LOS ABOGADOS EN EL ESTADO DE MÉXICO ENTRE 1824-1835: MÁS APUNTES PARA SU ESTUDIO

Por MARIO A. TÉLLEZ G.<sup>1</sup>

**RESUMEN:** Este trabajo tiene por objeto de estudio el análisis de cómo los abogados lograron titularse en el Estado de México para el primer período federal: 1824-1835.

**PALABRAS CLAVE:** Abogados, Estado de México, Siglo XIX.

**ABSTRACT:** The purpose of this paper is to study the analysis of how lawyers obtained a degree in the State of Mexico for the first federal period: 1824-1835.

**KEYWORDS:** Lawyers, State of Mexico, 19th Century.

**SUMARIO:** 1. LOS ANTECEDENTES. 2. EL ÁMBITO LEGISLATIVO. 3. LA REALIDAD DE LOS ASPIRANTES. 4. ALGUNOS CASOS ILUSTRATIVOS. 5. COMENTARIOS FINALES. 6. FUENTES DE CONSULTA.

## 1. LOS ANTECEDENTES

Habría que comenzar por aclarar que en los inicios de la época independiente no todos los estudiosos del derecho eran abogados porque había quienes estudiaban derecho, conocidos como letrados, y quienes después de haberlo hecho, presentaban su examen para convertirse en abogados.<sup>2</sup> Éstos últimos eran la mayoría.

En estas condiciones podemos señalar que este trabajo tiene por objeto de estudio el análisis de cómo los abogados lograron obtener su título en el Estado de México para el primer período federal, es decir, para los años 1824-1835. Y se decidió así porque existe la intención de prolongar en otros dos trabajos posteriores la misma reflexión para analizar continuidades, rupturas y deferencias a lo largo del siglo XIX, y sobre todo, para ponderar los cambios de régimen.

1 Profesor definitivo de la Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Cuajimalpa.

2 Pensamos que hoy en día la situación se ha sofisticado un poco más. Ahora podríamos hablar que los licenciados en derecho se dividen en tres grupos: 1º. los que han estudiado derecho, se han graduado como tales, obtienen su cédula profesional (la licencia) y se dedican a la abogacía, estos son los abogados propiamente hablando, con todo y que instituciones como la Escuela Libre de Derecho den el título de abogado; 2º. los que han cumplido las mismas etapas pero trabajan en el ámbito público y privado en el campo del derecho pero no como abogados, sino simplemente como funcionarios; y los profesores y/o investigadores del derecho que habiendo cumplido también la misma formación se dedican a enseñar y, a veces también, a investigar sobre el mundo del derecho. Sí hay quienes desarrollan las tres facetas. Muy pocos con éxito en las tres, pero la mayoría sólo en una o dos.

También habría que señalar que hace ya varios años que nos hemos venido ocupando de este tema. Por supuesto que otros investigadores –no muchos– también han incurrido en el mismo tema, aunque para otras épocas y regiones. Sin embargo, para el caso mexicano creemos que Jaime del Arenal y Alejandro Mayagoitia son dos de los impulsores y mejores estudiosos contemporáneos del fenómeno. Lamentablemente ambos profesores están dedicando ahora sus reflexiones a otros asuntos. Por ello, hoy no estaríamos tan seguros de que los abogados sean del interés de los investigadores; basta echar un vistazo a las revistas mexicanas especializadas.<sup>3</sup> Más bien parece que las tendencias en estos momentos se están dirigiendo hacia la administración de justicia y la política de la justicia, cualquier cosa que signifique esto último.

Por otro lado, hay que recordar que el Estado de México se formó a partir de lo que fue el inmenso territorio de la Intendencia de México y que la ciudad de México fue los primeros años, entre 1821 y 1824, capital del país y capital del propio Estado. Esta circunstancia generó una problemática política y económica de grandes proporciones, sobre todo para el propio Estado, y que se sumó a otras tantas que se vivían en el país. Sin entrar por el momento en los detalles, diríamos que la pérdida de la ciudad de México como capital le trajo al Estado de México un grave quebranto económico en sus finanzas y la necesidad de buscar, en un largo y oneroso peregrinar, una nueva sede para sus poderes. Primero se mudó en 1827 a Texcoco, luego a San Agustín de las Cuevas (hoy Tlalpan), y finalmente a Toluca en 1830. Esta problemática se sumó a muchas otras que vivió el país para integrarse como nación independiente. No obstante, el enorme desgaste que esto significó para la clase política, por el otro lado, se dieron espacio para intentar darle viabilidad y destino a la entidad.<sup>4</sup>

## 2. EL ÁMBITO LEGISLATIVO<sup>5</sup>

Como podría esperarse, en virtud de las complicaciones ya referidas, la legislación estatal emitida para el período de estudio no fue particularmente abundante sobre el tema de los abogados, pero no por ello dejó de ser relevante. La presión que tenía el gobierno para intentar darle cauce a ese y otros muchos problemas derivados del arranque del país y de los conflictos propios de la entidad explican en buena medida esa brevedad legislativa. En total, se promulgaron cinco decretos o leyes sobre la manera en la que podría alcanzarse la condición de abogado –y dos más relacionadas con

3 Y nos referimos específicamente a la *Revista de Investigaciones Jurídicas*, editada por la Escuela Libre de Derecho, y a la *Revista Mexicana de Historia del Derecho*, con su antecedente el *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, ambas editadas por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

4 Para acercarse a la problemática del Estado en esos años ver el texto pionero de Macune Jr., 1978, *passim*. Y también Salinas, 2012, *passim*.

5 Ya en otra oportunidad nos referimos a este tema y, por ello, sino hacemos una cita expresa, se entiende que nos referimos a ese trabajo. Aunque es cierto que en aquella oportunidad el texto fue más ambicioso porque se refería a todo el siglo XIX, Téllez, 2009, *passim*.

otros asuntos cercanos al tema—,<sup>6</sup> una en 1824, dos en 1826, una en 1830 y una última en 1834. Vistas en perspectiva, todas estuvieron encaminadas a prolongar el *statu quo* forjado desde el mundo colonial pero al ser emitidas por el Congreso estatal, echando mano de la soberanía estatal, se legitimaba la situación; parecía mucho más fácil continuar con el estado de cosas que plantearse innovaciones que podrían complicar todavía más el panorama. Esto no significa que estas leyes no fueron importantes, porque al ser promulgadas y publicadas por el Congreso Constituyente del Estado está claro que estas disposiciones y todas las demás creadas por dicha institución le dieron sentido y forma al nuevo Estado; aun cuando fuera sólo para prolongar las formas del viejo régimen. Y los aspirantes a abogados, tuvieron por su parte, las condiciones institucionales necesarias para poder ejercer como tales.

Un dato a destacar es que los decretos que aparecieron sobre los abogados coinciden con los períodos de gobierno de Melchor Múzquiz (1824-1826 y 1830-1832) y, en medio de ellos, por su propia renuncia, alternó el gobierno con Lorenzo de Zavala (1827-1830 y 1833).<sup>7</sup> Y decir alternar, hay que señalarlo, es un eufemismo porque en realidad se trató de una lucha sin tregua entre los bandos de masones a los que pertenecían estos personajes, escoceses y yorquinos respectivamente, los cuales se disputaron en el período de estudio entre sí y frente a otros grupos no sólo el control de la entidad sino del país. La verdad desconocemos la razón por la que sólo Múzquiz se ocupó de los abogados pero resulta interesante destacar su preocupación sobre la materia.

El primer decreto 15 fue de junio de 1824<sup>8</sup> y allí se abordaron básicamente cuatro puntos en los que se intentaba de una forma un poco deshilvanada dar inicio a un difícil comienzo de la administración estatal: 1º. poner orden a los cursos que había que pasar para ser abogado; 2º. Cuándo podía iniciarse las prácticas en estudio de abogado; 3º. limitar las dispensas que podían obtener los estudiantes para el mismo fin; y, 4º. los requisitos que debían reunir quienes querían examinarse para abogados que eran básicamente los mismos que en la Colonia; los cuales fueron precisados en 1826 en otro decreto. Sobre el primer y cuarto puntos volveremos más adelante, por ahora sólo vale la pena destacar la parte del tercero que refiere a que los estudiantes podían iniciar sus prácticas de abogado “sin necesidad de graduarse” de los cursos, que era la última etapa antes de presentar el examen para recibirse de abogado. Y podemos intuir simplemente que se trataba de evitarles gastos a los estudiantes. Son innumerables las referencias que hay sobre las dificultades económicas que tenían para solventar los gastos en el trayecto de sus estudios y para concluirlos. Las dispensas, no eran otra cosa que las excepciones que los estudiantes solicitaban al gobierno para evitar la conclusión de alguno o algunos cursos para presentarse al examen de abogado así

6 Decreto 52, T.I, en el que se prohibía litigar a los familiares de los juzgadores en su jurisdicción y decreto 6, T.II, que prohibía que los abogados fueran nombrados como consejeros del gobernador, Téllez (b), 2001.

7 Índice Cronológico..., pp.63-65.

8 Decreto 15, T. I, Téllez (b), 2001.

como del tiempo de práctica en un estudio de abogado. Aunque también las hubo para ejercer la profesión libremente por alguna limitante.<sup>9</sup> En general, se puede decir que las dispensas también fueron numerosas a lo largo del período. Esta práctica tampoco era nueva y existió desde el mundo colonial.<sup>10</sup>

Para 1826 se expidieron dos decretos. Uno en abril (decreto 63) y el otro (decreto 65) en junio.<sup>11</sup> En aquél se declaraba brevemente que todos los abogados del país estaban habilitados para “ejercer sus funciones en el Estado sin necesidad de matrícula en el colegio de abogados”. Y las razones de esta disposición tenían que ver principalmente con la necesidad de incorporar abogados en los distintos ámbitos de la vida estatal, restándole poder al Colegio de Abogados asentado en la ciudad de México –además de que desapareció de forma intermitente en esos años–<sup>12</sup> y por la mudanza que los poderes estatales harían a San Agustín de las Cuevas (hoy Tlalpan) en unos pocos meses. Había que permitir la movilidad de otros abogados procedentes de distintas zonas del país a la entidad. Hay evidencias documentales de que por lo menos desde 1823 existieron esfuerzos por parte de la Diputación Provincial de México –antecedente político del Estado de México–, en particular del olvidado pero importante diputado Benito José Guerra para incorporar letrados a los juzgados de primeras letras. Para 1826 los esfuerzos continuaron pero sin los mejores resultados. Había 37 plazas de juzgados de primeras letras, según el presupuesto local, y apenas 27 tenían titulares. Al parecer un abogado podía tener mejores ingresos litigando de forma libre que incorporándose a la administración pública. Hay registros de las inconformidades de algunos de ellos por el retraso en el pago de los salarios como jueces de primeras letras así como por la escasez de los mismos. Aunado al hecho de que la política de “profesionalizar” a los gobiernos incorporando abogados a la administración no era privativa del Estado de México sino era una política nacional.<sup>13</sup>

El otro decreto (65) de junio de 1826 es relativamente breve, apenas con dos artículos –el primero con tres fracciones– pero en los hechos formalizó la continuidad casi de todas las formas coloniales a la vida republicana para convertirse en abogado, *mutatis mutandi*, y dando precisión a lo que ya se había apuntado desde el decreto anterior de 1824. En el primer artículo de ese decreto 65 se establecieron los requisitos para ser abogado: 1º. Haber estudiado jurisprudencia en alguno de los colegios de la república; 2º. Haber practicado por tres años en un estudio de abogado; y, 3º. Haber sido examinado por el Supremo Tribunal de Justicia estatal, los cuales, eran similares a los

9 A manera de ejemplo decreto 100, por el que se dispensa a Joaquín Ruiz de Olloqui sobre sus estudios de jurisprudencia para que presente su examen de abogado; decreto 356, dispensando a Joaquín Ramírez España de varios requisitos para recibirse de abogado; decreto 369, dispensando a varios abogados de la edad necesaria para optar por una plaza en el Poder Judicial; decreto 374, dispensando al Lic. Manuel Tejada de la edad necesaria para ejercer como abogado, T.II, Téllez (b), 2001.

10 Staples, 1982, p.82.

11 Decretos 63 y 65, T.I, Téllez (b), 2001.

12 González, “La Academia de Jurisprudencia...”, pp.1401-1409.

13 Téllez (a), 2001, p.118 y ss.

que se pedía desde el Antiguo Régimen, pero introdujo un cambio muy importante al señalar precisamente que se presentaría un examen ante el Supremo Tribunal –no ante la Audiencia–, en vez de los dos que los usos habían establecido. Antes, primero se presentaba un examen ante la Academia Teórico Práctica y luego, uno segundo, ante la Audiencia. Y es en este punto en el que cobra gran relevancia el artículo 3º porque, por un lado, intentó dar un paso más en la lucha que había en la entidad por establecer la división de poderes, frente a la oposición que representó la propia Audiencia para concretar la división de poderes en la entidad, y por el otro, tomar distancia de la Academia Teórico Práctica y del Colegio de Abogados que estaban asentadas en la Ciudad de México y que no cambiarían de residencia como lo tendría que hacer el Estado; aunados a los problemas que el propio Colegio tuvo para sobrevivir luego de su desaparición entre 1826 y 1829.<sup>14</sup> Este decreto también añadió la frase “mientras se arregla definitivamente esta materia”. Lo cual dejaba a la vista que el gobierno tenía pensado algo para más tarde. Pero lo que no se explica ni se sabe es por qué no lo resolvió en ese momento. Podemos suponer que se trata de problemas a los que ya nos hemos referido, por un lado, que fueron las luchas intestinas de poder las que determinaron que se postergara el arreglo definitivo al que se alude. Particularmente la lucha por desaparecer a la Audiencia local para consolidar el concepto de la división de poderes, y por el otro, la disputa por la ciudad de México entre el ámbito la federación y el Estado, con la consecuente discusión sobre la mudanza o no de las instituciones allí asentadas o la creación de otras nuevas.

Así, casi cuatro años después en 1830<sup>15</sup>, tardó en llegar la solución al problema, cuando se publicó, en los hechos, la última disposición relacionada con los abogados del período, la cual se refirió precisamente al primer examen para los aspirantes a abogados.<sup>16</sup> Este decreto detalló que además de cumplir con lo establecido por las leyes vigentes, básicamente el decreto 65, presentarían un primer examen ante “letrados” elegidos por el gobernador; lo cual significaba que los sinodales podrían no ser abogados, es decir, sólo profesores de derecho; circunstancia que se confirma porque agregaba que los aspirantes debían “ser calificados por riguroso examen en la ciencia de los derechos”, y no hacía referencia expresa a la práctica. El examen debía durar entre hora y media y dos cuando máximo, y era necesario acreditarlo para presentar el segundo ante el Tribunal, con el mismo tiempo de duración.<sup>17</sup> Con esta decisión se terminó definitivamente, hay que reiterarlo, con la dependencia del Colegio de Abogados y de la Academia Teórico Práctica.

14 González, “La Academia de Jurisprudencia...”, pp.1401-1409.

15 Decreto 124, T. I, Téllez (b), 2001.

16 En el Estado de Querétaro se solicitaban los mismos requisitos: grado de bachiller, haber practicado en un estudio y presentar dos exámenes ante “la Junta de Juristas” y ante el Tribunal, Jiménez G., 2008, pp. 70 y ss.

17 Lo mismo sucedía en el ámbito nacional. Así lo confirma el “magistrado” de la Suprema Corte Justicia Manuel de la Peña y Peña en sus *Lecciones de Práctica Forense mexicana*, T. I, pp.285-288. Obra que por cierto fue financiada por el Congreso del Estado de México, que aportó 300 pesos para la primera edición. Decreto 457, Téllez (b), T. II, 2001.

Es cierto que en enero de 1834 se expidió otro decreto que contenía la “Ley Orgánica de la Instrucción pública del Estado de México”<sup>18</sup> y que trató de impulsar un ambicioso proyecto educativo que incluía desde las primeras letras hasta la formación universitaria en toda la entidad. Sin embargo, su vigencia fue tan corta –apenas duró unos meses– que lo mencionamos porque fue promulgado pero muy posiblemente no tuvo ningún efecto en la realidad educativa ni de los abogados ni de todo el sistema educativo.<sup>19</sup> Pero aun así es interesante observar que lo planteado por sus impulsores tampoco difería profundamente de lo que había hasta esos momentos para el caso de la “jurisprudencia” y de lo que debía ser la formación de un abogado. El decreto estableció que la carrera se estudiaría en cinco años de la siguiente forma:

- 1º. Año. Derecho constitucional, administrativo y economía política.
- 2º. Año. Derecho internacional y patrio civil.
- 3º. Año. Derecho patrio civil.
- 4º. Año. Derecho patrio penal y medicina legal.
- 5º. Año. Derecho público eclesiástico e historia de la Iglesia.

En los cuatro primeros años se incluirían también historia y literatura. El añadido de patrio se refería a la necesidad de incorporar a la enseñanza la legislación nacional, y local, si la hubiera, que se hubiera expedido hasta ese momento pero sin dejar de reconocer que esas materias y todas las demás descansaban sobre los conocimientos originales incorporados principalmente desde Europa. Todos los profesores ganarían 1200 pesos anuales, con excepción de estos últimos que recibirían 1500. Concluidos estos cinco años el estudiante debía practicar un año más en alguno de los tribunales del Estado, como ya se estaba practicando. Y aunque la ley no lo aclara, suponemos que después de esta formación el estudiante debía presentar su examen ante el Supremo Tribunal. No obstante, a pesar del esfuerzo legislativo nada sirvió porque como ya lo dijimos, este decreto fue declarado sin efectos muy pronto.

### 3. LA REALIDAD DE LOS ASPIRANTES

Para estos complicados años del primer período republicano conocemos los expedientes de 67 exámenes de abogados que fueron desahogados por las autoridades del Estado de México (ver la Tabla I que está al final),<sup>20</sup> los cuales pueden mostrar la trayectoria administrativa que siguieron en la realidad estatal si los contrastamos con la legislación. Obviamente que no fueron todos los que se presentaron pero sí suficientes

18 Decreto 366, T.II, Téllez (b), 2001.

19 Decreto 437, T.II, Téllez (b), 2001.

20 Para el Estado de Querétaro en el mismo período se tienen contabilizados apenas 16 expedientes, Jiménez G., 2008, p.743.

para apreciar diferencias y continuidades. A través de los expedientes podemos revelar cómo se aplicó la legislación así como las dificultades que vivieron los aspirantes. Antes de entrar al análisis, tenemos que aclarar que del universo de expedientes, el primero de ellos, aun cuando inició durante el primer Imperio, fue considerado en nuestra contabilidad porque la resolución final estuvo a cargo de las autoridades estatales.<sup>21</sup>

Sin embargo, sería muy laborioso y no abonaría a la explicación exponer el desarrollo administrativo que recorrieron cada uno para alcanzar su objetivo. En términos generales fue el mismo. En cambio, acercarse a algunos casos resulta ejemplificador.

Previamente comencemos por hacer algunas consideraciones panorámicas. A partir de la Tabla I, se puede observar que es desde el año de 1827 cuando comenzó una demanda importante de solicitudes para examinarse de abogado; antes hubo muy pocas y las tres que comenzaron en 1826 fueron entre agosto y septiembre, curiosamente poco después del decreto de junio de ese año –explicado arriba–, que (re)estableció para la entidad formalidades muy similares a las que se tenían desde la Colonia para obtener el título de abogado. Y parece lógico si se piensa en la incertidumbre que hubo entre el final de la Colonia y el inicio del período independiente. Al final del período, las solicitudes descendieron sensiblemente a partir de 1830, baja que se prolongó hasta 1834, cuando se registró un repunte, probablemente porque se preveía el final del régimen federal, el inicio del centralismo y de nuevo la incertidumbre ante el futuro inmediato.

Por otra parte, hay que reconocer, al menos para este universo de expedientes, que fueron desahogados con bastante celeridad porque apenas cuatro aspirantes tardaron poco más de dos años en obtener su título y los cuatro, digamos, se ubican en los extremos del período. Más todavía, si se observan con detenimiento las fechas, la gran mayoría de los aspirantes obtuvieron su título en un plazo no mayor de un año (ver la Tabla I) y muchos de ellos, sobre todo en los años que se registraron más solicitudes, la diferencia es apenas de unos pocos días. Pero además, sin saber cuántos abogados pudieron titularse realmente en el período, no hay elementos que permitan prever que de conocerlos todos pudieran tener un comportamiento distinto. Lo cual revelaría definitivamente, teniendo en cuenta la conflictividad en la entidad, que en este caso la administración pública operó, como pocas veces, de forma eficiente. Al menos si lo medimos por el tiempo de inicio y término de la gestión; partiendo del principio de que los aspirantes reunieron todos los requisitos para tal efecto.

Ahora bien, de regreso a la Tabla I, es posible que la baja de solicitudes que se aprecia entre 1830 y 1834 se pueda explicar, al menos de forma parcial, por dos cuestiones. La primera es la publicación del decreto de 1830, cuando se decidió que serían letrados nombrados por el gobernador quienes aplicarían el primer examen y entonces en vez de presentar uno, debían presentar dos exámenes. Y la segunda tiene que ver con la

---

21 Téllez, 2012.

segunda mudanza de la capital del Estado –fue de Texcoco a Toluca– y el consecuente traslado de los poderes, cuando era el Supremo Tribunal quien debía aplicar el segundo examen. Por supuesto que estas conjeturas están sujetas a contraste con otras investigaciones o fuentes; nuestros expedientes no nos proporcionan ninguna pista al respecto.

Otro elemento que sobresale del universo de expedientes tiene que ver con el tipo de examen que presentaron los aspirantes porque revela los conocimientos y habilidades que se esperaban de los aspirantes. Queda evidencia del examen que se presentaba a la Audiencia primero y al Tribunal Supremo después, porque fue práctica común que dicho examen estuviera anexado en el propio expediente. Podemos decir que estos exámenes se dividieron en teóricos,<sup>22</sup> es decir, en los que se les cuestionaba a los aspirantes sobre algún o algunos tópicos de lo que ahora conocemos como dogmática jurídica y que tenían que exponer, y en teóricos prácticos,<sup>23</sup> éstos consistían en plantearles un hipotético problema jurídico en el que debían dar una opinión, respuesta o solución. Todavía no se les daba un expediente real para que proyectaran una sentencia, como sucedería poco después. La gran mayoría, en el período que nos interesa, de forma evidente fueron teóricos en materia civil, otros menos teóricos prácticos en la misma materia y algunos en materia teórica y teórico criminal. Esta estimación nos sirve para suponer que la formación que se esperaba de los aspirantes iba en la misma proporción, es decir, querían prepararlos predominantemente en el ámbito civil y ya después en la práctica incorporarían otros conocimientos y habilidades si los necesitaban. Y esto no debe sorprendernos porque sabemos que en esa época sólo había dos materias de estudio jurídico, el derecho civil, que dominaba el pensamiento y el derecho criminal, que de hecho los estudiosos lo consideraron un desprendimiento de aquel hacia finales de la Edad Media. Por su parte, el derecho constitucional y el derecho adminis-

22 A manera de ejemplo ver el examen de Luis Pereda, “Un resumen del juicio criminal con el fundamento y fin de cada una de sus partes esenciales”, 1826; el examen de Joaquín Muñiz, “Explique el examinado el recurso de nulidad y sus clases, como también el de juicio su responsabilidad y sus especies, con la diferencia que hay entre uno y otro”, 1830; el examen de Alejandro Villaseñor, “Explique el examinado todo lo relativo a prendas e hipotecas: diferencias que se notan entre unas y otras: efectos que producen y acciones que de cada uno dimanar, con el modo y términos en que deben usarse”, 1834; el examen de Manuel Ruiz de Castañeda, “Explique el examinado las clases de pruebas, tiempo, y modo de proponerlas en juicio, y como las debe admitir el juez”, todos en Téllez, 2012.

23 Como ejemplo ver el examen de Donaciano Mendoza y Castañeda, “Autos seguidos por el Br. Nicolás Amorta contra el Br. Juan Hernández sobre el desagüe de una casa en Tenango. Los seguidos por D. Pedro López contra D. José Suárez de Andrade sobre pesos. Los seguidos por D. José Leonel Gómez contra Antonio C. Castaño sobre pago de su salario en las medidas de unos ejidos”, 1823; el examen de Josef Ildelfonso Amable y Guerra, “Mandó uno hacer un poso en su casa, situada en un mineral, y como cavando un peón encontrase una veta de mina, suspendió el trabajo y la denunció. El dueño de la casa y de la obra, q. de su causa y orden se hacía, ocurrió luego la denuncia también la mina. Se pregunta ¿a cuál de los dos corresponde la mina exponiendo los fundamentos que se haga a favor del uno y del otro y les de la decisión?”, 1827; el examen de Manuel Maniau y Mangino, “Explique el examinado los fundamentos del Sistema de Juzgados en Inglaterra en las causas criminales si es aplicable a cualquier otra Nación y si sera útil o perjudicial a la que esté, como la nuestra, recién salida de una injusta opresión de nuestros derechos de libertad e independencia”, 1829, todos en Téllez, 2012.

trativo eran apenas incipientes, de allí que no fueran objeto de preguntas, al menos, en los exámenes escritos.

#### 4. ALGUNOS CASOS ILUSTRATIVOS

Comencemos con el caso del bachiller Donaciano Mendoza y Castañeda que en 1823, momento en el que la Diputación Provincial de México estaba dando paso a la constitución del Estado de México, presentó una solicitud de dispensa de diez meses de práctica forense dada por el Soberano Congreso Nacional Constituyente, que le fue concedida, acompañada de otras certificaciones que avalaban sus estudios, para presentar su examen de abogado por las apremiantes condiciones económicas que atravesaba –misma razón presentada por muchos de sus colegas de época–. Dicha solicitud fue conocida por el gobernador del Estado Melchor Múzquiz en la ciudad de México, en virtud de que se había determinado que esta materia era del ámbito local, y expresó:

Este gobierno que ningún conocimiento tiene de las circunstancias que concurren en el ciudadano Donaciano Mendoza Castañeda, expondría su juicio y acaso comprometería el del Congreso a una resolución que no fuese justa pero aun prescindiendo de esto y suponiendo que el pretendiente tenga todas las que se requieran, la ley aún vigente que marca el tiempo que deben practicar los pasantes, cree el gobierno no debe dispensarse, como ninguna otra mientras que se considere justa [sic], y no siendo acaso por la varias circunstancias que puedan haber sobrevenido, deberá modificarse o derogarse, cuya atribución es propia del Poder Legislativo [se modernizó la ortografía].

La Comisión de Legislación opinó diferente y consideró justa la solicitud del bachiller Mendoza y Castañeda. Más tarde, su primer examen lo presentó en el “Ilustre Colegio de Abogados”, que aprobó y el segundo ante la Audiencia “de esta Corte” [sic] en julio de 1824:

por lo que habiendo jurado a Dios nuestro señor y la señal de la Santa Cruz según la última fórmula prescrita por el Soberano Congreso Constituyente cumplir bien y fielmente las obligaciones de su cargo con arreglo a las leyes [...], que conforme a estos llevará derechos a las partes, ninguna a los pobres ni en asuntos del Servicio Nacional, guardando secreto en los que lo demanden, y que defenderá el misterio de la Purísima Concepción de Nuestra Señora la Virgen María [...] dijeron: Que aprobaban y aprobaron para abogado [...] al Licenciado Don Donaciano Mendoza.<sup>24</sup>

Además de coincidir en lo general con otras muchas de las dispensas de la época, en esta solicitud quedó evidenciado el descontrol que había todavía en el ambiente para tener claridad sobre qué autoridad debía darles cause y sobre la diversidad de opi-

24 “Dispensa de ley. Dn Donaciano Mendoza y Castañeda sobre que se le dispense tiempo de practica para recibirse de Abogado”, Téllez, 2012.

nión entre el Ejecutivo y el Legislativo para aceptarlas o rechazarlas. Esta clase de solicitudes determinaron que el año siguiente la legislatura comenzara a regular la materia como quedó explicado en el segundo apartado. Y también quedó de manifiesto, aunque de forma breve, la postura que la Audiencia tenía sobre la situación del país, al reconocerse como la “Audiencia de esta Corte”, cuando era claro que para esos momentos era ya una audiencia territorial y pertenecía a una república no a un reino. Se sabe de la lucha feroz que por largo tiempo mantuvo la Audiencia en contra de la emancipación de la Corona primero y, luego, de la implantación del concepto de la división de poderes en el Estado, en ello, como sucedería al final del período, le iba su sobrevivencia.

Por su parte, Pablo Martínez solicitó recibirse de abogado el 31 de marzo de 1827 y para ello presentó su solicitud al fiscal del Tribunal en Texcoco, acompañada de varios documentos que acreditan que estudió tres años derecho civil en el “Colegio Seminario de México”, que estuvo por igual tiempo en el estudio del magistrado de la Suprema Corte de Justicia de Justicia Manuel de la Peña y Peña y del Lic. Ignacio Conejares (?). “Por consiguiente he cumplido el tiempo que señala el último decreto expedido por el honorable Congreso del Estado, a los que quieran recibirse de abogado”, refiriéndose al decreto 65; el cual, no hay que olvidarlo, advertía era vigente: “mientras se arregla definitivamente esta materia”. El 5 de abril presentó su examen ante el presidente y magistrados del Supremo Tribunal quienes con las formas de la época lo aprobaron para ejercer como abogado, en función de su “reconocida aptitud y competente instrucción”.<sup>25</sup> Y en efecto, en el expediente queda claro que sólo presentó un examen, el del Tribunal, y con ello cobra sentido la advertencia, lo cual se cumpliría hasta 1830, cuando en el decreto 124 de ese año se estableció puntualmente el tema de los dos exámenes que debían presentarse. La misma situación sucedió con los demás solicitantes de esos años hasta que finalmente se expidió ese decreto de 1830 que restituyó los dos exámenes y que posiblemente fue el causante de que hubiera una baja en las solicitudes.

Más tarde, en 1828, año en el que por primera vez se tiene registrada una buena cantidad de expedientes, presentó el bachiller Tirso Vejo una solicitud para ser examinado de abogado en Tlalpan.<sup>26</sup> Dos días después el Supremo Tribunal dio cuenta que presentó su único examen y fue aprobado por la “reconocida aptitud y competente instrucción del pretendiente”, es decir, usando las fresas hechas para la ocasión. También quedó registrado que el año anterior el Congreso local lo había dispensado de ocho meses de práctica en estudio de abogado y con esta condición pudo cumplir con los requisitos establecidos por el decreto 65.

En efecto, la situación cambió a partir de la publicación del decreto 124 de junio de 1830, lo cual, se puede apreciar claramente en la solicitud que hizo José Victoriano

25 Ídem.

26 “Solicitud de Br. Dn Pablo Martínez” sobre recibirse de abogado, Téllez, 2012.

Martínez en Toluca. Después de haber iniciado los trámites de graduación el 20 de octubre de 1831 aparece un documento que dice: “Acompaño a ustedes los documentos del B. José Victoriano Martínez con la calificación que ha hecho la Junta Examinadora para que el Ex. Supremo Tribunal proceda a examinarlo con arreglo a lo que determina la ley” y firmó el Lic. Mariano Buen Abad. También integraron la Junta los licenciados José Ma. Heredia y J. Urbano Fonseca. El segundo examen, el del Tribunal, que también aprobó, lo presentó dos días más tarde. Es decir, había concluido el interregno establecido por el decreto 65; el período en el que los aspirantes sólo presentaban un examen no sería más.

Para terminar podemos decir que a partir del decreto 124 de 1830 la situación volvió a las formas que desde un inicio se habían querido en el Estado, las acostumbradas desde la Colonia, sólo que ahora encabezadas por las autoridades estatales, esto es, quienes aspiraran a convertirse en abogados debían terminar sus estudios de jurisprudencia en alguna institución educativa, tener la práctica en un estudio de abogado y presentar los dos exámenes correspondientes. Sin embargo llegar a este punto fue complicado y demoró algunos años y cuando finalmente se logró, muy pronto terminaría el primer período federal y las cosas posiblemente probablemente cambiarían de nuevo.

## 5. COMENTARIOS FINALES

A lo largo de poco más de una década, que conformó el primer intento federalista mexicano, hemos podido apreciar que la duda o la incertidumbre fue una de las notas constantes para el Estado de México. Mayor a la que sufrieron sus pares del pacto federal porque perdió su capital original en virtud de la intensa lucha que mantuvo con la federación y los demás estados por el control de la ciudad de México y, sobre todo, por los recursos económicos y el poder político que allí se generaba. Sabemos que el desenlace de esa lucha fue que el Estado de México perdió y tuvo que mudarse a una nueva capital pero la trashumancia duró poco más de 3 años porque pasó por igual número de ciudades hasta terminar en Toluca en 1830. Así que además de las pérdidas económicas derivadas de la salida de la Ciudad de México, la entidad tuvo que lidiar no sólo con los gastos ordinarios sino con los extraordinarios para mover a la capital de un lugar a otro. Por supuesto que esto no es una novedad y la historiografía mexicana ha dado buena cuenta de ello.

En el caso particular de los abogados hubo la idea generalizada de prolongar los usos forjados desde el mundo colonial, como creemos que sucedió en la mayor parte del país, aun cuando para los aspirantes del Estado, dejar la ciudad de México, les significó perder la oportunidad de recurrir al Colegio de Abogados y a la Academia Teórico Práctica, a donde estuvieron asentadas estas instituciones –aunque por momentos desaparecidas–, para presentar el primer examen en la ruta para alcanzar el grado. Las autoridades locales, mientras tanto, tuvieron que improvisar y prescindir de ellas, graduando algunas generaciones sólo con un examen, circunstancia que duró prácticamente los mismos tres años de la mudanza, de 1827 a 1830, y que representaron una

cantidad importante de graduados para el período. Pensamos que esta circunstancia estuvo relacionada con la lucha que tuvo la Suprema Audiencia primero, convertida en Audiencia Territorial después, por sobrevivir al cambio de régimen. La institución de Supremo Tribunal del estado, con la incorporación del concepto de la división de poderes, chocaba con su permanencia, sin embargo, la Audiencia se negaba a desaparecer y sus integrantes a perder los privilegios que habían acumulado con los siglos. Esta lucha afectó de forma directa la titulación de abogados hasta que finalmente el Estado ganó la batalla en 1830.

Otra de las características de la época fueron las constantes dispensas que solicitaron los aspirantes por no reunir todos los requisitos para convertirse en abogados. Las faltas más recurrentes fueron tener el bachillerato inconcluso o no haber terminado el plazo de práctica en algún estudio de abogado. Las autoridades estatales hicieron un esfuerzo permanente por eliminar las dispensas pero la realidad caótica que se vivía terminó por imponerse y una y otra vez tuvieron que hacer excepciones. La naciente burocracia local y la administración de justicia en lo particular demandaban con urgencia abogados que pudieran atender los juzgados y litigantes que pudieran representar a los particulares en los tribunales. Aun así, a todo lo largo del siglo XIX y en buena parte del XX no hubo abogados suficientes para colmar los espacios que se necesitaban.

No conocemos las experiencias de la ciudad de México, una vez que se marcharon los poderes estatales, y muy poco las de otros estados con respecto al tema que aquí abordamos y por ello tenemos pocos puntos de comparación. Lo que sí podemos conjeturar ahora, a partir de los datos que poseemos, es que el Estado de México, a pesar de todos los pesares, dio atención a la graduación de abogados, promulgando decretos que buscaron solución al problema, aunque fuera de manera coyuntural, y del que los solicitantes echaron mano, logrando con ello un eficiente funcionamiento de la administración pública, si por ello consideramos la rápida conclusión de los trámites para presentar el examen de abogado. Circunstancia que posiblemente cambiaría con el cambio de régimen cuando el país se hizo centralista.

**TABLA I**

	<b>Inicio / término</b>	<b>Nombre del aspirante</b>		<b>Inicio / término</b>	<b>Nombre del aspirante</b>
1.	20/12/1820 a 19/05/1825	Sabino Ma. Rivera Melo	35.	27/10/1828 a 06/05/1829	Patricio Pérez
2.	03/12/1823 a 22/07/1824	Donasiano Mendoza y Castañeda	36.	06/01/1829 a 08/01/1829	José Antonio Valdez y Carrillo
3.	16/08/1826 a 01/09/1826	Juan Rodríguez	37.	04/03/1829 a 07/07/1829	Joaquín Ruíz de Olloqui
4.	17/08/1826 a 26/08/1826	Atanasio Saavedra	38.	11/08/1829 a 14/08/1829	José Ignacio Márquez

	<b>Inicio / término</b>	<b>Nombre del aspirante</b>		<b>Inicio / término</b>	<b>Nombre del aspirante</b>
5.	20/09/1826 a 28/09/1826	Luis Pereda	39.	13/10/1829 a 16/10/1829	Manuel Maniau y Mangino
6.	31/03/1827 a 05/04/1827	Pablo Martínez	40.	20/11/1829 a 04/12/1829	Miguel Torres y Artazo
7.	09/05/1827 a 29/05/1827	Francisco Suárez	41.	04/12/1829 a 20/12/1829	Fco. Javier Valdez Cárdenas
8.	17/05/1827 a 22/05/1827	José Lázaro Villamil	42.	29/10/1829 a 17/02/1830	José Francisco Serrano
9.	23/05/1827 a 26/05/1827	Antonio Madrid	43.	02/12/1829 a 22/01/1830	José María Cora
10.	03/07/1827 a 09/07/1827	Miguel Prudencio Sagaseta e Ylierdóz	44.	10/03/1830 a 13/03/1830	Joaquín Muñiz
11.	13/08/1827 a 19/09/1827	Arcadio José Pacheco	45.	21/06/1830 a 25/06/1830	Félix Valoiz de Rojo
12.	14/12/1827 a 17/12/1827	Juan Bautista Lozano	46.	19/04/1830 a 22/10/1831	José Victoriano Martínez
13.	27/01/1827 a 30/01/1829	José Ignacio Boneta	47.	¿?/1831/04 a 1831/03/03	José María Lacunza
14.	09/05/1827 a 07/01/1829	Bernardo María del Callejo y Saravia	48.	10/12/1831 a 22/12/1831	Anastasio de la Pascua
15.	09/01/1827 a 21/12/1829	Josef Ildefonso Amable y Guerra	49.	22/07/1831 a 06/03/1832	Luis Couto
16.	10/01/1828 a 12/01/1828	Mariano Macedo	50.	02/10/1832 a 20/10/1832	Juan Rodríguez
17.	15/01/1828 a 17/01/1828	Manuel de la Peña	51.	12/10/1833 a 23/11/1833	Manuel Tejada y Bosica
18.	16/01/1828 a 18/01/1828	Manuel Ruíz de Castañeda	52.	15/01/1834 a 20/01/1834	Rafael Zavala
19.	28/02/1828 a 01/03/1828	José María Angulo	53.	15/01/1834 a 22/01/1834	Juan de la Portilla
20.	01/03/1828 a 30/03/1828	Vicente Ordozgoiti	54.	16/01/1834 a 20/01/1834	Mariano Solórzano
21.	17/03/1828 a 20/03/1828	Mariano Amezcua	55.	25/01/1834 a 15/04/1834	José de Zúñiga y Ontiveros
22.	16/04/1828 a 18/04/1828	José Guadalupe Arriola	56.	29/01/1834 a 03/05/1834	Mariano Sánchez Aparicio
23.	07/05/1828 a 09/05/1828	Tirso Vejo	57.	15/03/1834 a 02/05/1834	Francisco Peñaflores
24.	19/05/1828 a 21/05/1828	Manuel Sánchez Hidalgo	58.	25/04/1834 a 06/05/1834	Juan María de Mirafuentes
25.	19/07/1828 a 23/07/1828	José Antonio Alvarado	59.	29/04/1834 a 16/05/1834	Agustín Pérez Gavilán

	Inicio / término	Nombre del aspirante		Inicio / término	Nombre del aspirante
26.	02/08/1828 a 13/08/1828	Vicente Botello	60.	14/04/1834 a 21/07/1834	Pedro María Conejo
27.	18/08/1828 a 20/08/1828	Joaquín de la Peña y Medina	61.	16/05/1834 a 30/05/1834	Gabriel Sagaseta
28.	02/09/1828 a 04/09/1828	Francisco Barrera	62.	08/05/1834 a 10/09/1835	Alejandro Villaseñor
29.	02/09/1828 a 06/09/1828	Pedro Pérez Alamillo	63.	24/05/1834 a 30/05/1836	José María Andonaegui
30.	07/10/1828 a 09/10/1828	Lorenzo de Arellano	64.	10/03/1835 a 25/03/1835	José María Urquidi
31.	27/11/1828 a 09/12/1828	José Rafael de Regil	65.	17/03/1835 a 27/10/1836	Francisco Couto
32.	16/04/1828 a 23/06/1829	Manuel Taboada	66.	25/04/1835 a 16/05/1837	Cástulo Barreda
33.	18/04/1828 a 03/06/1829	Agustín Díaz	67.	04/06/1835 a 17/03/1837	Manuel Ruíz de Castañeda <sup>27</sup>
34.	02/09/1828 a 23/10/1829	Rafael Baz y Guzmán			

## 6. FUENTES DE CONSULTA

González, María del Refugio. “La Academia de Jurisprudencia Teórico-Práctica en México. La importancia de su labor docente para la práctica forense (1811-1876), file:///Users/usuario/Downloads/22193-1-70298-1-10-20120829%20.pdf

Índice Cronológico de los Gobernantes del Estado de México y de los beneméritos y ciudadanos del mismo formado por el c. Aurelio J. Venegas, Toluca, Talleres de la Escuela de Artes, 1912.

Jiménez G., Juan Ricardo. *Formación y discurso de los juristas. Estudios y exámenes recepcionales de los abogados en Querétaro en el siglo XIX*, México, UAQ, 2008.

Macune Jr, Charles W. *El Estado de México y la federación mexicana*, México, FCE, 1978.

Peña y Peña, Manuel de la. *Lecciones de Práctica Forense Mexicana*, T. I, México, Imprenta a cargo de Juan Ojeda, 1835 (edición facsimilar de 2002).

27 Es muy interesante hacer notar que en el expediente de Manuel Ruiz, como no lo habíamos visto antes, cuando el Supremo Tribunal lo examinó, al tradicional discurso de aprobación, añadió una frase por la que lo exhortaba a seguir practicando en el estudio de algún abogado para que se “afanzara en sus conocimientos”, lo cual significa permite suponer que hizo un muy mal papel en la sesión de preguntas y respuestas o en el examen escrito, o en ambos, y por ello estuvo a punto de reprobado, porque más adelante hizo la petición de que se le diera un nuevo título en donde se suprimiera esa “cláusula”, en virtud de que ya había cumplido con ella y además le estaba causando problemas en su vida profesional; petición que le fue concedida. “Solicitud del C. Manuel Ruiz de Castañeda, para recibirse de Abogado”, Téllez, 2012.

Salinas, Carmen. “El primer federalismo del Estado de México, logros y desavenencias, 1827-1835”, Josefina Zoraida Vázquez y José Antonio Serrano, *Práctica y fracaso del primer federalismo mexicano (1824-1835)*, México, El Colegio de México, 2012.

Staples, Anne. “La Constitución del Estado Nacional”, Francisco Arce Garza, *et al*, *Historia de las profesiones en México*, México, El Colegio de México, 1982.

Téllez G., Mario A. (a) *La justicia criminal en el Valle de Toluca 1800-1829*, México, El Colegio Mexiquense, 2001.

— “La legislación sobre los abogados en el Estado de México del siglo XIX”, Jaime del Arrenal y Elisa Speckman (coordinadores), *El mundo del derecho. Aproximaciones a la cultura jurídica novohispana y mexicana (siglos XIX y XX)*, México, ILJ-UNAM, Editorial Porrúa, Escuela Libre de Derecho, 2009.

— *Escribanos y abogados del siglo XIX mexiquense 1803-1905*, DVD, México, Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, 2012.

Téllez G., Mario A., *et al*. (b) *Colección de decretos del Estado de México 1824-1910*, México, LIV Legislatura del Estado de México, CD, El Colegio Mexiquense, 2001.



# DEFENSA DE DERECHOS HUMANOS QUE HACEN LOS FRANCISCANOS EN LA NUEVA ESPAÑA, EN EL SIGLO XVI (ESBOZO)

POR JESÚS ANTONIO DE LA TORRE RANGEL<sup>1</sup>

*A la Coordinación Nacional  
de Enlace de Agentes de Pastoral  
y Pueblos Indígenas (EAPPI).*

*A Fray Juan Antonio (Toño) Hernández,  
en el aniversario 25 de su ingreso  
a la orden franciscana y de servicio  
a las comunidades indígenas.*

**RESUMEN:** Se hace una descripción, a manera de esbozo, de acciones de defensa de derechos humanos que hacen los frailes franciscanos en la Nueva España, durante el siglo XVI. Esto teniendo como marco el inicio del proceso de evangelización en México y tomando en consideración el modo en que los frailes menores entendían la ley natural siguiendo a su maestro Escoto.

**PALABRAS CLAVE:** Ley Natural, Derechos Humanos, Franciscanos, Nueva España, Siglo XVI.

**ABSTRACT:** A description is made, as an outline, of human rights defense actions carried out by the Franciscan friars in New Spain, during the 16th century. This taking as a framework the beginning of the process of evangelization in Mexico and taking into consideration the way in which the minor friars understood the natural law following their professor Escoto.

**KEYWORDS:** Natural Law, Human Rights, Franciscans, New Spain, 16th Century.

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN. 1. PRINCIPIOS DE LA OBRA EVANGELIZADORA. 2. PERFIL DE LOS FRANCISCANOS QUE VIENEN A LA NUEVA ESPAÑA, EN EL SIGLO XVI. 3. LA CONCEPCIÓN DE LA LEY NATURAL POR LOS FRANCISCANOS. 4. LOS FRANCISCANOS FRENTE A LAS INSTITUCIONES. 5. CIERRE DEL ESBOZO. 6. FUENTES DE CONSULTA.

## INTRODUCCIÓN

De unos años acá, algunos filósofos e historiadores del Derecho y de los derechos humanos, venimos reivindicando y haciendo visible a la Tradición Iberoamericana de

---

<sup>1</sup> Profesor-investigador de la Universidad Autónoma de Aguascalientes.

Derechos Humanos (TIDH). Se trata de una concepción de derechos humanos que se funda en la dignidad y necesidades básicas de pueblos y personas; que reivindica la vida digna de todos, como el derecho fundamental, y tiene como criterio hermenéutico clave hacer justicia, a quienes aquí y ahora padecen de injusticia.

Se trata de una tradición de defensa de derechos humanos, integral, desde el pobre. Nace de la defensa concreta de los derechos de los empobrecidos de las Indias, que hacen varios misioneros evangelizadores, frente a los estragos producidos por la conquista y la colonización de los pueblos originarios.

Es una temática que he intentado profundizar y difundir desde hace varios años. Lo he hecho analizando la teoría y la práctica de algunos defensores paradigmáticos, como el dominico Fray Bartolomé de Las Casas<sup>2</sup> y el agustino Fray Alonso de la Veracruz<sup>3</sup>; o bien tratando temas puntuales referentes a esta temática.<sup>4</sup>

Recién he iniciado una investigación, con el mismo tópico de la TIDH, pero ahora enfocada a hacer visible *cuál* y cómo es el aporte de las órdenes religiosas a esa TIDH, tanto teórico como práctico. Intento conocer, específicamente, de qué modo cada orden ha hecho su aporte; esto es las características y sello propio impreso por cada una de ellas. Y también cuáles han sido las figuras más relevantes de cada orden, en el aporte teórico y en las prácticas concretas de defensa de derechos.

Es en este contexto en el cual se debe ubicar este trabajo acerca de la Orden de Frailes Menores o Franciscanos. Se trata de un primer acercamiento a la orden de San Francisco, desde esta mirada en la perspectiva de la TIDH, por eso advertimos que es apenas un esbozo lo que aquí decimos.

## 1. PRINCIPIOS DE LA OBRA EVANGELIZADORA

El primer impulso de la obra evangelizadora en México fue dado por Cortés. Este es un hecho innegable, independientemente de que el conquistador extremeño, con sus obras y ejemplo, haya sido un contra testimonio de la Palabra Revelada. Quiero decir, que las preocupaciones religiosas de Cortés auspiciaron la admirable obra de los primeros misioneros y la fundación propiamente, de la Iglesia mexicana; esto, a pesar de que el Conquistador

- 
- 2 Cfr. De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *El uso alternativo del Derecho por Bartolomé de Las Casas*, Universidad Autónoma de Aguascalientes 1991 y 1996 y Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosí, Centro de Reflexión Teológica, A.C., CENEJUS y Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2007. Sobre la defensa de derechos que hace Las Casas he publicado otros artículos tocando temas no referidos en el libro.
  - 3 Cfr. De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *Alonso de la Veracruz: amparo de los indios. Su teoría y práctica jurídica*, Ed. Universidad Autónoma de Aguascalientes.
  - 4 Cfr. De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *Tradición Iberoamericana de Derechos Humanos*, México, Ed. Porrúa y Escuela Libre de Derecho, 2014.

haya sido ambicioso, lujurioso y político de pocos escrúpulos y militar en ocasiones no ajeno a la crueldad.

Con Cortés venía el mercedario Bartolomé de Olmedo, capellán de su hueste. Para muchos este fraile “merece el nombre de primer apóstol de la Nueva España”, ya que “desde que comenzó la campaña conquistadora de Cortés, el P. Olmedo se deja ver entregado a la suyo; transmitir, por medio de intérpretes la Buena Nueva.”<sup>5</sup> Olmedo tuvo, como parte de su labor misionera, una actividad de freno y control de los impulsos de Cortés que continuamente quería derribar ídolos y templos de las religiones de las comunidades indígenas, para sustituirlos por cruces e imágenes cristianas, haciéndole ver que era la persuasión mejor camino para sacar a los indios de la idolatría y la aceptación del mensaje cristiano.<sup>6</sup>

Acompaña también a Cortés el padre secular Juan Díaz, que había sido cronista de la expedición de Juan de Grijalva. Se le unen después al conquistador otro mercedario, Juan de las Varillas, y dos franciscanos Pedro Melgarejo y Diego Altamirano. La labor evangelizadora de estos tres últimos no tuvo relevancia.

Los primeros religiosos que llegan a Nueva España sin que tengan que ver con la hueste de Cortés, son tres franciscanos de origen flamenco, dos sacerdotes y un lego. Los presbíteros fueron Johann Van den Auwera y Johann Dekkers –conocidos por sus nombres castellanizados fray Juan de Aora o de Ayora y fray Juan de Tecto o de Toict–; el lego fue nada menos que Peeter Van der Moere, de Moor o de Muer, Pedro de Mura “como él mismo, castellanizando su nombre, dijo llamarse, Pedro de Gante, como todo el mundo lo llama”<sup>7</sup>. Desembarcan en Veracruz el 13 de agosto de 1523.<sup>8</sup>

La obra de fray Pedro de Gante en el aspecto evangelizador, educativo y de defensa de los indios fue grandiosa. Desde el mismo año de su llegada a tierra mexicana, fundó en Texcoco “la primera escuela de cultura europea que hubo en el Nuevo Mundo, la primera también destinada a los indios.”<sup>9</sup> La obra del fraile flamenco “fue muy hermosa” dice Ricard, pero aislada y sin plan, por lo que “urgía... organizar la cristianización de país.”<sup>10</sup>

5 Ledesma Saldaña, Juan, *500 Años de la Evangelización de América*. Aguascalientes, Ed. Instituto Mendel. 1993. p. 2; Cfr. Ortiz Caballero, Martha Alicia. “Una visión del Descubrimiento y Conquista de México: la crónica mercedaria”, en *Memoria IV Encuentro Nacional de Investigadores de la Filosofía Novo Hispana*. Ed. Universidad Autónoma de Aguascalientes e Instituto de Investigaciones Filológicas de la UNAM. págs. 261-267.

6 Cfr. Ricard, Robert. *La Conquista Espiritual de México*. México, Ed. Fondo de Cultura Económica. 1991. p. 77; Ledesma. *Op. Cit.*, págs. 2 y 3.

7 Chávez, Ezequiel A. *El Primero de los Grandes Educadores de la América. Fray Pedro de Gante*. México, Imprenta Mundial. 1934. p. 5.

8 *Ibidem*, p. 11.

9 *Ibidem*, p. 14.

10 Ricard. *Op. Cit.*, p. 82.

La cristianización organizada de la Nueva España comenzó con la llegada de *los Doce* o *Doce Apóstoles*, como se conocen a los franciscanos que desembarcaron en San Juan de Ulúa el 13 o 14 de mayo de 1524 y que entraron en la Ciudad de México el 17 o 18 de junio de ese año, trayendo como superior a fray Martín de Valencia, y siendo uno de los del grupo el famoso fray Toribio de Benavente, *Motolinía*.<sup>11</sup>

Gerónimo de Mendieta explica cómo fue posible la obra de evangelización de estos primeros franciscanos. Dice que el Espíritu Santo “quiso que los primeros evangelizadores de estos indios aprendieran a volverse como al estado de niños”, porque como ministros del Evangelio “conviene que dejen la cólera de españoles, la altivez y presunción (si alguna tienen), y se hagan indios como los indios, flemgáticos y pacientes como ellos, pobres y desnudos, mansos y humildísimos como lo son ellos.”<sup>12</sup>

Más adelante, en su *Historia*, el franciscano Mendieta hace alusión a la obra franciscana en la Nueva España en el siglo XVI; esta referencia constituye una implícita, pero muy clara, afirmación de defensa de los derechos de los pueblos, comunidades y personas particulares, que quiero destacar desde ahora. A final de cuentas, Mendieta concluye que los indios se conservan –los que quedaron– gracias a la obra de los misioneros, en especial a las acciones de los franciscanos.

“...si no fuera por los frailes (que sin cesar anduvieron clamando sobre ello a nuestros católicos reyes el Emperador y su hijo), no oviere mas desventurada y pobre gente en el mundo que los españoles vecinos de la Nueva España, como lo serán cuando se les acaben los indios. Y estos no los tuvieran si no fuera por el teson que sobre ellos tuvieron los frailes en volver por ellos; que de otra manera ¿cuántos años há que los hubieran acabado como acabaron los de las islas? ¿Quién dubda esto? Y lo bueno es que en lugar de buenas gracias, siempre por ello los frailes las han llevado malas, quejándose los españoles y murmurando de ellos, que les quisieron quitar los esclavos y que no les dejan aprovecharse de los indios como querrian.”<sup>13</sup>

Los dominicos llegaron a México probablemente el 2 de julio de 1526.<sup>14</sup> También eran doce. Venía como superior fray Tomás Ortiz, y entre ellos venía el también famoso fray Domingo de Betanzos, que había estado en la Española. Cinco de ellos murieron a menos de un año de haber llegado y otros regresaron a España, entre ellos el propio Tomás Ortiz. La partida de éste, dice Ricard que “no parece muy de lamentarse: mezclado en ciertas intrigas con Cortés, revoltoso y nada quieto, hubiera llevado por

11 Cfr. Ricard. *Op. Cit.*, págs. 83 y 84; Ledesma. *Op. Cit.*, p. 3 y sig.

12 Mendieta, Fray Gerónimo de, *Historia Eclesiástica Indiana*, México, Ed. Porrúa, Tercera edición facsimilar y primera con la reproducción de los dibujos originales del Códice, Biblioteca Porrúa No. 46, 1986, p. 222.

13 Ibidem, págs. 231-232.

14 Cfr. Ricard. *Op. Cit.*, p. 85.

mal camino a sus religiosos.<sup>15</sup> Así Betanzos quedó como el fundador de la provincia dominica en México.

La tercera congregación religiosa que se instaló en México fue la de los agustinos. Llegaron a Veracruz el 22 de mayo de 1533, “luego á los veinte y siete de Mayo partieron de la Veracruz para la Ciudad de México, adonde llegaron Sábado siete de Junio, víspera de la Trinidad”.<sup>16</sup> Eran siete frailes, entre los que venía fray Francisco de Cruz, el venerable agustino.

El celo misionero de estas tres órdenes religiosas fundarían, propiamente, a la Iglesia mexicana. Años después la Compañía de Jesús se uniría a éstas para fortalecerla.

## 2. PERFIL DE LOS FRANCISCANOS QUE VIENEN A LA NUEVA ESPAÑA, EN EL SIGLO XVI

Gómez Canedo enfatiza que, al tiempo del llamado descubrimiento de América, la Orden religiosa más numerosa de la Iglesia, es la de los franciscanos. Y vale la afirmación para todo el tiempo del dominio del Imperio Español en estas tierras.<sup>17</sup>

Cuando se da la llegada de los europeos a estas tierras amerindias, la Orden franciscana se encontraba dividida en dos grandes ramas independientes: *Observantes* y *Conventuales*. “Era el resultado de las dos tendencias que desde muy temprano habían venido manifestándose respecto del ideal de San Francisco, especialmente en lo relativo a la pobreza. Los Observantes pretendían observarla ‘pura y llanamente’ en todo su rigor, mientras los Conventuales habían aceptado, con el correr del tiempo, mitigaciones y dispensas, que ahora muchos negaban a dejar.”<sup>18</sup>

A la Nueva España vinieron los Observantes o llamados de *estricta observancia*; los Conventuales no tuvieron acá organización alguna.<sup>19</sup> Pero estos franciscanos, además de ser de estricta observancia, eran frailes *reformados*.

El gran reformador religioso en España es el Cardenal Francisco Jiménez de Cisneros, precisamente de la Orden franciscana. Lleva a cabo una reforma, antes de la Reforma. Como dice Bataillon, en realidad Cisneros “pertenece a la historia de la Prereforma por toda una obra creadora que lo coloca en primera fila entre los promotores de aquella

15 Ricard. *Op. Cit.*, p. 86.

16 Grijalva, Ioan de. *Crónicas de la Orden de N.P.S. Agustín en las provincias de la Nueva España. En cuatro edades desde el año 1583 hasta el de 1592*. Reimpresión de la obra de 1624, hecha en la Ciudad de México por la Imprenta Victoria en 1924, p. 40.

17 Cfr. Gómez Canedo, Lino, *Evangelización y Conquista. Experiencia franciscana en Hispanoamérica*, México, Ed. Porrúa, Biblioteca Porrúa No. 65, 1988, p. 23.

18 Gómez Canedo, *Op. Cit.*, p. 24.

19 Cfr. Gómez Canedo, *Op. Cit.*, p. 25

*philosophia Christi* que va a entusiasmar a Europa...”.<sup>20</sup> Las costumbres tanto del clero secular como del regular, están totalmente relajadas en la España de fines del siglo XV y principios del siglo XVI; no se distinguen del resto de la sociedad “ni por sus virtudes de castidad y obediencia ni por su cultura intelectual”<sup>21</sup>; en su mayoría, los miembros del clero, no son guía espiritual, ni ejemplo de pobreza.

La acción reformadora de Cisneros, se deja sentir, sobre todo, en la orden franciscana. Bataillon nos recuerda que desde los mismos días de San Francisco de Asís, ya estaba el franciscanismo escindido en los dos grupos mencionados: “los conventuales, para cuyos monasterios no era ilícito el derecho de propiedad y que vivían con mayor o menor holgura de sus rentas, y los franciscanos de estricta observancia, fieles a la regla de pobreza.”<sup>22</sup> Los primeros se iban enriqueciendo cada vez más, defendiendo sus posiciones de privilegio; “los observantes crecían en número, adelantados por la devoción pública, cuyo fervor mantenían.”<sup>23</sup> Pero sus casas eran insuficientes. “La reforma de Cisneros consistió esencialmente en quitar a los conventuales sus monasterios, por las malas o por las buenas, e instalar en ellos a los observantes.”<sup>24</sup>

Es bueno recordar, en donde radica la enorme fuerza política del Cardenal Cisneros, misma que unía a su fuerte espiritualidad y celo religioso. Jiménez de Cisneros fue confesor de la reina Isabel desde 1492, desde entonces provincial de los franciscanos de Castilla, Arzobispo de Toledo y Primado de las Españas desde 1495, Inquisidor General desde 1507 y regente del reino en dos ocasiones.

Son, pues, franciscanos *de estricta observancia, reformados* los que vienen como evangelizadores al llamado Nuevo Mundo. En general, austeros y virtuosos; con gran celo apostólico.

Cisneros, en cuanto que reformador, desde sus posiciones de poder, lo que hace es “allanar los caminos de un ejército de reformadores que era ya fuerte y popular.”<sup>25</sup> A fines del siglo XV y principios del siglo XVI, fray Juan de Guadalupe funda un movimiento en España que “pretendía seguir al pie de la letra la regla y el testamento de San Francisco.”<sup>26</sup> De este grupo se va a generar, autorizada con un breve papal, la “custodia del Santo Evangelio”, que en 1519 se eleva a provincia, la cual recibió el nombre de San Gabriel. “En la comisión encargada de hacer el cambio figuraba Fray Francisco de los Ángeles, el frustrado evangelizador de la Nueva España y, sin duda, el franciscano español más destacado de la época después de Cisneros.”<sup>27</sup> Resulta que

20 Bataillon, Marcel, *Erasmus y España*, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1966, p. 2.

21 *Ibidem*, p. 4.

22 *Ibidem*, p. 5.

23 *Idem*

24 *Idem*

25 *Idem*

26 Frost, Elsa Cecilia, *La Historia de Dios en las Indias. Visión franciscana del Nuevo Mundo*, México, Ed. Tusquets, 2002, p. 162.

27 *Ibidem*, p. 163.

Fray Francisco de los Ángeles junto con fray Juan Clapion, fueron los promotores para la venida de los franciscanos al Nuevo Mundo. Obtuvieron una bula del Papa León X para predicar el evangelio a “los infieles” y tener licencia para venir a evangelizar en las Indias; es de 25 de abril de 1521. A la muerte del Papa León, el Papa Adriano VI concedió otra bula, a petición del Emperador Carlos V, de nueve de mayo de 1522, estableciendo “que todos los frailes de las órdenes mendicantes, en especial los frailes menores de observancia”, fueran nombrados por sus superiores para la evangelización de las Indias.<sup>28</sup> Al final, ninguno de los dos vendría; el primero fue electo general de la orden, el segundo murió. El grupo, como hemos visto, sería encabezado por Fray Martín de Valencia.<sup>29</sup> Pero nótese como, a final de cuentas, los franciscanos que vienen tienen como raíz al franciscano de estricta observancia más puro, y reformado.

Dice Elsa Cecilia Frost:

“España se encontró así, en el momento mismo que iniciaba su expansión, con un instrumento idóneo para llevar el Evangelio a las nuevas tierras. Los franciscanos, por su parte, verán siempre en esta reforma un designio providencial que les permitió cumplir plenamente con su vocación, puesto que no sólo los acercó al ideal de su fundador, sino que además hizo que la orden tuviera en España una mayoría de frailes muy preparada en el terreno intelectual.”<sup>30</sup>

### 3. LA CONCEPCIÓN DE LA LEY NATURAL POR LOS FRANCISCANOS

La obra reformadora del Cardenal Jiménez de Cisneros, fue acompañada de la creación de la Universidad de Alcalá, que el propio arzobispo de Toledo impulsó. Se instaló así “un organismo completo de enseñanza eclesiástica: elemental, media y superior.”<sup>31</sup> El 22 de enero de 1510 se promulgan las primeras *Constituciones* de la Universidad. Cisneros quería renovar la enseñanza teológica española introduciendo la doctrina del pensador franciscano Juan Duns Escoto (1266-1308); será el pensamiento de este teólogo y filósofo que marque los estudios en Alcalá de Henares.

Para el objetivo de este trabajo, es importante lo que dice Bataillon en esta larga cita:

“Si la Universidad de Alcalá aparecía como innovadora en España, era sobre todo por su Facultad de Teología. En este campo, Salamanca había permanecido fiel a la escolástica fundamental, a Santo Tomás y al maestro de las Sentencias. Cisneros, como se ha visto, se empeñaba en introducir en España la filosofía de Escoto que, en los países del Norte, compartía con el tomismo la dignidad de doctrina clásica. El gran pensador franciscano quedó colocado en Alcalá en pie de igualdad perfecta con Santo Tomás... Pero, además, se había creado una tercera

28 Cfr. Mendieta, *Op. Cit.*, págs. 186-196.

29 Cfr. Mendieta, *Op. Cit.*, págs. 197-199.

30 Frost, *Op. Cit.*, p. 163.

31 Bataillon, *Op. Cit.*, p. 10.

cátedra de teología en favor de la doctrina nominalista; y tal fue seguramente la novedad que más sensación causó en España. Los grandes debates provocados por la doctrina de Guillermo de Ockham no había tenido repercusión alguna en la cátedra de Salamanca. La crítica nominalista había conmovido al catolicismo al consumar el divorcio entre la razón y la fe.<sup>32</sup>

El pensamiento de los dos grandes pensadores franciscanos, Escoto y Guillermo de Ockham (1300-1349), se instalaron, pues, en la Universidad cisneriana. En este pensamiento fueron formados los franciscanos que vinieron a la Nueva España.

El llamado “voluntarismo franciscano” tiene una concepción del derecho natural o ley natural que se aparta de lo que hasta entonces se venía sosteniendo sobre el mismo. Culminando con el pensamiento de Santo Tomás de Aquino, se hacía depender la ley de la razón, de la inteligencia del legislador, en última instancia de Dios creador de la ley natural. Sin embargo, el teólogo y filósofo franciscano Juan Duns Escoto sostiene el voluntarismo, haciendo depender la ley natural de la voluntad divina. Explica Beuchot que para Escoto: “Dios no puede cambiar el precepto del amor a Él, pero puede, si quiere, modificar los mandamientos del decálogo. Depende de su voluntad, de su arbitrio. Hay Derecho Natural, pero muy elástico.”<sup>33</sup>

Para Santo Tomás todo el contenido de la ley natural moral, es asequible y demostrable racionalmente; para “Escoto esto sólo pude decirse de contenido de los tres primeros preceptos del Decálogo, pero no de los restantes. Sería, en efecto, posible pensar en un orden mundano en el que por ejemplo hubiera homicidio, poligamia y no hubiera propiedad privada. Santo Tomás tuvo por inmutables todos los preceptos del Decálogo, fundado en la necesidad de la razón; para Escoto esto sólo vale de los tres primeros mandamientos...”<sup>34</sup> Escoto establece como primer principio práctico: Dios debe ser amado.<sup>35</sup> La voluntad divina es la causa del bien; si Dios quiere algo, es bueno.<sup>36</sup>

Guillermo de Ockham, radicaliza el voluntarismo sosteniendo “que el orden del universo depende completamente de la voluntad de Dios. No sólo puede derogar los preceptos del decálogo sino el mismo amor a Él”<sup>37</sup>; “no es la razón, sino la fe, la que enseñará lo que es lo bueno o malo”.<sup>38</sup>

Galindo Pohl explica así el voluntarismo jurídico de Ockham:

32 *Ibidem*, p. 16.

33 Beuchot, Mauricio, *Hermenéutica analógica y filosofía del Derecho*, Aguascalientes, San Luis Potosí y San Cristóbal de Las Casas, Ed. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales *Mispat* y Educación para las Ciencias en Chiapas, 2010, p. 11.

34 Hirschberger, Johannes, *Historia de la Filosofía*, Tomo I, Barcelona, Ed. Herder, 1971, págs. 428-429.

35 Cfr. Copleston, Frederick, *Historia de la Filosofía*, Tomo 2, México, Ed. Ariel, 1983, p. 522.

36 *Ibidem*, p. 523.

37 Beuchot, *Op. Cit.*, p. 42.

38 *Idem*

“La idea del voluntarismo teológico reside en que la Divinidad puede cambiar las leyes naturales a su arbitrio... no vio en las leyes naturales algo metafísicamente incorporado al ser, sino una expresión de la voluntad divina... la naturaleza y las leyes pueden ser cambiadas por voluntad divina, la naturaleza y leyes *actuales* permiten explicar la razón a partir de postulados indemostrables, que tienen, respecto de lo presente un valor categórico y total...”<sup>39</sup>

Para Ockham “Dios quiere el bien, no porque el bien es bueno, sino al revés: el bien es bueno porque Dios lo quiere. Se puede pensar que Dios hubiera cambiado por otro el actual orden moral y no sólo los preceptos de la segunda tabla como creía Escoto, sino también los de la primera.”<sup>40</sup>

Es importante recordar que Ockham es nominalista; sostiene que sólo existen seres individuales y con nuestra experiencia sensible los conocemos. Los *universales* son abstracciones, son cosa de la mente, no realidad ontológica tangible. Son nombres.<sup>41</sup>

Todo lo dicho en este apartado sobre el pensamiento franciscano y su relación con la ley natural, ha sido para mejor entender como los misioneros de la Orden de Frailes Menores aplicaron esto en la Nueva España, ya que se relaciona con una concepción incipiente de derechos humanos y colinda con acciones de defensa de los mismos. En las siguientes líneas sigo un muy interesante libro de Verónica Murillo sobre la ley natural y el pensamiento franciscano en Nueva España<sup>42</sup>. La autora hace notar, en la Introducción, como el tema de la ley natural se relaciona con “humanidad” y “racionalidad” del indio, con la legitimación de la conquista y con la imposición del dominio europeo y el propio Evangelio. Y, desde ya, advierte las dos concepciones de la ley natural: como orden, de acuerdo al tomismo; y como mandato, conforme a la Escuela Franciscana, esto es, el voluntarismo de Escoto y más radical de Ockham de la tradición nominalista.

Verónica Murillo sostiene que los franciscanos, ante las actitudes y la conducta de los indígenas, asumieron dos conceptos de ley natural en sus textos y acciones. Dice que la posición tomista de la ley natural, como producto de la razón, por ejemplo, se manifiesta al decidir “utilizar algunos elementos culturales prehispánicos en la evangelización, como los antiguos discursos *huehuehlatolli* con que se educaban los nahuas en la época prehispánica.”<sup>43</sup> Así lo hicieron los franciscanos fray Andrés de Olmos, fray Juan Bautista de Viseo y el mismo fray Bernardino de Sahagún.<sup>44</sup> Los *huehuehlatolli* o

39 Galindo Pohl, Reynaldo, *Guión histórico de la ciencia del Derecho*, Tomo Primero, San Salvador, UCA Editores, Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, 1978, p. 489.

40 Hirschberger, *Op. Cit.*, p. 447.

41 Cfr. Hirschberger, *Op. Cit.*, págs. 444-446.

42 Murillo Gallegos, Verónica, *La ley natural y el pensamiento franciscano. Su presencia en Nueva España, Zacatecas*, Ed. Policromía, 2016.

43 Murillo, *Op. Cit.*, p. 54.

44 Cfr. Sahagún, Bernardino de, *Historia General de las Cosas de la Nueva España*, Tomo II, Libro Sexto, edición de Ángel María Garibay, México, Biblioteca Porrúa No. 9, Editorial Porrúa, 1981.

“pláticas de los viejos” son documentos que contenían pláticas didácticas y exhortaciones de tipo moral. Pero ante la “idolatría” de los indígenas, la posición franciscana era escotista: “la necesidad de proclamar la ley y evitar todo aquello que atentara contra el primer mandamiento: ‘amar a Dios’.”<sup>45</sup> Esto los lleva hasta la destrucción de “ídolos” u objetos de culto indígena, como lo hace fray Toribio de Benavente *Motolinia*.<sup>46</sup>

Escribe Verónica Murillo:

“Si atendemos al mundo prehispánico, se puede decir que la racionalidad fue medida de acuerdo con la ley natural, en sentido tomista, que se hacía patente en costumbres, organización social, virtudes e incluso en la veneración a los dioses, por más errados que estuvieran en identificar al Supremo. Pero con la vista puesta en la empresa evangelizadora, la racionalidad indígena fue considerada con criterios más acordes con el escotismo, pues lo fundamental era la habilidad que mostraban los indígenas para adquirir la fe cristiana, para corregir los ‘errores’ de su idolatría y para reorientar sus antiguas virtudes en alabanza del verdadero Dios.”<sup>47</sup>

Es clara la distinción que hace la profesora de la Universidad Autónoma de Zacatecas, de las dos actitudes de los franciscanos frente a el comportamiento de los indígenas, el que atañe a sus conceptos morales y aquel que tiene que ver con su religiosidad y culto. El primero aceptado por estar conforme a la razón y el segundo rechazado porque va contra el verdadero Dios y su ley. Sin embargo, me atrevo a decir que en una y en otra actitud de los franciscanos siguen las enseñanzas de Escoto. Según Copleston, Duns Escoto no considera la voluntad de Dios arbitraria al producir la ley, “sino que lo que Dios quiere es bueno, porque Dios, por su misma naturaleza, no puede querer más que lo que es bueno.”<sup>48</sup> Agrega “Escoto ocupa una posición intermedia, si puede decirse así, entre santo Tomás de Aquino y Guillermo de Ockham. Coincide con el primero en que hay principios morales que son inalterables, y no enseña que toda ley moral depende de la arbitraria decisión de la voluntad de Dios.”<sup>49</sup> Pienso, y he querido decir, que al aceptar los franciscanos como de acuerdo a la razón, las costumbres morales indígenas, su cultura y organización política, están colocados en las propias enseñanzas de su maestro franciscano Escoto.

Por otro lado, como la visión escotista confunde ley natural y ley divina, con relación a la evangelización, genera actitudes intolerantes frente a la religiosidad indígena. Contrario, en esto sí, a Santo Tomás, que había propuesto la defensa de la fe, pero no su imposición; el dominico Bartolomé de Las Casas, en su tratado sobre la cuestión de la evangelización, *Del Único Modo*<sup>50</sup>, sostiene que nadie debe imponer el Evangelio por la fuerza, sólo proponerlo con la palabra –predicación– y el testimonio –ejemplo–.

45 Murillo, *Op. Cit.*, p. 55.

46 Cfr. Murillo, *Op. Cit.*, p. 54.

47 Murillo, *Op. Cit.*, p. 68.

48 Copleston, *Op. Cit.*, p. 523.

49 *Ibidem*, p. 526.

50 Cfr. Las Casas, Fr. Bartolomé de, *Del Único Modo de atraer a todos los pueblos a la verdadera religión*, Advertencia preliminar de Agustín Millares Carlo, Introducción de Lewis Hanke, México, Ed.

Una cuestión muy importante destaca Verónica Murillo, de la actitud franciscana ante los indígenas, desde las enseñanzas de Escoto y su concepción de la ley natural: “nuestros misioneros no se involucraron en la candente discusión sobre la racionalidad indígena. Para un franciscano inclinado hacia el escotismo no es una cuestión de capacidad racional sino de conocimiento de la palabra de Dios y de cumplir o no su voluntad: la voluntad humana que se vincula con la divina; la acción más que la especulación.”<sup>51</sup> Así que los “errores” o “pecados” de los indios, no provienen de una supuesta inhumanidad, sino de la ignorancia de Dios y su palabra y, en todo caso, inducidos por el Enemigo de Dios y el género humano: el demonio. Esto es importante porque parten los franciscanos de un principio de igualdad básico: todos somos hijos de Dios.

#### 4. LOS FRANCISCANOS FRENTE A LAS INSTITUCIONES

Es importante hacer mención a las actitudes de los franciscanos, en general, respecto de las instituciones de gobierno impuestas por la Corona en Indias, así como en relación a las instituciones sociales, como los repartimientos y la *encomienda*. Su importancia está en que los derechos humanos se encuentran implicados. Quiero decir que la actitud franciscana frente a las instituciones políticas y sociales, lleva implícita la defensa o no de derechos humanos y, dado el primer supuesto, el modo en que no se asume su defensa.

En relación a esto, Gómez Canedo hace notar que la organización de la orden de frailes menores “adoptó formas poco rígidas”, y esto daba lugar a la iniciativa individual. “Cada uno interpretaba su franciscanismo con sorprendente libertad. Por lo que mira a su labor misional en América, es difícil encontrar entre los franciscanos otra característica general que la de su eclecticismo, su poca inclinación a especulaciones meramente teóricas y a soluciones radicales. Por lo general, los franciscanos enfocan los problemas con finalidades prácticas y buscan soluciones concretas y posibles.”<sup>52</sup> Y, ya en concreto, por lo que tiene que ver con el modo como los frailes menores afrontan las instituciones políticas y sociales implantadas por el Imperio Español en Indias, el historiador franciscano afirma:

“Estas instituciones influyeron profundamente en el curso de la evangelización. Los misioneros por su parte, abrigaron puntos de vista divergentes respecto de estas formas de organización indiana, tratando unos de modificarlas, otros de mejorarlas y otros de suprimirlas. Sin embargo, podría decirse que a los franciscanos les preocuparon menos, en general, las instituciones en sí que la manera de hacerlas funcionar en la realidad concreta.”<sup>53</sup>

---

Fondo de Cultura Económica, Colección Popular, (Traducción del texto latino *De unico vocationis modo*). 1975.

51 Murillo, *Op. Cit.*, págs. 105-106.

52 Gómez Canedo, *Op. Cit.*, p. XIII.

53 *Ibidem*, p. 89.

Veamos ejemplos que tienen que ver con instituciones políticas y sociales. Con relación a las primeras, cómo hace crítica de la administración de justicia a los indios Gerónimo de Mendieta y los remedios que propone; y referente a las segundas, actitudes de diversos frailes ante repartimientos y la encomienda. En ambos casos, los derechos humanos, de pueblos, comunidades y personas, están implicados.

#### 4.1. El derecho a una adecuada administración de justicia: Carta de Mendieta de 1562

El fraile franciscano Gerónimo de Mendieta, dirigió una carta al padre Francisco de Bustamante, Comisario General de la Orden en Indias. Está fechada en el monasterio de Toluca, el primer día del año de 1562. Firma como “Fray Hierónimo de Mendieta”. Lo que dice al destinatario se lo quiere decir al Rey (Felipe II), y le pide al propio destinatario haga del conocimiento del monarca el mensaje de la carta. Se queja de que, por los días que corren, se hace poco caso a los escritos y dichos de los religiosos por parte de las audiencias y consejos. Se duele porque ha disminuido el fervor en la “obra de salvación” y los naturales ya no acuden como antes a las iglesias, ahora lo hacen, dice, con escribanos, procuradores y letrados y a las audiencias “a donde se arman pleitos sin fundamento, y se da lugar para seguir pasiones y bandos, alborotar los pueblos, revolver las repúblicas, sonsacar dineros de los pobres que no entienden lo que hacen.”<sup>54</sup>

La Carta es muy rica e interesante en varios aspectos, pero aquí me interesa destacar lo que tiene que ver con la crítica que hace el franciscano a la administración de justicia en perjuicio de los indios.

Enderezando el objeto de su crítica a la “real audiencia”, dice que es mejor dejar a los naturales “sin justicia ni hombre que la administrara, que habérsela dado de la arte y manera que ahora la tienen... sin comparación era mejor su estado y conversación y manera de vivir antigua... que su ser y estado de ahora.”<sup>55</sup>

“Porque en tiempo de su infidelidad ni supieron qué cosa era letrado, ni escribano, ni procurador, ni que cosa eran pleitos, ni gastar en ellos sus haciendas y ánimas; y ahora con darles ocasión en las manos, y ser ellos de su natural bulliciosos, amigos de novedades y hacerse mal unos á otros, hanse regostado tanto á los pleitos, que no se hallan sin ellos, antes sin ninguna ocasión ni fundamento los mueven, y siempre los más perdidos y bellacos del pueblo.”<sup>56</sup>

Para hacer efectivo lo que en términos actuales podríamos llamar *derecho a una adecuada administración de justicia, con prudencia y equidad*, le pide al monarca que provea, entre otras cosas, lo siguiente: que las causas, tanto civiles como criminales,

54 “Carta del Padre Gerónimo de Mendieta”, en García Icazbalceta, Joaquín, *Documentos para la Historia de México*, tomo II, Biblioteca Porrúa de Historia No. 48, México, Ed. Porrúa, 2004. (Tercera edición facsimilar, 1ª edición, México, 1866). P. 517.

55 *Ibidem*, p. 532.

56 *Idem*

de los españoles, las determine la audiencia; así como las causas criminales graves de indios, porque así lo mandan las ordenanzas. Pero

“... que ningun negocio civil de los indios se litigue en la real audiencia, sino que se determine por sus alcaldes ordinarios; y si esto no bastare, por los corregidores, sin hacer largo proceso, mas de una sumaria y breve información, y aun sin esta si se puede evitar, como siempre se debe evitar el tomar juramento á los indios. Y la razón de este artículo es, porque ningun negocio de estos civiles puede ser entre indios de tanto valor, que no sean mucho más las costas que lo principal, si se pone en estilo jurídico.”<sup>57</sup>

Mendieta está proponiendo se aplique la justicia tradicional, de usos y costumbres, en las comunidades indígenas, para los asuntos civiles y pleitos menores.

El religioso sabe, sin embargo, que los conflictos graves, que dan lugar a los litigios importantes entre los pueblos indios, son los referentes a tierras, montes y aguas. Su propuesta para resolverlos es por medio de la intervención de una especie de jueces o arbitros a modo, nombrados para el efecto o caso concreto, que *resuelvan en conciencia y equidad*. Cito parte de las reflexiones de Mendieta:

“Solamente son de cualidad y de alguna importancia las diferencias que unos pueblos con otros traen entre sí, sobre términos de tierras, montes y aguas, que es el mayor bullicio de la audiencia, y en que los naturales gastan lo que no tienen... Y el remedio es que se señalen dos ó tres personas ó una sola, en cristiandad y bondad y prudencia y experiencia y afición de los naturales..... el dicho juez córte absolutamente para donde según Dios y buena razón le pareciere, teniendo principalmente atención á que no haciendo agravio á nadie en lo que es notorio, todos se aprovechen de las tierras y montes y aguas, y otras cosas que Dios crió para servicio de todos los hombres...”<sup>58</sup>

#### 4.2. Sobre repartimientos y encomiendas

Desde la llegada de Cristóbal Colón a la llamada Indias, estando estas tierras ocupadas, habitadas, la Corona se planteó la cuestión jurídica fundamental, que puede formularse en dos preguntas: ¿cómo debería ser la relación entre la Corona y los habitantes de las tierras recién descubiertas? ¿Cómo debía ser la relación de los españoles con los naturales de estas tierras? Preguntas que, confrontadas con la realidad, revistan una enorme complejidad. Y las respuestas, que implican acciones prácticas, también.

Relacionado con el tema que nos ocupa, en cuanto a lo general, se dispuso y mantuvo: los indios son libres, deben ser tratados como tales, no pueden ser esclavos; pero son súbditos de la Corona y, por lo tanto, están obligados a tributar; y también, aunque libres, están obligados a trabajar, a cambio de una retribución.

57 *Ibidem*, págs. 533-534.

58 *Ibidem*, págs. 534-535.

Estos criterios son el fundamento de los *repartimientos* y *encomiendas*. Se trata de dos instituciones sociales distintas, pero interrelacionadas. Cuando se alude a repartimiento, es siempre de indios, pero puede o no implicar encomienda; sin embargo, toda encomienda implica repartimiento; así se habla de “repartir indios en encomienda”. Y el repartimiento de indios, sin implicar encomienda, es siempre para obligar a trabajar a los indios repartidos. Podríamos decir que repartimiento es el género y encomienda es una especie.

El indio encomendado paga el tributo debido al Estado, al encomendero que, por merced real, recibe ese beneficio en compensación de los servicios que ha prestado a la Corona. Ahora bien, ese tributo es pagado por los indios en especie, es decir con el producto de sus campos o en servicios personales o trabajando en las tierras o minas de los encomenderos. La encomienda no implica, entonces, ni propiedad sobre los indios (vasallos libres), ni propiedad sobre sus tierras, sino *usufructo de su trabajo*, obtenido por productos de la tierra de los indios o de las faenas realizadas por éstos en las propiedades (plantaciones o minas) de los encomenderos. Éstos, a su vez, tienen la carga de cristianizar a los indios y de protegerlos.

Por diversas disposiciones legales, se fue prohibiendo que el tributo se pagara con trabajo. Pero los repartimientos de indios, para trabajo forzado, aunque con salario, continuaron.

Los franciscanos ante estos temas, asumieron diversas posturas. Me referiré a tres:

La *primera* es la posición más común, en general podríamos decir: se admiten los repartimientos y las encomiendas, pero sin aceptar abusos, sin condescender con la explotación de pueblos y comunidades.

Una carta de Fray Toribio de Benavente, *Motolinia*, al Rey, del 15 de mayo de 1550, así lo demuestra. Le dice que, motivado por una carta del propio monarca, el virrey consultó a los franciscanos y estos “religiosos menores se juntaron a capítulos”, y dieron su parecer:

“... sentimos que V.M. da entender el gran deseo que tiene que estos naturales sean relevados en los tributos den lo que buenamente pudieren tributar sin fatigas haya y que... menos que solian dar en tiempo de su infidelidad y en todo sean tratados como vasallos de V.M., libres como lo son los de España. Este deseo es muy sancto y bueno, y si se asentase a dar traza y orden como se pusiese en efecto, sería para muy gran descargo de la Real conciencia de V.M. y para bien y alimento destos naturales, así en lo espiritual como en lo temporal; y para este fin nos parecer ser necesario que en el pueblo o provincia que no hay tasación en los tributos, se haga conforme a la intención arriba puesta...”<sup>59</sup>

59 Carta de Fray Toribio de Motolinia S.M., México, 15 de mayo de 1550, en Cuevas, Mariano, *Documentos Inéditos del siglo XVI para la Historia de México*, publicación hecha bajo la dirección de Genaro García, México, 1975, Ed. Porrúa, Biblioteca Porrúa No. 62, págs. 161-162.

La *segunda* postura es aquella que denuncia, en concreto, los maltratos de los encomenderos. En esta línea es notable una carta de Fray Luis de Villalpando, dirigida al Rey “en su Consejo de Indias”, “sobre la mala conducta de algunos encomenderos de indios en Yucatán”, fechada en Mérida el 15 de octubre de 1550. Le dice al monarca que se refiere a lo que han visto él –como custodio de la orden de frailes menores en Yucatán– y sus frailes, de seis años a la fecha, sobre “muy públicos y notables malos tratamientos a los indios”; le dice lo que lo motiva y su objetivo: “estimándome la conciencia, dar cuenta a Vuestra Alteza, como a mi rey y señor, con confianza que de tal manera serán ellos castigados... que yo no quede irregular y los indios sin remedio”; le hace ver que “hasta hoy no hemos visto que nadie muera por muerte de indios”; también le escribe que ha cumplido “ya mil veces el precepto evangélico de la corrección fraterna en secreto y en público, en los pulpitos y fuera”.<sup>60</sup>

Luego pasa a mencionar a cada uno de los encomenderos abusivos y las atrocidades cometidas con sus indios encomendados, en las que se incluyen varias muertes, algunas con crueldad inaudita. Llamo la atención, por lo famosos que son, que denuncia las crueldades de los Francisco Montejo, *el Adelantado* y *el Mozo*, padre e hijo, fundadores de Mérida y Campeche, respectivamente.

Narra Fray Luis de Villalpando que los encomenderos no sólo maltratan a los indios, sino que además el tributo que exigen es muy alto. Los franciscanos se han quejado de esto y piden tasación justa del tributo, ante la Real Audiencia de México y la Audiencia de los Confines (Guatemala); pero nada han obtenido. Acusa a las justicias locales de favorecer a los poderosos y de corrupción. Le suplica al rey, “por las llagas de Jesucristo nuestro Señor”, “que todos los indios de Yucatán y aun de todas las Indias del mar oceano los mandéis poner en vuestra Real Corona para que sepan que son vuestros vasallos. Y los tributos sean para los encomenderos, con tal que no tengan entrada ni salida con los indios no con sus pueblos...”<sup>61</sup>

Con una frase sintetiza Villalpando su denuncia: “cuesta más en Yucatán matar una vaca o un caballo que matar un indio vasallo del Rey y redimido con la sangre de Cristo...”<sup>62</sup>

La *tercera* postura es de franco rechazo a la institución, especialmente los repartimientos. Se denuncia la injusticia, la violación de derechos, y se pide que se suprima su fuente, la institución que lo produce. Fray Gerónimo de Mendieta se opone enfáticamente a los repartimientos. Contundentemente escribe:

“Entre las muchas cosas que se podrían contar dañosas y contraría á la cristianidad de los indios por nuestra parte de los viejos cristianos, hallo ser la principal

60 Gómez Canedo, *Op. Cit.*, Apéndice No. 8 “Carta de Fr. Luis de Villalpando al Rey, en su Consejo de Indias sobre la mala conducta de algunos encomenderos de indios en Yucatán (Mérida, 15 de octubre 1550)”, p. 229-234.

61 *Idem*

62 *Idem*

y más dañosa el repartimiento que de ellos se hace para que nos sirvan contra su voluntad y por fuerza. La razón es, porque ninguna cosa puede ser más contraria ni que más estorbe á que los indios abracen y reciban de voluntad la vida cristiana, que aquello que les da ocasión de aborrecerla... Porque para sacar esta verdad á luz, ningún medio hay mejor que hacer esta cuenta si nosotros fuéramos estos, y estos nosotros, ¿que hiciéramos y dijéremos? ¿Qué pensamientos fueron los nuestros si nos echaron á cuestras este repartimiento?”<sup>63</sup>

Mendieta ataca el repartimiento, descubriendo al *otro* y colocándose en su lugar. Ve desde la perspectiva del indio y desde allí, desde ese lugar, hace una larga lista de denuncias de injusticias, de violaciones de derechos, haciéndose preguntas, estableciendo en el cuestionamiento el binomio *razón y ley*.

Aunque, como dijimos, el repartimiento presupone la libertad jurídica del indio, de hecho, piensa Mendieta, constituye una *esclavonía*.

“¿En qué ley y buena razón cabe, que nos hagan de peor condición y traten peor que á sus esclavos comprados...? ...¿En qué buena ley y razón cabe, que sobre usurparnos nuestras tierras (que todas ellas fueron de nuestros padres y abuelos), nos compelen a que se las labremos y cultivemos para ellos?”<sup>64</sup>

Colocado desde al ámbito del *otro*, desde el prójimo, el franciscano utilizando la voz del oprimido, continua su denuncia de violación de derechos.

¿En qué buena ley cabe (dirá el indio) que el día que me desposan con mi mujer (cuando todos los hombres del mundo se huelgan con sus mujeres), me ha de hacer ir al repartimiento, y voy por ocho días y me hacen estar treinta? ¿En qué buena ley cabe, que el día que pare mi mujer y tiene la tierra por cama, y cuando mucho con sola una estera, sin otro colchón ni frazada, y habiéndole de traer alguna leña con que se calentar y darle de comer, me han de hacer ir por fuerza á servir al extraño, y cuando vuelvo la hallo muerta á ella y á la criatura, por no haber quien les sirviese y diese recado? ¿En qué buena ley cabe, que si ando trabajando en la labranza ó hacienda del español, y me da la enfermedad y le digo que estoy malo, que no puedo trabajar, me responde que miento como perro indio, y hasta que allí acabe la vida no me deja venir á mi casa? ¿En qué buena ley cabe, que si estoy convaleciendo de mi enfermedad, me han de hacer ir (aunque más me excuse) flaco y desventurado al repartimiento, y en el camino tengo que acabar la vida, porque si no puedo caminar de flaco diez ó doce leguas adonde me llevan, me dan con un verdasco que me hacen atrancar más que de paso? ¿En qué ley de caridad cabe, que sabiendo los que gobiernan cómo muchos de los españoles en cuyo servicio nos ponen, por ver que nos sostienen en su poder de por fuerza, nos tratan mucho peor que á sus galgos, haciéndonos infinitos agravios, ellos y sus negros ó criados, quitándonos la pobre comida que llevamos de nuestras casas y la ropa con que nos cubrimos, encerrándonos en pocilgas donde sin ella dormimos,

63 Mendieta, *Historia...*, *Op. Cit.*, págs. 519-520.

64 *Ibidem*, p. 520.

haciéndonos trabajar cuando hace luna de noche, como cuando no la hace todo el día, cargándonos pesadísima cargas, no dejándonos oír misa domingos y fiestas, teniéndonos á veces dos y tres semanas en lugar de una, levantándonos algún hurto ó cosa semejante para que nos vamos huyendo sin paga y sin nuestra ropa; con todas estas y otras mil vejaciones (que muchas veces se les han representado) no se muevan á compasión para quitarnos de á costas esta tan dura *esclavonía*, sino que la quieran llevar adelante, hasta acabarnos del todo?<sup>65</sup>

## 5. CIERRE DEL ESBOZO

De lo dicho en este texto acerca de la defensa de derechos humanos que hacen los franciscanos en la Nueva España en el siglo XVI, podemos resaltar, sobre todo, la denuncia que hacen de injusticias o violaciones de derechos –sin que utilicen este término–. Pero lo que he escrito muestra apenas un primer acercamiento al tema; por eso le he añadido al título del artículo, la palabra “esbozo”, se trata lo dicho aquí, de un primer esbozo acerca del tema.

Me he referido, insisto, a denuncia de derechos, a violaciones de injusticias, y a acciones que implican –cartas a las autoridades, entre otras– reparar esas violaciones y crear situaciones de justicia. Pero quedaron pendientes de decirse muchas cosas sobre el tema de la defensa de derechos humanos por parte de los franciscanos. Menciono algunas acciones de los frailes menores, que sobre el tema de derechos humanos se deben tener en cuenta. Fray Pedro de Gante, haciendo efectivo lo que en palabras de hoy se diría *derecho a la enseñanza y derecho a la salud*, con sus escuelas y hospitales; y denunciando también, ante el Emperador, las injusticias. Fray Juan de Zumarraga, entre otras acciones, enfrentándose a la injusta Primer Audiencia, en defensa de derechos, tanto de indios como de españoles. Del propio Fray Gerónimo de Mendieta, su idea utópica franciscana, plasmada en sus ideas y acciones para lograr las *repúblicas de indios*. Fray Gaspar de Ricarte, sus argumentaciones sobre dos temas cruciales de derechos humanos para ese tiempo: la evangelización pacífica y el derecho de guerra justa, pero por parte de los indios. Fray Jacobo Daciano, religioso danés, avecindado en Michoacán, que defiende los derechos religiosos de los indios, reclamando el sacramento del orden sacerdotal para ellos. De Fray Bernardino de Sahagún, el reconocimiento de todos aquellos derechos que se desprenden de la consideración que hace de la cultura indígena.

Esto, pues, ha sido sólo un esbozo de la práctica franciscana por la justicia y los derechos. Falta mucho por narrar.

---

65 *Ibidem*, págs. 521-522.

## 6. FUENTES DE CONSULTA

- Bataillon, Marcel, *Erasmus y España*, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1966.
- Beuchot, Mauricio, *Hermenéutica analógica y filosofía del Derecho*, Aguascalientes, San Luis Potosí y San Cristóbal de Las Casas, Ed. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales *Mispal* y Educación para las Ciencias en Chiapas, 2010.
- Chávez, Ezequiel A. *El Primero de los Grandes Educadores de la América. Fray Pedro de Gante*. México, Imprenta Mundial. 1934.
- Copleston, Frederick, *Historia de la Filosofía*, Tomo 2, México, Ed. Ariel, 1983.
- Cuevas, Mariano, *Documentos Inéditos del siglo XVI para la Historia de México*, publicación hecha bajo la dirección de Genaro García, México, 1975, Ed. Porrúa, Biblioteca Porrúa No. 62.
- De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *Tradición Iberoamericana de Derechos Humanos*, México, Ed. Porrúa y Escuela Libre de Derecho, 2014.
- Frost, Elsa Cecilia, *La Historia de Dios en las Indias. Visión franciscana del Nuevo Mundo*, México, Ed. Tusquets, 2002.
- Galindo Pohl, Reynaldo, *Guión histórico de la ciencia del Derecho*, Tomo Primero, San Salvador, UCA Editores, Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, 1978.
- García Icazbalceta, Joaquín, *Documentos para la Historia de México*, tomo II, Biblioteca Porrúa de Historia No. 48, México, Ed. Porrúa, 2004. (Tercera edición facsimilar, 1ª edición, México, 1866).
- Gómez Canedo, Lino, *Evangelización y Conquista. Experiencia franciscana en Hispanoamérica*, México, Ed. Porrúa, Biblioteca Porrúa No. 65, 1988.
- Grijalva, Ioan de. *Crónicas de la Orden de N.P.S. Agustín en las provincias de la Nueva España. En cuatro edades desde el año 1583 hasta el de 1592*. Reimpresión de la obra de 1624, hecha en la Ciudad de México por la Imprenta Victoria en 1924.
- Hirschberger, Johannes, *Historia de la Filosofía*, Tomo I, Barcelona, Ed. Herder, 1971, págs. 428-429.
- Las Casas, Fr. Bartolomé de, *Del Único Modo de atraer a todos los pueblos a la verdadera religión*, Advertencia preliminar de Agustín Millares Carlo, Introducción de Lewis Hanke, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, Colección Popular, (Traducción del texto latino *De unico vocationis modo*). 1975.
- Ledesma Saldaña, Juan, *500 Años de la Evangelización de América*. Aguascalientes, Ed. Instituto Mendel. 1993.
- Mendieta, Fray Gerónimo de, *Historia Eclesiástica Indiana*, México, Ed. Porrúa, Tercera edición facsimilar y primera con la reproducción de los dibujos originales del Códice, Biblioteca Porrúa No. 46, 1986.
- Murillo Gallegos, Verónica, *La ley natural y el pensamiento franciscano. Su presencia en Nueva España, Zacatecas*, Ed. Policromía, 2016.
- Ricard, Robert. *La Conquista Espiritual de México*. México, Ed. Fondo de Cultura Económica. 1991.

Ortiz Caballero, Martha Alicia. “Una visión del Descubrimiento y Conquista de México: la crónica mercedaria”, en *Memoria IV Encuentro Nacional de Investigadores de la Filosofía Novo Hispana*. Ed. Universidad Autónoma de Aguascalientes e Instituto de Investigaciones Filológicas de la UNAM.



# JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES: UNA DISCUSIÓN INACABADA

Por FERNANDO VILLASEÑOR RODRÍGUEZ<sup>1</sup>

**RESUMEN:** En este texto presentamos un breve balance teórico sobre la justiciabilidad de los derechos sociales. Para tal efecto, dividimos este trabajo en una primera parte, contextual y de problematización, y una segunda parte, de discusión, contraste y síntesis. Concluirémos nuestro texto con algunas reflexiones y propuestas para el futuro de esta discusión.

**PALABRAS CLAVE:** Derechos sociales, DESC, Justiciabilidad, Derechos positivos, Estado de bienestar.

**ABSTRACT:** In this text we present a brief theoretical balance regarding social rights justiciability. To this end, we divide our exposition into a first part of context and problematization, and a second part of discussion, contrasting and synthesis. We will conclude our text with some reflections and proposals for the future of this discussion.

**KEYWORDS:** Social rights, ESCR, Justiciability, Positive rights, Welfare State.

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN. 1. CONTEXTO Y PROBLEMATIZACIÓN. 2. DISCUSIÓN, CONTRASTE Y SÍNTESIS: JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES. 3. A MANERA DE CONCLUSIÓN. 4. FUENTES DE CONSULTA.

## INTRODUCCIÓN

En la última década, buena parte de la academia así como la mayoría de los organismos internacionales han afirmado que la distinción entre derechos civiles y políticos por un lado y derechos sociales por el otro, ha dejado de tener sentido. Con frecuencia, se argumenta que los principios de igualdad, interdependencia y progresividad, materializados en la Declaración de Viena de 1993, vuelven innecesario y hasta retrógrada el hacer diferenciaciones que ya han quedado superadas. Conforme a esta narrativa pareciera que el dictamen final, unánime e indiscutible es que en ningún caso hay jerarquías ni divisiones entre derechos humanos.

A pesar de ello, lo cierto es que hay temas en esta distinción que, más allá de los rasgos generales, a nuestro criterio aún ameritan una separación funcional para los derechos sociales. Uno de estos temas es el de la justiciabilidad que, como explicaremos en este texto, conserva particularidades, complicaciones y objeciones para los derechos sociales que no le son aplicables a sus contrapartes civiles y políticos.

---

1 Doctor en Derecho por la University of British Columbia. Investigador de la Escuela Libre de Derecho y Profesor de Maestría y Doctorado en El Colegio de México y la Universidad Anáhuac.

A fin de exponer este tema dividiremos nuestro texto en dos partes:

En la primera parte, explicaremos el surgimiento de los derechos sociales como consecuencia del Estado de bienestar, así como su compleja materialización en el derecho internacional de la Postguerra y su incorporación, readaptación y armonización dentro de las legislaciones nacionales. Tras este preámbulo podremos delimitar y exponer “el problema de los derechos sociales”.

En la segunda parte, profundizaremos en la categoría específica de justiciabilidad dentro de “el problema de los derechos sociales”. Conforme con ello expondremos la teoría de Avitus Agbor, quién a partir de la experiencia africana postula tres pilares para tal concepto: el reclamo, el foro y la consecuencia. A partir de esta base procederemos a analizar los tres principales argumentos a favor de la justiciabilidad de los derechos sociales (independencia, democracia e igualdad) y los contrastaremos con los argumentos que en sí constituyen respuestas directas en contra (dependencia, incapacidad, y desigualdad). Para terminar esta parte, sintetizaremos brevemente las posturas sobre este tema y propondremos reflexiones básicas para lograr un balance teórico.

Finalmente y a manera de conclusión, esbozaremos algunas líneas sobre las cuales consideramos debería continuar el debate y enfatizaremos que, a pesar de que repetidamente se ha afirmado lo contrario, el tema de la justiciabilidad de los derechos sociales permanece como una discusión inacabada.

## I. CONTEXTO Y PROBLEMATIZACIÓN

En esta primera parte presentaremos de forma panorámica el estado de la cuestión e identificaremos el problema que subyace en la naturaleza de los derechos sociales.

### A. El surgimiento del Estado de bienestar y los derechos sociales

A comienzos del siglo XIX, la promesa liberal de progreso interminable se enfrentó con la realidad de la pobreza, el hambre, la desigualdad de vida y la disparidad de las condiciones de trabajo. Si bien el proceso inducido por la revolución industrial afectaría a muchos países en diferentes grados, uno de los primeros grupos perjudicados fue la clase obrera inglesa. Inglaterra en consecuencia fue uno de los primeros países en los que se implementaron intervenciones seculares para aliviar a los desamparados por la revolución industrial (*v.g.* la Ley de los pobres de 1834) y para regular las condiciones de trabajo (*v.g.* la Ley de talleres y fábricas de 1878).<sup>2</sup>

---

2 Polanyi, Karl, *La Gran Transformación*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2011.

Una circunstancia similar ocurrió en la Prusia de Otto von Bismarck. Bismarck se inspiró en los postulados de Lorenz von Stein, un erudito alemán quien afirmó que para detener la tendencia revolucionaria de la clase obrera más baja, era necesario mejorar el nivel de vida de los pobres.<sup>3</sup> Con tal objetivo en mente, Bismarck promulgó la Ley de seguro de enfermedad de 1883, Ley de seguro de accidentes de 1884, y la Ley de pensiones y seguro de invalidez de 1889. Tales tres leyes prometieron “socializar el riesgo” y crear mecanismos institucionales que podrían ayudar a los trabajadores que enfrentaban “necesidades” (v.g. beneficios por desempleo, viudedad, pensiones de incapacidad y de vejez, así como atención médica) y “condiciones desafortunadas” (v.g. accidentes relacionados con el trabajo).<sup>4</sup>

El modelo de seguridad social de Prusia fue similar para otros países de Europa, América Latina<sup>5</sup> y Asia. De esta forma, después de la Gran Depresión de la década de 1930 y más claramente al final de la Segunda Guerra Mundial, las nociones de seguridad social y desarrollo dieron forma al Estado de bienestar.

Si bien hay una discusión más amplia sobre las similitudes y diferencias entre el Estado liberal y el Estado de bienestar, así como sobre la multiplicidad de significados del propio concepto, nos basaremos en los postulados de Gøsta Esping-Andersen quien define el Estado de bienestar como “un Estado que reconoce la responsabilidad de garantizar un mínimo de bienestar para sus ciudadanos”.<sup>6</sup> En este sentido, es nuestra opinión que el Estado de bienestar fue el basamento indispensable para el surgimiento de los derechos sociales.

De hecho, a diferencia de los derechos civiles y políticos que tienen su origen en el Estado liberal, los derechos sociales surgieron precisamente como una respuesta a los excesos del libre mercado. Un sociólogo británico quien resultó fundamental para propagar dicha noción fue Thomas Marshall. Según Marshall, todos los ciudadanos de una comunidad son iguales con respecto a los derechos y deberes que otorga su estatus. De entre esos derechos, Marshall distinguió tres categorías funcionales:

- a) La primera categoría comprende los derechos civiles, que protegen la libertad individual en una sociedad determinada.
- b) La segunda categoría comprende los derechos políticos, que protegen los derechos democráticos de participación.

3 Samodra, Wibawa *Learning from Lorenz Von Stein's Idea of Social State*, Speyer, Universidad Alemana de Ciencias Administrativas, 2009.

4 Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1996. p. 22.

5 El caso de México y sus aportaciones para el desarrollo de los derechos sociales en el resto del mundo merece por sí mismo un estudio que excede este breve recuento histórico.

6 Esping-Andersen, Gøsta, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1990.

- c) La tercera categoría comprende los derechos sociales, que protegen un estándar mínimo de bienestar e ingresos.<sup>7</sup>

En un razonamiento similar y en relación con el deber que los derechos sociales crean para el Estado, Jackie Mapulanga especifica que el objetivo principal de los derechos sociales es “poner a un Estado bajo la obligación legal de utilizar la máxima cantidad posible de sus recursos disponibles (generalmente obtenidos mediante impuestos) para reparar los desequilibrios económicos y las desigualdades sociales”.<sup>8</sup> Conforme con los argumentos anteriores, algunos elementos comunes entre los derechos sociales son:

- a) Un deber generalmente atribuido al Estado.
- b) El objetivo de este deber es superar los desequilibrios en la calidad de vida generados por los mercados liberales y proteger un estándar mínimo de bienestar.
- c) Dicho deber requiere del gasto estatal (financiado por impuestos).

Aunque distintos académicos ensayaron definiciones y teorías preliminares sobre los derechos sociales a un nivel nacional, su principal desarrollo se llevaría a cabo en el ámbito del derecho internacional de la Postguerra.

## B. Estatus en el derecho internacional

Aunque desde la formación de la Sociedad de las Naciones y la Organización Internacional del Trabajo hubo intentos por codificar los derechos sociales, su desarrollo internacional tomó más relevancia durante la elaboración del borrador de la Carta de las Naciones Unidas de 1945, cuando se hicieron varias propuestas para promover y proteger el empleo y el bienestar social. Tres años después, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), ratificada el 16 de diciembre de 1948, una amplia gama de derechos que más tarde se considerarían como civiles, culturales, económicos, políticos y sociales fueron enunciados. Esto se hizo en un solo instrumento internacional de derechos humanos sin establecer ninguna distinción entre tales derechos. Cabe destacar que los derechos sociales no fueron calificados como una categoría particular que requería un concepto diferenciado; todos los derechos sociales eran simplemente derechos humanos.

No obstante lo anterior, la Guerra Fría dividió el nuevo orden mundial y tal división afectó también el área del derecho internacional y el concepto de los derechos humanos. Particularmente dentro del tema de los derechos sociales, hubo una falta de

---

7 Marshall, Thomas, *Class, Citizenship and Social Development*, Nueva York, Doubleday, 1964. pp. 71-73.

8 Mapulanga-Hulston, Jackie “Examining the Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights” en: *The International Journal of Human Rights*, Vol.6 No. 4, 2002. p. 29.

acuerdo en lo que debían entenderse como “las necesidades básicas para el bienestar humano” que justificaban la existencia de tales derechos.<sup>9</sup> Los países capitalistas y los comunistas tenían puntos de vista diametralmente opuestos sobre este tema y para conciliar ambas interpretaciones y evitar un impasse, en 1966 los derechos humanos se dividieron en dos pactos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

La división de los pactos terminó excediendo la mera diferencia terminológica. Mientras que en la DUDH todos los derechos recibían el mismo estatus y los deberes para cada Estado eran uniformes, en los nuevos pactos tales deberes no estaban incluidos ni definidos en los mismos términos. Por lo tanto, se crearon diferentes estándares de cumplimiento y recursos entre los derechos civiles y políticos (PIDCP) por un lado, y los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) por el otro.

Con respecto a la propia redacción, los derechos civiles y políticos se enunciaron de manera imperativa: podían y debían ser protegidos de inmediato. Los derechos económicos, sociales y culturales, en contraste, se enunciaron de manera progresiva: requerían recursos y no podían ser realizados inmediatamente por todos los Estados y tampoco en igual medida. Además, incluso si un país tuviera recursos suficientes, los estándares de cumplimiento de los DESC se basaban, en el mejor de los casos, en conceptos no específicos o, en el peor, en conceptos completamente indeterminados.

Otro problema es que no se estableció una definición oficial o consensuada de los derechos sociales para el derecho internacional. Solamente y conforme con el PIDESC, se incluyeron de forma enunciativa los siguientes:

- a) El derecho a la seguridad social (artículo 22).
- b) El derecho al trabajo y los derechos y libertades correlacionados (artículo 23).
- c) El derecho a descansar y disfrutar de vacaciones pagadas (artículo 24).
- d) El derecho a un nivel de vida adecuado para la salud y el bienestar, que incluye alimentos, ropa, vivienda, atención médica, los servicios sociales necesarios y el derecho a la seguridad en caso de desempleo, enfermedad, discapacidad, viudez, vejez, u otra falta de medios de vida más allá del control individual (artículo 25).
- e) El derecho a la educación (artículo 26).

En resumen, luego de quedar separados en el PIDESC, la noción de que los derechos sociales eran “diferentes en especie”, e implicaban “diferencias en su implementación”

---

9 Mantouvalou, Virginia, “The Case for Social Rights” en: Gearty, Conor & Mantouvalou, Virginia, *Debating Social Rights*, Oxford: Hart Publishing, 2010.

se fue arraigando en la teoría de los derechos humanos.<sup>10</sup> Como si el cisma internacional entre los DCP y los DESC no fuera suficientemente problemático, todavía se formaron otros niveles de incertidumbre por la incorporación del PIDESC a la legislación nacional.

### C. Incorporación a la legislación nacional

Si bien la aspiración del derecho internacional es ser aplicable y vinculante por sí mismo, algunas de sus declaraciones, convenios y pactos incluyen el deber para cada uno de los Estados ratificadores de incorporar sus disposiciones a la legislación nacional. Las razones para ello son varias e incluyen: a) fortalecer su obligatoriedad y, como veremos más adelante, otorgarles plena justiciabilidad, b) equilibrar el respeto de la soberanía nacional con las obligaciones internacionales acordadas y c) adaptar la legislación nacional con los nuevos estándares internacionales (que generalmente son más altos o detallados).

En este sentido, el Preámbulo de la DUDH establece:

“...todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.”<sup>11</sup>

A pesar de su contundencia, al ser una resolución de la Asamblea General de la ONU, muchas veces se ha argumentado que la DUDH solamente es vinculante a través del derecho consuetudinario. También se ha interpretado que la DUDH no impone explícitamente el deber de crear o adaptar la legislación nacional a las normas internacionales. Sin embargo, el PIDESC indiscutiblemente crea obligaciones legales para todos los Estados que lo ratifican, y ordena explícitamente en el Artículo 2 que:

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.”<sup>12</sup>

10 Young, Katharine, *Constituting Economic and Social Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

11 Asamblea General de la ONU, “Declaración Universal de los Derechos Humanos,” Preámbulo. París, 1948, Disponible en: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/> (consultado el 18 de julio de 2019).

12 Asamblea General de la ONU, “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), 1966. Artículo 2. Disponible en: [https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cesr\\_SP.pdf/](https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cesr_SP.pdf/) (consultado el 18 de julio de 2019).

En este caso, el deber de incorporación legislativa es claro. El PIDESC hace una declaración específica sobre la adopción de medidas legislativas para hacer efectivos los derechos que reconoce.

Habiendo hecho la aclaración anterior, es importante entender que aunque en teoría el Estado en su conjunto está obligado por los tratados internacionales, en la práctica la incorporación del derecho internacional se realiza por diferentes ramas del gobierno. Cada una de estas ramas, dependiendo de su función, generalmente dará diversas interpretaciones a las obligaciones especificadas por los tratados, lo cual puede crear resultados conflictivos e incluso contradictorios. Dentro de las principales ramas de gobierno en los distintos países encontramos:

- a) El Poder Legislativo (Congreso/Parlamento), que reconoce los tratados internacionales relativos a los derechos humanos y genera las reformas correspondientes (en la constitución o la legislación nacional según sea el caso). Además, esta rama está a cargo de establecer impuestos y preparar el presupuesto nacional, lo cual se relaciona directamente con la sustentabilidad económica para promover, proteger y garantizar los DESC.
- b) El Poder Ejecutivo (Presidente y Secretarios de Estado/Primer Ministro y Ministros), que diseña y ejecuta políticas públicas con respecto a los DESC y al mismo tiempo coordina los órganos o agencias específicas con respecto a tales derechos (salud, pensiones, seguridad social, educación, etc.). El Poder Ejecutivo debe contar con personal especializado en cada área para alcanzar una perspectiva más precisa sobre los derechos sociales en la práctica.
- c) El Poder Judicial (Suprema Corte, Jueces y Ministros), que proporciona recursos cuando se infringen las leyes que establecen y protegen derechos sociales. Esta rama es responsable de especificar el contenido de cada derecho en base a los casos reales y su contexto. Aunque en ciertos países el Poder Judicial puede investigar por sí mismo la violación de derechos sociales, en otros se requiere el reclamo de una persona (privada o pública) para comenzar tal proceso. Más importante aún, dicho reclamo debe basarse directamente en un derecho específico que preexiste en la legislación nacional o, en algunos casos, en el derecho internacional.
- d) Las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (INDH) que aunque no son una de las tres ramas “clásicas” del gobierno nacional, resultan indispensables para el monitoreo del cumplimiento, implementación, defensa y garantía de los derechos humanos. A nivel nacional, las INDH pueden ser conocidas como defensores del pueblo, comisiones nacionales de derechos humanos o agencias de derechos humanos y, por lo general, son independientes tanto del gobierno como de intereses privados. Dependiendo de cada Estado, las INDH pueden proteger y promover los DESC de diversas maneras, tramitando quejas en casos de violaciones, realizando investigaciones, monitoreando la implementación de

los tratados internacionales pertinentes, asesorando al gobierno sobre la aplicación interna de tales tratados, elaborando recomendaciones para ajustes de políticas públicas, y capacitando y educando sobre derechos humanos.

Dado que estas ramas tienen diferentes funciones, cada una de ellas puede hacer diferentes interpretaciones de los derechos sociales. Esta cuestión resulta especialmente trascendente para explicar el llamado “problema con los derechos sociales”.

#### **D. El problema con los derechos sociales**

Como se ha explicado, en su origen, los DESC eran simplemente derechos humanos, pero después de la separación de derechos en el PIDCP y el PIDESC, se generó una distinción sin dejar claros los criterios o definiciones aplicables. En la práctica, dado que los DESC se expresan de manera diferente en cada instrumento internacional y en cada constitución nacional, podemos afirmar que aún no existe una definición consensuada de tales derechos.

Un punto esencial sin embargo, y en contraste con los deberes de los DCP, es que dentro de los DESC es más evidente el elemento prestacional que el de abstención. Dicho de otra forma, la conducta “positiva” requerida del Estado para los DESC contrasta con su rol “negativo” o “pasivo” en relación con los DCP. Según esta perspectiva:

“Un derecho positivo es un derecho a reclamar algo...mientras que un derecho negativo es un derecho a que no se le haga algo, que se abstenga de una acción en particular. Los derechos positivos se imponen inevitablemente a bienes escasos, y en consecuencia la escasez implica un límite a la reclamación.”<sup>13</sup>

El razonamiento anterior enfatiza lo que se conoce como “el problema con los derechos sociales”. Este problema es consustancial al tema de la justiciabilidad de los DESC y, de acuerdo a quiénes lo han analizado, implica que tales derechos:

- a) Son indeterminados e inadecuados para la ejecución judicial.
- b) Requieren una acción positiva y gastos significativos para su disfrute.
- c) Son “secundarios” tanto en historia como en relevancia frente a los derechos civiles y políticos.<sup>14</sup>

Frente a estas objeciones, es muy importante hacer notar que el Alto Comisionado (como parte de la Oficina de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (ACNUDH)), ha respondido a estos argumentos afirmando que:

13 Fried, Charles *Right and Wrong*, Cambridge, Harvard University Press, 1978. p. 110.

14 Cranston, Maurice “Human Rights, Real and Supposed”, en: Raphael, David D. (ed.), *Political Theory and the Rights of Man*, Londres, Macmillan, 1967. p. 51.

- a) Si bien no todos los DESC están definidos claramente en todos los tratados de derechos humanos, tampoco lo están los derechos civiles y políticos.
- b) Aunque muchos DESC requieren altos niveles de inversión, tanto financieros como humanos, para garantizar su pleno disfrute, los derechos civiles y políticos, también requieren inversiones para su plena realización.
- c) En la práctica, el disfrute de todos los derechos humanos está interconectado. Por ejemplo, a menudo es más difícil para las personas que no pueden leer o escribir encontrar trabajo, participar en actividades políticas o ejercer su libertad de expresión. Del mismo modo, es menos probable que ocurra una hambruna cuando las personas pueden ejercer derechos políticos, como el derecho al voto.<sup>15</sup>

Pero aún con el rechazo del ACNUDH respecto de “el problema con los derechos sociales”,<sup>16</sup> lo cierto es que aún no se han logrado establecer satisfactoriamente criterios claros y específicos de justicia distributiva ante la escasez de recursos, así como otros tantos temas directamente relacionados con la justiciabilidad de este tipo de derechos.

Y es que la conceptualización y aplicación de los derechos sociales como derechos positivos en la actualidad no es tanto un problema para el derecho internacional, sino para el derecho interno. A este respecto: “La disparidad en la protección de los derechos sociales a nivel internacional se ha reflejado a nivel doméstico. Incluso si los derechos sociales aparecen en un documento legalmente exigible de un estatus más alto que el de la legislación ordinaria (*v.g.* constitución), parecen tener un papel secundario frente a los derechos civiles y políticos”.<sup>17</sup> Por lo anterior, la distinción entre DCP y DESC sigue siendo relevante y, por lo que hace a su justiciabilidad, sigue implicando una discusión inacabada. En la siguiente parte profundizaremos sobre esta discusión.

## 2. DISCUSIÓN, CONTRASTE Y SÍNTESIS: JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

En esta segunda parte presentaremos una definición de trabajo así como una teoría específica con relación a la justiciabilidad de los derechos sociales. Después de ello identificaremos tres principales argumentos a favor y en contra a fin de proponer una síntesis y reflexiones pertinentes en torno a este debate.

- 
- 15 Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas: conceptos clave sobre los DESC - ¿Son los derechos económicos, sociales y culturales fundamentalmente diferentes de los derechos civiles y políticos? Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/Issues/ESCR/Pages/AreESCRfundamentallydifferentfromcivilandpoliticalrights.aspx/> (consultado el 18 de julio de 2019).
  - 16 Rechazo que también se manifestó en la Declaración de Viena de 1993. UN doc. A/CONF.157/23. Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/INST%2033.pdf> (consultada el 18 de julio de 2019).
  - 17 Mantouvalou, Virginia, *Op. Cit.* p. 6.

Si bien una definición genérica de justiciabilidad se refiere a la posibilidad de demandar judicialmente la restitución de un derecho vulnerado, como veremos, este concepto tiene varias complicaciones tratándose de los DESC. En su artículo más reciente, Avitus Agbor, uno de los académicos más reconocidos sobre el tema de derechos sociales en África, analiza una pluralidad de significados sobre justiciabilidad que incluyen, pero no se limitan a: a) la legitimación procesal, que se utiliza para determinar si la parte que presenta una demanda tiene facultades para someter a consideración judicial una controversia, b) la determinación de si un tribunal posee la capacidad de proporcionar una resolución adecuada para una disputa invocada por una de las partes, c) la resolución en ciertos casos que o bien un asunto no está sujeto al escrutinio del tribunal o que dicho tribunal no puede ofrecer una decisión final.<sup>18</sup>

Sin embargo, en lugar de elegir entre la pluralidad de significados, Agbor se basa en la sucinta definición de su colega Takele Soboka conforme a la cual la justiciabilidad: “denota la idoneidad de un caso para el escrutinio judicial”<sup>19</sup> y la complementa con tres pilares que considera fundamentales para los derechos sociales: el reclamo, el foro y la consecuencia.

El primer pilar (el reclamo), se refiere al contenido sustantivo del derecho que se viola, mismo que debe ser respaldado por un régimen jurídico particular. Para cumplir con este deber, cada país debe promulgar leyes que establezcan los derechos sociales, los principios normativos y directivos en la interpretación de estos derechos, los órganos judiciales y cuasi judiciales apropiados para juzgar sus violaciones, así como las consecuencias de tales violaciones. La justiciabilidad según este primer pilar requiere, por lo tanto, que el PIDESC sea interiorizado a través de la promulgación de leyes nacionales.

El resultado proyectado por Agbor es que los derechos contenidos en el PIDESC, al integrarse con la legislación local, se convertirán siempre en parte del orden jurídico nacional. En este sentido, si los DESC se hacen justiciables, también generan el cumplimiento de los derechos sociales en la práctica diaria. Además, según Agbor, al hacer esto el Estado construye su propio marco institucional y normativo, hace accesibles estos derechos, resuelve los problemas legales que se relacionan con los DESC, y los infunde en los contextos socio-jurídicos y políticos del país.

El segundo pilar (el foro), se refiere al cuerpo judicial que tiene el mandato de escuchar y revisar las violaciones de los derechos sociales protegidos. Debido a la justiciabilidad, los tribunales nacionales deben servir para determinar el contenido sustantivo, la naturaleza y los límites de los DESC. El poder judicial también debe determinar que

18 Agbor, Avitus “Shifting the Matrix from Legal Passivity to a New Domestic Legal Order: Towards the Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights in Cameroon” en: *African Journal of International and Comparative Law*, Vol. 25 No. 2, 2017. p.176.

19 Soboka Bulto, Takele “The Utility of Cross-Cutting Rights in Enhancing Justiciability of Socio-Economic Rights in the African Charter on Human and Peoples’ Rights” en: *University of Tasmania Law Review*, Vol. 29 No.2, 2010. p. 143.

recursos son adecuados, efectivos y aplicables con respecto a las violaciones a estos derechos.

Otro efecto de entender la justiciabilidad como foro según Agbor, es que la interpretación judicial de los DESC idealmente también fomentaría una cultura de rendición de cuentas. Esto debido a que las personas sabrían que, al igual que con los derechos civiles y políticos, cuando se violan los DESC pueden ser sometidos a un control judicial con sanciones y consecuencias. Es por ello que, según Agbor, cualquier sistema jurídico que reconozca los DESC debe contar con mecanismos justiciables y el mandato de hacer cumplir la ley mediante la evaluación y la adjudicación de derechos.

Otro de los defensores de la justiciabilidad nacional de los DESC, Frans Viljoen, argumenta con relación al vínculo entre justiciabilidad y responsabilidad que, “con eficacia, los derechos socioeconómicos justiciables pueden llegar al extremo de exponer la distorsión en las prioridades financieras y presupuestarias de un Estado...Su aplicación puede ser más incisiva cuando un Estado no asigna los recursos disponibles para garantizar los derechos socioeconómicos”.<sup>20</sup> Martin Scheinin agrega a lo anterior: “A través de la justiciabilidad, el Estado queda sujeto a la divulgación de sus políticas, prioridades, decisiones y asignaciones presupuestarias a un poder judicial imparcial e independiente”.<sup>21</sup> Y de manera más decisiva, Margit Tveinen ha concluido que: “Sin lugar a dudas, con un poder judicial imparcial e independiente, la justiciabilidad de los DESC se convierte en una herramienta eficaz para garantizar y lograr la transparencia y la responsabilidad estatales”.<sup>22</sup>

El tercer y último pilar (la consecuencia) se refiere a que cuando se descubre una violación de derechos sociales, se deben garantizar recursos de reclamación para los afectados. Dichos recursos pueden dar por resultado indemnizaciones, reparaciones, garantías de no repetición o la exigencia al Estado de que tome medidas para el cumplimiento progresivo pero integral de los derechos vulnerados. En este sentido, la consecuencia de la justiciabilidad con respecto al poder judicial también incluye un papel de incentivación: al interpretar públicamente la naturaleza y el contenido de los DESC y situarlos dentro de un marco normativo de universalidad, interdependencia, indivisibilidad e interrelación, se terminan promoviendo y socializando. La justiciabilidad se convierte así en una condición *sine qua non* para el cumplimiento de los DESC a nivel nacional.

20 Viljoen, Frans, *International Human Rights Law in Africa*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 570

21 Scheinin, Martin, “Economic, Social and Cultural Rights”, en: Asbjorn Eide, Catarina Krause, y Allan Rosas (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*, Londres, Kluwer Law International, 2001, p. 17.

22 Tveiten, Margit, “Justiciability of Socio-Economic Rights: Reflections on Norwegian and South African Debate and Experience” en: Barth Eide, Wenche y Kracht, Uwe (eds.), *Food and Human Rights in Development-Volume I: Legal and Institutional Dimensions and Selected Topics*, Cambridge, Intersentia, 2005, p. 164.

Según Agbor:

“A través de la justiciabilidad, la ejecución y la implementación de los derechos sociales aumenta. Como los tribunales pueden interpretar y hacer públicas sus interpretaciones sobre los DESC, esto significa que los reclamos sobre violaciones a derechos sociales cada vez más frecuentemente se llevarán a los tribunales. El mero hecho de que las quejas puedan presentarse ante los tribunales significa a su vez que el gobierno se comprometerá a garantizar que se adopten medidas más efectivas para el reconocimiento y respeto de los DESC. Esto producirá un círculo virtuoso en beneficio de los DESC”.<sup>23</sup>

Sin embargo, Agbor también reconoce que para que ocurra tal efecto se requiere “un poder judicial independiente, competente e imparcial así como una cultura de derecho donde todos sean iguales ante la ley y donde la responsabilidad triunfe sobre la impunidad”.<sup>24</sup>

En resumen, Agbor promueve la justiciabilidad de los DESC como una herramienta para que los tribunales logren una transformación social y considera que:

“Además de lograr una mayor transparencia y responsabilidad por parte del Estado sobre cómo define las políticas y prioridades en la utilización de sus recursos, la justiciabilidad de los derechos económicos y sociales podría convertirse en un arma eficaz para reclamar la justicia social y económica y la igualdad para las personas marginadas. A través de la justiciabilidad, estas personas podrán hablar, expresar sus quejas, detallar la naturaleza de sus desafíos y articular su oposición a las exclusiones sistémicas a las que han sido sometidas.”<sup>25</sup>

Este razonamiento se analizará con mayor detalle junto con otros argumentos a favor de la justiciabilidad de los derechos sociales a continuación.

### A. Argumentos a favor

Al igual que Agbor, varios académicos sostienen que exigir un derecho a través de los tribunales es tan efectivo, si no más, que las alternativas por medios no judiciales. Para comprender su lógica, en esta sección se analizarán tres de los principales argumentos a favor de la justiciabilidad de los derechos sociales.

#### *La justiciabilidad no se ve afectada por intereses políticos*

Las decisiones sociales derivadas de los procesos políticos pueden (y suelen) afectar directamente los derechos del individuo. Por lo tanto, para proteger los derechos individuales de tales violaciones se necesita un poder independiente. Entre las tres ramas

23 Agbor, Avitus, *Op. Cit.* p. 194

24 Ídem.

25 Ídem.

del poder público, se considera que debido a su independencia, el poder judicial es el mejor candidato para garantizar dicha protección.

Conforme con este razonamiento, la posición ventajosa del poder judicial se debe al hecho de que no es elegido popularmente. Según Ronald Dworkin, “los legisladores están sujetos a presiones que los jueces no tienen, y esta es una razón para suponer que... es más probable que los jueces lleguen a conclusiones más sólidas sobre los derechos”.<sup>26</sup> Como tal, el poder judicial es menos susceptible a las presiones de la mayoría de los votantes al tomar decisiones y emitir juicios y debido a esto es más probable que proteja los derechos individuales a pesar de la voluntad de la mayoría.<sup>27</sup>

Michael Walzer a su vez reconoce que la adjudicación judicial de los derechos sociales reduce radicalmente el alcance democrático en la toma de decisiones. Sin embargo, también considera que debido a su naturaleza distributiva, los derechos sociales deben quedar fuera precisamente del alcance de la deliberación política a fin de evitar resultados que podrían ser moralmente inaceptables.<sup>28</sup> Dicho de otra manera, los tribunales pueden proteger los derechos sociales incluso contra la voluntad de las mayorías, ya que su función está determinada por un criterio de justicia en lugar de uno de democracia.

### *La justiciabilidad favorece la democracia*

No obstante el anterior argumento, las resoluciones de los tribunales no necesariamente tienen que actuar en contra de la democracia. Basados en la teoría de la justicia de John Rawls,<sup>29</sup> algunos autores consideran que la protección efectiva de los derechos sociales es necesaria para tener una democracia sustantiva y, por lo tanto, condiciones más justas para la participación política. El razonamiento de este argumento es que una participación informada dentro de una democracia requiere alcanzar el “mínimo social” que garantizan los DESC. De esta manera, por ejemplo, solo puede haber una participación igual si todos los ciudadanos tienen al menos un mínimo nivel de vida igual.

Los derechos sociales adjudicados por el poder judicial también podrían fortalecer la legitimidad de un Estado democrático por otras dos razones:

- a) Los cambios legales no solo deben ser efectuados por el poder legislativo. “Los tribunales pueden desempeñar un papel positivo al proporcionar un foro<sup>30</sup> donde los desfavorecidos y los marginados en la política representativa pueden hacer oír sus voces, fomentando así la participación democrática”.<sup>31</sup> De esta manera,

26 Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, Harvard, Harvard University Press 1985. p. 70.

27 Lane Schepelle, Kim, “A Realpolitik Defense of Social Rights” en: *Texas Law Review*, Junio de 2004. p. 1921.

28 Walzer, Michael, “Philosophy and Democracy” en: *Political Theory*, Vol. 9 No. 3, 1981. p. 391-392.

29 Rawls, John, *Justice as Fairness: A Restatement*, Cambridge, Harvard University Press, 2001.

30 Recordar lo argumentado párrafos atrás sobre el Foro por Agbor.

31 Sheeran, Scott & Rodley, Nigel (Eds.), *Routledge Handbook of International Human Rights Law*, Londres: Routledge Publishing, 2013. p. 552.

las resoluciones judiciales pueden generar cambios jurídicos para las personas que no quedan adecuadamente representadas por el poder legislativo.

- b) No todas las resoluciones judiciales relativas a los derechos sociales requieren la intervención del poder ejecutivo o legislativo. “La aplicación judicial de los derechos sociales tiene el potencial de promover la deliberación democrática sin necesariamente desplazar la toma de decisiones de los poderes políticos del gobierno”.<sup>32</sup> Por lo tanto, el principio de separación de poderes puede mantenerse y la participación judicial puede lograr cambios jurídicos sin reformas legislativas o vulneraciones a las facultades del ejecutivo.

### *La justiciabilidad reduce la desigualdad*

En el debate sobre la conveniencia de la justiciabilidad de los derechos sociales, a veces se sostiene que los tribunales tienen un mejor razonamiento moral que las legislaturas, y que esta es una de las razones por las que se les debe confiar la autoridad final sobre ciertos temas relacionados con los derechos individuales y de minorías.<sup>33</sup> Sobre este razonamiento, Dworkin ha argumentado que los tribunales “aseguran que las cuestiones más fundamentales de la moral política se presentarán y debatirán como cuestiones de principio y no solo de poder político”.<sup>34</sup>

Siri Gloppen va un paso más allá y coincide con Agbor al argumentar que los tribunales pueden favorecer la transformación social, particularmente en los países pobres y en vías de desarrollo. Gloppen sostiene que los tribunales tienen una posición privilegiada para lograr una “transformación socio-moral”, que define como “la alteración de las desigualdades estructuradas y las relaciones de poder en la sociedad de manera que reduzcan el peso de las circunstancias moralmente irrelevantes”.<sup>35</sup>

## **B. Argumentos en contra**

En contraste con la mayoría de los académicos que apoyan la justiciabilidad de los derechos sociales, hay otro grupo que contradice los anteriores tres argumentos conforme a los siguientes razonamientos:

---

32 Gloppen, Siri “Dialogic Justice in the Enforcement of Social Rights” en: Gloppen, Siri & Ely Yamin, Alicia *Litigating Health Rights*, Cambridge, Harvard University Press, 2011. p. 238.

33 Cfr. Waldron, Jeremy “The Core of the Case against Judicial Review” en: *Yale Law Journal* Vol. 115, 2006. pp. 1386-1395.

34 Dworkin, Ronald, *Op. Cit.* p. 70.

35 Gloppen, Siri, “Courts and Social Transformation” en: Gargarella, Roberto, Domingo, Pilar & Roux, Theunis (eds.) *Courts and Social Transformation in New Democracies: an Institutional Voice for the poor?* Farnham, Ashgate, 2006. pp. 37-38.

### *La justiciabilidad no se basa en un poder independiente*

Una razón contra la justiciabilidad de los derechos sociales es que presupone la independencia del poder judicial. Aunque no existe una definición unánime de independencia judicial, se acepta que como mínimo implica “la libertad de control absoluto por parte de otras instituciones gubernamentales... {y} cierto grado de libertad con respecto a los litigantes y la opinión pública ... requiriendo la capacidad de los jueces para tomar decisiones y resolver controversias sin temor a represalias”.<sup>36</sup>

Aunque los académicos que defienden la justiciabilidad de los derechos sociales consideran que de entre los tres poderes el judicial tiene la mejor oportunidad de ser independiente, los académicos de los Estudios Jurídicos Críticos, entre muchos otros, han contraargumentado por años que los ministros, jueces y magistrados tienen prejuicios y presiones que constantemente afectan su neutralidad.<sup>37</sup>

Steven Voigt además señala que en algunos países el gobierno puede evitar intencionalmente las confrontaciones con el poder judicial. Esto, ya que mantener la apariencia de contar con un poder judicial independiente puede ser beneficioso para sus intereses. Según Voigt, un poder judicial que aparenta ser independiente aumenta la legitimidad de un gobierno ya que “la independencia judicial está relacionada con el crecimiento económico”.<sup>38</sup> Esta estrategia se ha utilizado reiteradamente para legitimar gobiernos a nivel nacional e internacional.

Georg Vanberg añade que “establecer y mantener la independencia judicial requiere que los actores políticos con la capacidad de atacar o socavar la autonomía judicial no tengan interés en hacerlo”.<sup>39</sup> La pregunta obligada es ¿Por qué sería del interés de los actores políticos respetar la independencia judicial? Las respuestas son múltiples: para ganar credibilidad, contar con un mediador entre otros agentes políticos, controlar una vía institucional que confirme sus derechos de propiedad, desviar la atención de la aplicación informal del poder, etc. Es decir, por razones que no necesariamente se relacionan con la justicia, el respeto a la independencia o la armonía entre los poderes públicos.

Y si bien es cierto que los fenómenos mencionados son más agudos en los regímenes populistas, el uso de castigos (aunque no se administren de forma oficial) para los jueces que se alejan del *statu quo* también tiene lugar en los países democráticos. En este sentido, entre las medidas disciplinarias y de restricción que pueden utilizarse contra el poder judicial, es posible encontrar:

36 Vanberg, Georg, “Establishing and Maintaining Judicial Independence” en: Caldeira, Gregory, Kelemen, Daniel & Whittington, Keith (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

37 Cfr. por ejemplo los postulados de Peter Gabel, Duncan Kennedy y Roberto Unger.

38 Voigt Feld, Steven, “Economic growth and judicial independence: cross country evidence using a new set of indicators” en: *European Journal of Political Economy* Vol. 19, 2003. p. 516.

39 Vanberg, Georg, *Op. Cit.* p. 116.

Manipulaciones con relación al nombramiento judicial y permanencia en el cargo, así como el establecimiento de requisitos a modo para para bloquear el nombramiento de jueces indeseables; sanciones disciplinarias contra jueces “excesivamente independientes”; juicio político o destitución de jueces activistas; o la introducción de restricciones jurisdiccionales serias que limitan las facultades de protección de derechos humanos.<sup>40</sup>

Cabe destacar que estas medidas disciplinarias y de restricción no solo tienen efectos frente a los jueces a quiénes van dirigidas, sino que también funcionan como una advertencia a otros miembros del poder judicial para que se abstengan del activismo que afecte los intereses de ciertos agentes políticos. Con frecuencia, esto ha generado tribunales conservadores, ineficaces o pasivos. Aunado a lo anterior, resulta fundamental señalar que todas estas consideraciones se exacerban cuando se trata de derechos sociales debido a su naturaleza prestacional.

En este mismo orden de ideas, Stephen Holmes y Cass Sunstein reconocen que en la práctica, “el nivel de protección que reciben los derechos sociales se determina políticamente y no judicialmente... {Las condiciones políticas determinan} si dichos derechos son reconocidos y protegidos o no”.<sup>41</sup> En este sentido, los jueces son conscientes de la probabilidad de que un derecho sea realmente respetado por los organismos titulares, incluso antes de que decidan sobre la cuestión de fondo. Este conocimiento incluye un análisis de costo/beneficio sobre el efecto de las resoluciones judiciales para la carrera y futuro de ministros, magistrados y jueces.

Asimismo, en muchos casos los jueces son conscientes de que sus decisiones serán ignoradas. Esto resulta particularmente probable cuando sus resoluciones van en contra de las otras ramas del poder público. Si ese es el caso, pueden simplemente decidir abstenerse de emitir una resolución o desestimar un asunto. Lo anterior crea una apariencia de justiciabilidad que en la práctica es ineficaz, lo cual resulta aún peor que la limitación, desde un principio, de la imposibilidad de reclamar judicialmente un derecho social.

### *La justiciabilidad se ve afectada por las deficiencias de los tribunales*

Los tribunales pueden tener tres tipos principales de deficiencias que afectan su desempeño y a su vez, la justiciabilidad de los derechos sociales. El primer tipo de deficiencia se refiere a la falta de información para emitir un juicio (indeterminación). El

40 Rosevear, Evan & Hirschl, Ran, “Constitutional Law Meets Comparative Politics: Socio-economic Rights and Political Realities” en Campbell, Tom, Ewing, K.D. y Tomkins, Adam, *The Legal Protection of Human Rights: Sceptical Essays*, Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 223.

41 Holmes, Stephen & Sunstein, Cass, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, Nueva York, W.W. Norton. 1999. p. 121.

segundo tipo de deficiencia se refiere a la falta de apoyo democrático (ilegitimidad). El tercer tipo de deficiencia se refiere a la falta de competencia técnica (incapacidad).

Con respecto al primer tipo de deficiencia (indeterminación), dado que los derechos sociales tienden a estar redactados de forma imprecisa y a ser regulados de manera ambigua, obligan a los tribunales a juzgar mediante criterios indeterminados. Como consecuencia, los tribunales tienen el mandato de elegir “entre los valores en disputa sin ningún criterio de selección, frente a información imperfecta e incertidumbre normativa, y debiendo emitir una sentencia que logre un resultado eficaz y específico”.<sup>42</sup> Y si los derechos sociales son materializados mediante criterios indeterminados, esto implica que podrían interpretarse de modo que en la práctica restrinjan, en lugar de facilitar, los derechos sociales.

Con respecto al segundo tipo de deficiencia (ilegitimidad), es importante recordar que en los países democráticos es prerrogativa de la mayoría, representada en el poder legislativo, decidir sobre los activos y gastos nacionales. Por lo tanto, al adjudicar y administrar los recursos públicos, el poder judicial estaría violando tanto la separación de poderes como los principios representativos de un Estado democrático. Lo anterior porque “[un] tribunal no es el lugar adecuado para llevar a cabo la necesaria negociación democrática de recursos públicos”.<sup>43</sup>

Con respecto al tercer tipo de deficiencia (incapacidad), los tribunales tienen las siguientes limitaciones técnicas y prácticas:

En primer lugar, los tribunales carecen de los poderes de investigación necesarios relacionados con la asignación y distribución de recursos. Un juez tampoco puede conocer a fondo los niveles mínimos de cumplimiento, los órganos estatales involucrados o las prácticas de implementación de los derechos sociales, ni cuestionar y evaluar a todas las partes afectadas.

En segundo lugar, “la revisión judicial de los derechos sociales individuales es imposible, ya que lleva a los jueces a evaluar las políticas sociales gubernamentales sobre la base de casos individuales que no están necesariamente conectados entre sí”.<sup>44</sup> Esto se conoce en la doctrina como el problema del policentrismo judicial.<sup>45</sup>

42 Hershkoff, Helen, “Positive Rights and State Constitutions: The Limits of Federal Rationality Review”, en: *Harvard Law Review*, Vol. 112. No. 6. pp. 1191-1194.

43 Deval Desai, “Courting” legitimacy: democratic agency and the justiciability of economic and social rights”, en: *Annual, Interdisciplinary Journal of Human Rights Law*, Vol. 4. No. 1, 2009. p. 25.

44 Fabre, Cecile, *Social Rights under the Constitution: Government and the Decent Life*, Oxford, Oxford University Press, 2003. p.109.

45 Tratado extensamente por Lon Fuller en su teoría sobre la adjudicación de derechos. Cfr. Villaseñor Rodríguez, Fernando, “La imposibilidad de neutralidad en las teorías modernas de la adjudicación” en: Gómez Alcalá, Rodolfo y Díez Gargari, Rodrigo (coords.) *Teoría del Derecho y Argumentación Jurídica: Obra Jurídica Enciclopédica en Homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su Primer Centenario*, Ciudad de México, Porrúa/CIIJ-ELD, 2013. pp. 293-315.

En tercer y último lugar, incluso suponiendo que los tribunales decidan establecer o revisar un programa, ley o acción específica que haga efectivo un derecho social, ¿Cómo pueden garantizar su implementación y monitorear su eficiencia? ¿Deberían integrar una comisión bi o tripartita con los miembros del poder judicial y del poder ejecutivo? ¿Deberían mandar informes periódicos de evaluación y progreso? ¿O simplemente considerarían que el órgano o el poder obligado actuarán de buena fe?

### *La justiciabilidad puede funcionar contra los pobres*

Una razón muy importante para argumentar en contra de la justiciabilidad de los derechos sociales tiene que ver con la manera en que afectan a los pobres. Charles Epp ha señalado que “las transformaciones y triunfos de los derechos sociales dependen de un litigio generalizado y sostenido... esto a su vez requiere del apoyo de organizaciones de defensa de dichos derechos, una profesión legal diversa y sofisticada, una amplia gama de fuentes de financiamiento y esfuerzos coordinados a nivel federal e incluso internacional”.<sup>46</sup> Suponiendo que los derechos sociales se delimitaran principalmente mediante el litigio por particulares, sería injusto pedir el mismo activismo a las personas con suficientes recursos económicos y de tiempo frente a aquellas otras que no los tienen.

También hay abundante literatura sobre cómo los derechos justiciables han aumentado, en lugar de reducir, la brecha de desigualdad en los países en desarrollo. Carlos Portugal Gouvêa ha documentado cómo, al volver el derecho a la salud constitucionalmente justiciable, se creó un monopolio de medicamentos retrovirales dentro de la clase media alta que contaba con los recursos para litigar y presionar judicialmente al Estado brasileño.<sup>47</sup> En este mismo sentido los estudios de Lucie Lamarche en Sudamérica informan que las demandas de derechos sociales hechas por los pobres suelen ser desestimadas, y que el poder judicial decide de manera rutinaria no adjudicar los derechos sociales alegando “falta de jurisdicción”.<sup>48</sup>

Otro ejemplo sobresaliente se puede encontrar en las obras de Jacob Mchangama y Christian Bjørnskov, quienes analizaron más de 40 constituciones con derechos sociales justiciables. Sus hallazgos sugieren que ni la constitucionalización ni la justiciabilidad de derechos sociales tuvieron efectos positivos o a largo plazo para la población. Además, en algunos casos, y debido a los limitados recursos gubernamentales que solo favorecían a los litigantes de clase alta, la introducción de derechos sociales justicia-

46 Epp, Charles, *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago, The University of Chicago Press, 1998. pp. 18-19.

47 Portugal Gouvêa, Carlos, “Social Rights against the Poor” en: *Vienna Journal on International Constitutional Law*, Vol. 7, 2013. p. 454.

48 Lamarche, Lucie, *Beyond the Rhetoric of Social Rights for the Poor: The Need to Promote a Methodology aimed at Reinforcing International and National Institutions*, Seminario sobre Dimensiones Humanas y Éticas sobre la Pobreza, Sao Paulo, UNESCO Poverty Project, 2003.

bles ha significado menos recursos presupuestarios para proteger a los verdaderamente desfavorecidos.<sup>49</sup>

Una crítica similar se puede encontrar en las obras de Chris Smith. Smith reconoce que la doctrina legal y los procesos judiciales pueden ser significativamente desventajosos para las personas en situación de pobreza. Debido a los aspectos técnicos, la oscuridad en la redacción de las leyes y principalmente, los requisitos procesales, los grupos económicamente desfavorecidos que buscan una reforma social no pueden participar en la exigencia o ejecución judicial de sus derechos.<sup>50</sup> Un problema muy claro es que la falta de dinero implica pocos litigios estratégicos y demandas presentadas por aquellos individuos sin privilegios, excluyendo así el sistema jurídico a las personas a quienes más debería proteger.<sup>51</sup>

En este sentido, la exclusión institucionalizada de “los más pobres entre los pobres, los analfabetos, los que son tan carentes de recursos que no tienen siquiera una idea de sus derechos”<sup>52</sup> ocurre con frecuencia, ya que los tribunales tienden a favorecer, incluso sin intención, a los individuos que pueden pagar los servicios de abogados especializados y sostener un litigio prolongado. Dichos individuos tienden a litigar cualquier caso en que el beneficio sea mayor a la inversión inicial y, por lo tanto, logran que el gobierno asigne recursos para sectores de la población que muchas veces no tienen una necesidad urgente. Incluso si los tribunales decidieran hacer valer los derechos sociales, dado que los recursos son necesariamente limitados, su adjudicación solo protegería a algunos individuos (la minoría litigante) a expensas de otros (la mayoría no litigante).<sup>53</sup> En este sentido, los litigios de derechos sociales sirven para reforzar privilegios preexistentes en lugar de disminuir desigualdades, lo cual genera un fenómeno de justiciabilidad contra los pobres.

### C. Síntesis

En esta aproximación inicial pudimos identificar tres argumentos principales a favor de la justiciabilidad de los derechos sociales (independencia, democracia e igualdad) y los contrastamos con argumentos que constituyen respuestas directas en su contra (dependencia, incapacidad, y desigualdad).

Un primer elemento común en ambas posturas tiene que ver con los propios derechos sociales. Mientras que para los defensores de la justiciabilidad su falta de delimitación

49 Bjørnskov, Christian & Mchangama, Jacob, “Do Social Rights Affect Social Outcomes?” en: *American Journal of Political Science*, Vol. 63, No.2, 2019. Pp. 452-466

50 Smith, Chris, *Courts and the Poor*, California, Contemporary World Issues, 2003. pp. 73-88.

51 Epp, Charles *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago, The University of Chicago Press, 1998. p. 203.

52 Portugal, Gouvêa, *Op. Cit* p. 463.

53 Motta Ferraz, Octavio Luiz, “Harming the Poor through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil” en: *Texas Law Review*, Junio de 2011. p. 1663.

precisa da lugar a interpretaciones creativas e incluyentes, para sus detractores ésta implica indeterminación, vaguedad y ausencia de certeza jurídica. Antes de decidirnos sobre una u otra postura sin embargo, deberíamos responder a las interrogantes ¿es posible establecer una definición precisa y universal sobre los derechos sociales en su conjunto?, ¿es posible definir cada derecho social en lo específico? Y, de ser posibles ambas opciones, ¿debería elegirse una o ambas?

Un segundo elemento común en ambas posturas es una visión monolítica sobre el poder judicial. Mientras que para los defensores este poder es facilitador, proactivo y autónomo, para sus detractores es obstructor, pasivo y dependiente. Una reflexión pertinente en este sentido sería, ¿de cuál poder judicial estamos hablando? En nuestra opinión, esta pregunta refleja la posibilidad de variaciones significativas y al menos una duda razonable sobre la universalidad operativa de la justiciabilidad de los derechos sociales.<sup>54</sup>

Un tercer y último elemento común estriba en la certeza sobre el potencial transformador de los derechos sociales y del poder judicial. Mientras que para sus defensores este poder da voz y reconocimiento a los grupos desfavorecidos revolucionando así a la sociedad, para sus detractores es cómplice y legitimador de los actores políticos manteniendo el *statu quo*. Aquí caben dos preguntas que, de hecho, están condicionadas entre sí.

La primera pregunta es ontológica, ¿realmente el poder judicial puede transformar a la sociedad en su conjunto adjudicando derechos sociales? A fin de responder debemos evitar la falacia de petición de principio, es decir, para que podamos exigirles transformación social a los jueces (cualquiera que sea su sentido) primero tenemos que asegurarnos que esté dentro de sus posibilidades fácticas; *deber* implica *poder*. Más concretamente, deberíamos asegurarnos que las sentencias *individuales* sobre derechos sociales *puedan* tener efectos *generales*.

La segunda pregunta es teleológica; suponiendo la plausibilidad del potencial transformador, ¿sería deseable que realice por el poder judicial? ¿Queremos que sean los jueces quienes transformen a la sociedad decidiendo sobre el destino de sus recursos? Aunque el ACNUDH ya se ha pronunciado en el sentido de que tanto derechos civiles y políticos como sociales requieren recursos para su protección y garantía,<sup>55</sup> lo cierto es que éstos últimos requieren además, casi todas las veces, de una valoración *predominantemente económica*. Siendo así, deberíamos asegurarnos que los jueces sean verdaderamente los funcionarios más adecuados para hacer este tipo de valoraciones.

---

54 En este sentido, sería menos ambicioso pero tal vez más realista valernos del análisis del derecho comparado en vez de ceñirnos a los estándares universalistas del derecho internacional para estudiar este punto.

55 Ver I. D.

### 3. A MANERA DE CONCLUSIÓN

En este texto presentamos un balance teórico en torno a la justiciabilidad de los derechos sociales. Después de identificar una narrativa sobre el surgimiento de estos derechos y su relación con el Estado de bienestar, especificamos como su desarrollo en el derecho internacional y su incorporación en los derechos nacionales les generó una naturaleza a la vez ambigua y compleja. Parte de esta complejidad fue explicada al abordar el tema sobre “el problema de los derechos sociales” y sus repercusiones para la justiciabilidad de estos derechos.

Conforme con lo anterior, entramos finalmente a la discusión fundamental, atendiendo a los tres principales argumentos a favor y en contra de la justiciabilidad de los derechos sociales. Dejando a un lado las múltiples contrarréplicas de ambas posturas (que debido a la extensión del presente no pudimos incluir en esta ocasión), identificamos una serie de comprensiones y prejuicios comunes que, en nuestra opinión, obligan a hacer replanteamientos básicos y demuestran que nos encontramos ante una discusión inacabada. En este sentido, consideramos que la breve síntesis y las preguntas que formulamos al final de nuestra exposición pueden servir como líneas orientadoras para complementar el debate actual y provocar otros nuevos sobre este tema.

### 4. FUENTES DE CONSULTA

Agbor, Avitus “Shifting the Matrix from Legal Passivity to a New Domestic Legal Order: Towards the Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights in Cameroon” en: *African Journal of International and Comparative Law*, Vol. 25 No. 2, 2017.

Asamblea General de la ONU, “Declaración Universal de los Derechos Humanos,” Preámbulo. París, 1948, Disponible en: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/> (consultado el 18 de julio de 2019).

Asamblea General de la ONU, “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), 1966. Artículo 2. Disponible en: [https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr\\_SP.pdf/](https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr_SP.pdf/) (consultado el 18 de julio de 2019).

Bjørnskov, Christian & Mchangama, Jacob, “Do Social Rights Affect Social Outcomes?” en: *American Journal of Political Science*, Vol. 63, No.2, 2019.

Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1996.

Cranston, Maurice “Human Rights, Real and Supposed”, en: Raphael, David D. (ed.), *Political Theory and the Rights of Man*, Londres, Macmillan, 1967.

Declaración y programa de acción de Viena, adoptada en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en Viena, Austria, el 25 de junio de 1993, UN doc. /CONF.157/23. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/INST%2033.pdf> (consultada el 18 de julio de 2019).

Deval Desai, “Courting” legitimacy: democratic agency and the justiciability of economic and social rights”, en: *Annual, Interdisciplinary Journal of Human Rights Law*, Vol. 4. No. 1, 2009.

- Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, Harvard, Harvard University Press 1985.
- Epp, Charles, *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago, The University of Chicago Press, 1998.
- Esping-Andersen, Gøsta, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1990.
- Fabre, Cecile, *Social Rights under the Constitution: Government and the Decent Life*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- Fried, Charles *Right and Wrong*, Cambridge, Harvard University Press, 1978.
- Gloppen, Siri, “Courts and Social Transformation” en: Gargarella, Roberto, Domingo, Pilar & Roux, Theunis (eds.) *Courts and Social Transformation in New Democracies: an Institutional Voice for the poor?* Farnham, Ashgate, 2006.
- Gloppen, Siri “Dialogic Justice in the Enforcement of Social Rights” en: Gloppen, Siri & Ely Yamin, Alicia *Litigating Health Rights*, Cambridge, Harvard University Press, 2011.
- Hershkoff, Helen, “Positive Rights and State Constitutions: The Limits of Federal Rationality Review”, en: *Harvard Law Review*, Vol. 112. No. 6.
- Holmes, Stephen & Sunstein, Cass, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, Nueva York, W.W. Norton. 1999.
- Lamarche, Lucie, *Beyond the Rhetoric of Social Rights for the Poor: The Need to Promote a Methodology aimed at Reinforcing International and National Institutions*, Seminario sobre Dimensiones Humanas y Éticas sobre la Pobreza, Sao Paolo, UNESCO Poverty Project, 2003.
- Lane Schepelle, Kim, “A Realpolitik Defense of Social Rights” en: *Texas Law Review*, Junio de 2004.
- Mantouvalou, Virginia, “The Case for Social Rights” en: Gearty, Conor & Mantouvalou, Virginia, *Debating Social Rights*, Oxford: Hart Publishing, 2010.
- Mapulanga-Hulston, Jackie “Examining the Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights” en: *The International Journal of Human Rights*, Vol.6 No. 4, 2002.
- Marshall, Thomas, *Class, Citizenship and Social Development*, Nueva York, Doubleday, 1964.
- Motta Ferraz, Octavio Luiz, “Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil” en: *Texas Law Review*, Junio de 2011.
- Polanyi, Karl, *La Gran Transformación*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2011.
- Portugal Gouvêa, Carlos, “Social Rights against the Poor” en: *Vienna Journal on International Constitutional Law*, Vol. 7, 2013.
- Rawls, John, *Justice as Fairness: A Restatement*, Cambridge, Harvard University Press, 2001.
- Rosevear, Evan & Hirschl, Ran, “Constitutional Law Meets Comparative Politics: Socio-economic Rights and Political Realities” en Campbell, Tom, Ewing, K.D. y Tomkins, Adam, *The Legal Protection of Human Rights: Sceptical Essays*, Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Samodra, Wibawa *Learning from Lorenz Von Stein’s Idea of Social State*, Speyer, Universidad Alemana de Ciencias Administrativas, 2009.

- Scheinin, Martin, "Economic, Social and Cultural Rights", en: Asbjorn Eide, Catarina Krause, y Allan Rosas (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*, Londres, Kluwer Law International, 2001.
- Sheeran, Scott & Rodley, Nigel (Eds.), *Routledge Handbook of International Human Rights Law*, Londres: Routledge Publishing, 2013.
- Soboka Bulto, Takele "The Utility of Cross-Cutting Rights in Enhancing Justiciability of Socio-Economic Rights in the African Charter on Human and Peoples' Rights" en: *University of Tasmania Law Review*, Vol. 29 No.2, 2010.
- Smith, Chris, *Courts and the Poor*, California, Contemporary World Issues, 2003.
- Tveiten, Margit, "Justiciability of Socio-Economic Rights: Reflections on Norwegian and South African Debate and Experience" en: Barth Eide, Wenche y Kracht, Uwe (eds.), *Food and Human Rights in Development-Volume I: Legal and Institutional Dimensions and Selected Topics*, Cambridge, Intersentia, 2005.
- Voigt Feld, Steven, "Economic growth and judicial independence: cross country evidence using a new set of indicators" en: *European Journal of Political Economy* Vol. 19, 2003.
- Vanberg, Georg, "Establishing and Maintaining Judicial Independence" en: Caldeira, Gregory, Kelemen, Daniel & Whittington, Keith (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- Viljoen, Frans, *International Human Rights Law in Africa*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- Villaseñor Rodríguez, Fernando, "La imposibilidad de neutralidad en las teorías modernas de la adjudicación" en: Gómez Alcalá, Rodolfo y Díez Gargari, Rodrigo (coords.) *Teoría del Derecho y Argumentación Jurídica*, Ciudad de México, Porrúa/CIIJ-ELD, 2013.
- Waldron, Jeremy "The Core of the Case against Judicial Review" en: *Yale Law Journal* Vol. 115, 2006.
- Walzer, Michael, "Philosophy and Democracy" en: *Political Theory*, Vol. 9 No. 3, 1981.
- Young, Katharine, *Constituting Economic and Social Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012.



# LA PRECLUSIÓN, LA CADUCIDAD Y LA PRESCRIPCIÓN EN LA LEY GENERAL DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS

Por MARÍA ZARAGOZA SIGLER

**RESUMEN:** En el presente texto se analiza en el marco de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, tres figuras jurídicas extintivas de derechos por el transcurso del tiempo: la preclusión, la caducidad y la prescripción.

**PALABRAS CLAVE:** Preclusión, Caducidad, Prescripción.

**ABSTRACT:** In this text, we analyze in the framework of the General Law of Administrative Responsibilities, three legal figures extinguishing rights over the course of time: preclusion, lapsing and prescription.

**KEYWORDS:** Preclusion, Lapsing, Prescription.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL TIEMPO. 3. LA PRECLUSIÓN. 4. LA CADUCIDAD. 5. LA PRESCRIPCIÓN. 6. CONCLUSIONES. 7. FUENTES DE CONSULTA

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente ensayo analiza en el marco de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, tres figuras jurídicas extintivas de derechos por el transcurso del tiempo: la preclusión, la caducidad y la prescripción.

A menudo es posible que dichas formas extintivas de derechos y obligaciones sean confundidas en la práctica, lo que hace necesario su análisis de forma más detallada para comprender cómo aplica cada una de ellas y en qué fase del procedimiento administrativo sancionador se pueden presentar.

En tal contexto, se parte del concepto del tiempo en el derecho para poder entender cada una de estas instituciones, continuando con el análisis doctrinal de las mismas.

## 2. EL TIEMPO

Como en la vida misma, en el ámbito jurídico el tiempo ocupa un lugar relevante. Las normas se crean en un momento determinado, las obligaciones se extinguen en un momento preciso, los negocios jurídicos y los procedimientos se desarrollan en un tiempo definido, todo lo que acontece en el derecho sucede en el tiempo.

Entender este tema del tiempo en el proceso es fundamental para poder computar el plazo a partir del cual deberá emitirse determinado acto jurídico con la finalidad de que surta eficacia y pueda producir los efectos de derecho que con él se pretenden.

Asimismo, esto es acorde con lo señalado por el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que en su segundo párrafo dispone:

“Artículo 17.- ...

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

...”

Se puede afirmar que en nuestro sistema de derecho las reglas bajo las cuales se deberán desarrollar los procedimientos jurisdiccionales deben estar previstas en ley, y dentro de éstas, se dispondrán las relativas a los plazos correspondientes.

La Real Academia de la Lengua Española define al tiempo, entre otras, con las siguientes acepciones:

“Del lat. *tempus*.

1. m. Duración de las cosas sujetas a mudanza.
2. m. Magnitud física que permite ordenar la secuencia de los sucesos, estableciendo un pasado, un presente y un futuro, y cuya unidad en el sistema internacional es el segundo.
3. m. Parte de la secuencia de los sucesos.
4. m. Época durante la cual vive alguien o sucede algo. *En tiempo de Trajano. En tiempo del descubrimiento de América.*
6. m. edad (|| tiempo vivido).
7. m. edad (|| duración de una cosa).
8. m. Oportunidad, ocasión o coyuntura de hacer algo. *A su tiempo. Ahora no es tiempo.*
10. m. Largo espacio de tiempo. *Tiempo ha que no nos vemos.*
11. m. Cada uno de los actos sucesivos en que se divide la ejecución de algo; como ciertos ejercicios militares, las composiciones musicales, etc.

...”<sup>1</sup>

De ahí, podemos decir que la palabra tiempo se utiliza para nombrar a una magnitud de carácter físico determinada por observaciones astronómicas, se define en términos de la rotación de la Tierra y se emplea para realizar la medición de lo que dura algo que es susceptible de cambio. Cuando una cosa pasa de un estado a otro y dicho cambio es advertido por un observador, ese período puede cuantificarse y medirse como tiempo.<sup>2</sup>

1 Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. <https://dle.rae.es/?id=Zir6Ipf>. Consulta realizada el 18 de marzo de 2019, 17:11 hrs.

2 Halliday, David y Robert Resnick. Fundamentos de Física. Trad. Juan de Oyarzábal Orueta y Raúl Gómez González. 5ª. ed. México: Cía. Editorial Continental, S.A. de C.V.; 1984. p.24

En el derecho el tiempo se mide de acuerdo a reglas y conceptos específicos. Regular la función del tiempo en el proceso ayuda a determinar, valga la redundancia, el tiempo de los actos jurídicos y, especialmente, de los actos del proceso, lo que permite obtener una cierta relación entre el cumplimiento de un acto y el cumplimiento de uno o más actos, insertando cada uno de ellos en un punto de la historia. La importancia de regular el tiempo en el proceso muestra su desenvolvimiento.<sup>3</sup>

De acuerdo con Carnelutti, gracias a la medición del tiempo de los actos procesales, existen dos tipos de actos jurídicos dentro del procedimiento, aquéllos que son simultáneos, y otros que son sucesivos, lo que en ulterior instancia sirve para establecer el orden dentro de los procesos y la distancia que debe mediar entre un acto y otro.<sup>4</sup>

Si bien en el sistema jurídico mexicano las expresiones plazo y término suelen utilizarse como sinónimos, doctrinalmente tienen acepciones diferentes.<sup>5</sup>

El plazo es un período a todo lo largo del cual, desde el momento inicial y hasta el final, se puede realizar válidamente un acto jurídico o un acto procesal, es decir, se refiere a un lapso durante el cual se debe satisfacer la carga procesal que corresponda.<sup>6</sup>

El término es el momento, (día y hora) señalado para el comienzo de un acto procesal, es decir, cuando la ley señala cierto día y a veces cierta hora para que alguna de las partes o ambas realicen un acto procesal.<sup>7</sup>

Los plazos y términos se dividen en legales, judiciales y convencionales, según estén establecidos en la ley, por resolución del juzgador o por acuerdo de las partes.

También pueden clasificarse en perentorios, cuando se señala con claridad que el acto sólo será eficaz si se ejecuta en la fecha fijada o en cualquiera de los espacios de tiempo concedido; o bien pueden ser dilatorios, cuando el acto aún ejecutado después del vencimiento del plazo concedido es eficaz por disposición de la ley.

Los plazos y términos pueden también ser improrrogables, cuando fenecen en el tiempo expresamente fijado o bien, prorrogables, cuando pueden extenderse o ampliarse por más tiempo del concedido.<sup>8</sup>

El tiempo en el derecho también se clasifica en días u horas hábiles o inhábiles, el día u hora hábil es aquél en el cual coincide con el tiempo laborable en la institución respectiva, llámese dependencia, juzgado o tribunal. Inhábil será el día u hora donde no hay

3 Carnelutti, Francesco. Derecho Procesal Civil y Penal. Trad. Enrique Figueroa Alfonzo. Present. Leonel Pereznieta Castro. México: Harla ; 1997. Biblioteca Clásicos del Derecho. Vol. 4. p. 753.

4 Idem.

5 Ovalle Favela, José. Teoría general del proceso. 7ª edición. México: Oxford Unity Press; 2015. p. 306.

6 Idem. Gómez Lara, Cipriano. Teoría General del Proceso.10ª. ed. México: Oxford; 2015. p.248

7 Idem. Torres Díaz Luis Guillermo. Teoría General del Proceso. México: Editorial Trillas; 2013. p. 203

8 Ibidem. pp. 204, 205

labores activas. Por lo general, los días inhábiles están determinados por Ley o acuerdo. En el procedimiento contencioso administrativo los días inhábiles son sábados, domingos y los días especificados en el acuerdo emitido al inicio del año por el Pleno de la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Administrativa.<sup>9</sup> Los días naturales son aquéllos donde no se distingue entre hábiles e inhábiles, es decir, se computan todos los días del año, desde las cero hasta las 24 horas de cada día.<sup>10</sup>

Si bien, por regla general, la duración de los plazos se establece en la ley, también lo es que durante el procedimiento hay términos que fija el juez como puede ser la especificación de un día y hora determinados para el desahogo de una prueba testimonial o la celebración de una audiencia.

En materia de responsabilidades administrativas federal, los plazos y términos procesales se computan conforme lo determina la Ley General de Responsabilidades Administrativas misma que señala en su artículo 187 que las notificaciones se tendrán por hechas a partir del día hábil siguiente en que surtan sus efectos y en su numeral 191 dispone que cuando las leyes orgánicas de los Tribunales dispongan la notificación electrónica, se aplicará lo que al respecto se establezca en ellas.

La Ley Federal de Procedimiento Administrativo señala en su artículo 38 que las notificaciones personales surtirán sus efectos el día en que hubieren sido realizadas y los plazos empezarán a correr a partir del día siguiente a aquel en que haya surtido efectos

9 Acuerdo SS-3-2019 Acuerdo por el que se determina el calendario oficial para suspensión de labores para 2019. DOF. 15 de enero de 2019. Artículo 12 del Código Fiscal de la Federación. DOF. 31 de diciembre de 1981. Artículo 74 de la Ley Federal del Trabajo. DOF. 1º de abril de 1970 y sus reformas DOF. 22 de diciembre de 1987 y 17 de enero de 2006.

10 DIAS NATURALES. Deben incluirse en ellos, tanto los días hábiles, como los inhábiles para actuar. Quinta Época. Instancia: Cuarta Sala. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo LXX. Materia(s): Común. Página: 1333. Núm. de Registro: 353143

Amparo civil en revisión 6183/37. Llave Alberto de la. 22 de octubre de 1941. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Roque Estrada. Relator: José María Mendoza Pardo.

DIAS NATURALES, QUE DEBE ENTENDERSE POR, A EFECTO DE FIJAR LA DURACION DE LOS PLAZOS EN EL JUICIO DE AMPARO. El artículo 24, fracción II, de la Ley de Amparo establece que para el cómputo de los términos en el juicio de amparo, los mismos se contarán por días naturales, con exclusión de los inhábiles. Por su parte, el artículo 292 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2o. de la ley primeramente citada, estatuye que para el efecto de fijar la duración de los términos, los días se entenderán de veinticuatro horas naturales contados de las veinticuatro a las veinticuatro. Por tanto, día natural en el juicio de garantías es aquel que se cuenta de las cero a las veinticuatro horas, es decir, en toda su extensión temporal.

Séptima Época. Núm. de Registro: 240074. Instancia: Tercera Sala. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Volumen 199-204, Cuarta Parte. Materia(s): Común. Página: 18.

Amparo directo 8817/82. Fernando Muñoz y Compañía, S.A. 22 de agosto de 1985. Cinco votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretario: José Nabor González Ruiz. Sexta Época, Cuarta Parte: Volumen XIV, página 34. Reclamación en amparo directo 2289/58. Ignacio Lomelí Haro. 5 de agosto de 1958. Cinco votos. Ponente: José Castro Estrada. Nota: En el Volumen XIV, página 34, la tesis aparece bajo el rubro "AMPARO, TERMINOS EN EL."

la notificación. Por su parte, la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo señala, en su artículo 65, que la notificación hecha mediante Boletín Jurisdiccional surtirá sus efectos al tercer día hábil siguiente a aquél en que se haya realizado la publicación en dicho Boletín o al día hábil siguiente a aquél en que las partes sean notificadas personalmente en las instalaciones designadas por el Tribunal, cuando así proceda, en términos de lo establecido por el artículo 67 de esta Ley, y a su vez, el artículo 70 de la misma Ley expresa que las notificaciones surtirán sus efectos, el día hábil siguiente a aquél en que fueren hechas.

Podría inferirse que la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo contiene una antinomia entre lo señalado por el artículo 67 y el 70 al establecer éste último un momento distinto respecto del cual surten efectos las notificaciones en general, sin embargo, en la práctica, en tratándose de notificaciones hechas a través del Boletín Jurisdiccional, el momento en que surten efectos es al tercer día de la publicación.

Ahora, si la Ley General de Responsabilidades Administrativas hace una remisión para que en el caso del Tribunal se apliquen las normas conducentes, esto es la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, que al efecto prevé la aplicación del Boletín Jurisdiccional, debe entenderse que no se realizará la notificación a través de éste medio en tratándose de los actos que la propia Ley de Responsabilidades señala como objeto de notificación personal, en virtud de que ésta es la norma específica en la materia y se evitará una violación al procedimiento.

### 3. LA PRECLUSIÓN

El proceso se puede definir como un conjunto de actos mediante los cuales se constituye, desarrolla y termina la relación jurídica que se establece entre el juzgador, las partes y las demás personas que en ella intervienen y que tiene como finalidad dar solución al litigio planteado por las partes, a través de una sentencia del juzgador basada en hechos afirmados y probados y en el derecho aplicable, así como, en su caso, obtener la ejecución de la sentencia<sup>11</sup>.

El proceso se desarrolla a través de diversas etapas. Durante su desarrollo está en juego la relación entre un acto precedente y otro sucesivo, en el sentido en que éste debe seguir a aquél casi inmediatamente.<sup>12</sup> Cada una de las etapas procesales tiene un plazo definido por la ley, esto con el fin de que haya celeridad, no se prolongue eternamente y se dé cumplimiento al mandato constitucional de impartir justicia pronta y expedita.

El concepto de preclusión está íntimamente vinculado con los aspectos temporales del proceso en cada una de las etapas del mismo. En tal contexto, preclusión es la pérdida de los derechos procesales por no haberlos ejercido en la oportunidad que la ley da

11 Ovalle op. cit. p. 206

12 Idem. Carnelutti. op. cit. p. 320.

para ello, aunque esta figura jurídica no está reconocida expresamente por nuestro ordenamiento jurídico.<sup>13</sup>

La preclusión obra en dos momentos, con anticipación a la sentencia del juez opera mediante la fijación de un punto hasta el cual es posible introducir nuevos elementos de conocimiento, proponer nuevas peticiones y excepciones, ofrecer pruebas o presentar alegatos. Después de la sentencia, la preclusión obra mediante la fijación de un término para las impugnaciones admitidas.

La preclusión definitiva de las cuestiones alegadas se produce cuando se ha obtenido una sentencia que no está sometida a ninguna impugnación y que ha quedado firme. Este tipo de preclusión es lo que da lugar a la cosa juzgada e impide que el negocio sometido a la consideración del juzgador vuelva a ser objeto de litigio por ser un asunto ya decidido jurisdiccionalmente.<sup>14</sup>

En el procedimiento de responsabilidades administrativas de los servidores públicos, la preclusión opera cuando el servidor público es omiso en presentar el recurso de inconformidad en contra de la calificación de la falta, omite ofrecer pruebas, no comparezca a la audiencia inicial, no comparezca ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa en caso de tratarse de una falta grave, se abstenga de presentar alegatos, no presente el recurso de revocación respecto de la resolución sancionadora o, en su caso, el juicio de nulidad correspondiente.

Asimismo, opera la preclusión cuando no se actúa en las etapas procesales, es decir, no se ofrezcan pruebas en el momento procesal oportuno, no formule ampliación de demanda, no presente alegatos, etc.

Siempre que la ley otorga el derecho de actuar o presentar algo y éste no se ejerza en el plazo concedido, precluye el derecho a ello, por ejemplo si el actor presenta pruebas después de la contestación de la demanda, pero las conocía, las tenía o tenía acceso a ellas desde antes de presentar la demanda, precluye su derecho a ofrecerlas en el juicio porque el momento procesal oportuno para ello fue en la etapa de la presentación de la demanda.

Tratándose del procedimiento de responsabilidades administrativas, podemos decir que opera la preclusión en perjuicio de la autoridad si la investigadora omite remitir a la substanciadora el informe de presunta responsabilidad administrativa, porque la Ley no da oportunidad de requerir la presentación, sino que, por el contrario, en el artículo 196, fracción V, expresa que es una causa de improcedencia cuando se omite acompañar dicho informe.

---

13 Gómez Lara. op. cit. p. 249. Chiovenda, Giuseppe. Curso de Derecho Procesal Civil. Trad. Enrique Figueroa Alfonso. Present. Leonel Pereznieta Castro. México: Harla; 1997. Biblioteca Clásicos del Derecho. Vol. 6. p. 170.

14 Chiovenda. Idem.

Otra forma de preclusión en esta materia se da cuando el servidor público sujeto a procedimiento falta a la audiencia o bien, no ofrece pruebas durante la misma, porque ése es el momento procesal oportuno para que lo haga.

Cuando opera la preclusión de esta forma, la parte que omitió actuar conforme le permitía la ley, pierde la oportunidad de actuar en esa etapa procesal, lo cual puede ser perjudicial para obtener un resultado favorable a sus intereses, teniendo siempre en cuenta que se trata de actuaciones procesales que debiera agotar para defender, en su caso, su derecho subjetivo.

La preclusión también opera cuando se agota el acto procesal sin posibilidad de repetición, a éste tipo se le conoce como preclusión de consumación, como lo señala la siguiente jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

**PRECLUSIÓN. ES UNA FIGURA JURÍDICA QUE EXTINGUE O CONSUMA LA OPORTUNIDAD PROCESAL DE REALIZAR UN ACTO.**

La preclusión es uno de los principios que rigen el proceso y se funda en el hecho de que las diversas etapas del proceso se desarrollan en forma sucesiva, mediante la clausura definitiva de cada una de ellas, impidiéndose el regreso a momentos procesales ya extinguidos y consumados, esto es, en virtud del principio de la preclusión, extinguida o consumada la oportunidad procesal para realizar un acto, éste ya no podrá ejecutarse nuevamente. Además doctrinariamente, la preclusión se define generalmente como la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal, que resulta normalmente, de tres situaciones: a) de no haber observado el orden u oportunidad dada por la ley para la realización de un acto; b) de haber cumplido una actividad incompatible con el ejercicio de otra; y c) de haber ejercitado ya una vez, válidamente, esa facultad (consumación propiamente dicha). Estas tres posibilidades significan que la mencionada institución no es, en verdad, única y distinta, sino más bien una circunstancia atinente a la misma estructura del juicio.

Tesis: 1a./J. 21/2002. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. 187149. Primera Sala. Tomo XV, Abril de 2002. Pag. 314. Jurisprudencia(Común)

Conforme al anterior criterio se entiende que una vez realizado el acto procesal, se agota el ejercicio del derecho inmerso en él y como consecuencia, opera la preclusión por consumación, lo que permite dar paso a la siguiente etapa procesal.

Cabría preguntar, si el ejercicio del derecho de acción se agota en un solo acto o en varios. Si se considera que el ejercicio del derecho de acción se agota en un solo acto con la presentación de la demanda, al ser ésta admitida, y ordenarse el emplazamiento correspondiente, lo natural sería que se continúe con la siguiente etapa que será la fase de contestación de la demanda, ello recordando que el proceso consta de varias fases sucesivas.

Sin embargo, no siempre sucede así, en el procedimiento contencioso administrativo federal puede darse el caso en que el actor presenta su demanda antes del vencimiento del plazo (30 días), ésta se admite y se ordena el emplazamiento por el magistrado instructor, pero al día 30, presenta un “alcance” a la demanda y aún y cuando ya estuviera corriendo el plazo para que la autoridad conteste, el “alcance” debe ser admitido como complemento de la demanda. Esta situación ha sido aceptada a través de la jurisprudencia 2a./J. 101/2006, que puede ser consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, en el Tomo XXIV, del mes de Julio de 2006, Página 348; que a la letra reza:

**“DEMANDA DE NULIDAD FISCAL. EL ACTOR PUEDE AMPLIARLA FACULTATIVAMENTE DENTRO DEL PLAZO QUE PREVÉ EL ARTÍCULO 207 DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN Y, EXCEPCIONALMENTE, DESPUÉS DE CONTESTADA, EN LOS SUPUESTOS PREVISTOS EN EL NUMERAL 210 DEL PROPIO ORDENAMIENTO (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 31 DE DICIEMBRE DE 2005).** De lo dispuesto en el artículo 207 del Código Fiscal de la Federación vigente hasta el 31 de diciembre de 2005, que establece el plazo de 45 días para promover el juicio contencioso administrativo a través de la presentación de la demanda, mediante la cual se ejerce la acción de nulidad, se advierte que tal plazo no se agota con dicha presentación, pues mientras no venza, la actora puede ampliarla; en cambio, posteriormente a la contestación, la ampliación se permite sólo en los supuestos excepcionales previstos por el artículo 210 del Código citado, que señala que podrá ampliarse la demanda dentro de los 20 días siguientes al en que surta efectos la notificación del acuerdo que admita su contestación, en los siguientes casos: I. Cuando se impugne una negativa ficta; II. Contra el acto principal del que derive el impugnado en la demanda, así como su notificación, cuando se den a conocer en la contestación; III. En los casos previstos por el artículo 209 BIS de dicho Código; y, IV. Cuando con motivo de la contestación se introduzcan cuestiones que sin violar el primer párrafo del artículo 215 del indicado ordenamiento no sean conocidas por el actor al presentar la demanda. En ese tenor, se concluye que la ampliación de la demanda de nulidad procede facultativamente para el actor dentro de los 45 días que establece el artículo 207 del mencionado Código para el ejercicio de la acción, y excepcionalmente después de contestada la demanda conforme al numeral 210 del mismo ordenamiento.”

Si bien puede entenderse que esta jurisprudencia se inserta en la idea de otorgar un mayor beneficio al particular que promueve un litigio contra la estructura del Estado, ello no obsta para que surjan diversas dudas sobre sus efectos.

La primera interrogante es saber si el derecho de acción se agota con el escrito inicial de demanda? o mejor dicho, ¿la demanda debe constar en un solo escrito o puede tener diversos apartados en diferentes escritos? conforme a la citada jurisprudencia pareciera que sí es posible que conste en varios documentos que pueden ser exhibidos en el Tribunal en diferentes momentos.

¿Se debe presentar un sólo “alcance” de la demanda o pueden presentarse varios “alcances”? Esta respuesta no la aclara la Jurisprudencia, pero tampoco establece la limitante de un solo “alcance”, lo cual haría suponer que el actor pudiera válidamente presentar varios escritos complementarios de su demanda en diversos momentos, siempre y cuando se presenten dentro del plazo de 30 días que la Ley otorga para dicha presentación.

Otra pregunta surge en relación con las pruebas, si la Ley señala que las pruebas deben ofrecerse en el escrito de la demanda, al constar ésta en varios escritos, sería posible que en cada uno de ellos se ofrezcan diferentes pruebas.

En atención al principio de igualdad de las partes en el proceso, valdría la pena preguntarse si también puede aplicarse, por analogía, el criterio a la autoridad demandada, es decir, si pudiera aceptarse que la contestación de la demanda también sea susceptible de presentarse en diversos momentos mediante diverso escrito de “alcance” de la contestación.

Si bien esto sucede en la práctica y existe jurisprudencia obligatoria al respecto, se considera que no es del todo correcto, ya que pudiera atentar contra el principio de celeridad en el proceso y puede dar pie a múltiples complicaciones durante el mismo, toda vez que el magistrado instructor ignora si se presentarán ese o esos “alcances” de la demanda, por lo que, generalmente al recibir el escrito inicial se ordena el emplazamiento y quizá, en el caso concreto habría que prorrogar el plazo para la contestación en aras del “alcance” presentado.

Aunado a ello, de la propia Ley se infiere que presentada la demanda el magistrado instructor proveerá sobre su admisión y, en su caso emplazará a la autoridad, lo que igual puede interpretarse que se agota la fase de presentación y el proceso continúa a la contestación de la demanda, sin entender que el magistrado instructor se reservará acordar lo conducente hasta que se agote el plazo de 30 días con la finalidad de preveer un “alcance”. De ahí que considero que el criterio jurisprudencial aludido interpreta de forma muy extensiva el ejercicio del derecho de acción.

#### 4. LA CADUCIDAD

“La caducidad es un modo de extinción de la relación procesal que se produce después de cierto período de tiempo, en virtud de la inactividad de los sujetos procesales”<sup>15</sup>. También se le ha concebido como una sanción a la inactividad procesal cuya consecuencia es la extinción del proceso y que, además, deja sin efecto todos los actos procesales.<sup>16</sup>

15 Chioyenda. op. cit. p. 492.

16 Ovalle. op. cit. p. 308. Torres. op. cit. p. 211.

Por la caducidad, el proceso se extingue porque permanece inmóvil por un cierto tiempo, simplemente por la inercia acontecida en él.<sup>17</sup>

Cipriano Gómez Lara considera que la caducidad y la preclusión son instituciones que tienen la misma naturaleza y esencia, pero cuya diferencia es de grado, al catalogar a la caducidad como una *preclusión máxima*. Dicho autor señala que "...si la preclusión es la pérdida de un derecho procesal, la caducidad es la pérdida de todos los derechos procesales, a causa de la inactividad de las partes, inactividad total y bilateral, que opera una vez que transcurre determinado plazo que la ley señala"<sup>18</sup>.

En el sistema mexicano, la caducidad de la instancia fue incorporada por primera vez en el Código de Procedimientos Civiles de Guanajuato el 22 de enero de 1934 y, posteriormente, el 31 de enero de ese mismo año fue retomada por el legislador federal en el Código Federal de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales.<sup>19</sup>

El legislador mexicano consideró conveniente introducir la institución de la caducidad de la instancia con el objeto de que no se acumularan los negocios en los tribunales, que los asuntos en los tribunales no se paralizaran deliberadamente para ganar u obtener ventajas indebidas, y evitar que los juicios fueran eternos.<sup>20</sup>

En materia de responsabilidades administrativas, la caducidad está prevista en el artículo 74 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, que al efecto en su parte conducente dispone lo siguiente:

"Artículo 74. ...

...

...

Si se dejare de actuar en los procedimientos de responsabilidad administrativa originados con motivo de la admisión del citado informe, y como consecuencia de ello se produjera la caducidad de la instancia, la prescripción se reanudará desde el día en que se admitió el Informe de Presunta Responsabilidad Administrativa.

En ningún caso, en los procedimientos de responsabilidad administrativa podrá dejar de actuarse por más de seis meses sin causa justificada; en caso de actualizarse dicha inactividad, se decretará, a solicitud del presunto infractor, la caducidad de la instancia.

Los plazos a los que se refiere el presente artículo se computarán en días naturales."

17 Carnelutti, Francesco. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Trad. Enrique Figueroa Alfonso. Present. Leonel Pereznieta Castro. México: Harla; 1997. Biblioteca Clásicos del Derecho. Vol. 5. p. 1182.

18 Gómez Lara. op. cit. p. 249

19 Becerra Bautista, José. El Proceso Civil en México. 12ª. ed. México: Porrúa; 1986. p.419.

20 Ibidem. pp. 421 y 422.

Esta norma señala, al respecto de la caducidad, que se produce por inactividad injustificada en el procedimiento administrativo sancionador, en un plazo mayor a seis meses y una de sus consecuencias es que reanuda la prescripción desde el momento en que se presenta el informe de presunta responsabilidad.

Ahora bien, ya que la norma no contiene mayores elementos, para su debida interpretación habrá que aplicar de forma supletoria otras disposiciones.

De conformidad con la propia Ley General, concretamente con su artículo 118, en lo que no se oponga a lo dispuesto en el procedimiento de responsabilidad administrativa, será de aplicación supletoria lo dispuesto en la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo o las leyes que rijan en esa materia en las entidades federativas, según corresponda. Sin embargo, se considera que esta remisión hecha por el legislador no es del todo adecuada, toda vez que la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo es el ordenamiento que rige para el denominado juicio de nulidad, mismo que se substancia ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa y, por tanto, no sería aplicable en lo que concierne a un procedimiento de naturaleza administrativa como lo es el procedimiento sancionador de los servidores públicos, sino que, lo correcto sería que en esta fase se aplicara la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, máxime en las actuaciones que se llevan a cabo en el marco de los órganos internos de control.

Otra cuestión a dilucidar es que aun con la supletoriedad expresa en la Ley General, por su parte la Ley Federal de Procedimiento Administrativo señala en su artículo 2 que se aplicará supletoriamente a las diversas leyes administrativas, es decir, que válidamente puede ser aplicada supletoriamente a la Ley General de Responsabilidades al ser ésta un ordenamiento de carácter administrativo, aún y cuando ésta última no lo prevea expresamente.

Finalmente, será aplicable de forma supletoria el Código Federal de Procedimientos Civiles, conforme lo disponen las Leyes Federales de Procedimiento Administrativo y de Procedimiento Contencioso Administrativo.

En ese tenor, tenemos que la Ley Federal de Procedimiento Administrativo señala que la declaración de caducidad pone fin al procedimiento administrativo (artículo 57, fracción IV).

El artículo 60 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo dispone que si el procedimiento se inicia a instancia del interesado, cuando se produzca una paralización más de tres meses por causas imputables a éste, se produce la caducidad y la autoridad acordará el archivo de las actuaciones.

También expresa que si se trata de procedimientos iniciados de oficio se entenderán caducados en el plazo de 30 días contados a partir de la expiración del plazo para dictar resolución.

Para el caso que nos interesa, considerando que el procedimiento sancionador se inicia de oficio, este cómputo deberá contarse una vez que haya fenecido el plazo de treinta días hábiles para emitir la resolución, se haya o no cerrado la instrucción del procedimiento, conforme lo previsto por los artículos 208, fracciones IX y X, y 209, fracciones III y IV de la Ley General de Responsabilidades Administrativas.<sup>21</sup>

Ahora bien, el Código Federal de Procedimientos Civiles señala que caducado el juicio principal, caducan los incidentes, es decir que si se dictaron medidas cautelares, éstas también caducan (artículo 373, último párrafo); expresa que si la caducidad se produce por inactividad procesal operará de pleno derecho por el simple transcurso del tiempo indicado sin necesidad de declaración (artículo 375, segundo párrafo) y tiene por efecto anular todos los actos procesales verificados y sus consecuencias; entendiéndose como no presentada la demanda y, en cualquier juicio futuro sobre la misma controversia, no puede invocarse lo actuado en el proceso caduco (artículo 378).

Cuando opera la caducidad de la instancia, de ningún modo se afecta la naturaleza de la acción ejercida, es decir, que se puede iniciar un nuevo juicio, ya que no se trata de delimitar o reducir el tiempo en el cual deba ejercitarse un derecho, puesto que en tal caso la figura que cobraría vigor sería la prescripción y no la caducidad.

Tampoco se afecta la validez de las pruebas que se hayan recibido legalmente.

---

21 Artículo 208. En los asuntos relacionados con Faltas administrativas no graves, se deberá proceder en los términos siguientes:

I. a VIII. ...

IX. Concluido el desahogo de las pruebas ofrecidas por las partes, y si no existieran diligencias pendientes para mejor proveer o más pruebas que desahogar, la Autoridad substanciadora declarará abierto el periodo de alegatos por un término de cinco días hábiles comunes para las partes;

X. Una vez transcurrido el periodo de alegatos, la Autoridad resolutora del asunto, de oficio, declarará cerrada la instrucción y citará a las partes para oír la resolución que corresponda, la cual deberá dictarse en un plazo no mayor a treinta días hábiles, el cual podrá ampliarse por una sola vez por otros treinta días hábiles más, cuando la complejidad del asunto así lo requiera, debiendo expresar los motivos para ello;

XI. ...

Artículo 209. En los asuntos relacionados con Faltas administrativas graves o Faltas de particulares, se deberá proceder de conformidad con el procedimiento previsto en este artículo.

Las Autoridades substanciadoras deberán observar lo dispuesto en las fracciones I a VII del artículo anterior, luego de lo cual procederán conforme a lo dispuesto en las siguientes fracciones:

I. a II. ...

III. Concluido el desahogo de las pruebas ofrecidas por las partes, y si no existieran diligencias pendientes para mejor proveer o más pruebas que desahogar, el Tribunal declarará abierto el periodo de alegatos por un término de cinco días hábiles comunes para las partes;

IV. Una vez transcurrido el periodo de alegatos, el Tribunal, de oficio, declarará cerrada la instrucción y citará a las partes para oír la resolución que corresponda, la cual deberá dictarse en un plazo no mayor a treinta días hábiles, el cual podrá ampliarse por una sola vez por otros treinta días hábiles más, cuando la complejidad del asunto así lo requiera debiendo expresar los motivos para ello, y

V. ...

Se infiere que al instituir la caducidad en el procedimiento administrativo sancionador el legislador quiso dotar a la ley de un mecanismo de certeza y seguridad jurídica para el justiciable, con el fin de evitar un procedimiento de molestia que afecta a sus intereses que se extienda eternamente sin definir una situación jurídica en un plazo razonable. En otras palabras, se trata de evitar que por la omisión de la autoridad sancionadora de dictar la resolución correspondiente, el servidor público o particular sujeto a procedimiento quede eternamente en una situación indefinida respecto de su presunta responsabilidad administrativa.

Sin embargo, que opere la caducidad no necesariamente implica que el asunto de responsabilidades quede completamente resuelto, toda vez que a la luz de las disposiciones procesales aplicables, si las facultades de la autoridad no han prescrito, puede iniciarse un nuevo procedimiento y más aún, en este nuevo intento, nada le impide a la autoridad subsanar las deficiencias que se hubiere advertido en el procedimiento caduco.

En este escenario, se puede plantear otro problema, supongamos que un servidor público promueve un juicio de nulidad en contra de la imposición de una sanción administrativa que le fue impuesta, en su defensa hace valer que las facultades de la autoridad habían caducado al momento de emitir la resolución correspondiente y obtiene una sentencia favorable que declara la nulidad lisa y llana de esa resolución sancionadora por haber operado la caducidad.

Dicha sentencia, anuló la sanción impuesta al declarar que operó la caducidad, en consecuencia, si no ha operado la prescripción, ¿podría la autoridad iniciar un nuevo procedimiento de responsabilidades en contra del mismo servidor público por los mismos hechos? ¿En este nuevo procedimiento podría imponer una nueva sanción? ¿Estaría juzgando a ese servidor público dos veces por la misma conducta en violación al principio *non bis in ídem*?

Cabe hacer estas interrogantes, toda vez que en innumerables casos aun y cuando ha transcurrido en exceso el plazo para emitir la resolución sancionatoria la autoridad administrativa en lugar de declarar la caducidad y reiniciar otro procedimiento, lo que hace es emitir una resolución sancionatoria, con lo cual impone propiamente la sanción que debe ser combatida mediante el juicio de nulidad.

Consecuentemente, es muy probable que aun y cuando la resolución sancionadora quede anulada de pleno derecho por operar la caducidad, también afecte la posibilidad de sostener una nueva sanción frente al principio *non bis in ídem* reconocido en la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el sentido de que “*nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene*”.<sup>22</sup>

---

22 Artículo 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. DOF. 5de febrero de 1917 y sus reformas. [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1\\_140319.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_140319.pdf) Consulta en internet realizada el 24 de marzo de 2019. 13:41 hrs.

Esta conclusión también se ha compartido por algunos doctrinarios que sostienen que la caducidad del procedimiento acarrea la nulidad de una sanción impuesta tras concluir el plazo para el procedimiento establecido, ya que se trata de un acto restrictivo de derechos.<sup>23</sup>

En esta materia de responsabilidades administrativas, lo idóneo sería que si ha transcurrido el plazo para emitir la resolución, la autoridad sancionadora se abstenga de imponer una sanción, declare la caducidad y, dado el caso de que no haya operado la prescripción, se dejen a salvo las facultades para iniciar un nuevo procedimiento sancionatorio, lo que reduciría el margen de dejar impune un posible acto de corrupción por la inactividad de la propia autoridad que, en última instancia, podría implicar otro acto de corrupción.

Ahora bien, si la autoridad competente decide iniciar un nuevo procedimiento sancionatorio, nuestras normas son omisas respecto a si se puede basar en los mismos documentos que determinaron la iniciación del expediente caducado<sup>24</sup>, es decir, supongamos que se realiza una auditoría de control a una obra pública y de esa auditoría se desprende un desvío considerable de recursos públicos que implican un acto de corrupción que da inicio al procedimiento administrativo sancionador.

De acuerdo con la Ley General de Responsabilidades Administrativas, el procedimiento administrativo de responsabilidades inicia cuando la autoridad substanciadora admite el Informe de Presunta Responsabilidad (artículo 112)<sup>25</sup>, es decir, es en este momento, cuando se vincula al servidor público, o en su caso, al particular, al procedimiento que puede culminar en la aplicación de una sanción y es a partir de aquí, cuando las actuaciones que pueden ser afectadas por la caducidad.

En ese contexto, la fase de investigación y todo lo actuado en ella, subsiste válidamente para sustentar el inicio de un nuevo procedimiento, de lo que puede inferirse que la autoridad investigadora no podría cambiar o modificar el Informe de Presunta Responsabilidad, a menos que así se lo ordenara la autoridad substanciadora en el nuevo procedimiento (artículo 195 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas)<sup>26</sup>, por lo que en el ejemplo descrito, sí podría iniciarse un nuevo procedimiento

23 Gómez Tomillo, Manuel e Íñigo Sanz Rubiales. *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*. 4ª ed. España: Aranzandi, Thomson Reuters; 2017. pp. 764 a 766.

24 Nieto, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5ª ed. Madrid, España: Tecnos; 2017. p. 554.

25 Artículo 112. El procedimiento de responsabilidad administrativa dará inicio cuando las autoridades substanciadoras, en el ámbito de su competencia, admitan el Informe de Presunta Responsabilidad Administrativa.

26 Artículo 195. En caso de que la Autoridad substanciadora advierta que el Informe de Presunta Responsabilidad Administrativa adolece de alguno o algunos de los requisitos señalados en el artículo anterior, o que la narración de los hechos fuere oscura o imprecisa, prevendrá a la Autoridad investigadora para que los subsane en un término de tres días. En caso de no hacerlo se tendrá por no presentado dicho informe, sin perjuicio de que la Autoridad investigadora podrá presentarlo nuevamente siempre que la sanción prevista para la Falta administrativa en cuestión no hubiera prescrito.

considerando la auditoría practicada a la obra, misma que formará parte del cúmulo probatorio del Informe de Presunta Responsabilidad.

La resolución recaída en este nuevo procedimiento igualmente podrá ser combatida mediante el juicio de nulidad y, en su caso, del juicio de amparo.

## 5. LA PRESCRIPCIÓN

La prescripción se define como un medio de adquirir bienes o de librarse de obligaciones, mediante el transcurso de cierto tiempo y bajo las condiciones establecidas por la ley.<sup>27</sup> Se clasifica en positiva y negativa, la primera versa sobre la adquisición de bienes en virtud de la posesión, mientras que la liberación de obligaciones, por no exigirse su cumplimiento, se llama prescripción negativa.<sup>28</sup>

Como se aprecia, la prescripción es una figura extintiva de la obligación o del derecho, ya sea porque no se exigió el cumplimiento de aquélla o por no ejercer el último, durante el transcurso de cierto tiempo. Esta institución tiene aplicación general tanto en el derecho público como en el derecho privado, por lo que no es ajena a la materia de responsabilidades administrativas.<sup>29</sup>

La prescripción extintiva puede, a su vez, presentarse en dos casos:

1. Cuando funciona a favor del particular y contra la administración;
2. Cuando funciona a favor de la administración y en perjuicio del particular.

La Ley General de Responsabilidades Administrativas señala en su artículo 74 lo siguiente:

“Artículo 74. Para el caso de Faltas administrativas no graves, las facultades de las Secretarías o de los Órganos internos de control para imponer las sanciones prescribirán en tres años, contados a partir del día siguiente al que se hubieren cometido las infracciones, o a partir del momento en que hubieren cesado.

Cuando se trate de Faltas administrativas graves o Faltas de particulares, el plazo de prescripción será de siete años, contados en los mismos términos del párrafo anterior.

La prescripción se interrumpirá con la clasificación a que se refiere el primer párrafo del artículo 100 de esta Ley.

...

...

27 Artículo 1135 del Código Civil Federal. DOF. 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928. [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2\\_090318.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_090318.pdf). Consulta en internet realizada el 17 de marzo de 2019. 11:20 hrs.

28 Ibidem. Artículo 1136.

29 María Díez. op. cit. p. 93

Los plazos a los que se refiere el presente artículo se computarán en días naturales.”

Así tenemos que la Ley prevé la prescripción extintiva para las facultades sancionatorias de la autoridad, sin embargo, nada se dice respecto de la extinción de la obligación de responder que la ley le impone al servidor público o, en su caso al particular. Este aspecto es importante distinguirlo, toda vez que se trata de asuntos diferentes, una cosa es la prescripción de la infracción que recae en la conducta del servidor público y otra la prescripción de la facultad de la autoridad para sancionar.

La propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala en su artículo 114, que la ley señalará los casos de prescripción de la responsabilidad administrativa tomando en cuenta la naturaleza y consecuencia de los actos y omisiones a que hace referencia la fracción III del artículo 109, sin embargo, como lo hemos visto, la ley se refiere a la prescripción de la facultad de la autoridad para sancionar las faltas.

Pudiera interpretarse que la obligación a cargo de los servidores públicos para responder en caso de un acto de corrupción fenece al momento en que la autoridad no puede ejercer su facultad sancionatoria, es decir, tres años en caso de faltas no graves y siete en tratándose de faltas graves.

A diferencia de la caducidad que opera sobre cuestiones procesales, la prescripción versa sobre la norma sustantiva de la obligación administrativa a cargo del servidor público, es decir, sobre el fondo del asunto, sobre la exigencia del cumplimiento de lo que la norma dispone en el ejercicio del cargo, de la función de gobierno, respecto del acto concreto sujeto al escrutinio de su debido cumplimiento.

Si bien este caso la ley administrativa es omisa respecto de mayores elementos aplicables a la prescripción, para su debida interpretación se puede recurrir a las normas previstas en el Código Civil Federal.

En tal sentido, la prescripción negativa se verifica por el sólo transcurso del tiempo fijado por la ley (Artículo 1158), que en la especie son tres y siete **años, según se trate de faltas no graves o graves, respectivamente.**

El tiempo para que opere la prescripción se contará a partir del día siguiente al que se hubieren cometido las infracciones, o a partir del momento en que hubieren cesado, siendo que el día en que comienza la prescripción se cuenta siempre entero, aunque no lo sea; pero aquel en que la prescripción termina, debe ser completo. (Artículo 1179).

De ahí que se deberá distinguir si la infracción cometida es instantánea o continuada.

En caso de estar ante un procedimiento que verse sobre diversas faltas, ya sean no graves y graves, el texto legal no es claro a partir de qué momento empieza a contar el plazo de prescripción. Si las infracciones se cometieron simultáneamente y todas son de la misma naturaleza, por ejemplo, todas son graves, no habría problema alguno para realizar el inicio del cómputo. Pero si derivan de un mismo hecho pero se come-

tieron en diferentes momentos, no se dice si empieza a contarse individualmente por cada infracción o a partir de la comisión de la primera o de la última falta.

Tampoco hay una regla clara si en el supuesto de que un mismo hecho origina varias infracciones, unas no graves y otras graves, si se atenderá a la prescripción individual de tres y siete años o se aplicará la más alta como acontece en materia penal para el concurso de delitos.<sup>30</sup> Por lo que será en cada caso concreto cuando se resuelva este tipo de dudas.

Si el último día de este plazo es inhábil, no se aplica la regla prevista en el artículo 1180 del Código Civil Federal, que señala que terminará hasta el primer día útil siguiente. Es decir, la Ley General de Responsabilidades expresamente señala que el plazo se cuenta en días naturales, y al ser ésta la disposición más benéfica para el servidor público sujeto a procedimiento, se contará la prescripción conforme la fecha que corresponda, sin importar si es día hábil o inhábil.

El plazo para la prescripción puede interrumpirse. El primer momento de su interrupción se da cuando se califica la conducta como falta administrativa, en términos de lo señalado por el citado artículo 74 en relación con el 100 de la Ley General de Responsabilidades.<sup>31</sup>

La admisión del Informe de Presunta Responsabilidad Administrativa también interrumpe los plazos de prescripción (Artículo 113).

O bien, cuando el infractor impugne los actos de la autoridad administrativa se interrumpirá la prescripción hasta en tanto la resolución definitiva que se dicte quede firme, conforme lo señala el artículo 80 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, es decir, si se impone una sanción administrativa y la resolución que la contiene es impug-

30 Artículo 108.- En los casos de concurso de delitos, las acciones penales que de ellos resulten, prescribirán cuando prescriba la del delito que merezca pena mayor. Código Penal Federal. DOF. 14 de agosto de 1931 y sus reformas. [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9\\_051118.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9_051118.pdf). Consulta en internet realizada el 24 de marzo de 2019. 13:00 horas.

31 Artículo 100. Concluidas las diligencias de investigación, las autoridades investigadoras procederán al análisis de los hechos, así como de la información recabada, a efecto de determinar la existencia o inexistencia de actos u omisiones que la ley señale como falta administrativa y, en su caso, calificarla como grave o no grave.

Una vez calificada la conducta en los términos del párrafo anterior, se incluirá la misma en el Informe de Presunta Responsabilidad Administrativa y este se presentará ante la autoridad substanciadora a efecto de iniciar el procedimiento de responsabilidad administrativa.

Si no se encontraren elementos suficientes para demostrar la existencia de la infracción y la presunta responsabilidad del infractor, se emitirá un acuerdo de conclusión y archivo del expediente, sin perjuicio de que pueda abrirse nuevamente la investigación si se presentan nuevos indicios o pruebas y no hubiere prescrito la facultad para sancionar. Dicha determinación, en su caso, se notificará a los Servidores Públicos y particulares sujetos a la investigación, así como a los denunciantes cuando éstos fueren identificables, dentro los diez días hábiles siguientes a su emisión.

nada a través del juicio de nulidad o del amparo, el plazo para que opere la prescripción quedará interrumpido hasta que la sentencia que resuelva el juicio quede firme.

Si bien la Ley General de Responsabilidades Administrativas dispone expresamente en el citado artículo 74 que en caso de que el procedimiento sancionador hubiere caducado, no se interrumpirá el plazo de la prescripción, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sentado jurisprudencia por contradicción que resulta aplicable por analogía, en la cual señala que dado el caso de que la autoridad administrativa sea omisa en emitir la resolución sancionadora en el plazo legal (30 días según la norma vigente) la consecuencia será la prescripción de su facultad sancionatoria, siempre y cuando haya transcurrido el plazo genérico de tres años o de siete años, según corresponda:

**RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. LA CONSECUENCIA DE QUE LA AUTORIDAD NO RESUELVAN EL PROCEDIMIENTO RESPECTIVO EN EL PLAZO PREVISTO POR EL ARTÍCULO 21, FRACCIÓN III, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA (ABROGADA), ES LA PRESCRIPCIÓN DE SU FACULTAD PUNITIVA Y NO LA CADUCIDAD DE DICHO PROCEDIMIENTO POR INACTIVIDAD PROCESAL.** El artículo 34 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, vigente hasta el 18 de julio de 2017, dispone que el plazo para que prescriba la facultad punitiva de la autoridad es de 3 o 5 años, dependiendo de la gravedad de la infracción, según el caso, el cual empieza a correr una vez que se cometa ésta y se suspende con los actos procesales que se realicen, reanudándose desde el día siguiente al en que se hubiere practicado el último acto procedimental o realizado la última promoción; por su parte, el artículo 21, fracción III, del ordenamiento indicado fija el plazo de 45 días, con la posibilidad de ampliarlo por otro igual, para que la autoridad dicte la resolución correspondiente, sin establecer una consecuencia para el caso de que no se resuelva en ese plazo. En ese sentido, de la interpretación conjunta de los preceptos referidos se advierte que la consecuencia de que la autoridad no resuelva el procedimiento en el plazo legal es la prescripción de su facultad punitiva y no la caducidad del procedimiento por inactividad procesal; de esta manera, el plazo atinente a la prescripción inicia una vez que se cometa la infracción, se suspende con los actos procesales que se realicen y se reinicia automáticamente el día siguiente a aquel en que se dejó de actuar, incluido el incumplimiento al plazo de la autoridad para la resolución del procedimiento disciplinario, pero únicamente por el tiempo remanente del plazo total prescriptivo, es decir, si la autoridad no resuelve dentro de los 45 o 90 días previa justificación, la consecuencia será la prescripción de su facultad sancionatoria, siempre y cuando haya transcurrido el plazo genérico de 3 años o de 5 años, dependiendo de la gravedad de la infracción cometida; cabe destacar que el hecho de que la autoridad no resuelva en el plazo respectivo el procedimiento sancionatorio, podría significar un incumplimiento en sus obligaciones y deberes, por el que podría hacerse acreedora a la sanción disciplinaria que corresponda de conformidad con la fracción XXIV del artículo 8, en relación con el diverso 17, de la ley de la materia. Aunado a lo anterior, la autoridad responsable del procedimiento sancionatorio no podrá emitir ningún otro acuerdo o acto tendente a interrumpir el plazo prescriptivo o dirigido a dilatar la resolución correspondiente, pues es un procedimiento en el que ya se ha cerrado la instrucción, existe la audiencia respectiva y únicamente está pendiente

el dictado de la resolución en la que se determine la existencia o no de las responsabilidades fincadas al servidor público de que se trate, lo que genera seguridad y certeza jurídica tanto a la ciudadanía como al propio servidor público investigado, pues se sabe con exactitud el momento en que la autoridad ya no podrá realizar alguna acción en contra del servidor sujeto a un procedimiento sancionatorio o, en su caso, imponer la sanción correspondiente.

Décima Época. Núm. de Registro: 2018416. Instancia: Pleno. Jurisprudencia. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 60, Noviembre de 2018, Tomo I. Materia(s): Administrativa. Tesis: P./J. 31/2018 (10a.). Página: 12 Contradicción de tesis 361/2016. Entre las sustentadas por la Primera y la Segunda Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 13 de agosto de 2018. Mayoría de seis votos de los Ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea separándose de las consideraciones, Eduardo Medina Mora I., Alberto Pérez Dayán y Luis María Aguilar Morales; votaron en contra: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Norma Lucía Piña Hernández y Javier Laynez Potisek. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretario: Jorge Jannu Lizárraga Delgado.

De cualquier manera, esta jurisprudencia no resuelve el dilema de que caducado el procedimiento administrativo sancionador, la autoridad podría iniciar un nuevo procedimiento si la facultad sancionadora no ha prescrito, máxime si se considera lo antes apuntado en el sentido de que la Ley no señala la prescripción de la infracción propiamente dicha.

Ahora bien, la Ley no obliga a la autoridad para que en ejercicio de la facultad sancionadora verifique si ha operado la prescripción y ha lugar a declarar tal hecho, sino que se realizan las investigaciones y posteriormente se inician los procedimientos de responsabilidades, y será el justiciable quien por vía de excepción, denuncie la prescripción en el medio de defensa que interponga en contra de la resolución sancionadora.

Considero que a diferencia de otras materias, en materia de responsabilidades administrativas, al ser procedimientos que pudieran implicar actos de molestia, que culminan en la imposición de una sanción, en aras de economizar los recursos públicos y eficientar los procesos institucionales en el ejercicio de la facultad sancionadora del poder público, sí debería verificarse como un presupuesto, si ha operado o no la prescripción de las facultades que al efecto tiene la autoridad para iniciar los procedimientos sancionatorios, por repercutir directamente en su capacidad para sancionar, y evitar que se pierda tiempo y dinero en un asunto que de antemano pudiera estar destinado a ser anulado por el medio de defensa que al efecto interponga el servidor público o, en su caso, el particular sancionado.

## 6. CONCLUSIONES

La preclusión, la caducidad y la prescripción son tres instituciones que tienen en común la extinción de algún derecho por la inactividad del sujeto obligado en el transcurso del tiempo.

Sin embargo, se distinguen por su manera de operar y el momento en que cada una se presenta.

Mientras la preclusión y la caducidad son de carácter procesal, dado que opera durante el proceso, la prescripción extingue el derecho o la obligación sustantivos que se ejerce a través de la acción intentada procesalmente.

Por su parte, queda de manifiesto que la preclusión ocurre respecto de la falta de actividad en un acto procesal en concreto extinguiendo el derecho procesal correspondiente a dicho acto, y la caducidad se declara por la extinción de la totalidad del procedimiento en su conjunto, inclusive de los incidentes presentados durante el mismo.

Para mayor comprensión, vale afirmar:

1. Si al cabo de ciertos plazos no se ha sancionado una falta administrativa, se produce la prescripción.
2. Si al cabo de ciertos plazos la autoridad no ha iniciado un procedimiento administrativo de responsabilidades, se produce la prescripción de sus facultades para sancionar.
3. Si al cabo de ciertos plazos la autoridad no ha terminado, concluido el procedimiento de responsabilidades administrativas, o emitido la resolución correspondiente, se produce la caducidad del procedimiento.
4. Si al cabo de ciertos plazos, durante el procedimiento, alguna de las partes no ejerce un derecho o realiza un acto procesal, se produce la preclusión.

## 7. FUENTES DE CONSULTA

### Bibliografía

- Becerra Bautista, José. *El Proceso Civil en México*. 12<sup>a</sup>. ed. México: Porrúa; 1986. pp.809.
- Carnelutti, Francesco. *Derecho Procesal Civil y Penal*. Trad. Enrique Figueroa Alfonzo. Present. Leonel Pereznieta Castro. México: Harla; 1997. Biblioteca Clásicos del Derecho. Vol. 4. pp. 491.
- Carnelutti, Francesco. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Trad. Enrique Figueroa Alfonzo. Present. Leonel Pereznieta Castro. México: Harla; 1997. Biblioteca Clásicos del Derecho. Vol. 5. pp. 1184.
- Chiovenda, Giuseppe. *Curso de Derecho Procesal Civil*. Trad. Enrique Figueroa Alfonzo. Present. Leonel Pereznieta Castro. México: Harla; 1997. Biblioteca Clásicos del Derecho. Vol. 6. pp. 573.
- De Pina Castillo, Rafael y José Castillo Larrañaga. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. 29<sup>a</sup> ed. México: Porrúa; 2014. pp.546.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. <https://dle.rae.es/?id=Zir6Ipf>. Consulta en internet realizada el 18 de marzo de 2019, 17:11 hrs.

García de Enterría Eduardo y Tomás-Ramón Fernández. Curso de Derecho Administrativo. 15ª ed. Madrid, España: Civitas-Thomson Reuters; 2017. Tomo II. pp. 759

Gómez Lara, Cipriano. Teoría General del Proceso. 10ª. ed. México: Oxford; 2015. pp.363.

Gómez Tomillo, Manuel e Íñigo Sanz Rubiales. Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. 4ª ed. España: Aranzandi, Thomson Reuters; 2017. p. 1037.

Halliday, David y Robert Resnick. Fundamentos de Física. Trad. Juan de Oyarzábal Orueta y Raúl Gómez González. 5ª. ed. México: Cía. Editorial Continental, S.A. de C.V.; 1984. pp. 944.

María Díez, Manuel. El Acto Administrativo. 2ª. ed. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina; 1961. pp. 560

Nieto, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 5ª ed. Madrid, España: Tecnos; 2017. pp. 611.

Ovalle Favela, José. Derecho Procesal Civil. 3ª ed. México: Harla; 1989. pp.459

Ovalle Favela, José. Teoría general del proceso. 7ª ed. México: Oxford Unity Press; 2015. pp. 403.

Torres Díaz Luis Guillermo. Teoría General del Proceso. México: Editorial Trillas; 2013. pp. 318.

## Leyes

Código Civil Federal. DOF. 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928 y sus reformas. [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2\\_090318.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_090318.pdf). Consulta en internet realizada el 17 de marzo de 2019. 11:20 hrs.

Código Federal de Procedimientos Civiles. DOF. 24 de febrero de 1943 y sus reformas. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/6.pdf>. Consulta en internet realizada el 17 de marzo de 2019. 17:14 hrs.

Código Fiscal de la Federación. DOF. 31 de diciembre de 1981 y sus reformas. [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/8\\_241218.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/8_241218.pdf). Consulta en internet realizada el 20 de marzo de 2019. 11:15 hrs.

Código Penal Federal. DOF 14 de agosto de 1931, y sus reformas. [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9\\_051118.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9_051118.pdf). Consulta en internet realizada el 24 de marzo de 2019. 13:00 horas.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. DOF. 5 de febrero de 1917 y sus reformas. [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1\\_140319.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_140319.pdf) Consulta en internet realizada el 24 de marzo de 2019. 13:41 hrs.

Ley Federal de Procedimiento Administrativo. DOF. 4 de agosto de 1994 y sus reformas. [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/112\\_180518.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/112_180518.pdf). Consulta en internet realizada el 21 de marzo de 2019. 18:05 hrs.

Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo. DOF. 1º de diciembre de 2005, y sus reformas. [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPCA\\_270117.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPCA_270117.pdf). Consulta en internet 25 de marzo de 2019. 16:25 hrs.

Ley Federal del Trabajo. DOF. 1° de abril de 1970. [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/125\\_220618.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/125_220618.pdf). Consulta en internet realizada el 17 de marzo de 2019. 12:10 hrs.

Ley General de Responsabilidades Administrativas. DOF 18 de julio de 2016.

Acuerdo SS-3-2019. Acuerdo por el que se determina el calendario oficial para suspensión de labores para 2019, del Tribunal Federal de Justicia Administrativa. DOF. 15 de enero de 2019.

---

# ENSAYOS / RESEÑAS

---



# NOTAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD POSTERIOR AL SERVICIO PÚBLICO Y LA DENOMINADA LEY FEDERAL DE AUSTERIDAD REPUBLICANA

Por FELIPE ALAMILLA RAMOS

## INTRODUCCIÓN

Con el inicio de la nueva administración federal y de la LXIV legislatura del Congreso de la Unión diversas iniciativas han obtenido notoriedad y generado interés y preocupación en distintos sectores de la sociedad, uno de esos casos, que atañe en lo inmediato a quienes se desempeñan como servidores públicos, es el del Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley Federal de Austeridad Republicana (“LFAR”), y se adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, y de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria (“LFPRH”), el cual al momento de escribir estas líneas se encuentra en la Cámara de Diputados en virtud de algunas modificaciones realizadas en el Senado de la República, cámara revisora.

El pretendido cuerpo legislativo contempla una serie de intenciones que en su formulación y estructura distan mucho de ser dispositivos jurídicos de la seriedad que debiese caracterizar a aquellos emanados del Congreso de la Unión. A continuación, un ejemplo.

En el proyecto de LFAR se señala como un objetivo “*Establecer medidas que permitan generar ahorros en el gasto público para orientar recursos a la satisfacción de necesidades generales*”, lo cual, planteado como teleología de un ordenamiento legal, evidencia cierto nivel de desconocimiento de los principios constitucionales y legales en materia de programación presupuestaria y de revisión del gasto público. Dicho en términos llanos, si el Presupuesto de Egresos de la Federación (“PEF”) es elaborado en forma adecuada, naturalmente conllevaría “*orientar recursos a la satisfacción de necesidades generales*”, por lo que una correcta ejecución del gasto público no debiera dar margen a “*generar ahorros*”; por el contrario, si se parte de un correcto ejercicio del gasto público conforme al PEF, la generación de ahorros constituiría un subejercicio, el cual, conforme al artículo 23 de la LFPRH (cuyo contenido no se plantea modificar como parte de las reformas relativas), debería subsanarse en un plazo máximo de 90 días naturales o, en caso contrario, requeriría una reasignación de los recursos a los programas sociales y de inversión en infraestructura que la Cámara de Diputados haya previsto en el PEF correspondiente.

La LFPRH contempló desde su origen una previsión de sentido similar al aparentemente pretendido por la LFAR, pero con alcances y efectos distintos, más acotados y contenidos. El artículo 61 de la LFPRH establece que “*Los ejecutores de gasto, en el*

*ejercicio de sus respectivos presupuestos, deberán tomar medidas para racionalizar el gasto destinado a las actividades administrativas y de apoyo, sin afectar el cumplimiento de las metas de los programas aprobados en el Presupuesto de Egresos” y que “Los ahorros generados... deberán destinarse, en los términos de las disposiciones generales aplicables, a los programas prioritarios del ejecutor de gasto que los genere”. El Proyecto de Decreto actualmente en la Cámara de Diputados plantea adición este último enunciado con lo siguiente: “Por cuanto hace al Poder Ejecutivo Federal, dichos ahorros se destinarán a los programas previstos en el Plan Nacional de Desarrollo o al destino que por Decreto determine el Titular”, y en lugar de que las medidas sean de racionalización del gasto para actividades administrativas y de apoyo, contempla que deberán enfocarse “preferente[mente] en el gasto corriente no prioritario”. Ello visiblemente contraría lo dispuesto por la fracción IV del artículo 74 constitucional.*

Otras previsiones del proyecto de LFAR que han generado diversos cuestionamientos se encuentran contenidas en su artículo 24, el cual, respecto de la versión aprobada originalmente y que se cita a continuación, fue objeto de una adición y de una modificación en el Senado de la República, las cuales se resaltan en el texto:

*“Artículo 24. Para ocupar cualquier empleo, cargo o comisión en algún ente público, las personas interesadas se verán obligadas a separarse legalmente de los activos e intereses económicos que estén relacionados con la materia o afecten de manera directa el ejercicio de sus responsabilidades públicas, y que signifiquen un conflicto de interés conforme a lo establecido en la Ley General de Responsabilidades Administrativas.*

*Los servidores públicos que por cualquier motivo se separen de su cargo, no podrán ocupar puestos en empresas que hayan supervisado, regulado o respecto de las cuales hayan tenido información [privilegiada] en el ejercicio de su cargo público, salvo que hubiesen transcurrido al menos cinco [diez] años.”*

A continuación se expondrán algunas notas que abordan los antecedentes de este precepto en el ámbito federal y, con apoyo en algunos criterios del Poder Judicial de la Federación, se aportará cierto contexto y se identificarán algunos elementos que puedan contribuir a un mejor análisis de la propuesta legislativa que se encuentra aún en el Congreso de la Unión. Por último, estas notas se complementarán con una breve exposición sobre el régimen especial que es aplicable a las empresas productivas del Estado.

## I. ANTECEDENTES Y RÉGIMEN VIGENTE

### 1. Constituciones del 57 y del 17

En el derecho constitucional mexicano la primera regulación sistemática del régimen de responsabilidades de funcionarios públicos tuvo lugar con la Constitución de 1857, en cuyo Título IV “*De la Responsabilidad de los Funcionarios Públicos*” se incluyeron algunas previsiones en torno a la existencia o no del fuero en ciertos casos, así como a los procedimientos que conocemos como de declaración de procedencia y juicio político. Dicha regulación fue reproducida prácticamente en sus términos por la Constitución de 1917, igualmente en su Título Cuarto.

Es a partir del 28 de diciembre de 1982 que por virtud de un Decreto de reformas y adiciones al Título Cuarto se incorporaron en el cuerpo constitucional, entre otras disposiciones, las previsiones relativas al concepto “*servidores públicos*” y sobre quiénes tienen tal carácter, las facultades del Congreso de la Unión y de las Legislaturas de los Estados para expedir leyes de responsabilidades respectivas, así como que se aplicarán sanciones administrativas a los servidores públicos por los actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones.

## 2. Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos

Tres días después, el 31 de diciembre de 1982, fue publicada la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos (“LFRSP”), cuyo Título Tercero, referente a “*Responsabilidades Administrativas*”, integró dos capítulos: “*Sujetos y obligaciones del servidor público*” y “*Sanciones administrativas y procedimientos para aplicarlas*”, y en el primero previó lo siguiente:

*“Artículo 47.- Todo servidor público tendrá las siguientes obligaciones para salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deben ser observadas en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, y cuyo incumplimiento dará lugar al procedimiento y a las sanciones que correspondan, según la naturaleza de la infracción en que se incurra, y sin perjuicio de sus derechos laborales, previstos en las normas específicas que al respecto rijan en el servicio de las Fuerzas Armadas:*

...

*XV.- Abstenerse, durante el ejercicio de sus funciones de solicitar, aceptar o recibir, por sí o por interpósita persona, dinero, objetos mediante enajenación a su favor en precio notoriamente inferior al que el bien de que se trate y que (sic) tenga en el mercado ordinario, o cualquier donación, empleo, cargo o comisión para sí, o para las personas a que se refiere la fracción XIII (su cónyuge o parientes consanguíneos hasta el cuarto grado, por afinidad o civiles, o para terceros con los que tenga relaciones profesionales, laborales o de negocios, o para socios o sociedades de las que el servidor público o las personas antes referidas formen o hayan formado parte), y que procedan de cualquier persona física o moral cuyas actividades se encuentren directamente vinculadas, reguladas o supervisadas por el servidor público de que se trate en el desempeño de su empleo, cargo o comisión y que implique intereses en conflicto. Esta prevención es aplicable hasta un año después de que se haya retirado del empleo, cargo o comisión.*

...”<sup>1</sup>

[Énfasis añadido]

1 La LFRSP (artículo 53) preveía que los incumplimientos a las obligaciones establecidas en el artículo 47 constituirían faltas administrativas, contemplando como posibles sanciones el apercibimiento privado o público; la amonestación privada o pública; la destitución; la sanción económica, y la inhabilitación. Para su imposición la autoridad habría de considerar la existencia o no tanto de daños o perjuicios como de beneficio o lucro, y las circunstancias del caso concreto.

En síntesis, la conducta proscrita consistía en que el servidor público solicitara, aceptara o recibiera -por sí o por un tercero- dinero, bienes en precio notoriamente inferior al del mercado ordinario, donaciones, empleos, cargos o comisiones -para sí o para ciertas personas con él relacionadas- que procedieran de personas cuyas actividades profesionales, comerciales o industriales se encontraran directamente vinculadas, reguladas o supervisadas por el servidor público y que ello implicara intereses en conflicto. Una vez concluido el empleo, cargo o comisión la prohibición subsistiría por un año.

Un elemento indispensable en tal prohibición era evitar los intereses en conflicto, concepto que no se definía por la LFRSP, pero en el caso de retiro del empleo, cargo o comisión, dada la previsión sobre la subsistencia de la obligación por un año, era posible concluir que al término del plazo desaparecía la posibilidad de tal conflicto. Así lo consideró en su momento el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito: “ ... para salvaguardar en forma efectiva la posibilidad de que existan intereses en conflicto y considerar que la actuación del exservidor público reúne los principios éticos que deben normar su conducta, evitando que aproveche los conocimientos, las más de las veces confidenciales, que obtuvo durante el desempeño de su cargo, y dar así debido cumplimiento a lo dispuesto por la fracción citada, el cómputo del término de referencia debe iniciarse a partir del día siguiente a aquel en que quedó separado definitivamente del cargo que ocupaba ...”<sup>2</sup>.

Si bien tal conclusión resolvía para efectos prácticos las dudas sobre la actualización de los intereses en conflicto, ya que se generalizó como una regla el evitar por un año el inicio de relaciones comerciales o profesionales con personas cuyas actividades hubiesen estado directamente vinculadas, reguladas o supervisadas por el ex servidor público, tal situación no atendía el objetivo último de la norma y podía incluso constituir un despropósito. Lo anterior, debido a que, por un lado -el del ex servidor público- el abstenerse de iniciar una relación comercial o profesional con una de las personas mencionadas, con la que no se presentara un conflicto de intereses (entendido como el empleo de información aún confidencial y/o la obtención de una ventaja indebida), restringía innecesariamente su derecho humano a la libertad de trabajo; mientras que, del otro lado -el del Estado- podría existir información que aún después del año mantuviera el carácter confidencial y que, al menos a la luz de la interpretación entonces generalizada, pudiera haberse empleado en provecho del ex servidor público o de terceros.

Cabe destacar que en la prohibición establecida por la LFRSP no se contemplaba expresamente el uso de información confidencial; sin embargo, dado que el empleo de

---

2 *RETIRO, CONCEPTO DE, A QUE SE REFIERE LA PARTE FINAL DE LA FRACCIÓN XV DEL ARTÍCULO 47 DE LA LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS.* Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada I.4o.A.310 A, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XII, Julio de 2000.

tal información naturalmente podría conllevar una ventaja indebida, en la resolución antes citada el Tribunal Colegiado refiere que debe evitarse que el ex servidor público “*aproveche los conocimientos, las más de las veces confidenciales, que obtuvo durante el desempeño de su cargo*”. La suposición de que los conocimientos obtenidos eran mayoritariamente confidenciales se explica por la fecha de la resolución, ya que aún no se desarrollaba el marco jurídico que en materia de transparencia y acceso a la información pública contribuyó a que el sector público sólo pudiera reservar información en supuestos concretos y por tiempo determinado.

### 3. Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos

El 13 de marzo de 2002 se publicó la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos (“LFRASP”), la cual inició su vigencia al día siguiente y derogó de la LFRSP el Título Primero en lo que se refería a la materia de responsabilidades administrativas, así como los títulos Tercero y Cuarto en lo concerniente al ámbito federal.

La LFRASP en su Título Segundo “*Responsabilidades Administrativas*”, Capítulo I “*Principios que rigen la función pública, sujetos de responsabilidad administrativa y obligaciones en el servicio público*”, previó lo siguiente:

*“Artículo 8.- Todo servidor público tendrá las siguientes obligaciones:*

...

***XII.- Abstenerse, durante el ejercicio de sus funciones, de solicitar, aceptar o recibir, por sí o por interpósita persona, dinero, bienes muebles o inmuebles mediante enajenación en precio notoriamente inferior al que tenga en el mercado ordinario, donaciones, servicios, empleos, cargos o comisiones para sí, o para las personas a que se refiere la fracción XI de este artículo (su cónyuge o parientes consanguíneos o por afinidad hasta el cuarto grado, o parientes civiles, o para terceros con los que tenga relaciones profesionales, laborales o de negocios, o para socios o sociedades de las que el servidor público o las personas antes referidas formen o hayan formado parte), que procedan de cualquier persona física o moral cuyas actividades profesionales, comerciales o industriales se encuentren directamente vinculadas, reguladas o supervisadas por el servidor público de que se trate en el desempeño de su empleo, cargo o comisión y que implique intereses en conflicto. Esta prevención es aplicable hasta un año después de que se haya retirado del empleo, cargo o comisión.***

***Habrá intereses en conflicto cuando los intereses personales, familiares o de negocios del servidor público puedan afectar el desempeño imparcial de su empleo, cargo o comisión. Una vez concluido el empleo, cargo o comisión, el servidor público deberá observar, para evitar incurrir en intereses en conflicto, lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley;***

...”

[Énfasis añadido]

*“Artículo 9.- El servidor público que deje de desempeñar su empleo, cargo o comisión deberá observar, hasta un año después de haber concluido sus funciones, lo siguiente:*

*a) En ningún caso aprovechará su influencia u obtendrá alguna ventaja derivada de la función que desempeñaba, para sí o para las personas a que se refiere la fracción XI del artículo anterior;*

*b) No usar en provecho propio o de terceros, la información o documentación a la que haya tenido acceso en su empleo, cargo o comisión y que no sea del dominio público, y*

*c) Los servidores públicos que se hayan desempeñado en cargos de Dirección en el Instituto Federal Electoral, sus Consejeros, y los Magistrados del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, se abstendrán de participar en cualquier encargo público de la administración encabezada por quien haya ganado la elección que ellos organizaron o calificaron.”<sup>3</sup>*

[Énfasis añadido]

Como puede observarse, esta última ley retomó la obligación que preveía la anterior, mejorando la redacción y técnica legislativa, y añadiendo -en pro de la seguridad jurídica- la definición de “*intereses en conflicto*” durante el desempeño del empleo, cargo o comisión, así como los supuestos que habrían de evitarse por quien se hubiese desempeñado como servidor público, para no incurrir en tal conflicto durante el año posterior a la conclusión de sus funciones. Dentro de tales supuestos se incluyeron el de aprovechar la influencia para obtener alguna ventaja para sí o para ciertas personas relacionadas y el uso en beneficio propio o de terceros de información no pública conocida con motivo del empleo, cargo o comisión.

Sobre la ventaja indebida que debía vedarse a fin de no incurrir en conflicto de intereses, una interpretación de gran claridad, a la luz de las disposiciones constitucionales y legales relativas, fue realizada por el Décimo Octavo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, que en su momento resolvió:

*“De una interpretación gramatical, sistemática y conforme de los artículos 109, fracción III, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 9, inciso a), de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, se colige que la prohibición prevista en este último, en relación con **la hipótesis de obtener alguna ventaja, consiste en vedar, durante un año posterior al fin del empleo, cargo o comisión, la posibilidad de que un servidor público se coloque o haga que se le ubique en una posición superior, mejor, preferente, favorable o***

- 3 La LFRASP (artículo 53) preveía un esquema de sanciones muy similar al de la LFRSP, suprimió el apercibimiento del catálogo de sanciones posibles e incorporó cierta gradualidad que debía observar la autoridad en los casos concretos; por ejemplo, en función del monto de los daños o perjuicios, o del beneficio o lucro, se impondría inhabilitación que podría ir de tres meses a un año como mínimo, y de diez a veinte años como máximo. Este último plazo también sería aplicable tratándose de conductas graves, dentro de las cuales se ubicaba la fracción XII del artículo 8, no así el artículo 9, por lo que en aplicación estricta de la ley sancionatoria pudiera haberse invocado la improcedencia de la inhabilitación por la inobservancia a los supuestos del artículo 9.

*conveniente, respecto de otra persona, como consecuencia de las funciones públicas que desempeñó, siempre que lo anterior implique la violación de los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y/o eficiencia o que con ello se incurra en conflicto de intereses ... del proceso legislativo que originó el aludido artículo 9 se advierte que el legislador consideró que no se debía sancionar el solo hecho de que el ex servidor público, durante el año siguiente al fin de su encargo, trabajara en aspectos relacionados con aquellos que desarrolló mientras laboró para el sector público, pues estimó que ello provocaría una limitación indebida al derecho fundamental de libertad de trabajo previsto en el artículo 5o. constitucional, incluso cuando el trabajo privado implique la prestación de servicios a una dependencia u organismo público directamente o a través de un tercero en aspectos que antes desarrolló como servidor público, pues, en principio, eso se debe a la experiencia y conocimientos adquiridos durante su desempeño público (lo que evidentemente significa una ventaja en sentido lato, mas no indebida).<sup>4</sup>*

[Énfasis añadido]

La interpretación del Tribunal Colegiado contribuyó a un adecuado entendimiento de cuándo podría actualizarse una ventaja indebida del ex servidor público, desentrañando que la intención del legislador fue que la prohibición de tal conducta únicamente durara un año después de la conclusión de las funciones; sin embargo, por lo que respecta a la información o documentación a la que se hubiese tenido acceso y que no fuese del dominio público, la resolución del Colegiado únicamente refirió “a la experiencia y conocimientos adquiridos”, sin abordar el inciso b) del artículo 9 y sin señalar si en tales conceptos quedaba comprendida la información no pública conocida por el ex servidor público.

A pesar de la mayor claridad que brindó la resolución mencionada, durante la vigencia de la LFRASP continuó siendo una práctica generalizada simplemente evitar por un año el inicio de relaciones comerciales o profesionales con personas cuyas actividades hubiesen estado directamente vinculadas, reguladas o supervisadas por el ex servidor público.

#### 4. Ley General de Responsabilidades Administrativas

El 18 de junio de 2016 se publicó el Decreto por el que se expide la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción; la Ley General de Responsabilidades Administrativas (“LGRA”), y la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa. La LGRA entró en vigor el 19 de julio de 2017, abrogó la LFRASP, y estableció en sus artículos 55 y

4 *RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. EL ARTÍCULO 9, INCISO A), DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, NO PROHÍBE TODO TIPO DE VENTAJA OBTENIDA DURANTE EL AÑO SIGUIENTE A LA CONCLUSIÓN DEL EMPLEO, CARGO O COMISIÓN DESEMPEÑADA, SINO SÓLO AQUELLA QUE REDUNDE EN LA TRANSGRESIÓN DE LOS PRINCIPIOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 109, FRACCIÓN III, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL O QUE SIGNIFIQUE UN CONFLICTO DE INTERESES.* Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada I.18o.A.23 A (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XIX, Tomo 3, Abril de 2013.

56, como una **falta administrativa grave** de los servidores públicos, que durante el desempeño del cargo, e inclusive **hasta por un año posterior** a la fecha en que se hayan retirado de dicho cargo, **incurran en “utilización indebida de información”**, entendiéndose como tal que **adquieran u obtengan** (para sí o para su cónyuge, parientes consanguíneos, parientes civiles o terceros con los que tenga relaciones profesionales, laborales o de negocios, o para socios o sociedades de las que el servidor público o las personas mencionadas formen parte) bienes inmuebles, bienes muebles y valores que pudieren incrementar su valor o, en general, que mejoren sus condiciones, así como que obtengan cualquier ventaja o beneficio privado, **como resultado de información privilegiada** de la cual hayan tenido conocimiento. Por información privilegiada se entiende la que los servidores públicos obtengan con motivo de sus funciones y **que no sea del dominio público**.<sup>5</sup>

Adicionalmente, la LGRA incorporó un Capítulo relativo a los “**actos de particulares vinculados con faltas administrativas graves**”, y en su artículo 72 incluyó la “**contratación indebida de ex servidores públicos**”, entendiéndose como tal que un particular contrate a quien haya sido servidor público durante el **año previo**, que **posea información privilegiada** que directamente haya adquirido con motivo de su cargo, y **que ello directamente permita que el contratante se beneficie en el mercado o se coloque en situación ventajosa frente a sus competidores**.<sup>6</sup>

En síntesis, conforme a este régimen que actualmente se encuentra vigente, durante un año posterior a la conclusión de las funciones del ex servidor público las obligaciones son las siguientes:

- Para el ex servidor público: No adquirir u obtener, para sí o para ciertas personas con él relacionadas, en uso de información privilegiada (aquella que haya obte-

5 La LGRA (artículos 78 a 80 Bis) establece que las posibles sanciones que impondrá el Tribunal Federal de Justicia Administrativa por la comisión de faltas administrativas graves de los servidores públicos consistirán en: suspensión; destitución; sanción económica (hasta dos tantos de los beneficios obtenidos), e inhabilitación para desempeñar cargos en el servicio público y para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas.

6 La LGRA (artículos 81 a 83) establece que las sanciones administrativas por faltas de particulares consistirán en: A. Tratándose de personas físicas: i) Sanción económica (hasta dos tantos de los beneficios obtenidos); ii) Inhabilitación temporal para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas, por un periodo no menor de tres meses ni mayor de ocho años, y iii) Indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a la Hacienda Pública Federal, local o municipal, o al patrimonio de los entes públicos. B. Tratándose de personas morales: i) Sanción económica (hasta dos tantos de los beneficios obtenidos); ii) Inhabilitación temporal para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas, por un periodo que no menor de tres meses ni mayor de diez años; iii) La suspensión de actividades por un periodo no menor de tres meses ni mayor de tres años; iv) Disolución de la sociedad; v) Indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a la Hacienda Pública Federal, local o municipal, o al patrimonio de los entes públicos. Las sanciones previstas en los numerales iii) y iv) del apartado B. sólo serán procedentes cuando la sociedad obtenga un beneficio económico y se acredite participación de sus órganos de administración, de vigilancia o de sus socios, o en aquellos casos que se advierta que la sociedad es utilizada de manera sistemática para vincularse con faltas administrativas graves.

nido con motivo de sus funciones y que no sea del dominio público), bienes que mejoren sus condiciones, o cualquier ventaja o beneficio privado.

- Para el contratante o empleador: Abstenerse de obtener algún beneficio en el mercado o una ventaja frente a sus competidores que derive directamente de información privilegiada que posea el ex servidor público.

En relación con la obligación de los ex servidores públicos, a diferencia de lo que ocurría con la LFRASP, la LGRA vinculó con un nexo causal el uso de información privilegiada y la obtención de una ventaja indebida, por lo que el supuesto normativo devino más restrictivo que el que existía en la Ley anterior. Por otra parte, la LGRA no incluyó como uno de los elementos de la conducta que el beneficio proviniera de personas físicas o morales cuyas actividades profesionales, comerciales o industriales se hubiesen encontrado directamente vinculadas, reguladas o supervisadas por el ex servidor público; sin embargo, se incorporó un nuevo supuesto normativo en el que se hizo extensiva a las personas físicas y morales del sector privado la responsabilidad en esta materia, contemplando consecuencias más allá del ámbito administrativo, como sería la disolución de la persona moral infractora.

Al haberse restringido los posibles supuestos de incumplimiento por la vinculación causal de los elementos mencionados y permaneciendo en un año la temporalidad de la prohibición para los ex servidores públicos, ha continuado como práctica general evitar el inicio de relaciones comerciales o profesionales con personas con quienes hubiese existido algún vínculo con motivo de las funciones ejercidas. A partir del relevo en la administración federal y de la integración de la LXIV legislatura del Congreso de la Unión, ante el anuncio de que una nueva ley denominada de austeridad republicana ampliaría tanto los supuestos de prohibición en esta materia como su temporalidad, el tema ha generado mucho más interés.

## II. PROYECTO DE DECRETO

En la Iniciativa con proyecto de Decreto por el que se expide la LFAR, y se adicionan diversas disposiciones de la LGRA y de la LFPRH, las previsiones que guardan relación con las notas hasta ahora expuestas se encuentran en el artículo 24 de la pretendida ley de austeridad, cuyo planteamiento en el contexto del Decreto es en el sentido de que dicho artículo coexista con los artículos 55 y 56 de la LGRA, ya que no se contempla la reforma de estos últimos, por lo que, de aprobarse, se requerirá de una interpretación armónica de ambos ordenamientos. A continuación, un esbozo.

Como ya se señaló, en la prohibición que actualmente establece la LGRA (artículos 55, 56 y 72) pueden distinguirse tres características: existe un vínculo causal entre el uso de información privilegiada y la obtención de una ventaja indebida; no se contempla como un elemento que el beneficio o ventaja provenga de personas que hubiesen estado vinculadas, reguladas o supervisadas directamente por el ex servidor público, y la responsabilidad se hace extensiva a los privados potenciales contratantes del servi-

dor público. Por su parte, la LFAR (conforme a su versión más reciente en el proceso legislativo<sup>7</sup>) busca retomar como prohibición parte del supuesto que no contempló la LGRA; es decir, el del origen del beneficio o ventaja, pero acotándolo a la obtención de puestos en empresas que el ex servidor público haya supervisado, regulado o respecto de las cuales haya tenido información privilegiada en el ejercicio de su cargo, previniéndose en dicho artículo que tal prohibición abarque un periodo de diez años.

## 1. Proceso legislativo

En un primer momento lo que ahora es el contenido de la propuesta de artículo 24 de la LFAR se planteaba en dos disposiciones: el artículo 29 del proyecto de LFAR y un artículo 7 Bis que se adicionaría a la LGRA. En la Iniciativa<sup>8</sup>, presentada por el diputado Benjamín Saúl Huerta Corona, los planteamientos eran los que se citan a continuación. El énfasis se efectúa para identificar las diferencias respecto de la versión más reciente del artículo 24 de la LFAR.

*“Artículo 29. Esta Ley establece una separación categórica entre la función pública y los intereses particulares. Para ocupar cualquier empleo, cargo o comisión en algún ente público o cualquier cargo de representación popular, las personas interesadas se verán obligadas a separarse legalmente de los activos e intereses económicos que estén relacionados o afecten de manera directa el ejercicio de sus responsabilidades públicas.*

*Dicha separación se realizará con el establecimiento de fideicomisos ciegos, cesión de derechos u otras figuras legales, que prevengan los conflictos de interés durante el tiempo que ocupe el cargo público y por lo menos habiendo transcurrido diez años posteriores a su separación.”*

*“Artículo 7 Bis. Los servidores públicos y los consejeros independientes de los órganos de gobierno de las empresas productivas del Estado, que por cualquier motivo se separen de su cargo, empleo o comisión, no podrán ocupar puestos directivos o de consultoría en las empresas que hayan supervisado, regulado o que pertenezcan al sector en el que se hayan desempeñado, salvo que hubiesen transcurrido al menos diez años.*

*El servidor público o consejero independiente manifestará en su declaración patrimonial de conclusión, bajo protesta de decir verdad, que se obliga a informar al órgano interno de control del ente público donde concluyó su encargo, cuando se llegará (sic) a incorporar a empresa privada, a efecto de que se verifique el cumplimiento del plazo y la prohibición mencionados en el párrafo anterior.”*

[Énfasis añadido]

7 Disponible para consulta en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/64/2018/nov/20181122-IV.html#Iniciativa22>

Un detalle curioso de esta Iniciativa es que en el proyecto de LFAR no existía el artículo 24; con el artículo 23 concluía el Título Segundo y con el artículo 25 iniciaba el Título Tercero.

8 Disponible para consulta en: [http://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/1/2019-07-01-1/assets/documentos/Dict\\_Austeridad\\_Republicana.pdf](http://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/1/2019-07-01-1/assets/documentos/Dict_Austeridad_Republicana.pdf)

Resulta interesante el mecanismo que se preveía para la verificación de cumplimiento por parte del órgano interno de control, aunque, dados los términos de la prohibición, en los hechos tal verificación se limitaría a constatar que hubiese transcurrido el plazo señalado. También es una diferencia relevante la inclusión de los consejeros independientes de las empresas productivas del Estado, a las cuales se hará referencia al final de estas notas.

En la exposición de motivos de la Iniciativa se expuso lo siguiente:

***“Austeridad y conflictos de interés***

*La Ley de Austeridad Republicana de (sic) Estado que hoy se propone establece elementos para tipificar y sancionar los casos de conflictos de interés, establece restricciones a las actividades profesionales de los servidores públicos una vez que éstos se separen de sus cargos, y establece de forma precisa y categórica una separación entre la función pública y los intereses particulares. Esta ley mandata que para poder fungir como servidor público, las personas interesadas que cuenten con activos que los ubiquen en “conflicto de interés” deben establecer figuras como la de “fideicomisos ciegos” (sin contacto entre fiduciario y el fiduciante), u otras dentro de la ley que prevengan los conflictos de interés durante sus encargos y durante los años siguientes a esos mismos encargos. **La información y el conocimiento adquirido por los servidores públicos en el ejercicio de su función no podrán ponerse al servicio y lucro de los particulares.***

*De nada serviría avanzar con normas a favor de la austeridad y la transparencia e incluso alcanzar supuestos estándares de “gobierno abierto” si todo ello no se refleja en la abolición de los privilegios y el predominio de los intereses privados que muchas veces acotan el funcionamiento del Estado. Por ello se deben combatir los conflictos de interés de raíz y esta ley camina en ese sentido.*

*La Transparencia, el Combate a la Corrupción y la Rendición de Cuentas, no sólo son cuestiones de administración pública, enfoques tecnocráticos y fontanerías modernizantes (sic). La austeridad republicana, la Transparencia, el Combate a la Corrupción y la Rendición de Cuentas, exigen en primer lugar voluntad política y amor a la patria. Se requieren nuevos enfoques, nuevas estrategias y sobre todo nuevos actores libres de conflictos de interés para combatir la corrupción.”*

[Énfasis añadido]

Como parte de las adecuaciones realizadas a la Iniciativa en la Cámara de Diputados, algunas de ellas fueron tendentes a modificar el contenido del artículo 29 del proyecto de LFAR, crear en ella un nuevo artículo 24 e integrar en él una previsión de aquél y otra que se planteaba en la propuesta de un nuevo artículo 7 Bis para la LGRA, eliminando este último de las propuestas de adiciones. No obstante, en la Minuta con Proyecto de Decreto que la cámara de origen dirigió al Senado de la República no se mencionó la motivación ni el sentido de tales adecuaciones y únicamente se señaló:

*“En observancia de los principios de transparencia y rendición de cuentas, coincidimos en que se deberán identificar las potenciales situaciones de conflicto de interés, teniendo claro que **la información y el conocimiento adquirido por los***

***servidores públicos en el ejercicio de su función no podrán ponerse al servicio y lucro de intereses particulares.***

Tampoco el Senado de la República aportó alguna información adicional, por el contrario, en el Dictamen correspondiente sólo copió lo dicho por la cámara de origen, la que a su vez había transcrito lo dicho por el diputado Huerta en su Iniciativa:

*“De acuerdo con la Colegisladora, en observancia de los principios de transparencia y rendición de cuentas, se deberán identificar las potenciales situaciones de conflicto de interés, teniendo claro que **la información y el conocimiento adquirido por los servidores públicos en el ejercicio de su función no podrán ponerse al servicio y lucro de intereses particulares.**”*

## **2. Situación en caso de aprobación**

De aprobarse el Proyecto de Decreto por el Congreso de la Unión, el artículo 24 de la LFAR añadiría un supuesto de prohibición a los ya establecidos por la LGRA para los ex servidores públicos, llevando a la legislación lo que había sido más una solución práctica que la aplicación estricta de la norma; esto es, abstenerse de ocupar puestos en empresas que se hayan supervisado, regulado o respecto de las cuales se haya tenido información privilegiada en el ejercicio del cargo; asumiendo que la sola ocupación del puesto conllevaría un conflicto de intereses, lo que en el entendido e intención del diputado Huerta ocurriría por el hecho de que la información y el conocimiento adquiridos en el ejercicio del cargo público se pusieren al servicio y lucro de intereses particulares.

La conceptualización del conflicto de intereses expresada por el diputado Huerta en su exposición de motivos no fue incorporada en el proyecto de LFAR, lo que sí se incluye en su artículo 2 es la supletoriedad de distintas leyes, señalando que su aplicación será “*en lo conducente*” y en el orden indicado. La LGRA es la última de las leyes listadas, pero es la única de ellas que establece una definición de lo que se entenderá por conflicto de interés<sup>9</sup>. Adicionalmente, el proyecto de LFAR prevé (artículos 24 y 29), por un lado, que el conflicto de interés tendrá el significado establecido en la LGRA y, por otra parte, que su incumplimiento se sancionará en términos de la LGRA. Por ello, dado que la definición establecida por esta última (artículo 3, fracción VI) sería vigente y aplicable para efectos de la LFAR, debiese ser materia de valoración al interpretar la hipótesis normativa que nos ocupa, así como lo debieran ser también los elementos de ventaja indebida y de beneficio por uso de información privilegiada.

Con la aprobación de la LFAR en sus términos actuales, al concluir las funciones de un servidor público se presentarían para él las prohibiciones siguientes:

9 “**Conflicto de Interés:** La posible afectación del desempeño imparcial y objetivo de las funciones de los Servidores Públicos en razón de intereses personales, familiares o de negocios;”.

- No adquirir u obtener, para sí o para ciertas personas con él relacionadas, en uso de información privilegiada (aquella obtenida con motivo de sus funciones y que no sea del dominio público), bienes que mejoren sus condiciones, o cualquier ventaja o beneficio privado. Plazo: Un año.
- No ocupar puestos en empresas que se hayan supervisado, regulado o respecto de las cuales se haya tenido información privilegiada (supletoriamente aplicaría la definición establecida en la LGRA: información obtenida con motivo de sus funciones y que no sea del dominio público). Plazo planteado en el proyecto de ley: Diez años.

Cabe destacar que el calificativo “*privilegiada*” y el plazo de diez años fueron incluidos de último momento por el Senado de la República, ya que la Iniciativa del diputado Huerta, aprobada en primera instancia por la Cámara de Diputados, refería en forma genérica a información de empresas obtenida en el ejercicio del cargo; mientras que el plazo de veda originalmente propuesto por el diputado era de diez años y la Cámara de Diputados lo planteó en cinco.

Ahora bien, por lo que respecta a un eventual contratante o empleador, dados los términos de la última prohibición mencionada (artículo 24 LFAR), la previsión del artículo 72 de la LGRA sería objeto de una derogación implícita pero parcial<sup>10</sup>, ya que la conducta que se proscribe por dicho artículo consiste en que la persona del sector privado (física o moral) obtenga algún beneficio en el mercado o una ventaja frente a sus competidores que derive directamente de información privilegiada que posea el ex servidor público que sea contratado; es decir, no se prohíbe la contratación sino el beneficio o ventaja indebidos. Mientras que la aplicación del artículo 24 de la LFAR impediría toda contratación que implicara que quien se desempeñó como servidor público ocupe un puesto en alguna empresa que haya supervisado o regulado, o respecto de la cual haya tenido información privilegiada. De manera que las prohibiciones para las personas del sector privado en relación con aquéllas que se hayan desempeñado como servidores públicos serían las siguientes:

- Si el ex servidor público supervisó, reguló o tuvo información privilegiada sobre el privado y éste es una empresa, no podrá contratarse para que ocupe un puesto en ella. Plazo planteado en el proyecto de ley: Diez años.
- Si el ex servidor público supervisó, reguló o tuvo información privilegiada sobre el privado y éste no es una empresa, podrá contratarse para que ocupe un puesto o preste sus servicios pero la contratante deberá abstenerse de obtener algún

---

10 En el Transitorio Décimo del proyecto de Decreto se prevé: “*Quedan derogadas todas las disposiciones que se opongan al contenido del presente Decreto*”.

beneficio en el mercado o una ventaja frente a sus competidores que derive directamente de la información privilegiada conocida. Plazo: Un año.

- Si el ex servidor público no supervisó, reguló o tuvo información privilegiada sobre el privado, sea o no éste una empresa, podrá contratársele para que ocupe un puesto o preste sus servicios y la contratante deberá abstenerse de obtener algún beneficio en el mercado o una ventaja frente a sus competidores que derive directamente de información privilegiada en caso de haberse conocido. Plazo: Un año.

## CONCLUSIÓN

Del análisis de las leyes en esta materia se desprende una constante, desde 1982, de prohibir que los servidores públicos, al concluir sus funciones, obtengan una ventaja o un beneficio indebido por aprovechar su situación y facultades, o por usar información y documentación a la que hubieren tenido acceso. Al regular tal prohibición, las leyes han incorporado una serie de obligaciones que buscan limitar las posibilidades de infracción en el mayor número de supuestos, lo cual, aun cuando es de utilidad y en alguna medida atempera las dificultades de fiscalización en esta materia, puede llevar a un despropósito en su aplicación.

La temporalidad de la prohibición de ubicarse en ciertos supuestos no atiende *per se* el objetivo último de la norma, ya que si no se toman en cuenta los elementos concretos del caso pueden presentarse situaciones en las que la actualización de algún supuesto no conlleve una afectación al interés del Estado, o en las que, aun habiendo concluido el plazo, la actualización del supuesto pueda continuar afectando tal interés. Por ello resulta indispensable que la ley contemple no sólo la temporalidad de la prohibición sino también la valoración de sus elementos.

La propuesta de artículo 24 contenido en el proyecto de LFAR, de aprobarse por el Congreso de la Unión, no sustituiría el régimen actual en esta materia sino que añadiría un supuesto de prohibición a los ya establecidos por la LGRA (derogando en forma implícita y parcial uno de los ya existentes), y sería precisamente en el sentido opuesto al señalado como deseable en el párrafo anterior, estableciendo que los ex servidores públicos deberán abstenerse de ocupar puestos en empresas que se hayan supervisado, regulado o respecto de las cuales se haya tenido información privilegiada (sin considerar la existencia o no de alguna ventaja o beneficio indebido), por un plazo de diez años. Se estima que lo más cuestionable de tal prohibición es que, sin considerar elementos distintos del tiempo, pretenda que el interés del Estado prevalezca, si no es que anule, el interés de los particulares ex servidores públicos; ambos legítimos y tutelados por nuestro marco constitucional.

Respecto de la prohibición que se plantea y de aquellas ya establecidas por la LGRA, continúa siendo vigente y aplicable el criterio del Décimo Octavo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, en el sentido de que no se debe sancio-

nar el solo hecho de que el ex servidor público, al concluir su encargo, trabaje en aspectos relacionados con aquellos que desarrolló mientras laboró para el sector público, pues ello provocaría una limitación indebida al derecho humano de libertad de trabajo previsto en el artículo 5o. constitucional. La experiencia y conocimientos adquiridos durante su desempeño público significa una ventaja en sentido lato, mas no indebida. La prohibición de obtener alguna ventaja consiste en vedar, con posterioridad al fin del empleo, cargo o comisión, la posibilidad de que la persona se coloque o haga que se le ubique en una posición superior, mejor, preferente, favorable o conveniente, respecto de otra, como consecuencia de las funciones públicas que desempeñó, siempre que lo anterior implique la violación de los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y/o eficiencia o que con ello se incurra en conflicto de intereses<sup>11</sup>.

#### APÉNDICE: RÉGIMEN ESPECIAL APLICABLE A LAS EMPRESAS PRODUCTIVAS DEL ESTADO

Derivado de las reformas constitucionales en materia energética de diciembre de 2013, el 11 de agosto de 2014 se publicaron, entre otras, la Ley de Petróleos Mexicanos y la Ley de la Comisión Federal de Electricidad, estableciendo para estas empresas productivas del Estado un régimen especial en materia de responsabilidades. Dada la equivalencia de las disposiciones en esta materia para ambas empresas, las referencias en este apartado se harán sólo a la Ley de Petróleos Mexicanos.

El régimen aplicable al personal que concluya sus funciones en la empresa productiva del Estado, en sus subsidiarias y en sus empresas filiales es el siguiente:

**“Artículo 94.-** *El personal de Petróleos Mexicanos, sus empresas productivas subsidiarias y empresas filiales, que deje de desempeñar su empleo, cargo o comisión en las mismas, deberá observar, hasta dos años después de haber concluido sus funciones, lo siguiente:*

**I. En ningún caso aprovechará su influencia u obtendrá alguna ventaja derivada de la función que desempeñaba, ya sea para sí o para su cónyuge, parientes consanguíneos o por afinidad hasta el cuarto grado, o parientes civiles, o para terceros con los que tenga relaciones profesionales, laborales o de negocios, o para socios o sociedades de las que él o las personas antes referidas formen o hayan formado parte, y**

**II. No usar, en provecho propio o de terceros, la información o documentación a la que haya tenido acceso en su empleo, cargo o comisión y que no sean del dominio público.**

*El personal de Petróleos Mexicanos, sus empresas productivas subsidiarias y empresas filiales, deberá observar la obligación de confidencialidad respecto de la*

11 Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada I.18o.A.23 A (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XIX, Tomo 3, Abril de 2013.

*información y documentación a la que tenga acceso con motivo de sus funciones, en los mismos términos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 28 de esta Ley.”*

[Énfasis añadido]

*“Artículo 28.- Los consejeros, Secretario y los invitados del Consejo de Administración están obligados a guardar la confidencialidad, así como no revelar, custodiar y cuidar la documentación e información de la que, por razón de su participación en el Consejo de Administración, tengan conocimiento o que esté bajo su responsabilidad, así como impedir y evitar su uso, sustracción, destrucción, ocultamiento o utilización indebidos.*

*La obligación de confidencialidad referida permanecerá en vigor cinco años después de que los obligados a ella dejen de prestar sus servicios o de laborar para Petróleos Mexicanos, excepto en el caso en que presten sus servicios, laboren o tengan cualquier vínculo comercial, corporativo o de asesoría con personas físicas o morales, nacionales o extranjeras, que lleven a cabo actividades relacionadas con el objeto de Petróleos Mexicanos, en cuyo caso la obligación de confidencialidad permanecerá vigente durante todo el tiempo que dure dicha relación comercial, laboral o de cualquier naturaleza.”*

[Énfasis añadido]

Cabe destacar que, en adición a lo anterior, el artículo 30 de la Ley de Petróleos Mexicanos excluyó a los consejeros de la empresa de la aplicación de la LFRASP (actualmente la LGRA), mas no lo hizo respecto del personal de la propia empresa, sus subsidiarias y filiales, por lo que en principio éste habría continuado sujeto a tal ordenamiento; sin embargo, deben efectuarse ciertas consideraciones respecto de cada una de las dos obligaciones que la Ley de Petróleos Mexicanos impone a quienes concluyen sus funciones:

- No aprovechar su influencia u obtener una ventaja indebida. Esta obligación deberá observarse hasta dos años después de haber concluido las funciones. Sus términos corresponden a los que preveía el inciso a) del artículo 9 de la LFRASP, por lo que en virtud de los principios de especialidad y temporalidad de las normas sería aplicable lo dispuesto por la Ley de Petróleos Mexicanos.
- No aprovechar la información o documentación a que haya tenido acceso y que no sean del dominio público. Si bien la remisión a “*los mismos términos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 28*” pudiera hacer suponer que el plazo de esta obligación no es de dos sino de cinco años, ello conllevaría que la previsión del plazo de dos años no tuviera aplicación, por lo que, considerando que el régimen de responsabilidades del personal (artículo 94) es diverso al de los consejeros (artículo 28), para los primeros el plazo debiera ser de dos años, mientras que la remisión debiera entenderse en el sentido de que el plazo se ampliará por el tiempo en que se presten servicios, se labore o se tenga cualquier vínculo comercial, corporativo o de asesoría con personas físicas o morales, nacionales

o extranjeras, que lleven a cabo actividades relacionadas con el objeto de la empresa productiva del Estado.

Finalmente, por lo que respecta a la obligación de confidencialidad de los consejeros de las empresas productivas del Estado, en términos de la Ley de Petróleos Mexicanos ella se extenderá durante cinco años posteriores a que los consejeros dejen de prestar sus servicios, a menos que a partir de tal conclusión presten servicios, laboren o tengan cualquier vínculo comercial, corporativo o de asesoría con personas físicas o morales, nacionales o extranjeras, que lleven a cabo actividades relacionadas con el objeto de Petróleos Mexicanos, en cuyo caso la obligación permanecerá vigente todo el tiempo que dure tal relación.

De acuerdo con el régimen especial aplicable a las empresas productivas del Estado, si bien los consejeros independientes no tienen el carácter de servidores públicos (artículo 15 de la Ley de Petróleos Mexicanos), sí les son aplicables, al igual que a los otros consejeros, las restricciones señaladas en el párrafo inmediato anterior. No son aplicables a ninguno de los consejeros (independientes o no) la LGRA ni cualquier otro ordenamiento o disposición que en materia de responsabilidades sea aplicable en general a los servidores públicos de carácter federal (artículo 30 de la Ley de Petróleos Mexicanos).

En la Iniciativa del diputado Huerta se buscaba homologar la situación de todos los consejeros en cuanto a la restricción de ocupar puestos en ciertas empresas al concluir sus servicios, ello con una total carencia de técnica legislativa. Las previsiones relativas fueron eliminadas en la Cámara de Diputados y en la versión más reciente del proyecto de Decreto no se contempla a los consejeros independientes.

El que otros integrantes del consejo de administración sí sean servidores públicos podría hacer suponer que, de aprobarse la LFAR, existiría un régimen de responsabilidad post servicio público diferenciado entre tales integrantes y los consejeros independientes; sin embargo, no hay que olvidar que el régimen especial de las empresas productivas del Estado existe en virtud de un mandato constitucional<sup>12</sup> y que, en tanto no se reforme la Ley de Petróleos Mexicanos en tal sentido, en materia de responsabilidades dicho régimen establece que a tales consejeros -todos ellos- no les será aplicable la LGRA ni cualquier otro ordenamiento o disposición aplicable en general a los servidores públicos de carácter federal.

---

12 Transitorio Vigésimo, fracción VI, del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Energía, publicado el 20 de diciembre de 2013.



# LA NUEVA JUSTICIA LABORAL Y DEMOCRACIA SINDICAL

Por **ÁLVARO J. ALTAMIRANO**<sup>1</sup>  
y **AXEL MOTA RENTERÍA**<sup>2</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

A diferencia de muchas disciplinas científicas, el Derecho y sus diversas ramas que lo conforman se encuentran en constante cambio y evolución, pues deben adaptarse a las nuevas necesidades sociales, políticas y económicas que un país en crecimiento demanda, siendo las normas laborales uno de los principales ejes que contribuyen al desarrollo económico y social de una nación. En el caso México, resulta claro que, desde la apertura comercial de los años noventa y el constante crecimiento industrial a partir del siglo XXI, nuestro Derecho del Trabajo ha ido mutando de forma sustancial en diversos aspectos de vital importancia, tal como lo son las formas de contratación, las obligaciones de los empleadores, los mecanismos en que deben establecerse los salarios caídos en un proceso legal y la forma en que debe regirse la representación sindical. Dichas cuestiones fueron motivo de cambios sustanciales en la Ley Federal del Trabajo con la reforma laboral del año 2012, pero a pesar de haberse logrado mejoras considerables, tanto en el foro judicial, académico y político, quedó claro que todavía faltaba mucho camino por recorrer en dicha materia, lo que trajo consigo apenas el comienzo de una reforma de fondo en el Derecho Laboral.

Siendo así que dentro del paquete de reformas estructurales que se implementaron en el sexenio 2012-2018, se dio un paso firme y sustancial para conformar un cambio notorio a la justicia laboral. Dicho proceso de reforma comenzó con los “Diálogos por la Justicia Cotidiana” y foros que incluyeron en todo el país al sector empresarial, sindical, académico y gubernamental, para finalmente llevarse al nivel legislativo la iniciativa de reforma laboral constitucional que se publicaría mediante decreto el pasado 24 de febrero de 2017 en el Diario Oficial de la Federación. Pero ello, apenas abrió la puerta para las nuevas adecuaciones normativas, pues posteriormente, el 20 de septiembre de 2018, el Senado de la República ratificó el Convenio 98 de la Organización Internacional del Trabajo en materia de derecho de sindicación y negociación colectiva, cuyo texto fortalece y robustece los derechos sindicales, generando con ello una nueva visión de cómo debe entenderse la representación sindical. Además de tales

1 Abogado por la Escuela Libre de Derecho y Maestro en Derecho por la Universidad de San Diego.

2 Abogado por la Escuela Libre de Derecho y Maestro en Derecho por la Universidad de Salamanca.

antecedentes, en el marco de la renegociación del acuerdo de libre comercio entre Estados Unidos de América, Canadá y México, las normas laborales ocuparon un lugar esencial en las negociaciones trilaterales para que dicho pacto pudiera llevarse a la realidad, pues tal como lo establecen las reglas de la economía de libre mercado: debe haber reglas justas que permitan un beneficio comercial mutuo para los participantes. Es por ello que, al haberse signado el Acuerdo de Estados Unidos-México-Canadá (USMCA, por sus siglas en inglés), conocido en nuestro país como T-MEC (Tratado México-Estados Unidos-Canadá), México adquirió compromisos importantes por lo que respecta a las normas del trabajo (incluidos en el Anexo 23-A), siendo así que se terminó por configurar un complejo conjunto de cambios que deberían materializarse en el ordenamiento laboral mexicano, **a raíz de los pactos internacionales** contraídos por nuestro país.

Derivado de los procesos previamente descritos, finalmente el pasado 1° de mayo de 2019, se publicó el nuevo marco legal que regirá el Derecho del Trabajo de ahora en adelante, mismo que reglamenta las disposiciones constitucionales, cuyo texto ha trasladado la justicia laboral al Poder Judicial de la Federación y a los Poderes Judiciales Locales, terminando así con la rectoría del poder Ejecutivo que hasta antes de la reforma conducía la justicia laboral mediante el tripartismo y las Juntas de Conciliación y Arbitraje, por lo que en este artículo abordaremos y analizaremos los aspectos más importantes que terminaron por aprobarse el pasado 1° de mayo y que marcarán el rumbo del nuevo derecho laboral mexicano en los años por venir.

## **2. ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA REFORMA LABORAL DEL 1° DE MAYO DE 2019**

Los cambios legislativos que fueron publicados el pasado 1° de mayo, tienen por objeto reglamentar el texto consignado en el artículo 123 constitucional, apartado “A”, mismo que se regula en la Ley Federal del Trabajo. Es importante mencionar que el legislador realizó modificaciones de forma integral, es decir, en prácticamente todo el cuerpo legal, por lo que realizaremos un análisis normativo comenzando con los aspectos sustantivos, para finalmente revisar las disposiciones de carácter adjetivo.

*1. Simulación.* Se integran expresamente nuevas disposiciones tendientes a la protección de los derechos del trabajador al considerarse que cualquier estipulación donde se simule una relación laboral para evitar el cumplimiento de obligaciones laborales o sociales o bien se registre a un trabajador con un salario menor al que realmente percibe, no producirán efecto legal alguno.

*2. Beneficiarios.* Se establece la obligación de que el trabajador designe en el Contrato Individual de Trabajo el nombre de sus beneficiarios para el pago de prestaciones en caso de fallecimiento, con lo que se busca agilizar el trámite de dicho procedimiento especial.

3. *Convenios para terminar la relación laboral.* Deberán realizarse por escrito y ratificarse ante el Centro Federal de Conciliación y ante los Centros de Conciliación Locales cuando todavía no exista un conflicto judicial, pues de existir éste, se ratificarán ante el Tribunal Laboral Federal o Local correspondiente. Las nuevas disposiciones señalan que, en caso de realizarse un convenio sin intervención de las autoridades, tendrá validez plena, salvo que existieran cláusulas que contengan renuncia de derechos del trabajador, pudiendo estas ser susceptibles de reclamarse en cuanto a su nulidad ante el Tribunal.

4. *Eliminación de las Juntas de Conciliación y Arbitraje y creación de Tribunales Laborales.* A partir de la reforma constitucional de 2017, se ordena la eliminación de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, tanto en el ámbito federal y local. Siendo así que los conflictos de naturaleza laboral pasan a ser competencia del Poder Judicial Federal y de los Poderes Judiciales Locales, por lo que se crearán Tribunales Laborales Federales y Locales para tal fin. Es importante aclarar a este respecto, que la distribución de la competencia federal y local en los asuntos laborales previstos en el artículo 123 apartado "A" de nuestra constitución y en el artículo 527 de la Ley Federal del Trabajo, no se modifica por cuanto toca a los juicios individuales.

5. *Recibos de pago.* Se mantiene la norma general consistente en la entrega de los recibos al trabajador de forma impresa, mismos que deben contener la firma autógrafa del trabajador para su validez, pero además se establece que los recibos de pago contenidos en comprobantes fiscales digitales por Internet (CFDI) pueden sustituir a los recibos impresos, cuyo contenido hará prueba plena en juicio en caso de controversia, si se verifica en el portal de Internet del Servicio de Administración Tributaria, lo cual representa un importante avance por el reconocimiento de nuevas tecnologías como pruebas electrónicas y simplificación.

6. *Descuento de cuota sindical.* Se establece la posibilidad de que el trabajador manifieste por escrito su voluntad de que no se le aplique y descuenta la cuota sindical, en cuyo caso el empleador no podrá descontarla.

7. *Trabajadores del hogar.* Dentro de las obligaciones que deben cumplir los empleadores, se establecen expresamente las de guardar consideración al trabajador del hogar, absteniéndose de todo maltrato de palabra o de obra, cooperar para la instrucción general del trabajador del hogar e inscribirlo ante el Instituto Mexicano del Seguro Social y pagar las cuotas correspondientes conforme a las normas aplicables en la materia.

8. *Licencia para padres con hijos con cáncer.* Esta modificación especial a la Ley Federal del Trabajo se publicó el 4 de junio de 2019 en el Diario Oficial de la Federación y permite al padre o la madre, acompañar a su hijo menor de 16 años con diagnóstico de cáncer a sus tratamientos, de 1 a 28 días y durante un período máximo de 3 años.

9. *Aviso de Rescisión.* La reforma integra modificaciones a los efectos que trae consigo el aviso de rescisión, pues la falta de este ya no determina automáticamente la sepa-

ración injustificada del empleo, sino que ahora se trata de una presunción que puede revertirse si existe prueba en contrario que acredite que el despido fue justificado.

*10. Ofrecimiento de trabajo.* Se consigna una modificación trascendental para los casos en que el empleador tiene la carga de la prueba, siendo así que se estableció que en caso de negar el despido y realizar el ofrecimiento del empleo al trabajador, ello no eximirá al empleador de probar su dicho, por lo que técnicamente estamos en presencia de una obligación que establece la carga de probar un hecho negativo. Para entender los objetivos buscados por el legislador en esta disposición, a continuación, citamos un extracto de la exposición de motivos respecto de dicho punto:

*“Una modificación relevante es la que establece que el ofrecimiento del trabajo, una vez iniciado el proceso laboral, en ningún caso revierte la carga de la prueba, lo cual se considera de vital importancia para evitar la práctica generalizada de ofrecer el trabajo cuando el patrón omite entregar el aviso de despido al trabajador o comunicarlo directamente a la Junta. Esa práctica solo se realiza como estrategia legal para revertirle la carga de la prueba al trabajador, dado que el despido salvo raras excepciones ocurre en privado, dejando al trabajador sin posibilidad de acreditar que fue separado de su trabajo. En contraparte, se dispone que la omisión del aviso de despido al trabajador hace presumir que éste fue injustificado, superando la presunción legal de que por sí solo determinará el carácter injustificado del despido, como se encuentra en la ley vigente; ello a fin de evitar que las micro, pequeñas y medianas empresas queden en estado de indefensión al no poder acreditar la separación del trabajador, toda vez que la inmensa mayoría de dichas empresas omiten, por desconocimiento, dar el aviso de despido al trabajador o comunicarlo directamente a la autoridad laboral, dadas sus limitaciones en cuanto a gestión de recursos humanos y asesoría jurídica eficaz.”<sup>3</sup>*

En nuestra opinión en este punto particular, consideramos que, por tratarse de una disposición de carácter sustantivo, la misma se encuentra vigente desde su publicación en el Diario Oficial de la Federación y por ende deberá replantearse la idoneidad del ofrecimiento del trabajo como mecanismo de defensa en juicio, ello sin perjuicio de que se discuta la constitucionalidad de tal precepto en los Tribunales Constitucionales.

*11. Democracia sindical.* Se establece que los procedimientos de elección de las directivas sindicales deberán salvaguardar el pleno ejercicio del voto personal, libre, directo y secreto de los miembros, así como ajustarse a reglas democráticas y de igualdad de género. Así también se hace mención de que el periodo de duración de las directivas no podrá ser indefinido o de una temporalidad tal que obstaculice la participación democrática de los afiliados, mismo que tampoco podrá ser lesivo al derecho de votar y ser votado. Ahora, si bien es cierto la Ley Federal del Trabajo clasifica a los sindicatos en gremiales, de empresa, industriales, nacionales de industria y de oficios varios, la

3 MORENA, Grupo Parlamentario, *Iniciativa que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo*, México, Gaceta Parlamentaria, año XXII, número 5188-II, enero de 2019.

reforma le da el carácter enunciativo a dicha clasificación, por lo que no será obstáculo para que los trabajadores se organicen en la forma que ellos decidan.

*12. Registro de sindicatos.* Los sindicatos deben registrarse en el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral y dicho Centro hará pública, para consulta de cualquier persona, debidamente actualizada, la información de los registros de los sindicatos. Dicho registro podrá ser cancelado por vía judicial cuando sus dirigentes, apoderados o representantes legales incurran en actos de extorsión en contra de los patronos, exigiéndoles un pago en dinero o en especie para desistir de un emplazamiento a huelga o abstenerse de iniciar o continuar un reclamo de titularidad de contrato colectivo de trabajo.

*13. Constancia de representatividad.* La demostración del apoyo de los trabajadores mediante el voto personal, libre y secreto constituye un requisito para la validez de los contratos colectivos de trabajo, por lo que todo sindicato que solicite la celebración de un contrato colectivo deberá contar previamente con la Constancia de Representatividad expedida por el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral, con el voto de 30% de los trabajadores, misma que tendrá una vigencia de seis meses a partir de la fecha en que ésta sea expedida.

*14. Revisión del Contrato Colectivo de Trabajo.* Cada dos años, en la revisión contractual que corresponda, el convenio de revisión del contrato colectivo deberá someterse a la aprobación de la mayoría de los trabajadores regidos por el mismo a través del voto personal, libre y secreto, conforme al procedimiento de consulta fijado en la Ley.

*15. Entrega del Contrato Colectivo de Trabajo.* Se deberá entregar a los trabajadores, de forma gratuita, un ejemplar impreso del contrato colectivo, dentro de los 15 días siguientes a que este documento sea depositado ante el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral. Lo anterior sólo se podrá acreditar con la firma de recibido del trabajador.

*16. Centro Federal De Conciliación y Registro Laboral.* Será un Organismo Público Descentralizado del Gobierno Federal, con domicilio en la Ciudad de México y contará con oficinas regionales. Tendrá personalidad jurídica y patrimonio propios, plena autonomía técnica, operativa, presupuestaria, de decisión y de gestión. Será competente para substanciar el procedimiento de la conciliación que deberán agotar los trabajadores y empleadores, antes de acudir a los Tribunales y además, será competente para operar el registro de todos los contratos colectivos de trabajo, reglamentos interiores de trabajo y las organizaciones sindicales, así como todos los procesos administrativos relacionados. Dicho organismo tendrá como titular un Director General.

*17. Centros de Conciliación de las Entidades Federativas y de la Ciudad De México.* Estarán encargados de la conciliación previa a la demanda jurisdiccional en el orden local, se constituirán como Organismos Públicos Descentralizados de la respectiva Entidad Federativa de que se trate, los cuales tendrán el número de delegaciones que se considere necesario constituir y contarán con personalidad jurídica y patrimonio

propio, así como plena autonomía técnica, operativa, presupuestaria, de decisión y de gestión.

Serán competentes para substanciar el procedimiento de la conciliación a la que deberán acudir los trabajadores y empleadores, antes de presentar demanda ante los Tribunales locales y su integración y funcionamiento se determinará en su estatuto orgánico y su respectiva reglamentación, emitidos por el Poder Legislativo de la respectiva Entidad Federativa o de la Ciudad de México, según corresponda.

*18. Procedimiento de conciliación.* Antes de acudir a los Tribunales para dirimir un conflicto, los trabajadores y empleadores deberán asistir al Centro de Conciliación correspondiente para solicitar el inicio del procedimiento de conciliación, con excepción de aquellos supuestos que están eximidos de agotarla, conforme a lo previsto en la Ley Federal del Trabajo, mismos que enumeramos a continuación:

- I. Tratándose de casos que involucren discriminación en el empleo y ocupación por embarazo, así como por razones de sexo, orientación sexual, raza, religión, origen étnico, condición social o acoso u hostigamiento sexual;
- II. Designación de beneficiarios por muerte;
- III. Prestaciones de seguridad social por riesgos de trabajo, maternidad, enfermedades, invalidez, vida, guarderías y prestaciones en especie y accidentes de trabajo;
- IV. La tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, ambos de carácter laboral, entendidos en estos rubros los relacionados con: a) La libertad de asociación, libertad sindical y el reconocimiento efectivo de la negociación colectiva; b) Trata laboral, así como trabajo forzoso y obligatorio, y c) Trabajo infantil. Para la actualización de estas excepciones se debe acreditar la existencia de indicios que generen al tribunal la razonable sospecha, apariencia o presunción de que se están vulnerando alguno de estos derechos;
- V. La disputa de la titularidad de contratos colectivos o contratos ley, y
- VI. La impugnación de los estatutos de los sindicatos o su modificación.

Finalmente, en este punto es importante mencionar que el legislador estableció un límite temporal al procedimiento conciliatorio, pues no podrá exceder de **45 días naturales**.

El procedimiento conciliatorio da comienzo con la solicitud que se presenta ante el Centro correspondiente y una vez recibida, dicha autoridad señalará fecha de audiencia conciliatoria dentro de los 15 días siguientes. El citatorio debe notificarse al patrón con al menos 5 días previos a la audiencia, apercibido de recibir una multa por no comparecer y de tenersele como inconforme de cualquier arreglo conciliatorio.

También establece que, si la solicitud de conciliación es presentada por ambas partes, deberá fijarse fecha de audiencia dentro de los 5 días inmediatos siguientes, sin menoscabo de que pueda celebrarse en ese mismo momento.

El trabajador deberá acudir personalmente a la audiencia sin que sea necesario que asista acompañado de un abogado por tratarse de un procedimiento prejudicial. El empleador puede acudir personalmente o por conducto de su apoderado con facultades para obligarse.

Si las partes deciden convenir por haber llegado a un arreglo, deberán celebrar convenio que se ratificará en ese mismo acto. El convenio celebrado tendrá el carácter de cosa juzgada teniendo la calidad de un título para iniciar acciones ejecutivas sin necesidad de ratificación. De no llegar a un acuerdo, la autoridad emitirá una constancia de haber agotado la etapa de conciliación prejudicial obligatoria. No obstante ello, las partes de común acuerdo podrán solicitar que se fije nueva fecha de audiencia dentro de los 5 días siguientes.

*19. Prescripción.* La prescripción de 2 meses para que el trabajador pueda demandar la reinstalación en su trabajo o la indemnización en caso de un despido se suspende durante el procedimiento de conciliación.

*20. Procedimiento Judicial.* La etapa judicial será regida por los Tribunales Laborales, mismos que también serán de competencia federal y local, según corresponda, por lo que tendrán la facultad de conocer y resolver los conflictos de trabajo que se susciten entre trabajadores y empleadores, sólo entre aquellos o sólo entre éstos, derivado de las relaciones de trabajo o de hechos relacionados con ellas. Los Tribunales estarán a cargo cada uno, de un juez y contarán con secretarios, funcionarios y empleados determinados y designados de conformidad con la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación o de la Ley Orgánica del Poder Judicial Local según corresponda. Se establece que el juez laboral deberá estar presente en el desarrollo de las audiencias y sólo podrá auxiliarse de un secretario instructor para dictar los acuerdos relativos a la etapa escrita del procedimiento, hasta antes de la audiencia preliminar.

Las audiencias serán públicas y serán presididas íntegramente por el juez; de incumplirse esta condición, las actuaciones respectivas serán nulas de pleno derecho. Las partes y los terceros que intervengan en el desarrollo de las audiencias deberán rendir previamente protesta de que se conducirán con verdad. Todas las intervenciones de quienes participen en ellas serán en forma oral.

El juez recibirá por sí mismo las declaraciones y presidirá todos los actos de prueba; ordenará la práctica de las pruebas, dirigirá el debate, exigirá el cumplimiento de las formalidades que correspondan, moderará la discusión, determinará el inicio y la conclusión de cada una de las etapas de la audiencia. El juez podrá interrogar libremente a las partes y a todos aquellos que intervengan en el juicio sobre los hechos y circunstancias que sean conducentes para averiguar la verdad.

Tratándose de la prueba confesional las preguntas y/o posiciones se formularán de forma oral en el momento de la audiencia mediante interrogatorio abierto, sin presentación de pliegos por escrito.

En la prueba testimonial también se hicieron modificaciones, pues se reduce el número de testigos que pueden ser presentados a juicio de cinco a un máximo de tres testigos por cada hecho controvertido que se pretenda probar.

Por lo que respecta a la prueba pericial, desaparece el perito tercero en discordia, toda vez que las partes ya no podrán presentar a su perito, siendo el Tribunal quien deberá designar a un “perito oficial”, sin perjuicio de que las partes puedan auxiliarse de un asesor para el desahogo de dicha prueba.

Las resoluciones que pongan fin al procedimiento judicial ya no serán laudos, sino sentencias, mismas que no admitirán recurso alguno. Se establece que las únicas resoluciones que pueden ser revocadas por los tribunales son aquellas que admiten el “recurso de reconsideración” que procede contra los actos u omisiones del secretario instructor, mismo que deberá promoverse de forma oral en la audiencia preliminar.

A continuación, nos permitimos presentar un extracto general del procedimiento judicial:

#### ETAPA ESCRITA

- 1) La demanda se deberá presentar por escrito, integrando las pruebas que el actor tenga intención de rendir en juicio y expresando los hechos que pretenda demostrar con las mismas. También se debe anexar la constancia de que se agotó previamente el procedimiento de conciliación.
- 2) Dentro de los 5 días siguientes a la admisión de la demanda, se emplazará al demandado, entregándole copia de la demanda y de las pruebas ofrecidas en ésta para que dé contestación por escrito dentro de los 15 días siguientes, debiendo anexar los documentos necesarios para acreditar su personalidad. En la contestación de la demanda también deberán ofrecerse pruebas y objetarse las ofrecidas por la actora.
- 3) El tribunal correrá traslado a la parte actora para que dentro de 8 días objete las pruebas de la demandada y formule su réplica. Si el empleador ofrece el trabajo, el trabajador deberá pronunciarse al respecto en su réplica.
- 4) El tribunal correrá traslado a la parte demandada de la réplica y sus anexos, para que esta emita su contrarréplica por escrito dentro de los 5 días siguientes. En caso de que se adjunten pruebas a la contrarréplica, se darán 3 días para que la parte actora manifieste lo que a sus intereses convenga. Hecho lo anterior, el tribunal señalará fecha y hora para que tenga verificativo la audiencia preliminar dentro de los 10 días siguientes.

## ETAPA ORAL

- 1) La etapa oral del procedimiento judicial da comienzo con la “audiencia preliminar”, misma que tiene por objeto depurar el procedimiento, resolver excepciones dilatorias, establecer los hechos no controvertidos, admitir las pruebas y citar a la audiencia de juicio dentro de los 20 días siguientes a que se emita el acuerdo correspondiente y en su caso resolver el recurso de reconsideración contra el secretario instructor.
- 2) Agotada la audiencia preliminar, el procedimiento continúa su curso mediante la “audiencia de juicio”, cuyo desahogo se dará con la comparecencia de las partes que estén presentes al comenzar y las que se apersonen hasta antes de que concluya. El juez contará con las más amplias facultades para conducir y moderar el procedimiento. Se desahogarán las pruebas que se hayan preparado para dicha audiencia.

Una vez concluido el desahogo de pruebas, el secretario del Tribunal hará la certificación respectiva y posteriormente el juez dará el uso de la voz a las partes para que formulen sus alegatos de forma oral.

Hecho lo anterior se declarará cerrada la etapa de juicio y el juez emitirá su sentencia en la misma audiencia y en casos excepcionales el juez la podrá emitir dentro de los 5 días siguientes a la audiencia.

Finalmente es importante mencionar que además del procedimiento individual previamente descrito, subsisten los procedimientos especiales de huelga, conflictos colectivos de naturaleza económica y de seguridad social.

*21. Entrada en vigor.* Los artículos transitorios del decreto del 1º de mayo de 2019, establecen lo siguiente:

- El Congreso tiene ciento ochenta días para expedir la Ley Orgánica del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral.
- El Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral iniciará sus funciones de registro de asociaciones sindicales y contratos colectivos de trabajo en un plazo no mayor de dos años.
- Los Centros de Conciliación y los Tribunales Locales iniciarán actividades en un plazo máximo de tres años.
- En un plazo máximo de cuatro años el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral iniciará la tramitación de solicitudes de conciliación, al mismo tiempo que los tribunales del Poder Judicial de la Federación inicien su operación en el circuito correspondiente.
- Los procedimientos en trámite ante la Secretaría del Trabajo y Previsión Social y ante las Juntas de Conciliación y Arbitraje serán concluidos de conformidad con las disposiciones vigentes al momento de su inicio.

- Los actuales Contratos Colectivos de Trabajo deberán revisarse al menos una vez durante los cuatro años posteriores a la entrada en vigor del Decreto. Las revisiones deberán depositarse ante el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral, que verificará que los trabajadores conozcan el Contrato Colectivo de Trabajo y que el mismo cuenta con el respaldo de la mayoría mediante voto personal, libre y secreto.
- Las obligaciones de seguridad social de los empleadores para con las personas trabajadoras del hogar iniciarán su vigencia una vez que se aprueben y entren en vigor las adecuaciones normativas necesarias para la incorporación formal de las personas trabajadoras del hogar en el régimen obligatorio de seguridad social.

*22.- Protocolo para la legitimación de Contratos Colectivos de Trabajo existentes.* En sintonía con lo que señalan los artículos transitorios de la reforma, el pasado 1º de agosto de 2019 se publicó en el Diario Oficial de la Federación y con ello entró en vigor, el Protocolo de Legitimación, cuyos aspectos más relevantes son los siguientes:

- Para la legitimación de los Contratos Colectivos de Trabajo depositados ante las Juntas de Conciliación y Arbitraje, se deberán seguir reglas democráticas no-vedosas para ser validados dentro de los siguientes cuatro años, antes del 1º de mayo de 2023.
- Será indispensable que el contenido del Contrato Colectivo de Trabajo sea aprobado por la mayoría de los trabajadores, a través del voto personal, libre, directo y secreto, de una forma pacífica, ágil y segura.
- Hasta en tanto el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral inicie sus funciones registrales (lo cual debe suceder dentro de los dos años siguientes), el sindicato titular del Contrato Colectivo de Trabajo deberá dar aviso a la Secretaría del Trabajo y Previsión Social (STPS), de que llevará a cabo una consulta a los trabajadores para determinar si la mayoría respalda el Contrato Colectivo de Trabajo que tienen celebrado.
- El aviso tendrá que realizarse por la vía electrónica a través del sitio web <https://legitimacioncontratoscolectivos.stps.gob.mx> y con al menos diez días hábiles de anticipación a la fecha en que se prevea realizar la consulta y deberá contener los datos generales del sindicato, del patrón, del Contrato Colectivo de Trabajo, de la fecha, hora y lugar de la consulta y el listado de trabajadores sindicalizados con derecho a votar.
- El sindicato podrá optar que la consulta sea verificada por un fedatario público o por la autoridad laboral, debiéndose garantizar en todo momento los principios de seguridad, transparencia, confiabilidad y certeza.
- Una vez que el sindicato emita la convocatoria, lo hará del conocimiento del patrón, el cual deberá otorgar las facilidades necesarias para que se realice la

consulta y entregar a sus trabajadores una copia impresa del contrato colectivo de trabajo.

- El sindicato deberá imprimir las boletas a través de la plataforma electrónica de la STPS debidamente selladas y foliadas y el día de la consulta los trabajadores se identificarán para votar en las urnas correspondientes, realizándose el escrutinio y cómputo de los votos.
- Al terminar la consulta, el sindicato deberá dar aviso a la STPS a través de la plataforma electrónica del resultado de la votación, en los tres días hábiles siguientes, con la correspondiente acta de votación y el listado de trabajadores votantes. Si el Contrato Colectivo de Trabajo sujeto a consulta no cuenta con el apoyo mayoritario de los trabajadores, éste se tendrá por terminado, conservándose para beneficio de los trabajadores las prestaciones previstas en el mismo.
- La STPS resguardará la información sobre el procedimiento y podrá verificar que el proceso de consulta cumplió con los requisitos legales del Protocolo y en caso de que no realice observaciones, durante los veinte días hábiles siguientes a la fecha en que el sindicato remita el aviso de resultado, el Contrato Colectivo de Trabajo sometido a consulta se tendrá por legitimado.
- Al final del procedimiento, el sindicato podrá solicitar a la STPS la constancia de legitimación correspondiente.

### 3. CONCLUSIONES

Actualmente nos encontramos en un proceso de conformación y adecuación de nuevos paradigmas que deberán regir la justicia laboral en México, donde la representación sindical ha venido a cobrar un papel fundamental en dichos cambios, mismos que deberán ser orientados para estar en consonancia con los nuevos esquemas económicos, la globalización, las nuevas instituciones y requerimientos de una sociedad en desarrollo, donde los factores de la producción juegan un papel de vital importancia para el desarrollo, por lo que resultaba imperante que nuestro sistema de justicia laboral abandonara antiguos dogmas que ya no son acordes a las necesidades de nuestra realidad. Es por lo que, bajo nuestra óptica, el hecho de trasladar la competencia de resolver conflictos laborales al Poder Judicial Federal y a los Poderes Judiciales de los Estados, significa un cambio sustancial y verdaderamente necesario. Ahora, lo importante será dotar de las herramientas necesarias y técnicas, tanto de capital humano como estructural, acompañado del adecuado presupuesto, para tener la justicia laboral eficiente, pronta, expedita y gratuita que todos deseamos.

Un principio fundamental de todo Estado Democrático radica en la impartición de justicia, pues se trata de un mecanismo idóneo para que las personas puedan ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones, donde el sector laboral ocupa un papel muy relevante, en virtud de que el hecho de que exista una verdadera justicia laboral,

repercute directamente en la productividad de un país, toda vez que se genera certidumbre en el sector empresarial, seguridad jurídica en las inversiones nacionales y extranjeras y se evitan agravios que se traducen en pérdidas económicas para el sector empleador. Por otro lado, para los trabajadores, existen garantías de que sus derechos laborales se encuentran a salvo y deberán respetarse, so pena hacer efectivas las sanciones que establece la Ley para quienes las incumplan, pues nunca deberá pasarse por alto que el derecho al trabajo es un derecho humano que debe garantizarse y hacerse efectivo en toda nación que busca el desarrollo.

La impartición de justicia laboral debe ejercerse por profesionistas en Derecho que cuenten con la capacitación adecuada, misma que debe garantizarse mediante la carrera judicial y métodos de prueba técnicos y objetivos, favoreciendo el mérito de quienes han demostrado ser aptos para dicho ejercicio. Es por ello que la reforma constitucional de 2017, misma que se reglamentó el pasado 1° de mayo a través de los cambios legislativos en la Ley Federal del Trabajo, constituyen un cambio de fondo en la impartición de justicia, donde se privilegia la inmediatez y la oralidad ante la presencia de un juez laboral, para dar por terminada la comúnmente llamada “justicia del mecanógrafo”.

Otro aspecto fundamental que es importante retomar a manera de conclusión, es que la naturaleza del Derecho Laboral, radica en la conciliación, por lo que resulta destacado que el legislador haya previsto una etapa conciliatoria de carácter obligatorio, previa a la de carácter judicial, toda vez que ello permitirá que exista una verdadera avenencia entre las partes, donde en realidad se les exhorte a dirimir sus controversias y con ello buscar acuerdos beneficiosos para ambas partes, con lo que se pretende reducir de forma importante el número de juicios que se tramitan ante los tribunales y agilizar el sistema de justicia laboral mexicano, evitando consigo costos importantes al erario público que nos cuestan a todos los ciudadanos y logrando que los empleadores se dediquen realmente a emprender y ser más productivos.

Finalmente, resulta de gran relevancia hacer mención que los cambios en materia sindical, constituyen nuevos retos para las organizaciones sindicales, empleadores y trabajadores, pues comenzaremos una nueva cultura del derecho colectivo, donde se deberá poner fin a las simulaciones, como el caso de los “contratos colectivos de trabajo de protección” y dar comienzo al verdadero ejercicio de la representación, donde el sector obrero debe involucrarse de forma activa en las decisiones que se toman por parte de sus representantes y donde los empleadores deben respetar completamente la actividad sindical.

Así también, los líderes sindicales adquieren nuevas obligaciones y prohibiciones que buscan terminar con viejas prácticas que han venido transgrediendo la naturaleza de los sindicatos, llegando al grado de que algunas de ellas se han convertido en delitos y es por ello que la reforma establece causas y consecuencias serias para el caso de configurarse prácticas indebidas como la corrupción, extorsión y simulación.

Si bien es cierto actualmente se ha cumplido con las expectativas legislativas en materia de justicia laboral y democracia sindical, ello no quiere decir que todo el trabajo está hecho, sino por el contrario, las reformas aprobadas hasta el momento, apenas son el comienzo de una nueva etapa en México, que requieren de la participación y compromiso de todos para cumplir con los retos que se avecinan y emprender un camino hacia un modelo de justicia y democracia sindical, que traiga beneficios para todos y que repercuta de forma positiva en la productividad, donde los abogados habremos de cumplir con un papel determinante para el buen funcionamiento del nuevo sistema y con ello contribuir al adecuado desarrollo de nuestro querido México.

#### **4. FUENTES DE CONSULTA**

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (2019). México.

Diario Oficial de la Federación. (1º de mayo de 2019). México.

Diario Oficial de la Federación. (1º de agosto de 2019). México.

MORENA, G. P. (3 de enero de 2019). Iniciativa que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo. Ciudad de México, México: Gaceta Parlamentaria, año XXII, número 5188-II.

Unión, H. C. (2019). Ley Federal del Trabajo. México.



# REFORMA CONSTITUCIONAL DE TELECOMUNICACIONES. EL MODELO DE ESTADO REGULADOR EN MÉXICO<sup>1</sup>

Por MIGUEL BONILLA LÓPEZ

## 1. UN LIBRO DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO

Rondan todavía por las aulas definiciones de “derecho constitucional” que proponen un entendimiento limitado: “disciplina que estudia las normas que configuran la forma y sistema de gobierno; la creación, organización y atribución de competencia de los órganos del propio gobierno, y que garantiza al individuo un mínimo de seguridad jurídica y económica”. Así se define desde hace lustros en el *Diccionario Jurídico Mexicano*, por ejemplo.

¿Por qué “entendimiento limitado”? Por lo que proponen como materia prima: los *textos* que se articulan unos con otros en un *corpus* al que se le llama “Constitución”, es decir, un código, un libro. Los “constitucionalistas”, según esta noción, serían aquellos juristas versados en *ese* libro —entendido como el conjunto de textos normativos al que así se le denomina, como la “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, o a lo más por tal conjunto y el derivado de los artículos transitorios y/o los decretos que lo reforman sucesivamente... Hay incluso funcionarios, y de los más altos, que obran de este modo, y para fundar sus actos se limitan a citar artículos a diestra y siniestra, sin lectura profunda ni sistemática ni objetiva.

Para nada ha de sorprendernos que cuando los individuos que tienen esta visión del derecho constitucional fungen como profesores o doctrinarios, sus cátedras vienen a ser primordialmente memoristas: el memorismo, recordemos, es esa pedagogía que da más valor a la memoria que a la inteligencia.

No obstante, me parece, de un tiempo a esta parte hemos empezado a comprender que el “derecho constitucional” y su practicante, el “constitucionalista”, tienen —deben tener— como materia prima algo muy diferente: la *interpretación* de los textos; no —verbigracia— el artículo 6, el 7, el 25, el 28, el 73 ni el 89, sino el *sentido* que cabe atribuir al texto en ellos compendiado. Quienes han visto esto, saben que el cambio es radical. Quien estudia los sentidos sabe que el texto sobre el que se “extraen” viene a ser tan sólo un insumo más.

1 Reseña del libro: Domínguez Arroyo, José Julián y Sánchez de Tagle, Gonzalo. *Reforma constitucional de telecomunicaciones. El modelo de Estado regulador en México*, México, Tirant lo Blanch, 2019.

Para estos *nuevos* constitucionalistas, su objeto no es únicamente *el* libro —el conjunto de textos normativos al que se denomina “Constitución”, o por tal conjunto y el derivado de los artículos transitorios y/o los decretos que lo reforman sucesivamente—, sino que integran a ese conjunto la jurisprudencia que emiten los tribunales, los tratados internacionales que regulan derechos fundamentales y las decisiones de las cortes internacionales que inciden en la determinación de los alcances de esa clase de derechos, así como sus respectivas génesis, y abrevan también en la teoría jurídica y política subyacente.

Y quien adopta como materia prima los *sentidos*, aprende a dialogar en sede argumentativa. Un profesor de esta índole no recita; discute y exige de sus alumnos (o lectores) un ánimo activo, despierto, insumiso. Las clases que imparte y los ensayos que escribe este tipo de profesor vienen a ser desafíos para quienes los escuchamos o leemos. Nos exigen estar atentos, mucho.

Pues bien: los autores del libro que comento, Julián Domínguez y Gonzalo Sánchez de Tagle, pertenecen a esta segunda categoría, la de más avispados juristas, que si se sientan a escribir a cuatro manos un libro de derecho constitucional —porque bajo ese rubro hay que clasificarlo—, parten de la mejor de las premisas: “Dicho de otra forma”, escriben, “este libro es un estudio acerca de la constitucionalización del sector [de telecomunicaciones], desde las categorías propias de la teoría del derecho y de la teoría constitucional [...]. Es decir, se traza una línea cronológica que parte del estado que guardaba la configuración institucional del sector antes de la reforma, en el proceso de modificación al texto de la Constitución y las interpretaciones que de ella ha hecho el Poder Judicial de la Federación”.

Más todavía: para abordar su tema, reconocen expresamente que “no será suficiente con una mera lectura que se realice del texto constitucional [...] sino que es necesario esperar que el furor o agitación en sede legislativa se asiente, para dar paso a que el juzgador constitucional resuelva a través de su labor interpretativa la amplitud o estrechez de aquello que dispuso el legislador constitucional” y agregan: “En esa medida, acudir al texto constitucional para desprender los valores y fines que pretendió y buscó el Poder Revisor de la Constitución, será siempre una aproximación parcial, toda vez que el estado vigente del sistema jurídico mexicano hace necesario asistir a las interpretaciones que el juez constitucional realice, para aprehender el verdadero alcance y límites que determinada reforma a la Constitución conlleva”.

## 2. UN LIBRO DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Hay en un pasaje de *El Federalista* un argumento a favor de la permanencia de los jueces en sus encargos por tiempo indefinido; a mi modo de ver, es también un buen argumento a favor del estudio concienzudo de la jurisprudencia judicial, pero no sólo como una carga en los hombros de los jueces; también en el de los abogados postu-

lantes y, desde luego, en el de los profesores de derecho. Del conocimiento acucioso y crítico de los precedentes deriva en mucho la buena calidad de su trabajo diario:

Para evitar una discrecionalidad arbitraria de parte de los tribunales es indispensable que estén sometidos a reglas y precedentes estrictos que sirvan para definir y señalar sus obligaciones en todos los casos que se les presenten; y se comprende fácilmente que, debido a la variedad de controversias que surgen de los extravíos y de la maldad humana, la compilación de dichos precedentes crecerá inevitablemente hasta alcanzar un volumen considerable, y que para conocerlos adecuadamente será preciso un estudio laborioso y dilatado. *Por esta razón serán pocos los hombres en cada sociedad suficientemente versados, en materia de leyes para estar capacitados para las funciones judiciales.*

El énfasis, por supuesto, es mío: quiero destacar que la conclusión a la que llegó Alexander Hamilton alcanza a todo aquel que quiere practicar el derecho con los pies bien puestos en la realidad: si los precedentes judiciales son el insumo principal del *derecho argumentado*, “serán pocos los hombres en cada sociedad suficientemente versados en ellos para” ejercer la judicatura, pero también la abogacía o para incursionar en la doctrina de modo adecuado.

Para fortuna nuestra, Domínguez Arroyo y Sánchez de Tagle participan de esta metodología del oficio del jurista: no es para nada fortuito que su libro comience, propiamente, con un capítulo pleno de análisis, síntesis y crítica de la jurisprudencia federal y en otras páginas esto se reitera: acción de inconstitucionalidad 26/2006 (Pleno), controversia constitucional 7/2009 (Pleno), controversia constitucional 73/2010 (Pleno), contradicción de tesis 268/2010 (Pleno), amparo en revisión 190/2011 (Pleno), amparo en revisión 426/2010 (Pleno), amparo directo en revisión 3508/2013 (Primera Sala), controversia constitucional 117/2014 (Pleno), amparo en revisión 1100/2015 (Segunda Sala), amparo directo en revisión 3016/2015 (Segunda Sala), amparo en revisión 952/2016 (Primera Sala)...

Así resumen sus hallazgos en estos precedentes:

En el contexto de litigiosidad referido, los altos tribunales del país contribuyeron de manera importante a robustecer la autonomía del órgano regulador. Bajo una interpretación extensiva de la figura de la desconcentración administrativa, al amparo de la doctrina jurisprudencial de las cláusulas habilitantes, y bajo el tamiz interpretativo del orden público y del interés social en materia de interconexión (que materializó el criterio de la improcedencia de la suspensión frente a resoluciones de desacuerdos entre operadores), la función regulatoria fue caracterizándose poco a poco en sus propiedades materiales y [...] fue adquiriendo mayor margen de eficacia en sus actuaciones.

Lo anterior en un primer momento; dicen después:

El cambio constitucional materializó bajo el constructo jurisprudencial del Tribunal Pleno, la irrupción del nuevo modelo de Estado regulador [...] reconfi-

gurando con ello el panorama interpretativo de la función regulatoria frente a las funciones tradicionales del Estado, particularmente la legislativa y la reglamentaria. Este nuevo entendimiento constitucional se basa, sustancialmente, en la modulación del principio de legalidad (en sus vertientes de reserva de ley y subordinación jerárquica) y en una nueva interpretación del régimen de distribución de competencias en el sector de las telecomunicaciones, aspectos que se relacionan de manera interdependiente.

Y más adelante, en cuanto a la compleja relación que se da entre la regulación y los derechos, escriben:

Los fines del Estado regulador deben satisfacerse a través de las categorías y garantías del Estado constitucional de derecho. En este aspecto el estudio abordó un caso claro de tensión entre los principios de garantía de los derechos humanos y la eficiencia regulatoria [en el que] el Alto Tribunal reinterpretó la doctrina judicial sobre los efectos del amparo contra leyes [...] En este aspecto es oportuno reflexionar sobre la pertinencia de prever como medio exclusivo de impugnación de las decisiones regulatorias el juicio de amparo indirecto, cuyo parámetro de regularidad se centra exclusivamente en la garantía de los derechos humanos, excluyendo cualquier tipo de argumentación consecuencialista bajo estándares de eficiencia [...].

Una de las enseñanzas que hemos de extraer de su libro es que para comprender el derecho constitucional (en materia de telecomunicaciones y en cualquier otra) el articulado no basta; hay que acudir a los considerandos de las sentencias que lo interpretan, procurar su sistematización y leer todo con espíritu crítico.

### 3. UN LIBRO DE DOGMÁTICA JURÍDICA

La dogmática jurídica tiene como misión el análisis, la interpretación y la armonización del material que sirve a los juristas prácticos para dar cuenta con los casos concretos y reales a los que tienen que dar solución. Respecto del ordenamiento jurídico positivo —que, insisto, se conforma no sólo por los textos normativos sino también por la interpretación que de ellos hacen los órganos jurisdiccionales—, el doctrinario se esmera por darle significados y sentidos, por colmar sus lagunas, por resolver sus antinomias, por señalar las consecuencias que de él se desprenden, por establecer soluciones extensivas a las nuevas circunstancias de hecho que no estuvieron primigeniamente previstas, con miras a ofrecer sus hallazgos al jurista práctico.

Todas y cada una de las tareas descritas están suficientemente agotadas en el libro de Domínguez Arroyo y Sánchez de Tagle en relación al régimen constitucional de las telecomunicaciones. Su libro es una pieza ejemplar de dogmática jurídica, esa que comprende su talante teórico-práctico, que sabe que su fuerza está en su utilidad, y la obra que comentamos ahora, *Reforma constitucional de telecomunicaciones. El modelo de Estado regulador en México*, es útil y no conozco mejor elogio que pueda darse a un libro.

Un prestigioso profesor de derecho constitucional —Barack Obama—, alguna vez escribió que “Después de todo, las leyes sólo son palabras escritas en una hoja de papel, palabras que a veces son maleables, opacas o dependen del contexto o de la confianza, al igual que las de un cuento, un poema o una promesa, palabras cuyo significado se erosiona, palabras que a veces se desmoronan en un abrir y cerrar de ojos”. Pues bien, eso es verdad, pero para eso están los buenos libros de derecho: para dejar asentados los significados y dejar abiertas las puertas de la discusión sin el temor de que las palabras queden extraviadas en el tiempo.

#### 4. UN LIBRO PARA RESISTIR

Este libro constituye, además, un poderoso instrumento para la resistencia en tiempos de las transformaciones: expresa con claridad el por qué los órganos reguladores (y no sólo el de telecomunicaciones) sirven a la necesaria contención del poder político, a la salvaguarda constante de la democracia, a la irrenunciable vigencia de los derechos y al mantenimiento del equilibrio entre los tantos y variados intereses que conviven (y deben convivir) en esto a lo que llamamos Estados Unidos Mexicanos. Contra la “desinstitucionalización”, el ciudadano puede esgrimir muchos y distintos argumentos; el ciudadano que además sea jurista encontrará en este libro un arsenal de razones de *derecho* para defender las instituciones.



# EL LLANO EN LLAMAS: FUTURO DEL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

POR FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO

Hace un año escribí una reflexión en esta misma revista sobre problemas que aquejan al arbitraje de inversión, contextualizando a la luz de cosas diversas que están pasando en el mundo. Lo titulé *El Arbitraje en los Tiempos del Cólera*.<sup>1</sup> El título busca transmitir el meollo del mensaje: vivimos tiempos difíciles; de cólera. Ello ha motivado cuestionamientos a instituciones diversas, una de ellas el arbitraje de inversión. Como con otras tantas instituciones, dichos tiempos han impactado el arbitraje. Sin embargo, lo hacemos en nuestro detrimento. El (complejo) mundo en el que vivimos necesita arbitraje, como necesita otras instituciones que estamos en vías de denostar y erosionar.

He recibido una enorme cantidad de observaciones, inquietudes y críticas al mismo. A su vez, he recibido invitaciones a exponerlo en foros diversos.<sup>2</sup> Ello, aunado a acontecimientos recientes, me ha movido a escribir una segunda parte – este ensayo.

En este ensayo deseo comentar brevemente algunos desarrollos que desde entonces han ocurrido y cómo acentúan el mensaje de *El Arbitraje en los Tiempos del Cólera*. Como se verá, el llano está en llamas: la diatriba e ignorancia han propiciado retrocesos derivados de la preocupación que hacía ver en *El Arbitraje en los Tiempos del Cólera*. Ello pone en evidencia porqué debemos actuar para rectificar. Para evitar que las instancias aisladas de retroceso se conviertan en un movimiento que tenga por resultado que la siguiente generación tenga que sufrir los efectos de los mismos, y en un par de generaciones nos preguntemos porqué nadie hizo nada para evitarlo. En una frase: que tengamos que re-aprender lecciones que la historia ya nos había enseñado.

1 González de Cossío, Francisco, Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, Año 42, número 42, Tirant Lo Blanch, México, 2018, p. 111.

2 Por ejemplo, en el seno del capítulo mexicano del Club Español del Arbitraje el 14 de noviembre de 2018, donde lo titulé: “*El maratón del arbitraje de inversión*”. El título aludía al juego de mesa “Maratón”. El motivo: porque está ganando la ignorancia. Otro foro al que fui invitado el 14 de mayo de 2019 fue la Comisión de Arbitraje de Inversión del capítulo mexicano de ICC México, donde lo titulé “*Il Segreto di Pulcinella del Arbitraje de Inversión*”. El título buscaba transmitir que las críticas existentes eran flacas y las modificaciones al sistema que están en vías de ocurrir no tocan las áreas en que en verdad deberíamos estar trabajando para mejorar el sistema de inversión. Lo cual, en mi opinión, es un secreto a voces: un auténtico *segreto di pulcinella*.

## 1. DESARROLLOS

Aunque algunos líderes de opinión han rectificado (§A), y se están realizando esfuerzos plausibles (§B) las críticas al arbitraje de inversión han propiciado tropiezos delicados (§C). Ello es de lamentarse pues lo que necesitamos es más—no menos—arbitraje.

### 1.1. Rectificación

El 8 de junio de 2019 *The Economist* publicó dos artículos que comentan positivamente el arbitraje de inversión. Los tituló “*Treaty or rough treatment*” y “*Kafkaesque*”. En los mismos reconoce la utilidad del arbitraje de inversión y sugiere su utilización. Sin embargo, sus motivos contienen impurezas.

En *Treaty or rough treatment*,<sup>3</sup> *The Economist* invita a que la Unión Europea reconsidere sus planes para deshacerse de los tratados que protegen la inversión al decir:

With populists corrupting courts, the European Union should rethink plans to ditch treaties that safeguard investors

[Con populistas corrompiendo cortes, la Unión Europea debería reconsiderar el deshacerse de tratados que protegen inversionistas]

Los motivos que respaldan la sugerencia son:

The desire to resolve disputes at home rather than in an obscure court across the Atlantic would be understandable if courts across the EU could be trusted. But they can't. In parts of central Europe the domestic judicial system is neither fair nor equitable, because it is increasingly under the influence of politicians. ... In light of the politicization of the judiciary in much of central Europe, the thought of BITS being dismantled at the end of the year fills many investors with dread. If the treaties disappear, so will much of the investment from western neighbours of which the region heavily relies.

[El deseo de resolver disputas en casa en vez de en una corte oscura del otro lado del Atlántico sería entendible si pudiera confiarse en las cortes de la Unión Europea. Pero no se puede. En partes de Europa central el sistema judicial no es ni justo ni equitativo, pues está crecientemente bajo la influencia de los políticos. ... en vista de la politización del poder judicial en una buena parte de Europa Central, la idea de que los tratados de inversión sean desmantelados al final del año llena de miedo a muchos inversionistas. Si los tratados desaparecen, también desaparecerá mucha de la inversión de los vecinos de occidente en la que se basa en forma importante la región]

Por dichos motivos, concluye y propone que:

3 *The Economist*, Junio 8 de 2019, p. 14.

One solution would be the establishment of a EU body, modelled on the ICSID, to specialize in investment disputes. But this would take years to set up. In the meantime, the EU should stick with BITS. If it does not, investors will wither clear of countries with unreliable judicial systems or structure their deals from countries outside the bloc that have bilateral treaties with those within it. Either way, Europe would lose.

[Una solución puede ser el establecimiento de un órgano de derecho europeo, modelado en base al CIADI, para especializarse en las disputas de inversión. Pero esto puede tomar años para armar. Mientras tanto, la Unión Europea debería apearse a los tratados de inversión. De no hacerlo, los inversionistas ya sea evitarán a los países con sistemas judiciales no confiables o estructurarán sus tratos con países fuera del bloque que tengan tratados con aquellos dentro del mismo. De cualquier manera, Europa perdería.]

En *Kafkaesque*<sup>4</sup> *The Economist* dice:

Increasingly ... the region's governments willfully ignore international rules ... Investor's biggest concern is subjugation of local courts by populist rules.

[En forma creciente, los gobiernos de la region ignoran intencionalmente las reglas internacionales. La preocupación más grande de los inversionistas es la subjugación de las cortes locales por gobernantes populistas]

Después de relatar ejemplos diversos en los que inversionistas viven disgustos por abusos de autoridades europeas, explica la iniciativa europea de contar con tratados intra-EU y dice:

This assumes that national courts can be trusted to issue impartial verdicts—and governments, to respect them. Opponents of the proposal argue that, in central Europe at least, they do not.

[Esto asume que puede confiarse en las cortes nacionales para emitir veredictos imparciales—y que los gobiernos los respetarán. Los oponentes de la propuesta arguyen que, por lo menos en Europa Central, no se puede.]

La conclusion de *The Economist* es cierta, pero su trasfondo y premisas son cuestionables.

*The Economist* comienza tildando a los tribunales de inversión de “*obscure court across the Atlantic*”. La apreciación es errónea. Los tribunales de inversión no tienen que estar “del otro lado del Atlántico”. Las audiencias de arbitraje ocurren en lugares diversos, muchos de los cuales son en Europa misma (por ejemplo las instalaciones del CIADI en París. Y si se trata de casos *ad hoc* UNCITRAL, ocurren en oficinas y hoteles en ciudades diversas de Europa). El adjetivo “oscuro” es también erróneo. Ambas partes (Estado e inversionista) participan en la constitución del tribunal arbitral designando

---

4 Id. p. 63.

a sus miembros. Y la existencia y composición del tribunal es incluida por el ICSID en su página de internet. Desde hace tiempo además se ha habilitado la posibilidad de que terceros puedan asistir y presenciarse – algo que la experiencia muestra que, ya que ocurre, la gente pierde interés. Sin duda, el motivo es que las audiencias son aburridas para terceros. (Se trata de ejercicios de discusión jurídica que distan de ser del género que el público encuentra entretenido.) Lo que esto ha demostrado es que lo que se desea no es presenciar la audiencia, sino sencillamente que no deje de ser pública.

Otro yerro es recomendar *sotto voce* que se siga el modelo de un tratado organismo internacional. Como describí en *Arbitraje en los Tiempos del Cólera*, la rectitud del paso es cuestionable pues implica añadir una capa adicional de burocracia y costo adicional que todos (como contribuyentes) pagaremos, cuando es sólo una porción pequeña de la sociedad la que se beneficia de la institución. Ante ello, propongo en *Arbitraje en los Tiempos del Cólera* que siempre que se pueda, las opciones *user-pays* deben ser preferidas a *taxpayer-pays*. Así ocurre con el arbitraje de inversión: son las partes en disputa las que sufragan el costo del caso.

No todo puede criticarse, sin embargo. *The Economist* tiene el mérito de reconocer que existe una necesidad. Existe un fenómeno que se vislumbra desde antaño en las disputas que involucran capital extranjero: el poder público es usado para capturar a las instituciones locales. Dicho riesgo puede o no ocurrir, pero existe. Y es imposible de zanjarlo *a priori*.<sup>5</sup> En sus palabras:

... courts [can't] be trusted. [When] ... domestic judicial system is neither fair nor equitable, because it is increasingly under the influence of politicians. ... politicization of the judiciary ...

Increasingly ... the region's governments willfully ignore international rules ... subjugation of local courts by populist rulers.

... national courts can't be trusted to issue impartial verdicts

[... no puede confiarse en las cortes. ... Cuando un sistema judicial local no es ni justo ni equitativo, puesto que crecientemente caen bajo la influencia de políticos... la politización del poder judicial

En forma creciente... los gobiernos de la región ignoran las reglas internacionales... gobiernos populistas subyugan las cortes locales.

... no puede confiarse en que las cortes nacionales emitirán veredictos imparciales]

Como puede verse, *The Economist* reconoce que la experiencia enseña que las cortes pueden ser politizadas. Que puede existir presión política que impida la emisión de resoluciones imparciales. Ello es parcialmente cierto. Es cierto que la imparcialidad de las cortes peligran en casos importantes o cuando ante poderosos. Pero no sólo son las

5 Después de todo, el que un Estado esté hoy libre de captura no asegura que no lo estará en el futuro. El inversor tiene que tomar en cuenta dicha posibilidad.

cortes. La experiencia internacional e histórica enseña que son autorizadas *de todos los poderes, niveles y materias* las susceptibles a violar el derecho internacional (contenido en un tratado de inversión).

Ese es el valor que da el arbitraje de inversión: hace responsable al poder público. Ello procura un contrapeso. Y siendo que el prisma es el derecho internacional (que no está a la merced de nadie), el resultado es que se hace en base a principios, no intereses.<sup>6</sup>

Por lo anterior, *The Economist* sólo tiene razón *parcial* cuando aplaude la consecución de los tratados de inversión. Tiene razón en que hay que aplaudirlos y usarlos, pero erra cuando considera que el motivo es que las cortes pueden ser parciales y que ello debe ocurrir mientras se crea un organismo europeo semejante a CIADI o un organismo multilateral semejante a la Organización Mundial de Comercio (“OMC”). Así se lo hice ver en una carta de 11 de junio de 2019 dirigida a *The Economist* donde indiqué:

Dear Sir:

In “*Treaty or rough treatment*” (8 June 2019) you make a positive endorsement of investment treaties. In *Kafkaesque* (id.) you make the point that, when it comes to investment disputes, national courts cannot be trusted to issue impartial verdicts. Hence, whilst an EU-wide body is crafted, the investment-treaty route should be followed.

Your applause of investment treaties is salutary, but the reasons behind it are questionable.

Investment treaties and investment arbitration are a check on power unbehind-en to the political process. Because arbitrators do not hail from government nor judiciary, some, like *The Economist*, have questioned them. In your piece you call them “obscure”. In 2014 you called them “secretive”. Doing so neglects that neutral experts are selected *by the parties themselves* precisely because they are not authorities – and hence not enmeshed in politics. If the concern is that these professionals are not judges, this would lead us back to the state of affairs your article criticizes, as well as the reason investment treaties and arbitration was devised for in the first place.

Investment treaties and arbitration are therefore not a lesser evil when compared to domestic courts run amok. They are inherently praiseworthy for the simple reason that it confers an option to channel disputes that is principle-based and non-politicized. In the world we are living, these options should be favored, not done without.

---

6 Esto, dicho sea de paso, es algo que abordo tangencialmente en *Arbitraje en los Tiempos del Cólera*, pero merece no ser pasado por alto. El proceso político necesita del arbitraje. Necesita del Estado de Derecho. No porque siempre lo siga (no lo hace) sino porque es un contra factual contra el cual cotejar y evaluar conducta. Y brinda una opción: los grandes intereses pueden contar con que, de acordarlo, pueden canalizar a los principios, no los intereses, no la fuerza, la resolución de una disputa. Y de hacerlo, pueden cerciorar que así ocurrirá escogiendo como árbitros a personas que son especialistas imparciales. Ello es valioso, y promete serlo cada vez más en el mundo en que vivimos.

[En *Treaty or rough Treatment* (8 de junio de 2019) usted hace un apoyo positivo de los tratados de inversión. El *Kafkaesque* (id.) argumenta que, cuando se trata de disputas de inversión, no puede confiarse que las cortes nacionales emitirán fallos imparciales. Por ende, mientras se crea un órgano europeo, debe optarse por la ruta de tratados de inversión.

Su aplauso de los tratados de inversión es positivo, pero sus motivos son cuestionables.

Los tratados de inversión y el arbitraje de inversión son un contrapeso al poder que está fuera del control del proceso político. Dado que los árbitros no provienen del gobierno ni el poder judicial, algunos, como *The Economist*, los han cuestionado. En su artículo los llama “oscuros”. En 2014 los llamó “secretivos”. Hacerlo descuida que los expertos neutrales son elegidos *por las partes mismas* precisamente porque no son autoridades – y por ende no están inmiscuidos en el proceso político. Si la preocupación es que estos profesionales no son jueces, esto regresaría al estado de circunstancias que su artículo critica. A su vez, es la razón por la que los tratados y el arbitraje de inversión fueron creados.

Los tratados y el arbitraje de inversión no son un mal menor en comparación con cortes locales descarriladas. Son inherentemente plausibles por la sencilla razón que confieren una opción para canalizar disputas que se basa en principios y no está politizada. En el mundo en que vivimos, estas opciones deben ser favorecidas, no descartadas.]

Esta visión es la que debe prevalecer sobre los tratados de inversión. El arbitraje de inversión no es un “mal menor”, es un instrumento inherentemente útil y recomendable pues permite canalizar, ventilar y resolver las controversias en base a principios, no la fuerza. En forma despolitizada. Atenta al cuerpo legal que existe para regir estos temas: el derecho internacional. El proceso político necesita tal opción, inclusive cuando decide no ejercerla: la existencia de la posibilidad tiene el efecto encomiable de encausar la discusión y negociación por el cauce apropiado: el de los principios – inclusive cuando no se usa. Y si se decide usarlo, el ideal será logrado: el guiar nuestro actuar por ideales, no por quién puede más.

Por lo anterior, el ideal merece ser preferido. De lo contrario, mucho me temo que ocurrirían retrocesos – a los que paso, no sin antes resumir esfuerzos loables.

## 1.2. Mejoras en ciernes

Existen esfuerzos para modificar y refinar el arbitraje de inversión. Los comentaré por separado.

### 1.2.1. UNCITRAL

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“*CNUDMI*”) creó un grupo de trabajo (Grupo de trabajo III) para analizar la cuestión del arbitraje de inversión. Ha estado trabajando en ello desde 2017. Su objetivo es:<sup>7</sup>

... improving the global investment environment in a way that encouraged fairness and promoted investment policies in line with the three pillars of sustainable development

dispute settlement regime should appropriately address the rights and obligations of foreign investors and that the right to regulate and the flexibility of States to protect legitimate public welfare objectives should be respected.

[mejorar el medio ambiente global de una manera que fomente la justicia y promueva políticas de inversión en línea con los tres pilares de desarrollo sustentable  
El régimen de solución de controversias debe adecuadamente abordar los derechos y obligaciones de los inversionistas extranjeros y que el derecho y la flexibilidad de regular de los Estados para proteger los objetivos legítimos de bienestar deben ser respetados]

Los temas que el grupo de trabajo está analizando pueden ser agrupados en cuestiones procesales, preocupación sobre los árbitros y tomadores de decisiones, y preocupaciones sobre costo y duración. Son:

- **Procesales:**

- (1) Ausencia de coherencia y consistencia: existen interpretaciones divergentes sobre estándares sustantivos, jurisdicción y admisibilidad, y cuestiones procesales.
- (2) Ausencia de marco para enfrentar múltiples procesos
- (3) Limitantes en los mecanismos existentes para enfrentar la inconsistencia y errores en las decisiones arbitrales.

- **Preocupaciones sobre los árbitros y tomadores de decisiones:**

- (1) Ausencia o apariencia de ausencia de independencia e imparcialidad
- (2) Límites en los mecanismos de recusación
- (3) Diversidad de los tomadores de decisiones

---

7 Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-sixth session (Vienna, 29 October–2 November 2018), United Nations Commission on International Trade Law, Fifty-second session, Vienna, 8–26 July 2019, A/CN.9/964, p. 4. Son dos conferencias, se citan por separado. En el formato no nos mencionan cómo citar conferencias.

(4) Calificaciones de los tomadores de decisiones

• **Preocupaciones sobre el costo y duración de los casos de inversión:**

(1) Procesos largos y costosos, ausencia de mecanismo para enfrentar casos frívolos y no meritorios

(2) Distribución de costos en casos de inversión

(3) Preocupaciones sobre la disponibilidad de garantías de costos en casos de inversión

(4) Preocupaciones sobre fondeadores de casos (*third-party funding*)

La lista contiene de todo; cosas atinadas, cosas cuestionables y omite cosas que deberían estar. El sentido visible de los reportes existentes es que ha existido una atinada depuración de los temas, con un giro constructivo. Es de esperarse que así continúe.

### 1.2.2. CIADI

El Centro Internacional de Arreglo de Disputas de la Inversión (“CIADI”) lleva un tiempo analizando cambios a su reglamento de arbitraje. Los temas son: eficiencia, plazos, mociones interlocutorias, arbitrajes expeditos, legitimidad, financiación de terceros, transparencia, medidas precautorias, aporte de garantías, recusación de árbitros.

### 1.2.3. Comentario sobre las reformas en ciernes

La discusión en la UNCITRAL y las reformas del CIADI son loables en que procuran un debate serio, ordenado y constructivo. Uno puede no estar de acuerdo con ciertos temas, pero difícilmente puede no estarse de acuerdo en que se discutan en forma seria, respetuosa e informada. Y sobre todo, con un ánimo de depurar lo digno de atención para luego actuar en consecuencia.

Algo que la discusión en cuestión debe considerar es que, si bien los tratados de inversión son un instrumento peculiar del derecho internacional, son resultado del mundo en que vivimos. No existe un tribunal internacional con jurisdicción obligatoria donde puedan ventilarse los problemas derivados del flujo internacional del capital. En cambio, existe un apetito por atraer dichos flujos. Ello genera una tensión: deseamos lo bueno del fenómeno del tráfico internacional de capital, cerrándonos los ojos a lo malo – los problemas. Siendo que los problemas siempre existen, la respuesta inteligente no es taparse los ojos a los mismos; es adoptar una política pública bien pensada al respecto. Del espectro de opciones disponibles, una que ofrece el derecho internacional lo son los tratados de inversión. Y al hacerlo, asumir con seriedad el contenido de sus disciplinas, buscando que las autoridades locales conozcan el contenido y alcance del compromiso adquirido. Esto no es lo que se observa de mucha de la crítica a los

tratados de inversión. En vez de voltear a ver su *statu quo* local y porqué ello ha detonado responsabilidad internacional del Estado, hay quien propone que el contenido de los estándares y normas protectoras de inversión se interpreten estrechamente, o se eliminen de los tratados de inversión que, conforme se gana experiencia, se celebran con nuevos socios comerciales. Esta postura es *en sí* un retroceso. Para evitar subir de peso no sirve quitarle argollas a la báscula; sino comer menos. Para evitar responsabilidad internacional del Estado deben tomarse medidas para que los órganos locales del Estado no la detonen. Procurar lo contrario—que el derecho internacional exija menos—va en sentido contrario a lo que debemos estar propugnando. Al progreso.

La idea de crear una institución internacional permanente modelada en la Organización Mundial de Comercio no es *per se* reprochable; pero sí genera dudas que no se observa que estén siendo analizadas. ¿En verdad queremos crear aún otra burocracia internacional? ¿Es el mejor uso de nuestros escasos recursos (mundiales)? La experiencia enseña que ya que se crea una burocracia, siempre demanda más. Hoy en día existe un problema serio presupuestario de los organismos internacionales. Existen algunos inclusive que difícilmente pueden estar peor financiados; y algunos versan sobre cuestiones contenciosas. Como resultado, su acervo de casos crece, más no sus resoluciones.

El argumento detrás de la iniciativa parece no haber sido analizado con el suficiente cuidado. Es cierto que el arbitraje cuesta. También es cierto que en casos grandes puede costar mucho. Pero ello es algo que sufragan las partes en disputa. Mudar a un esquema institucional estilo Organización Mundial de Comercio significaría que toda la comunidad internacional paga por una infraestructura que usa menos que la totalidad de la comunidad internacional. Es ante ello que deben considerarse esquemas *user-pays* en vez de *tax-payer pays*. El arbitraje de inversión en su versión actual es *user-pays*. Como resultado, se evita la necesidad que sea la comunidad internacional en su totalidad la que tenga que asumir esta obligación – algo digno de consideración dado el estado actual de la cuestión.

Una implicación adicional de lo anterior es el hecho que, ante una burocracia mal financiada, o demorada, el resultado es *riesgo*. Siendo que el riesgo es un *costo*, y entre más costo hay menos actividad económica ocurre, el resultado (abductivo) de ello es que el esquema institucional que se está proponiendo será menos conducente a propiciar inversión internacional: costaría más.

Permitir la solución *ad hoc* de los tratados de inversión es, dado lo anterior, una mejor solución que desear institucionalizar como se está planteando.

### 1.3. Retrocesos

Las críticas incorrectas documentadas en *El Arbitraje en los Tiempos del Cólera* han propiciado retrocesos. Veamos un par.

### 1.3.1. *Achmea*

En *Slowakische Republik v Achmea BV* (“*Achmea*”) el Tribunal de Justicia (Gran Sala) de la Unión Europea sostuvo que los tratados de inversión eran inconsistentes con el derecho de la Unión Europea:

Los artículos 267 TFUE y 344 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición de un tratado internacional celebrado entre Estados miembros, como el artículo 8 del Tratado para el Fomento y la Protección Recíprocos de las Inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la República Federal Checa y Eslovaca, conforme a la cual un inversor de uno de esos Estados miembros puede, en caso de controversia sobre inversiones realizadas en el otro Estado miembro, iniciar un procedimiento contra este último Estado miembro ante un tribunal arbitral cuya competencia se ha comprometido a aceptar dicho Estado miembro.

[Article 267 and 344 TFEU must be interpreted as precluding a provision in an international agreement concluded between Member States, such as Article 8 of the Agreement on encouragement and reciprocal protection of investment between the Kingdom of Netherlands and the Czech and Slovak Federative Republic, under which an investor from one of those Member States may, in the event of a dispute concerning investments in the other Member States, bring proceedings against the latter Member States before an arbitral tribunal whose jurisdiction that Member State has undertaken to accept.]

(Énfasis añadido)

Como puede verse, el (respetado) tribunal europeo concluye que los tratados de inversión son inconsistentes con derecho europeo. La premisa detrás de la conclusión es que el intérprete de derecho europeo es el Tribunal de Justicia.

La conclusión es extraña. En mi opinión, imposible de conciliar en ausencia de aceptar que los jueces de dicha Corte escucharon la diatriba estridente y sucumbieron a presión.

Un tribunal de inversión no dispone de derecho europeo cuando determina si una medida es violatoria de un tratado. De la *quaestio* que se dispone no es un derecho local (europeo). Lo más que puede ocurrir es que se tomen en cuenta las circunstancias del caso, incluyendo qué dice el derecho europeo. Si es que alguien quiere vindicar un derecho que surge de una norma de derecho europeo, debe hacerlo ante el órgano europeo correspondiente.

Lo expuesto no es siquiera una sutileza. Es algo que cualquiera con nociones elementales de derecho internacional sabe. (Y el derecho europeo es un sub-sistema creado en el marco del derecho internacional.) Los tribunales internacionales se enfrentan con frecuencia ante la circunstancia que parte del análisis de su fallo debe tomar en cuenta derecho local. El derecho local es, para efectos de un tribunal internacional, un hecho a considerar como parte de su análisis, mas no un *derecho* a disponer—para eso están los órganos locales.

Por lo anterior, la conclusión que por lo menos a este autor genera la decisión de *Achmea* es que llegó a una conclusión no obligada, cuestionable, y que priva a los miembros de la Unión Europea de una herramienta para gerenciar las controversias de inversión.

### 1.3.2. *El T-Mec*

El 27 de julio de 2019 salió publicado en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se aprueba el Protocolo por el que se sustituye el Tratado de Libre Comercio de América del Norte por el Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá (conocido como el “*T-Mec*”). Ello fue para mí un momento muy triste. Se trata de un segundo disparo al pecho a un instrumento internacional que ha sido un ejemplo mundial sobre tratados de inversión, citado como el más importante del mundo, y que mucho ha ayudado para fomentar el desarrollo de México: el Tratado de Libre Comercio para América del Norte (“*TLCAN*”).

Admito que tenía la esperanza que su ratificación se atorada en las telarañas de la política tan intrincada que estamos viviendo—tanto del lado mexicano como estadounidense. Aunque aún hay esperanza, tanto del lado mexicano<sup>8</sup> como extranjero,<sup>9</sup> el paso nos acerca a la desaparición de dicho trascendente tratado de inversión. Y su sustituto es una versión muy inferior del mismo, tanto sustantiva como procesalmente.

En una palabra, el paso es un *retroceso*.

## 2. CONCLUSIÓN: EL LLANO ESTÁ EN LLAMAS

El llano está en llamas. El paisaje se siente árido. Desolado, como el relatado en los cuentos de Juan Rulfo.<sup>10</sup> Lo que angustia de ello es que no tenía que serlo. A diferencia de la situación vivida en los cuentos de Rulfo, en que la miseria del campesino deviene de algo fuera del control de quien la vive—la situación del México post-revolucionario en que se desarrollan—en este caso la penumbra del paisaje es propiciada por nosotros mismos. Por la falta de ideas. Por entregarnos a nuestras pasiones. Por olvidar las lecciones que la historia nos ha enseñado. Por que quienes deciden no están escuchando a quien deben escuchar; se están guiando por dolor, no por reflexión. Y lo mismo ocurre por quienes los eligen.

La cólera ya nos ha costado caro. Estamos heredando a la siguiente generación un mundo en peores condiciones de cómo lo recibimos. Y el causante de todo es la ignorancia.

8 Pues aún no concluyen los pasos que la Constitución y Ley de Celebración de Tratados establecen.

9 A la fecha de estas palabras aún no había sido aprobado por el Congreso de Estados Unidos ni por Canadá.

10 Juan Rulfo, *El Llano en Llamas*, Editorial RM & Fundación Juan Rulfo, México, 1953.

Debemos actuar—y de muchas maneras. Los expertos deben *hablar*; los políticos deben *discernir*; y las masas deben *escuchar y exigir*, pero teniendo cuidado. Me explico.

Los *expertos* necesitamos reconquistar la confianza de quienes nos la dieron, y se arrepintieron. Para lograrlo, para hacernos dignos de confianza, debemos recapacitar sobre lo que ha sucedido y decantar lecciones. Si erramos debemos reconocer y remediar. Pero no podemos callar. Hacerlo hace las veces de consentir.

Lo anterior es cierto siempre, pero es especialmente cierto en el mundo crecientemente complejo en que vivimos. Entre más se sofisticada la realidad, más se necesita de expertos y acción colectiva. Los problemas que aquejan al mundo son tales que nadie puede solo; ni siquiera una nación. Ni siquiera la más rica y poderosa del mundo. Ante ello, debemos privilegiar y adoptar esquemas que canalicen las fuerzas sociales en el camino correcto. Ello exige pericia. Entre menos las usemos, más problemas y costos y retrocesos acaecerán, exigiendo orientación experta, pero ahora para remediar. Y la experiencia enseña que *remediar* es más doloroso y costoso que *evitar*.

Los *políticos* deben replantear su predisposición hacia los expertos, invitando su retroalimentación. Al hacerlo, deben evaluarla sin perder de vista sus incentivos. Pero no porque existan o puedan existir incentivos en el actuar de los expertos debe de obviarse su orientación. ¿O acaso si usted, señora o señor lector, fuera un funcionario público en vías de tomar una decisión sobre política pública relacionada con cáncer, no escucharía a los oncólogos? La postura que le cierra la puerta a los expertos en arbitraje por considerar que tienen que ganar o perder de la decisión que se tome (vgr., continuar usando el arbitraje para remediar los problemas derivados del comercio internacional del capital – el ‘arbitraje de inversión’) es tanto como actualizar el ejemplo descrito. Además, el temor que la motiva está exagerado: los funcionarios son lo suficientemente inteligentes como para discernir opinión que busca servir a un interés, de aquella que busca propiciar un ideal.

Finalmente, las *masas*. El lego debe continuar exigiendo profesionalismo, rectitud y rendimiento de cuentas. Pero al hacerlo debe de empezar por sí mismo. Estoy cansado de corroborar la sabiduría del dicho que advierte que “la gente que más critica es la más criticable”. ¿Cuántos no dirigen sus críticas al funcionario público, para luego no pagar impuestos? ¿Cuántos no se quejan de la ausencia del Estado de Derecho, para luego pasarse un alto? ¿Cuántos se quejan de la falta de civismo, para luego insultar al prójimo desde su vehículo?

“Encarna el cambio que quieres ver en la realidad” decía Gandhi. No se trata de un cliché. Es una verdad que se materializa dado lo ‘pegajoso de las normas sociales y la importancia que todos y cada uno de nosotros tenemos al formar parte del todo que criticamos.

Existe una cuestión adicional que se debe tomar en cuenta, cuya coyuntura mundial hace especialmente delicada: *no nos dejemos manipular*. Existe malestar, del género que la historia enseña que puede ser recogido, capturado, por demagogos corrosivos

y peligrosos. Cuestiona los motivos de quien te vende soluciones fáciles. De quien te hace enojar. De quien utiliza diatriba. De quien recurre a tus miedos, tu angustia, haciéndote sentir desamparo, para luego sugerir que él lo puede remediar, pidiendo tu apoyo.

Esto último es especialmente difícil, particularmente en las épocas de desinformación que vivimos. *Fakenews* no solo es un fetish pasajero. Es un problema agudo cuya solución está en la capacidad de discernimiento que todos tenemos, siempre y cuando cuidemos nuestras fuentes. ¿De dónde proviene esta noticia? ¿La persona que me hizo sentir es digno del apoyo que me pide?

### 3. PROPUESTA

El escenario descrito exige pasos específicos. Para lograr la anterior propuesta genérica, hago las siguientes propuestas concretas:

- a. **Clase tecnocrática:** Los expertos deben aprovechar cada oportunidad que puedan para explicar por qué las instituciones jurídicas y liberales que llevábamos 70 años implementando (después de las guerras mundiales del siglo pasado) siguen siendo la senda correcta. No son perfectos, pero ningún instrumento lo es. Debemos decantar las lecciones que la experiencia arroja y paulatinamente mejorar nuestras instituciones.
- b. **Al funcionario público:** Detengan la conclusión del resto de los pasos para que el T-Mec sustituya al TLCAN. A su vez, participemos en el Grupo de Trabajo III de la Cnudmi que está en vías de estudiar el arbitraje de inversión, haciendo ver cómo la ruta de los tratados es más deseable que la opción que el modelo OMC.
- c. **Público en general:** (i) no nos entreguemos a nuestro dolor. Entendamos que, aunque ha habido errores, es falso que exista una conspiración por parte de las instituciones del capitalismo para defraudarnos. Para sacarnos ventaja. (ii) Aprendamos a discernir entre quienes critican para llamar la atención y usar la ira del pueblo a su favor para (vía su voto) acceder al poder por medios distintos a los idóneos,<sup>11</sup> de quienes desean hacer lo correcto por los motivos correctos. (iii) empecemos por nosotros mismos.

---

11 El motivo idóneo es escoger líderes, en el sentido puro de la expresión: quienes hacen lo correcto, guiados por ideales, no intereses.



# OBLIGACIÓN DE NOTIFICAR A LA AUTORIDAD EN EL CASO DE VULNERACIONES DE SEGURIDAD EN MATERIA DE DATOS PERSONALES, DIFERENCIAS ENTRE LO PÚBLICO Y PRIVADO

Por JONATHAN MENDOZA ISERTE  
y VITELIO RUIZ BERNAL

## 1. ANTECEDENTES

El derecho humano a la protección de datos personales se encuentra regulado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos desde 2009. En aquel año se reformó el artículo décimo sexto y, consecuentemente, a partir de 2010, México cuenta con normatividad secundaria en materia de protección de datos personales en posesión de los particulares (sector privado).

Sin embargo, fue hasta el 7 de febrero de 2014, que se modifica el artículo sexto constitucional, dando pie a una reforma de gran calado y estableciendo en su régimen transitorio, la obligación de emitir legislación secundaria en materia de datos personales (dentro del año siguiente a dicha reforma), tanto para sector público como para sector privado.

Finalmente, casi tres años después, el 26 de enero de 2017, se publicó la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de los Sujetos Obligados, que regula de forma directa al sector público federal y establece las bases y parámetros mínimos que deben atender las normativas locales en la materia. Con esto México se encontró en posibilidades de adherirse al Convenio 108 (Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981) del Consejo de Europa.

No obstante, no son pocos los que han dejado de considerar que el régimen transitorio de la reforma constitucional de 2014, también señalaba la necesidad de reformar la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, situación que hasta momento no ha acontecido.

Derivado de un trabajo de gestión por parte del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, la Cámara de Senadores del Honorable Congreso de la Unión aprobó el veintiséis de abril de dos mil dieciocho, la adhesión de México a el Convenio para la Protección de las Personas con Respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal y su protocolo adicional del Consejo de Europa; posteriormente, el instrumento de adhesión fue firmado por

el ejecutivo el diecinueve de junio de dos mil dieciocho, y depositado ante el Secretario General del Consejo de Europa, el veintiocho del propio mes y año, para finalmente ser publicado en el Diario Oficial de la Federación el veintiocho de septiembre de dos mil dieciocho marcando como fecha de su entrada en vigor el primero de octubre del mismo año

También conocido como “Convenio 108”, su objetivo lo podemos visualizar en su artículo 1, que establece:

*“Artículo 1 - Objeto y fin*

*El fin del presente Convenio es garantizar en el territorio de cada Parte, a cualquier persona física, sean cuales fueren su nacionalidad o su residencia, el respeto a sus derechos y libertades fundamentales, concretamente su derecho a la vida privada, con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal correspondientes a dicha persona (“protección de datos”).”<sup>1</sup>*

Ciertamente, la adhesión al Convenio 108, implica un reconocimiento a los avances de México en la protección del derecho humano de la privacidad y la protección de datos personales, no obstante también genera un compromiso con la comunidad internacional que ineludiblemente debe implicar el avance para garantizar estos derechos humanos de cara a las nuevas realidades que se presenten.

En una primera aproximación, podríamos válidamente concluir que en estos diez años se ha visto un avance y compromiso por parte del Estado mexicano respecto a la tutela del derecho humano a la protección de datos personales, a la autodeterminación informativa. Sin embargo, si queremos seguir siendo un referente en Latinoamérica y garantizando este derecho humano es necesario, modificar y mejorar la normatividad, sobre todo la que respecto al ámbito de los particulares, es decir, el sector privado.

Bajo esta óptica, el presente análisis abordará uno de los temas que se estima trascendente en dos vertientes: i) la nacional, tanto para su armonización con la normativa con el sector público como para el avance en la protección efectiva de este derecho en el sector privado y; ii) la internacional, con la intención de generar condiciones más favorables para optar a la firma y adhesión del Protocolo 223 del Consejo de Europa, mejor conocido como *Convenio 108 Plus* e incluso ser candidatos para solicitar la adecuación normativa al nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos Personales, mismo que entró en vigor en mayo de 2018.

Como se mencionó previamente, uno de los temas trascendentales de reforma que, desde nuestra perspectiva, resulta imperante impulsar normativamente en el sector

---

1 Diario Oficial de la Federación, “*Convenio para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, hecho en Estrasburgo, Francia, el veintiocho de enero de mil novecientos ochenta y uno.*”, 28 de septiembre de 2018.

privado es la obligación de notificación a la autoridad de datos personales en caso de vulneraciones de seguridad en la materia. Vale la pena precisar que actualmente únicamente se tiene que dar aviso al titular de los datos.

Lo anterior, obedece a una consecuencia natural vinculada con el auge de las tecnologías de la información y comunicaciones (TIC), es decir, la adopción e implementación de las TIC de forma tan vertiginosa, en un sinfín de ámbitos y tareas que desarrolla el ser humano de forma cotidiana. Este uso intensivo de las TIC, también ha generado que alrededor de las mismas se encuentren errores, fallas e intentos de intervenir o acceder a ellas por la fuerza o sin autorización alguna, ya sea para tomar su control o para acceder a la información que se tiene almacenada, la cual, frecuentemente está compuesta por datos personales.

## 2. VULNERACIONES DE SEGURIDAD EN MATERIA DE DATOS PERSONALES

### Concepto de Vulneración de Seguridad de Datos Personales

Para poder comprender la relevancia del tema en comento, es necesario en una primera instancia establecer que es una vulneración de seguridad en materia de datos personales y porque resulta tan relevante. Para lo anterior, tomaremos diversas definiciones, algunas doctrinales otras normativas tanto nacionales como internacionales.

Una violación de seguridad de datos personales es de acuerdo con el Reglamento de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares que establece en su artículo 63:

*“Artículo 63. Las vulneraciones de seguridad de datos personales ocurridas en cualquier fase del tratamiento son:*

- I. *La pérdida o destrucción no autorizada;*
- II. *El robo, extravío o copia no autorizada;*
- III. *El uso, acceso o tratamiento no autorizado, o*
- IV. *El daño, la alteración o modificación no autorizada.”*

Por su parte la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de sujetos obligados establece en su artículo 38:

*“Artículo 38. Además de las que señalen las leyes respectivas y la normatividad aplicable, se considerarán como vulneraciones de seguridad, en cualquier fase del tratamiento de datos, al menos, las siguientes:*

- I. *La pérdida o destrucción no autorizada;*
- II. *El robo, extravío o copia no autorizada;*

---

2 Diario Oficial de la Federación, “Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares”, 21 de diciembre de 2011.

- III. *El uso, acceso o tratamiento no autorizado, o*  
IV. *El daño, la alteración o modificación no autorizada*<sup>3</sup>

Por su parte el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y Del Consejo, en su artículo 4, apartado 12 establece:

*“Artículo 4  
Definiciones*

*A efectos del presente Reglamento se entenderá por:*

...

*12) «violación de la seguridad de los datos personales»: toda violación de la seguridad que ocasione la destrucción, pérdida o alteración accidental o ilícita de datos personales transmitidos, conservados o tratados de otra forma, o la comunicación o acceso no autorizados a dichos datos;*

...”<sup>4</sup>

De las tres definiciones normativas anteriores podemos desprender que una violación o vulneración de la seguridad de los datos personales es cualquier acción que implique la destrucción, pérdida, alteración accidental o ilícita, el robo, el extravío, copia no autorizada, el acceso no autorizado, el daño y la comunicación no autorizada en cualquier fase del tratamiento de datos personales.

### **Precisiones y Análisis del Concepto de Vulneración de Seguridad de Datos Personales**

El Grupo de Trabajo Sobre Protección de Datos del Artículo 29, en sus “*Directrices sobre la notificación de violaciones de la seguridad de los datos personales de acuerdo con el Reglamento 2016/679*”<sup>5</sup> realiza diversas precisiones que se estima pertinente analizar con respecto al concepto de violación de seguridad de los datos personales.

Dentro de las precisiones que analiza y realiza el grupo de trabajo del artículo 29, respecto de los componentes del concepto de violación de seguridad se encuentran:

- La “destrucción”, la misma se da cuando los datos ya no existen, o ya no existen en una forma que sea de utilidad para el responsable del tratamiento.

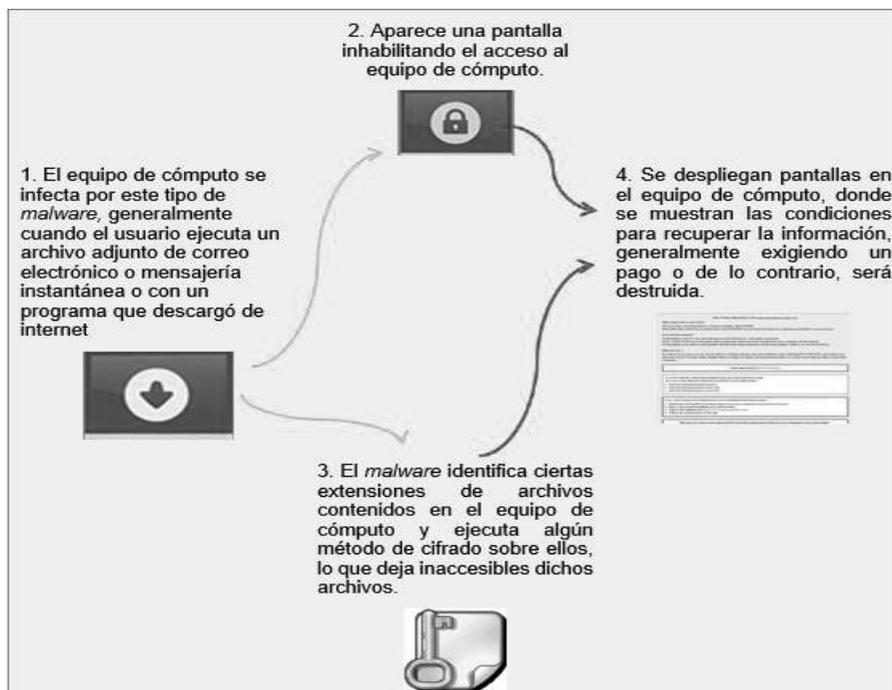
3 Diario Oficial de la Federación, “*Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados*”, 26 de enero de 2017.

4 Diario Oficial de la Unión Europea, “*REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO*”, 27 de abril de 2016.

5 Grupo de Trabajo Sobre Protección de Datos del Artículo 29, “*Directrices sobre la notificación de violaciones de la seguridad de los datos personales de acuerdo con el Reglamento 2016/679*”, <https://www.aepd.es/media/criterios/wp250rev01-es.pdf>, el 25 de abril de 2019.

- El “daño” se da cuando los datos han sido alterados, corrompidos o dejan de estar completo.
- La “pérdida” se da cuando los datos siguen existiendo, pero el responsable del tratamiento ha perdido el control sobre ellos o el acceso o ya no obran en su poder.
- El “acceso no autorizado”, que puede incluir la divulgación de los mismos, o el acceso a destinatarios que no están autorizados para recibir o acceder a los datos o cualquier forma de tratamiento.

Ahora bien, de lo que se tiene certeza es que una vulneración es un incidente de seguridad, pero no todo incidente de seguridad es una vulneración de datos personales, por ejemplo, algunos ransomware como wanna cry (programa malicioso que cifra la información de una computadora, de manera que el usuario pierde el acceso a sus archivos, y para recuperarlos debe pagar un rescate, sin que exista la garantía de que se recupere la información).



Contrario a este esquema, una vulneración de seguridad que necesariamente implique la obtención ilegal de información puede comprometer datos personales. En este escenario la consecuencia lógica, es que el responsable se ve imposibilitado en cumplir adecuadamente con los principios y deberes establecidos en las diversas normativas de protección de datos personales. Lo anterior, no necesariamente significa que dicha

vulneración sea imputable al responsable. Precisamente para determinar o delimitar el nivel de responsabilidad resulta indispensable regular en sector privado, la obligación de notificar a la autoridad de dicho incidente.

## **Tipos de Vulneraciones de Seguridad**

Para poder comprender cuales son las implicaciones de las vulneraciones de seguridad, es necesario categorizar las mismas, en ese sentido el grupo de trabajo del artículo 29 propuso desde su opinión 03/2014, tres categorías de vulneraciones de seguridad o violaciones de seguridad en datos personales a saber:

- Violación de confidencialidad, la misma se da cuando se revela o de divulga datos personales de forma accidental o intencional, o se da un acceso no autorizado a los mismos.
- Violación de integridad, cuando se produce una alteración no autorizada o accidental de los datos personales.
- Violación de disponibilidad, cuando se da una pérdida de acceso a los datos personales de forma accidental o no autorizada<sup>6</sup>

Es importante precisar que una vulneración de seguridad puede afectar la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos personales de forma simultánea, o en alguna combinación de cualquier de los tipos antes mencionados.

Vale la pena mencionar que mientras una vulneración de seguridad de los tipos relacionados con la integridad o la confidencialidad pueden resultar evidentes, en el caso de las vulneraciones de disponibilidad los casos pueden resultar menos evidentes.

## **Consecuencias de las vulneraciones de Seguridad**

Ahora bien, las vulneraciones de seguridad de datos personales cobran relevancia no solo en sentido de la utilidad y el tratamiento necesario que realiza el responsable, sino que además resulta de una importancia aun superior para el caso de los titulares, es decir las afectaciones que podría sufrir un titular de los datos personales, con respecto a una vulneración de seguridad, puede inferirle graves daños e inclusive podría poner en peligro su vida.

Lo anterior es así, ya que en el momento en que se genera una vulneración de seguridad y datos personales dentro de los efectos inmediatos, se encuentra que le titu-

---

6 Grupo de Trabajo Sobre Protección de Datos del Artículo 29, “Directrices sobre la notificación de violaciones de la seguridad de los datos personales de acuerdo con el Reglamento 2016/679”, <https://www.aepd.es/media/criterios/wp250rev01-es.pdf>, el 25 de abril de 2019.

lar pierde el control sobre sus datos personales y de facto existe una restricción a su derecho, en el mismo sentido existe un riesgo latente dependiendo del tipo de datos personales que se hubieren visto afectados por la vulneración de que el titular de los mismos y en razón de dicho incidente sufra discriminación, robo de identidad, fraude, pérdidas financieras, la reversión de procesos de *pseudonimización* que permitan la inferencia o conocimiento de otros datos que no se encontraban expuestos, así como, la pérdida de la confidencialidad de los mismos.

Es decir, el sólo hecho de la pérdida o divulgación de los datos personales de un titular a consecuencia de una vulneración de seguridad puede implicar una serie de consecuencias inimaginables mismas que se pueden materializar en hechos que no solo afectan la esfera jurídica de su titular, sino que le afectan en situaciones de hecho no solo derecho.

Este tipo de vulneraciones que tienen implicaciones de hecho y derecho para los titulares de los datos, constituye el motivo principal para colegir que es fundamental normar la obligación de notificación de vulneraciones de seguridad en una doble dimensión es decir no sólo basta que se notifique al titular de los datos o a la autoridad de la materia, sino que se debe de realizar de forma simultánea a ambos actores, a efecto de uno pueda tomar las medidas que estima pertinentes a efecto de salvaguardar su vida, patrimonio e intereses; y el otro pueda supervisar y verificar que la situación se contenga y mitigue por parte del Responsable, así como asegurar que la misma no vuelva a suceder.<sup>7</sup>

### 3. NOTIFICACIÓN DE VULNERACIONES DE SEGURIDAD

#### Notificación de Vulneraciones de Seguridad en el Derecho Nacional

*Notificaciones de Vulneraciones de Seguridad en la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares.*

Como se mencionó en párrafos anteriores, en México no existe una sola fuente normativa por lo que respecta a la materia de datos personales, en primera instancia y por orden cronológico se tiene la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares misma que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación en 2010, su ámbito de aplicación corresponde al orden federal y regula a todos los particulares que lleven a cabo el tratamiento de datos personales, la autoridad competente es del orden nacional en este caso corresponde al Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales. Es conveniente mencionar que esta ley y su reglamento, fueron inspirados, en una buena medida, en el modelo

7 Grupo de Trabajo Sobre Protección de Datos del Artículo 29, “Directrices sobre la notificación de violaciones de la seguridad de los datos personales de acuerdo con el Reglamento 2016/679”, <https://www.aepd.es/media/criterios/wp250rev01-es.pdf>, el 25 de abril de 2019.

uropeo y en consecuencia abrevia muchos de sus contenidos de la hoy derogada directiva 95/46.

Por lo que respecta a la notificación de vulneraciones de seguridad, la ley en comento, contempla en su artículo 20 lo siguiente:

*“Artículo 20.- Las vulneraciones de seguridad ocurridas en cualquier fase del tratamiento que afecten de forma significativa los derechos patrimoniales o morales de los titulares, serán informadas de forma inmediata por el responsable al titular, a fin de que este último pueda tomar las medidas correspondientes a la defensa de sus derechos.”<sup>8</sup>*

De una primera lectura podemos notar que, de ocurrir una vulneración de seguridad en cualquier fase del tratamiento, cuando se afecten de forma significativa los derechos patrimoniales o morales de los titulares se deberán notificar **únicamente** por el responsable a los titulares de los datos personales.

La normativa actual para el caso de los particulares, no contempla una notificación a la autoridad de la materia, en el mismo sentido, nos encontramos ante una norma imperfecta es decir por un lado la propia redacción del artículo deja elementos dentro del mismo que pueden ser objeto de diversas interpretaciones. Dentro los elementos que son interpretables encontramos el adverbio “inmediatamente”; si bien la Real Academia de la Lengua Española establece su significado como “sin interposición de otra cosa, “ahora, al punto, al instante”<sup>9</sup>; se estima que el mismo, al no establecer un reflejar un plazo específico, genera discrecionalidad y, consecuentemente la notificación al titular, en la práctica podría no darse de la forma más adecuada.

Por otro lado, la frase “que afecte de forma significativa” se encuentra sujeta a interpretación también, ya que al no participar la autoridad como parte de la notificación queda a juicio del responsable el establecer que se entiende por “de forma significativa” lo que de nueva cuenta pudiera no estar alineado con la tutela efectiva del derecho de protección de datos personales de los titulares.

Finalmente desde un aspecto distinto a la técnica legislativa, vinculado con los efectos de la norma, continua siendo una supuesto jurídico imperfecto, toda vez que la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, no contempla una sanción concreta para aquellos casos en que el Responsable sea omiso respecto de las notificaciones de vulneraciones de seguridad de datos personales a los titulares, por lo que la autoridad sólo podría imponer una sanción, a través de resoluciones que argumenten la violación al principio de responsabilidad, o en su caso, al deber de se-

8 Diario Oficial de la Federación, “Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares”, 21 de diciembre de 2011.

9 Real Academia de la Lengua Española, *Inmediatamente*, consultado en: <http://lema.rae.es/drae2001/srv/search?id=mD9CwP3yHDXX25HbD1Eh>, consultado el 25 de mayo de 2019.

guridad; claro siempre que la autoridad llegue a tener conocimiento de la vulneración de seguridad de datos personales.

*Notificaciones de Vulneraciones de Seguridad en la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados.*

Su nombre lo establece, nos encontramos ante una norma general, que es de aplicación directa para la Federación, continuando con la misma lógica, las entidades federativas regulan dentro del ámbito de sus competencias la materia, con la obligación de apegarse a los preceptos establecidos en la ley marco, por lo que para efectos de este breve análisis nos limitaremos a la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados, sin dejar de reconocer la existencia de la normativa que los Congresos locales han emitido en la materia.

Dicho lo anterior, el ámbito de aplicación de esta norma se encuentra circunscrito a los tres niveles de gobierno (ámbitos federal, estatal y municipal), respecto de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos; tal como lo establece el su artículo primero. Es decir, en general a cualquier autoridad, de cualquier nivel de gobierno y de cualquier poder que constitucionalmente se encuentre reconocido.

Como se ha mencionado en párrafos anteriores, desde los inicios de la regulación en la materia de datos personales, México se ha inclinado para incorporar a su cuerpo normativo el modelo europeo, el caso de la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados, no se la excepción. Esta norma tiene su génesis en las reformas constituciones en materia de transparencia y protección de datos personales de 2014, no obstante, dicha normativa fue publicada hasta enero de 2017. Se precisa que leales a los antecedentes y a los modelos que se habían adoptado en la materia, el legislador tomó como una de las fuentes más relevantes al nuevo y en aquel entonces aún no vigente “Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y Del Consejo”, mejor conocido como RGPD, reglamento que derogó la directiva 95/46, respecto de esta normativa nos referiremos más adelante.

Ahora bien, respecto de las notificaciones de vulneraciones de seguridad encontramos en esta normativa las siguientes disposiciones:

*“artículo 40. El responsable deberá informar **sin dilación alguna al titular, y según corresponda, al Instituto y a los Organismos garantes de las Entidades Federativas**, las vulneraciones que afecten de forma significativa los derechos patrimoniales o morales, en cuanto se confirme que ocurrió la vulneración y que el responsable haya empezado a tomar las acciones encaminadas a detonar un proceso de revisión exhaustiva de la magnitud de la afectación, a fin de que los titulares afectados puedan tomar las medidas correspondientes para la defensa de sus derechos.*

*Artículo 41. El responsable deberá informar al titular al menos lo siguiente:*

- I. La naturaleza del incidente;*
  - II. Los datos personales comprometidos;*
  - III. Las recomendaciones al titular acerca de las medidas que éste pueda adoptar para proteger sus intereses;*
  - IV. Las acciones correctivas realizadas de forma inmediata, y*
  - V. Los medios donde puede obtener más información al respecto.*
- ...<sup>10</sup>

De la lectura de los preceptos citados, podemos notar que este aspecto, como en algunos más que no son materia de este estudio (*vg. datos personales de personas fallecidas, portabilidad*), existe una evidente evolución normativa entre la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados y la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares.

La normativa de sujetos obligados, incorpora la obligación de notificar tanto a la autoridad competente como a los titulares de los datos, en el mismo sentido pretende establecer una regla de temporalidad, indicando que sin dilación alguna, el momento oportuno para realizarla es a partir que se tenga confirmación que existió la vulneración y que el responsable ha iniciado un proceso de revisión exhaustivo a efecto de conocer la magnitud de la misma; esto con el objetivo de que los titulares puedan tomar las medidas que estimen pertinentes para la defensa de sus derechos.

Asimismo, el artículo 41 señala que elementos deben integrarse a las notificaciones que se realicen a los titulares, por ejemplo, se deberá describir la naturaleza del incidente, cuáles son los datos personales comprometidos, qué medidas puede adoptar el titular para retomar sus intereses, cuáles son las acciones correctivas que el responsable ha tomado de forma inmediata y los medios por los que puede obtener más información al respecto.

Se precisa que el Reglamento de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares ya recogía disposiciones normativas con una redacción semejante, con la diferencia que la notificación de la vulneración sólo se encuentra prevista para el titular de los datos personales.

Finalmente, se estima que existe un avance con respecto de la normativa para los particulares, no obstante ello, continúan algunas imprecisiones tales como la frase que “afecten de manera significativa”, lo cual fue comentado párrafos anteriores; si bien con la notificación a la autoridad se podrían subsanar muchas de las imprecisiones es necesario que la autoridad desarrolle metodologías que permitan establecer que se

---

10 Diario Oficial de la Federación, “*Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados*”, 26 de enero de 2017.

entiende por afectaciones de manera significativa, en el mismo sentido, como se había mencionado anteriormente, existe una falta de precisión de los plazos; para el caso de la federación dicha imprecisión fue subsanada por el Pleno del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, a través de la expedición y publicación del Acuerdo mediante el cual se aprueban, los lineamientos federales de protección de datos personales para el sector público, en los cuales encontramos las siguientes disposiciones normativas:

“...

*Artículo 66. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley General, el responsable deberá notificar al titular y al Instituto las vulneraciones de seguridad que de forma significativa afecten los derechos patrimoniales o morales del titular dentro en un plazo máximo de setenta y dos horas, a partir de que confirme la ocurrencia de éstas y el responsable haya empezado a tomar las acciones encaminadas a detonar un proceso de mitigación de la afectación.*

*El plazo a que se refiere el párrafo anterior, comenzará a correr el mismo día natural en que el responsable confirme la vulneración de seguridad.*

*Para efectos del presente artículo, se entenderá que se afectan los derechos patrimoniales del titular cuando la vulneración esté relacionada, de manera enunciativa más no limitativa, con sus bienes muebles e inmuebles, información fiscal, historial crediticio, ingresos y egresos, cuentas bancarias, seguros, afores, fianzas, servicios contratados o las cantidades o porcentajes relacionados con la situación económica del titular.*

*Para los efectos del presente artículo, se entenderá que se afectan los derechos morales del titular cuando la vulneración esté relacionada, de manera enunciativa más no limitativa, con sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, consideración que de sí mismo tienen los demás, o cuando se menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de éste.*

*Artículo 67. En la notificación a que se refiere el artículo anterior, el responsable deberá informar mediante escrito presentado en el domicilio del Instituto, o bien, a través de cualquier otro medio que se habilite para tal efecto, al menos, lo siguiente:*

- I. La hora y fecha de la identificación de la vulneración;*
- II. La hora y fecha del inicio de la investigación sobre la vulneración;*
- III. La naturaleza del incidente o vulneración ocurrida;*
- IV. La descripción detallada de las circunstancias en torno a la vulneración ocurrida;*
- V. Las categorías y número aproximado de titulares afectados;*
- VI. Los sistemas de tratamiento y datos personales comprometidos;*
- VII. Las acciones correctivas realizadas de forma inmediata;*
- VIII. La descripción de las posibles consecuencias de la vulneración de seguridad ocurrida;*
- IX. Las recomendaciones dirigidas al titular;*

- X. *El medio puesto a disposición del titular para que pueda obtener mayor información al respecto;*
- XI. *El nombre completo de la o las personas designadas y sus datos de contacto, para que puedan proporcionar mayor información al Instituto, en caso de requerirse, y*
- XII. *otra información y documentación que considere conveniente hacer del conocimiento del Instituto.*

*Artículo 68. En la notificación que realice el responsable al titular sobre las vulneraciones de seguridad a que se refieren los artículos 40 de la Ley General y 66 de los presentes Lineamientos generales deberá informar, al menos, lo siguiente:*

- I. *La naturaleza del incidente o vulneración ocurrida;*
- II. *Los datos personales comprometidos;*
- III. *Las recomendaciones dirigidas al titular sobre las medidas que éste pueda adoptar para proteger sus intereses;*
- IV. *Las acciones correctivas realizadas de forma inmediata;*
- V. *Los medios puestos a disposición del titular para que pueda obtener mayor información al respecto;*
- VI. *La descripción de las circunstancias generales en torno a la vulneración ocurrida, que ayuden al titular a entender el impacto del incidente, y*
- VII. *Cualquier otra información y documentación que considere conveniente para apoyar a los titulares.*

*El responsable deberá notificar directamente al titular la información a que se refieren las fracciones anteriores a través de los medios que establezca para tal fin. Para seleccionar y definir los medios de comunicación, el responsable deberá considerar el perfil de los titulares, la forma en que mantiene contacto o comunicación con éstos, que sean gratuitos; de fácil acceso; con la mayor cobertura posible y que estén debidamente habilitados y disponibles en todo momento para el titular.*

*Artículo 69. En términos de lo previsto en los artículos 40 de la Ley General y 66 de los presentes Lineamientos generales, una vez que le sea notificada una vulneración de seguridad, el Instituto deberá realizar las investigaciones previas a que hubiere lugar con la finalidad de allegarse de elementos que le permitan, en su caso, valorar el inicio de un procedimiento de verificación conforme a lo dispuesto en la Ley General y los presentes Lineamientos generales.*

...”<sup>11</sup>

De los artículos anteriores podemos concluir que los mismos cubren las deficiencias legislativas, que hemos comentado en la primera parte de este análisis, con respecto a la frase de “forma significativa” y las precisiones de los plazos, al establecer el plazo de 72 horas contado a partir de la confirmación de la vulneración. Incluso establece

11 Diario Oficial de la Federación, “ACUERDO mediante el cual se aprueban los Lineamientos Generales de Protección de Datos Personales para el Sector Público”, 26 de enero de 2018.

requisitos más rigurosos con relación a los contenidos de las notificaciones tanto de los titulares como a la autoridad, lo que permite precisamente brindar certeza por lo que refiere a los términos de las vulneraciones de seguridad.

### *Consideraciones en torno a las leyes de protección de datos personales en posesión de los particulares y de sujetos obligados*

Del análisis de la legislación nacional podemos concluir válidamente que, tenemos dos normativas que convergen en los principios y conceptos que permiten garantizar el derecho a la protección de datos personales; no obstante ello, advertimos asimetrías en dichas normativas, causadas principalmente por el lapso de tiempo transcurrido entre la emisión de la primera en 2010 (sector privado) y la segunda en 2017 (sector público); la diferencia de más de 5 años entre la dos, ha generado distorsiones respecto de la forma en que se garantiza este derecho humano.

La normatividad de datos personales en posesión de los particulares necesita homologarse a las nuevas exigencias y obligaciones contempladas en la ley de sujetos obligados, no solo porque el derecho en el ámbito privado debe evolucionar a las nuevas realidades que enfrenta en el país, sino porque se debe buscar la tutela efectiva e integral del derecho humano a la protección de los datos personales de los mexicanos, situación que no se logra a cabalidad con las asimetrías que actualmente encontramos en estas normativas.

### *Notificaciones de violaciones de seguridad en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo*

A lo largo de este estudio hemos hecho referencias al derecho europeo, y de cómo la normatividad en México ha adoptado varios elementos del modelo de protección de datos personales de dicha región. Por lo anterior, se estima pertinente mencionar como es que se encuentra normado las notificaciones de las “vulneraciones de seguridad” para el derecho mexicano o “violaciones de seguridad” para el derecho europeo.

El Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y Del Consejo, mejor conocido como Reglamento de Protección de Datos Personales (RPGD), establece las siguientes disposiciones al respecto:

“...

#### *Artículo 33*

#### *Notificación de una violación de la seguridad de los datos personales a la autoridad de control*

*1. En caso de violación de la seguridad de los datos personales, el responsable del tratamiento la notificará a la autoridad de control competente de conformidad con el artículo 55 sin dilación indebida y, de ser posible, a más tardar 72 horas después de que haya tenido constancia de ella, a menos que sea improbable que*

dicha violación de la seguridad constituya un riesgo para los derechos y las libertades de las personas físicas. Si la notificación a la autoridad de control no tiene lugar en el plazo de 72 horas, deberá ir acompañada de indicación de los motivos de la dilación.

2. El encargado del tratamiento notificará sin dilación indebida al responsable del tratamiento las violaciones de la seguridad de los datos personales de las que tenga conocimiento.

3. La notificación contemplada en el apartado 1 deberá, como mínimo:

- a) describir la naturaleza de la violación de la seguridad de los datos personales, inclusive, cuando sea posible, las categorías y el número aproximado de interesados afectados, y las categorías y el número aproximado de registros de datos personales afectados;
- b) comunicar el nombre y los datos de contacto del delegado de protección de datos o de otro punto de contacto en el que pueda obtenerse más información;
- c) describir las posibles consecuencias de la violación de la seguridad de los datos personales;
- d) describir las medidas adoptadas o propuestas por el responsable del tratamiento para poner remedio a la violación de la seguridad de los datos personales, incluyendo, si procede, las medidas adoptadas para mitigar los posibles efectos negativos.

4. Si no fuera posible facilitar la información simultáneamente, y en la medida en que no lo sea, la información se facilitará de manera gradual sin dilación indebida.

5. El responsable del tratamiento documentará cualquier violación de la seguridad de los datos personales, incluidos los hechos relacionados con ella, sus efectos y las medidas correctivas adoptadas. Dicha documentación permitirá a la autoridad de control verificar el cumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo.

#### Artículo 34

##### Comunicación de una violación de la seguridad de los datos personales al interesado

1. Cuando sea probable que la violación de la seguridad de los datos personales entrañe un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable del tratamiento la comunicará al interesado sin dilación indebida.

2. La comunicación al interesado contemplada en el apartado 1 del presente artículo describirá en un lenguaje claro y sencillo la naturaleza de la violación de la seguridad de los datos personales y contendrá como mínimo la información y las medidas a que se refiere el artículo 33, apartado 3, letras b), c) y d).

3. La comunicación al interesado a que se refiere el apartado 1 no será necesaria si se cumple alguna de las condiciones siguientes:

- a) el responsable del tratamiento ha adoptado medidas de protección técnicas y organizativas apropiadas y estas medidas se han aplicado a los datos personales afectados por la violación de la seguridad de los datos personales, en particular aquellas que hagan ininteligibles los datos personales para cualquier persona que no esté autorizada a acceder a ellos, como el cifrado;

- b) *el responsable del tratamiento ha tomado medidas ulteriores que garanticen que ya no exista la probabilidad de que se concrete el alto riesgo para los derechos y libertades del interesado a que se refiere el apartado 1;*
- c) *suponga un esfuerzo desproporcionado. En este caso, se optará en su lugar por una comunicación pública o una medida semejante por la que se informe de manera igualmente efectiva a los interesados.*
4. *Cuando el responsable todavía no haya comunicado al interesado la violación de la seguridad de los datos personales, la autoridad de control, una vez considerada la probabilidad de que tal violación entrañe un alto riesgo, podrá exigirle que lo haga o podrá decidir que se cumple alguna de las condiciones mencionadas en el apartado 3...<sup>12</sup>*

De la normativa anterior, se advierte que por lo que respecta a las notificaciones de violaciones, algunos autores señalan como un elemento novedoso del reglamento, el hecho que si no se toman a tiempo las medidas adecuadas, estas violaciones pueden entrañar daños y perjuicios físicos, materiales o inmateriales para las personas físicas, tales como la pérdida de control sobre su datos personales o las restricción de sus derechos.<sup>13</sup>

Dicho lo anterior, también de un breve análisis se pueden encontrar algunas diferencias importantes con respecto a la notificación de vulneraciones de seguridad en materia de datos personales para sujetos obligados de la normatividad mexicana. Dentro de estas divergencias destacan las excepciones a las notificaciones de los titulares siempre y cuando se cumplan supuestos específicos. La facultad establecida de las autoridades de control para ordenar la notificación por así estimarlo conveniente.

En el mismo sentido, por lo que hace a la notificación de las autoridades de control, es decir en las mismas también existe una excepción para la notificación de la autoridad del control, y se establecen conceptos respecto de los plazos y la dilación de la notificación, así como la justificación de la misma; también incluye la capacidad de proveer la información relacionada con la violación de seguridad de forma paulatina en lugar que se entregue de forma simultánea.

Se desprende de la lectura de estos preceptos normativos, que los mismos fueron desarrollados por el legislador europeo tratando de adoptar elementos que permitan a dicha normativa adaptarse a la realidad, es decir, pareciera que los mismos se encuentran redactados para aun aplicación práctica y casi a forma de instructivo paso a paso, situación que evidentemente facilita la puesta en práctica de estas notificaciones.

12 Diario oficial de la Unión Europea; “Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y Del Consejo”, 27 de abril de 2016.

13 Arias Pou María, “VIII. Definiciones a Efectos del Reglamento General de Protección de Datos” en: Piñar Mañas José Luis, María Álvarez Caro y Miguel Recio Gayo (comps): “Reglamento General de Protección de Datos Personales – Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad”, Madrid, España, Reus, 2016, p. 129.

#### 4. CASOS PRÁCTICOS

Se busca ejemplificar con algunos asuntos las diferencias manifiestas entre las normativas de datos personales por un lado La Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares y por el otro le Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados; como se ha mencionado en párrafos anteriores, la diferencia en la notificación de vulneraciones de seguridad entre una ley y la otra radica esencialmente en la obligatoriedad de la ley de sujetos obligados de notificar a la autoridad competente.

##### **Notificación de vulneraciones de seguridad en la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares.**

En enero de 2019 en la red social Twitter, un usuario con conocimientos de informática y ciberseguridad, señaló que, había encontrado la información relativa a (4,072,738 documentos) correspondiente a diversos comprobantes de nómina de diferentes compañías.

Los primeros días de febrero de 2019, se recibió correo electrónico por parte de dicho usuario en el que esencialmente mencionaba:

A finales de enero de 2019, había identificado una base de datos de MongoDB sin contraseña con casi 5 millones de registros etiquetados como CFDI (abreviatura de Comprobantes Fiscal Digital por Internet), el esquema de facturación electrónica definido por el código fiscal federal mexicano.

[...]

La base de datos estaba compuesta con varios gigabytes de información y contenía numerosas colecciones que llevan el nombre de la identificación fiscal de México de una compañía.

Cada colección tenía un número diferente de documentos (el más grande tenía alrededor de 6K documentos), con toda la información que esperaría de la base de datos de cuentas electrónicas.

Algunas facturas eran documentos de nómina, con datos personales de personas físicas en los cuales se incluyen los siguientes datos personales: CURP, números de seguridad social nacional, tasa salarial etc.

Después de casi 48 horas de estar expuesta a la Internet pública, la base de datos había sido secuestrada, se dejó una nota de rescate que exigía que 0.5 BTC a cambio de devolver los datos.

A finales de febrero de 2019, se recibió un correo electrónico del mismo usuario de Twitter en el cual precisó que recibió una copia anónima de un documento que con-

firma que una firma de consultoría se comunica con las empresas que se encontraban listadas en la base de datos antes mencionada y asume la responsabilidad de la vulneración de seguridad de datos personales.

Por lo anterior, el a finales de febrero de 2019, el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, emitió acuerdo de inicio de oficio de procedimiento de investigación en contra de la firma de consultoría.

Si bien la investigación aún se encuentra sustanciándose en el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, lo que podemos concluir de los hechos antes mencionados, es que en materia de particulares la autoridad sólo tiene las facultades de iniciar procedimientos de investigación o verificación de oficio si elementos que le permitan de manera fundada y motivada presumir violaciones a la normatividad en la materia, lo cual limita de forma importante el actuar del mencionado Instituto. En el mismo sentido, derivado de la falta de marco normativo que obligue a los particulares a dar notificación al Instituto, es que de forma frecuente el Instituto no tiene forma de allegarse de forma oportuna de los elementos que le permitirán iniciar las investigaciones de oficio derivadas de vulneraciones de seguridad en materia de datos personales.

### **Notificación de vulneraciones de seguridad en la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados.**

Según diversas notas periodísticas publicadas en abril de 2019, así como de un usuario de la red social Twitter; se habrían publicado presuntamente datos personales en posesión de la una oficina de una dependencia del gobierno federal. Sin que se contarán con los elementos probatorios suficientes para confirmar por cuenta propia los hechos narrados en los medios noticiosos.

Dicha dependencia del gobierno federal emitió un comunicado en el que informa en esencia que se detectaron fallos técnicos (mismos que ya se habían corregido) que permitieron una vulneración en un equipo que se encuentra en una de las oficinas de dicha dependencia.

A su vez, mencionaron que la información que se había comprometido se limitaba a un número pequeño de titulares y que sus sistemas generales de información no se habían visto comprometidos de forma alguna.

La dependencia del gobierno federal debió por obligación legal remitir al Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales una notificación con respecto a la vulneración de seguridad consistente en la extracción de información de un equipo de cómputo que se encontraba en una de sus oficinas con lo cual se comprometieron datos personales. Lo cierto es que no existe certeza o no de que la misma se hubiese realizado hasta el momento.

Tras la supuesta notificación el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, debería de iniciar de oficio un procedimiento de investigación por presuntas violaciones a la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados.

En efecto, en México nos encontramos frente a una novedad normativa, tras la ya no tan reciente publicación y entrada en vigor de una ley de protección de datos personales para el sector público (2017).

En este sentido, aun cuando el Instituto no se enteró de primera cuenta de la vulneración, la multiplicidad de indicios con que se contaban con respecto de los hechos narrados por los medios de comunicación, así como por los usuarios de redes sociales son suficientes para detonar una investigación de oficio por parte de la autoridad competente.

Ello, aunado a la obligación que la normativa impone a los sujetos obligados de los tres niveles de gobierno de notificar a la autoridad competente con respecto de las vulneraciones de seguridad que sufran.

Por lo anteriormente expuesto, consideramos que en ámbito (sector público) se da un nivel de protección más adecuado e integral respecto de los datos personales, en lo que atañe a posibles violaciones al principio de responsabilidad y el deber de seguridad.

En el mismo sentido, estas notificaciones permiten que las autoridades competentes actúen, de forma mucho más expedita, lo que se traduce en: denotar o implementar mecanismos para aminorar las afectaciones que puedan sufrir los titulares de los datos, allegarse de mejores elementos probatorios o de elementos probatorios idóneos, los cuales se pueden perder con el sólo paso del tiempo y sustanciar procedimientos de investigación que de no tener las notificaciones adecuadas hubieran sido imposibles de iniciar.

## 5. CONCLUSIONES

Las vulneraciones o violaciones de seguridad en materia de datos personales no son algo novedoso ni para la legislación mexicana, ni para la europea, no obstante, se ha establecido que dicha obligación a evolucionado de forma positiva y en un contexto que busca mejorar el derecho a la autodeterminación informativa.

Si bien, México podemos decir es referente en datos personales a nivel Latinoamérica, actualmente tiene una dicotomía en cómo se garantiza el derecho a la protección de los datos personales, es decir los titulares son los mismos, pero el nivel de protección dependerá de quien es el responsable del tratamiento de datos personales si el mismo pertenece al sector público o al sector privado.

Lo anterior, genera inevitablemente asimetrías o distorsiones en la tutela del derecho humano de protección de los datos personales, lo que se convierte en una necesidad conveniente y en algunos casos urgente de homologar la normativa de datos personales en posesión de los particulares con la normativa de sujetos obligados. Quizá recogiendo las mejores prácticas que ha adoptado en el Reglamento General de Protección de Datos Personales, a efecto de facilitar una implementación sencilla de estas nuevas obligaciones.

## 6. FUENTES DE CONSULTA

Diario Oficial de la Federación, “*Convenio para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, hecho en Estrasburgo, Francia, el veintiocho de enero de mil novecientos ochenta y uno.*”, 28 de septiembre de 2018.

Diario Oficial de la Federación, “*Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares*”, 21 de diciembre de 2011.

Diario Oficial de la Federación, “*Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados*”, 26 de enero de 2017.

Diario Oficial de la Unión Europea, “*REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO*”, 27 de abril de 2016.

Grupo de Trabajo Sobre Protección de Datos del Artículo 29, “*Directrices sobre la notificación de violaciones de la seguridad de los datos personales de acuerdo con el Reglamento 2016/679*”, <https://www.aepd.es/media/criterios/wp250rev01-es.pdf>, el 25 de abril de 2019.

Diario Oficial de la Federación, “*ACUERDO mediante el cual se aprueban los Lineamientos Generales de Protección de Datos Personales para el Sector Público*”, 26 de enero de 2018.

Diario oficial de la Unión Europea; “*Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y Del Consejo*”, 27 de abril de 2016.

Arias Pou María, “VIII. Definiciones a Efectos del Reglamento General de Protección de Datos” en: Piñar Mañas José Luis María Álvarez Caro y Miguel Recio Gayo (comps): “Reglamento General de Protección de Datos Personales – Hacia un nuevo modelo europeo



# LA CONSTITUCIÓN BRITÁNICA EN EL SIGLO XXI<sup>1</sup>

Por HUMBERTO PINEDA ACEVEDO<sup>2</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

Eduardo Vírgala Foruria – profesor y catedrático de derecho constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco – publicó su más reciente libro *La Constitución británica en el siglo XXI: Soberanía parlamentaria, constitucionalismo common law y leyes constitucionales*, hace poco más de un año bajo el sello de la editorial Marcial Pons dentro de la colección denominada “Teoría constitucional y Derecho”.

Como el propio profesor Vírgala señala en el estudio introductorio de su obra que no existe monografía suficiente en castellano sobre el origen y la evolución de la Constitución del Reino Unido, aquél decidió realizar un estudio con mayor profundidad acerca de este tipo de constitucionalismo. El resultado es un análisis formal y contemporáneo – finalmente de origen castellano – de la *British Constitution* en el cual se logra contrastar entre el tipo de Constitución británica del pasado (a partir del siglo XIII y hasta el siglo XX) y la Constitución del presente siglo. En este sentido, el elemento de la mutabilidad se convierte en característica y en condición primordiales de la misma existencia del sistema constitucional británico, en función de que la evolución histórica – en el contexto británico – ha permeado las raíces jurídicas fundamentales que han sostenido la tradición del *Common Law*.

El peculiar arraigo por parte de los británicos hacia su propia tradición jurídica, no ha significado la permanencia de la Constitución, sino al contrario, este razonamiento ha demostrado la trascendencia y la importancia por el cambio constante de las leyes constitucionales del Reino Unido. Por esto, el profesor Vírgala resalta los grandes cambios o modificaciones que han surgido durante el siglo XXI, los cuales han marcado o han dado la pauta para el estudio de una distinta interpretación de la Constitución y de un nuevo control constitucional en la isla.

- 
- 1 Reseña del libro: Vírgala Foruria, Eduardo, *La Constitución británica en el siglo XXI: Soberanía parlamentaria, constitucionalismo common law y leyes constitucionales*, Madrid, Marcial Pons, 2018, 166 pp.
  - 2 Profesor de la Escuela Libre de Derecho. Perfil académico: <https://eld.academia.edu/HumbertoPinedaAcevedo>

## 2. PARLIAMENTARY SOVEREIGNTY

El principio de la Soberanía Parlamentaria consagrado tras la *Glorious Revolution* de 1689, fue el producto de las pugnas del poder público de Inglaterra, principalmente entre la Corona y el Parlamento, en donde el segundo – históricamente – reivindicó los límites constitucionales y frenó las prerrogativas absolutistas de los Monarcas. Desde el episodio de la Carta Magna – siglo XIII – hasta principios del siglo XX, la lucha constante por los derechos del reino ha progresado en favor de los *Britishmen*, a través del empuje y de la fuerza política del Parlamento, lo cual se ha reflejado, a su vez, en la pérdida natural de diversas facultades de la Corona.

En este libro de *La Constitución británica en el siglo XXI* del profesor Eduardo Virgala Fouria, nos muestra este largo recorrido histórico del constitucionalismo británico, ajeno a la tradición jurídica del *Ius Commune*, pero cercano a la construcción propia del *Common Law*, al mal denominado egocentrismo insular de los británicos.

El profesor Virgala nos presenta – en sus primeros tres capítulos – las nociones básicas de lo que puede entenderse por Constitución británica, en donde el principio de la Soberanía Parlamentaria es un estándar que ha mostrado continuidad hasta nuestros días, en función de que aún se mantiene, peleando por una continuidad en el *Common Law*, contrarrestando ante la dimensión política de la Constitución británica.

¿Qué es la Soberanía Parlamentaria? Concepción definida por A.V. Dicey como aquel “principio esencial entendido por los abogados ingleses en donde el Parlamento puede hacerlo todo, salvo convertir a una mujer en un hombre y a un hombre en una mujer”. De esta manera, el Parlamento tiene el derecho a hacer o derogar cualquier ley, y al mismo tiempo, ningún órgano está reconocido para anular todo aquello que legisle el Parlamento.

El principio fundamental de la Soberanía Parlamentaria se encuentra en tensión y conflicto con el *Rule of Law*, como lo apuntaba Thomas Bingham, independientemente de que se encontraran al mismo nivel o si uno se encuentra por encima del otro.

*Rule of Law* comprende al derecho como la máxima autoridad del sistema político, porque la ley debe regular la organización política y la actividad pública. La ley debe aplicarse a todos por igual y nadie está por encima de aquella. La actuación de los gobernantes y de los ciudadanos se somete al Derecho, al ser un freno a la arbitrariedad en el ejercicio del poder. Virgala enfatiza en este punto – al estilo de A.V. Dicey – al señalar que *the Rule of Law* es una característica especial de las instituciones británicas al operar como garantía y protección de los derechos individuales, cuyo origen se encuentra en las sentencias de los tribunales.

## 3. CONSTITUCIÓN JURÍDICA Y/O POLÍTICA

Eduardo Virgala también analiza y se percata de la necesidad de entender a la Constitución británica, además de su estricta juridicidad, como un acuerdo político, en vir-

tud de que la tradición constitucional insular amerita mayor explicación política que jurídica en determinados casos.

De esta forma, Vírgala prefiere usar el término de “Constitución no codificada”, porque la Constitución británica no se encuentra en algún documento único (al estilo de las constituciones de la Europa continental) y además por tener más elementos políticos, en el sentido de sujetarse a las convenciones establecidas entre diversos órganos institucionales y partidos políticos. Por lo tanto, se trata de una Constitución política, en función de que la mayor parte de la Constitución británica se encuentra escrita en diversas leyes, mas no codificada.

Los tribunales participan en la configuración de la Constitución, pero no tienen la última palabra. Esto explica que las modificaciones a la Constitución se puedan realizar por cualquier ley ordinaria, pero que dichos cambios no provengan solo de esa fuente, sino también de las mismas convenciones. De este modo, la Constitución jurídica enmarca y resalta la tradición del *Common Law*, a partir de cómo los jueces han formado parte de un estudio pormenorizado de las antiguas leyes comunes y costumbres del reino, recordando en parte a Edward Coke y a Henry Bracton para comprender la juridicidad constitucional y el papel fundamental que adquieren los jueces en el sistema británico.

Eduardo Vírgala entiende a la Constitución política como un conjunto de relaciones políticas entre los órganos del Estado, de tal manera que las reglas que regulan el ejercicio del poder se basan en entendimientos políticos, a partir del elemento o principio fundamental de la Soberanía Parlamentaria, y un entendimiento formal del Estado de Derecho – *Rule of Law* –. La esencia de la Constitución no codificada es su fuerza política, lo cual significa que a pesar de que puedan realizarse cambios legales sencillos, el acuerdo político es el que prevalece en diversos momentos.

La Constitución no codificada es un conjunto de leyes, prerrogativa regia y convenciones constitucionales, junto con otros documentos, sin valor jurídico formal, pero que tienen una influencia decisiva en el funcionamiento de los órganos constitucionales.

En consecuencia, el profesor Vírgala enseña que esta consideración de Constitución política se confronta, directamente, con el constitucionalismo del *Common Law*, en cuya última acepción se determina que la Constitución británica queda en manos de los jueces, es decir, de los tribunales, debido a su interpretación, pero nunca como decisión última sobre lo que es o lo que debiera ser la Constitución.

De esta manera, la Constitución británica es una combinación de elementos jurídicos y políticos, pero en donde Eduardo Vírgala resalta el factor político, por lo que las convenciones constitucionales pasan a ser fundamentales, a pesar de no tener algún vínculo jurídico.

Las convenciones buscan describir las prácticas que regulan el comportamiento de los miembros del Parlamento, del Gobierno o de otros actores políticos que en un momento determinado se convierten en obligatorias, pero solamente de forma política.

Vírgala afirma que dichas convenciones requieren basarse en precedentes y que los actores políticos se consideren obligados, pero también que haya una razón constitucional para su ejercicio, siendo normas y principios no vinculantes. Las convenciones existen para asegurar la responsabilidad democrática, con la intención de mantener la supremacía de la Cámara de los Comunes.

Por ejemplo, el profesor Vírgala expresa que la principal convención constitucional consiste en que la Corona ejerce sus poderes de acuerdo con el consejo de sus ministros. Estas convenciones se han formalizado y se han escrito en el *Cabinet Manual* de 2011, el cual no tiene valor jurídico – no tiene validez – ni exactitud del funcionamiento de la convención – no tiene eficacia –, e incluso puede ser discutido por otros actores políticos, porque precisamente se trata de entendimientos políticos.

Para la aplicación de una convención, Vírgala escribe que se somete a la denominada prueba (*test*) de Yvor Jennings por medio de la cual una convención constitucional ha de cumplir tres criterios: i) Cuáles son los precedentes ii) si los participantes creen en el precedente de que están vinculados por una regla y iii) si hay una razón para aplicar la regla.

Al margen de su contenido, el mayor problema jurídico que presentan las convenciones es que los tribunales están capacitados para reconocer la existencia de una convención, pero no existe sanción alguna por su incumplimiento. Las convenciones no son judicialmente exigibles porque, a diferencia de las normas del *Common Law*, no son creadas por los jueces.

Las convenciones constitucionales incumplidas no pueden reclamarse ante los tribunales, por lo que su eficiencia política – *political power* – se encuentra en su carácter de auténticas convenciones constitucionales, es decir, aquellas que usualmente siempre se cumplen. Por ello, Eduardo Vírgala, a través de distintos precedentes del Tribunal Supremo del Reino Unido y con base en diversos autores británicos del derecho constitucional, resalta la importancia – no solamente del *Common Law* – de la tradición política que se traduce en la institucionalización del sistema jurídico británico.

#### 4. BREXIT

El profesor Vírgala al abordar este tema, en los últimos capítulos de su libro, realiza una construcción histórica sobre las causas u origen de la prerrogativa real, la cual fue transferida al Gobierno de Su Majestad con el paso del tiempo, en el denominado – como Walter Bagehot lo llamaría – Gobierno de Gabinete. En el libro, esto se explica con la finalidad de entender del por qué de las discusiones y de los debates – en sede parlamentaria – que se han tenido sobre el asunto del *Brexit* en los últimos dos años.

La prerrogativa real de la Corona – perteneciente a los Monarcas – consiste en el residuo de poder respecto a la antigua omnipotencia del Monarca y que actualmente la ejerce el gabinete en nombre del soberano.

Desde el siglo XVII, la prerrogativa se ha ido reduciendo progresivamente y a principios de ese siglo, todavía se mantenía como poder de la Corona, el cual en determinadas condiciones se podía ubicar por encima del Parlamento. En concreto, a partir de 1688, la Constitución no codificada reconoce el residuo de la prerrogativa regia, que es ejercido por el gobierno responsable ante el Parlamento y que ha ido reduciéndose progresivamente. A la reducción de la prerrogativa regia ayuda que, a partir de la Ley de Establecimiento de 1700, los jueces no pueden ser cesados por la voluntad de la Corona.

Actualmente, la prerrogativa regia puede definirse como los poderes del Ejecutivo inherentes y de *Common Law*, al ser la base de actos discrecionales del Gobierno y que incluye todo lo que históricamente podía hacer discrecionalmente la Corona y que ahora ejerce el Gobierno, y que sería todo lo que puede realizar sin autorización de una ley del Parlamento (principalmente sobre temas de relaciones internacionales, tratados, guerra y paz), materias en las que es necesaria una actuación homogénea y rápida.

El resultado del referéndum de 2016 del *Brexit* condujo a una polémica sobre si la salida del Reino Unido de la Unión Europea, por el artículo 50 del tratado de la Unión Europea, podía realizarse directamente por el Gobierno basándose en dicha prerrogativa o era necesaria una ley de autorización por parte del Parlamento. Esta discusión finalizó en los tribunales con la sentencia “Miller” del Tribunal Supremo de Reino Unido en enero de 2017.

Por una parte, la entonces Primera Ministra Theresa May y su Gobierno alegaron la prerrogativa tradicionalmente unida a las relaciones internacionales, por lo que no era necesaria la consulta ni mucho menos la autorización parlamentaria.

No obstante, el Tribunal Supremo del Reino Unido en “Miller” estableció que la prerrogativa en relaciones internacionales no debe afectar a las leyes del Parlamento ni a derechos fundamentales reconocidos en el Reino Unido. Por lo tanto, una vez que dicho Tribunal determinó que el *Brexit* afectaba a ambos temas, el Tribunal Supremo señaló que tal prerrogativa no existe sin un poder expreso para la misma.

Eduardo Vírgala señala que la prerrogativa, como lo dispone la sentencia “Miller” de 2017, surge de dos elementos de los acuerdos constitucionales del Reino Unido. El primero consiste en que los ministros generalmente gozan de un libre poder para acordar y terminar tratados internacionales sin recurrir al Parlamento y que los ministros no están normalmente habilitados para ejercer ningún poder que suponga un cambio del derecho interno del Reino Unido, salvo que una ley del Parlamento lo permita. Además, la prerrogativa regia tampoco puede afectar los derechos fundamentales de los que gozan los ciudadanos británicos. En la multicitada sentencia, el Tribunal Supremo rechaza que eso pueda ser posible en tiempo de paz, ya que de lo contrario estaría en contra de los elementos fundacionales de la Constitución. De tal manera que la activación del artículo 50 del Tratado de la Unión Europea afecta los derechos de los ciudadanos en relación con el Parlamento europeo.

Vírgala está de acuerdo con la conclusión del Tribunal Supremo de que el Gobierno actúa con la prerrogativa en su participación en el proceso legislativo de la Unión Europea, pero eso no significa que la salida de la Unión Europea pueda activarse por medio de una decisión del Gobierno británico basada en la prerrogativa regia en las relaciones internacionales. Por lo que no se acepta que un cambio relevante de los acuerdos constitucionales del Reino Unido pueda conseguirse por los ministros de manera exclusiva; porque debe realizarse en la única forma que reconoce la Constitución del Reino Unido, básicamente por legislación del Parlamento, y la prerrogativa regia para acordar o deshacer tratados, que opera exclusivamente en el plano internacional, no puede ejercerse en relación con los Tratados de la Unión Europea, al menos en ausencia de autorización doméstica.

El condicionamiento que supone la todavía pertenencia del Reino Unido al Convenio Europeo de Derechos Humanos y, especialmente, el sometimiento al Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde 1966 han tenido un impacto importante en el sistema británico jurídico y de su funcionamiento con la *Human Rights Act* – Ley de Derechos Humanos – de 1998. Esta ley permite a los tribunales declarar la incompatibilidad de la legislación británica con el Convenio Europeo, aunque deja al Parlamento la última palabra sobre la validez de la ley. De la misma forma, la entrada en la entonces Comunidad Europea en 1972 y la aceptación total de la primacía del Derecho de la Unión Europea desde la sentencia “Factortame” (No. 2) de 1991, suponen una mutación de la Constitución británica y de la soberanía parlamentaria.

Con el *Brexit*, desde la perspectiva jurídica, queda un vacío importante el cual no se ha aclarado totalmente, tal como lo apunta el profesor Vírgala, acerca del rol que desempeñará el Tribunal Supremo del Reino Unido, en función de que su instalación se originó por motivo del Acta de Reforma Constitucional de 2005, al haber asumido las funciones judiciales que les correspondían a la Cámara de los Loes. En este sentido, en materia de derechos humanos – tanto de forma doméstica como internacional – el papel de dicho Tribunal disminuirá considerablemente, en virtud de que la citada Ley de Derechos Humanos incorporó el Convenio Europeo de Derechos Humanos a la legislación interna del Reino Unido.

Por ello, Vírgala expone las consecuencias jurídicas que tendrá el *Brexit*, dejando en el camino dudas razonables, las cuales el Parlamento británico tendrá que responder y lograr un buen acuerdo. La próxima salida del Reino Unido de la Unión Europea tendrá como efecto un reforzamiento del principio de la Soberanía Parlamentaria, porque a partir de ese momento no existirá primacía sobre las leyes parlamentarias británicas.

## 5. UN LIBRO “INSULAR”

El libro del profesor Eduardo Vírgala muestra el corazón o la esencia de la tradición jurídica británica: La renovación de la Constitución, en donde convergen dos líneas de manera constante, la historia del constitucionalismo británico y su actualidad, porque

tras leer el texto resulta válido preguntar ¿Qué validez tiene hoy esta Constitución? ¿La vigencia de la Constitución corre peligro? ¿Por qué una Constitución política?

La lucha frecuente entre antigüedad, modernidad y posmodernidad se refleja en la definición de la Constitución británica, porque como adecuada interpretación del *Common Law* se puede entender la complejidad de los mecanismos constitucionales que la hacen única en el mundo, por ello denominada como *the Matchless Constitution*.

Con el asunto del *Brexit*, el profesor Vírgala nos invita a reflexionar en torno a los desafíos que afrontará esta Constitución, en cuanto a su renovación por completo o retornar a los conceptos constitucionales del siglo XX. Por esto, la maquinaria constitucional del Reino Unido ha sido puesta a prueba en estos últimos años, por motivo de la crisis de no llegar a acuerdo alguno respecto de la salida de la Unión Europea, la cual no parece tener pronta solución. Aparentemente, la irracionalidad de los ciudadanos británicos al evocar las memorias del *British Empire* – reflejada en el referéndum de 2016 y en la elección de los MPs – provoca con anticipación el agotamiento de los mecanismos y procedimientos de la *British Constitution*, los cuales habían funcionado por casi diez siglos, pero cuya crisis política del *Brexit* ha logrado encender los mejores debates de derecho constitucional en la historia del Reino Unido.

Por ende, la obra de Eduardo Vírgala nos expone los caminos y los posibles métodos de solución para la supervivencia de la Constitución británica en este siglo, por lo que la mezcla entre tradición y modernidad en el Reino Unido siempre ha sido probable, porque dicha combinación se encuentra entre los mismos británicos vinculados a sus Instituciones; por ello “nunca se rinden”.



---

# DISCURSOS

---



# PALABRAS DEL SR. LIC. DON RICARDO ANTONIO SILVA DÍAZ, AL TOMAR POSESIÓN COMO RECTOR DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO<sup>1</sup>

Por RICARDO ANTONIO SILVA DÍAZ<sup>2</sup>

Muy buenas noches a todas y a todos;

Antes que nada, quiero agradecer a Mariana, mi esposa, y a mis hijos, Emilia y Juan Pablo por su paciencia, acompañamiento y cariño en todo este proceso.

Ellos han sido y serán la balanza de amor que me permitirá desempeñar de la mejor forma esta función.

A mi madre y a mi padre, que se conocieron justamente en estos territorios y que siempre me formaron en los valores de servicio y gratitud. Con ellos, mi cariño eterno.

Señor Ministro Jorge Mario Pardo este es el resultado de su apoyo incondicional, es el reflejo del bien que aporta a la sociedad, no sólo como juzgador, sino como profesor, pero sobre todo como persona.

A mis compañeras y compañeros en la Junta, Luis, José Ángel, Fer, Rafa, Loretta y Álvaro gracias por ser mis maestros en todo el sentido de la palabra. Junto con Mario Becerra y Raymundo Vázquez. Sus enseñanzas, mesura e inteligencia me permitieron adquirir la madurez para llegar a este cargo.

Mauricio, conozco y doy fe de tu cariño por la Escuela, estoy seguro que seguirás al pendiente de ella y cercano a su bienestar.

Mi agradecimiento a los candidatos por su buena lid, por su disposición a dialogar y por su enorme esfuerzo. Gracias por hacerme mejor en todo este proceso. Los necesitaré muy cerca en estos años.

A mis amigas, amigos, compañeros de generación o de generaciones cercanas, gracias por ser los primeros en brindarme la confianza para saber que este sueño era lo suficientemente loco para intentarlo.

A Renata, Mayra, José Manuel, Manuel y Rafa porque esto es el resultado del trabajo que ustedes han hecho en los últimos años. Con su pasión y entrega, ustedes mantienen una Escuela viva. Gracias por ello.

---

1 Discurso pronunciado el día 14 de noviembre de 2018 en la Asamblea General de Profesores.

2 Rector de la Escuela Libre de Derecho.

Auguro con esto, que en los próximos años podremos seguir generando las condiciones para que egresen más y mejores abogados.

Gracias también a todos los profesores que confiaron en mí, en mi trabajo y en la fuerza que la juventud puede imprimir a las actividades que requiere esta noble institución.

Sobre todo, en su gentileza de apostar por un perfil con pasión, pero con la razón suficiente para dialogar y consensuar.

A los que no logré convencer, permítanme demostrarles de que estoy hecho y los invito a trabajar juntos en los siguientes 4 años.

Reitero mi cumplimiento al principio de unidad dentro de la pluralidad.

Así empiezan nuestras generaciones de alumnos, diversas en lo económico y social pero unidas por el deseo de superación personal, satisfacción profesional y sacrificio por nuestro país.

Profesoras y profesores, en mí, encontrarán un Rector dispuesto a escucharlos, que ejercerá la dirección de esta Escuela con total transparencia en todos los ámbitos, especialmente en el corporativo y en el financiero. Brindando siempre información periódica y constante para que no sea solo en la época de campañas en donde discutamos su problemática.

Quiero ser un puente entre ambas generaciones.

Quiero mostrar que la novedad no implica renuncia a principios y valores y que la madurez no significa desdén por la libertad y los nuevos tiempos.

Quiero mostrar que la juventud no hace a un lado la experiencia y también que el respeto a la tradición y por la historia no conflictúan la apreciación de nuevas formas.

Siendo claro: no creo en el relevo generacional como la solución a los problemas; creo en el diálogo entre generaciones como la única manera de construir en conjunto una escuela cuya fortaleza radica en su unión y sus lazos fraternos.

Asumo con responsabilidad el compromiso, para que en los años venideros exista un diálogo constante con todos los actores jurídicos, políticos, sociales y económicos.

Con especial atención defenderé la independencia, libertad y autonomía de nuestra Escuela.

Siempre recordando nuestra cláusula cuarta estatutaria que dispone que nuestro objeto es exclusivamente la enseñanza, la investigación y la difusión de las ciencias jurídicas y sus auxiliares, con independencia de todo fin político o credo religioso.

Asimismo, con apego al espíritu de sus fundadores, la Escuela seguirá siendo independiente y autónoma respecto de todo tipo de poder, persona o corporación.

Además pondré especial atención en nuestras alumnas y alumnos, mi cercanía con ellos deberá garantizarles una educación firme, de excelencia pero sobre todo humana.

Tengo tatuado el fin social de esta institución y su nobleza. La búsqueda de talentos y el ofrecimiento de oportunidades en la necesidad será otra de mis prioridades.

En la era de la comunicación, que es la de la información y que, simultáneamente, es la de la desinformación, seguiré insistiendo en que las alumnas y los alumnos con pensamiento crítico y con mayor preparación serán los únicos con la capacidad para enfrentar los retos que lanza la era de lo que se ha denominado la “posverdad”.

Necesitamos, como institución, acercarnos a esas nuevas formas de comunicar con certeza y de llegar a quienes no lo hemos podido hacer, pero manteniendo lo que ha constituido nuestra identidad a lo largo de las décadas desde hace ya más de 106 años.

Conmigo, la Libre seguirá siendo la Libre.

Termino refrendado mi total entrega en corazón y mente para desarrollar todas y cada una de las actividades que se me han encomendado, en demostrarles que mi juventud será la mejor característica para cumplir nuestro rol dentro de la sociedad.

Una Escuela Libre de Derecho para todos.

Una Escuela Libre de Derecho para el México que todos queremos ver.

Muchas gracias a todos ustedes.



# DISCURSO DEL RECTOR, EN LA CEREMONIA DE INAUGURACIÓN DE CURSOS, DEL CICLO ESCOLAR 2019-2020 DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO<sup>1</sup>

Por RICARDO ANTONIO SILVA DÍAZ<sup>2</sup>

## **Bienvenida**

Muy buenos días a todas y a todos quienes nos acompañan.

Mi saludo y agradecimiento a los miembros del presidium.

Al Presidente del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados.

A nuestros Ex Rectores.

A mis queridos Vocales de la Junta Directiva.

A nuestras invitadas especiales.

A las y los distinguidos profesores que hoy nos acompañan.

Y por supuesto a nuestras alumnas y alumnos.

## **Sociedad**

El día de hoy, 12 de agosto de 2019, al empezar nuestro ciclo escolar número 109, es importante reflexionar el contexto social en el que vivimos, las normas y las instituciones que lo regulan, nuestro rol como abogados y la importancia de las instituciones educativas como nuestra Escuela Libre de Derecho.

Dentro de esa reflexión, resulta preocupante advertir el entorno de violencia en el que vivimos.

La naturalidad con la que hoy una persona puede destrozar un coche a batazos.

La realidad de ver a un hombre con un cuchillo enterrado en un ojo después de un pleito en un estacionamiento.

---

1 Discurso pronunciado el día lunes 12 de agosto de 2019.

2 Rector de la Escuela Libre de Derecho.

La distancia en la convivencia diaria de las personas es cada vez mayor.

Hoy ya no es una sana costumbre realizar una conversación con frases como “buenos días” o un “que le vaya bien”.

La indiferencia, como la humedad, cada vez se impregna más en nuestro ser.

El tejido social está desgastado y las relaciones humanas se entienden solo en el conflicto.

La compasión y la caridad son valores que se practican cada vez menos.

No son valores que se quieran asimilar.

Desgraciadamente, la ayuda que podríamos brindar en cada esquina, está condicionada a la posibilidad de que la persona que la recibe pueda estar abusando de su situación.

Sin embargo, olvidamos que la necesidad y el hambre son factores que nadie desearía y que deben erradicarse a toda costa.

Esta vorágine de vicios está consumiendo a las virtudes y genera una descomposición social que requiere atención.

No sólo para proveer bienes básicos y lograr erradicar la pobreza sino para cumplir con la igualdad sustancial que piden a gritos los más desfavorecidos.

## **Estado**

Esa atención debiera prestarla el Estado, como organización creada para garantizar el bien común.

Sin embargo, frente a toda esta dinámica existe una respuesta radical de las entidades gubernamentales y también de la sociedad civil.

Cada parte con su estandarte reforzando ese adagio de que la ideología se defiende con vehemencia.

Actitud que ha polarizado a los distintos sectores en la sociedad, que ha creado miedo y que resulta ciego a las distintas ideas.

Un fanatismo que impide encontrar puntos de contacto.

En esa lucha, no puede haber nada más equivocado que actuar con pasión y sin prudencia.

En el quehacer de la política, la palabra prudencia ha diluido su sentido, la templanza y moderación ahora se entienden como un signo de debilidad.

Es débil, aquel que no toma una postura y es traidor, aquél que no comparte la ideología.

Premisa errónea en la construcción de una comunidad en paz.

La dinámica social, pero sobre todo a quien corresponde su organización, olvida el sentido de la prudencia como virtud.

Esa regla recta de la acción.

Esa capacidad de discernir entre las distintas posturas que se presentan.

Esa aptitud de valorar la postura contraria y quizá su certeza, así como las consecuencias de una decisión.

Esa virtud de poder construir la mejor decisión a partir del verdadero intercambio de ideas.

Es precisamente esa prudencia el eje que debiera conducir al Gobierno y a la sociedad.

La ley y el derecho algo tienen que ver.

La ley es el reflejo del debate y del punto de acuerdo entre dos posturas.

Es el resultado de un ejercicio de discusión en el que confluyen ideas, argumentos y posturas.

Es el control de las decisiones intempestivas e irracionales.

Es el límite de la pasión.

El buen abogado entiende este trasfondo y aporta, desde el ejercicio de su profesión, el equilibrio necesario para atemperar la posible irracionalidad, utilizando no sólo la ley sino la vocación para servir a la sociedad.

## **Derecho**

El derecho es precisamente esa ciencia que enseña a resolver los problemas en la sociedad.

Es el mecanismo que debe brindar la neutralidad necesaria al temperamento social.

El respeto a la legalidad y al Derecho es uno de los pilares que sostiene el bien común y el que garantiza la actividad gubernamental.

En algún momento en la historia del derecho, el radicalismo se hizo presente y ríos de tinta corrieron en la lucha entre derecho natural y el derecho positivo, en la supremacía de uno frente a otro.

Hoy los teóricos coinciden en que no se trata de identificar supremacías, sino de crear la mejor herramienta para solucionar la problemática social.

La obligación de posicionarse entre iuspositivismo y iusnaturalismo, hoy resulta bizantino, por el contrario, los puntos de contacto entre una y otra postura son cada vez mayores.

Así, hoy se configura el derecho moral.

Ese derecho a partir del cual se discute el constitucionalismo moderno, tamiz por el que toda norma debe pasar.

La constitución y sus contenidos nos obligan a comprender la indispensable axiología del derecho.

Esta premisa obliga a una enseñanza del derecho más allá de la ley, a una enseñanza más allá de los libros y de la doctrina, a una enseñanza que fortalezca capacidades: la oralidad, el raciocinio, pero sobre todo una educación cercana a las necesidades sociales y virtudes que les permita ser un factor en el cambio social.

Hoy que en México se abren nuevos horizontes a partir de una transformación de la vida nacional, que incluye por supuesto un mayor énfasis en la educación.

Por eso, la Escuela Libre de Derecho hace público su compromiso de seguir aportando a nuestra sociedad, las abogadas y abogados que el país requiere para atender el reclamo de la justicia.

## **Escuela**

Desde 1912, el Presidente de la República reflejó su convencimiento de apoyar el nacimiento de una institución educativa diferente, única e irrepetible.

La primera que en México impartiría educación profesional de manera privada, y que tendría como finalidad aportar al país opciones de calidad.

El Presidente Madero no dudó en afirmar, cuando se refirió a la fundación de la Escuela Libre de Derecho, que: “La iniciativa privada para impulsar el progreso en cualquiera de sus ramos, pero muy principalmente en lo que se relaciona con el adelantamiento intelectual, debe acogerse siempre con aplauso y es merecedora de toda consideración”.

Somos una Escuela incluyente, la primera que hubo en México, porque desde su fundación se estableció que aquí tuvieran cabida todo tipo de alumnos, procedentes de todo tipo de escuelas, y que aquí pudiesen convivir todas las maneras de pensar y todos los puntos de vista, a partir del respeto recíproco entre todos.

Una institución que se consagra exclusivamente a la enseñanza del derecho y de sus ciencias auxiliares.

Una institución independiente del poder público y de credo religioso, ajena a todo fin político, que cuenta con plena libertad para configurar sus principios académicos y de organización necesarios para el cumplimiento de su objeto único: la enseñanza del derecho.

Una Escuela que brinda una educación no onerosa, ajena también a todo fin de lucro o especulación mercantil.

Generosidad liberal que se complementa con un principio único en el mundo, consistente en el servicio necesariamente gratuito y honorario del profesorado.

Somos una Escuela que cree en el derecho más allá de la ley, que forja las capacidades del abogado como factor de cambio social.

Una escuela, también, que confía en el honor de sus alumnos, por lo que desde el principio se les entregó una responsabilidad específica en el orden y la disciplina —y por ende la dignidad— de la Escuela.

## **Alumnos**

Ustedes alumnas y alumnos, que hoy recibieron el reconocimiento académico más importante que se da en nuestra Escuela, se convierten en ejemplo y esperanza.

Especialmente ustedes alumnos de quinto año, son un ejemplo para las generaciones que vienen.

Son la prueba de que la inteligencia y las habilidades deben combinarse con disciplina, tolerancia y paciencia para superar cualquier reto.

Son esperanza para nosotros, pues sabremos que el Derecho queda en manos de abogados preparados en la ley, pero forjados en virtudes.

## **Alumnos de primer año**

Especialmente hoy, deseo darles a las alumnas y a los alumnos que inician el primer año de la carrera, una muy calurosa bienvenida a nombre de todos, del mío propio, de la Junta Directiva, de las profesoras y profesores, de sus compañeros de grados superiores y de quienes colaboran con nosotros.

Han elegido ustedes estudiar una noble profesión, la de la abogacía.

Y han elegido hacerlo en una institución que cuenta con más de un siglo de existencia, que tiene valores y principios, que es exigente y de seriedad, que posee un muy especial sistema.

Una institución que les ofrece y garantiza la mejor preparación, la mejor formación, tanto en conocimientos técnicos como en el desarrollo de quizá la virtud más importante del abogado: la prudencia.

Deben saber que nuestras egresadas y egresados ingresaron aquí, con el deseo de aportar su talento y vigor a la consecución de la justicia, con la conciencia de las muchas necesidades que en esta materia existen y han existido en nuestro país, y todas y todos se comprometieron con su esfuerzo tesonero a alcanzar como meta, el ideal señalado por uno de nuestros fundadores, quien afirmaba que la Escuela Libre de Derecho tiene como objetivo “formar abogados capaces y morales al servicio de la patria mexicana”.

Son ustedes ahora parte de una “asamblea de vivos y muertos” como dijera nuestros fundadores, quienes seguramente están orgullosos del éxito que ha tenido por casi once décadas su iniciativa de crear una Escuela basada en principios y valores sólidos y permanentes.

Les damos por ello la más cordial bienvenida a esta comunidad que una vez más, se reúne con motivo de celebrar nuestra larga y fructífera existencia como una Institución de alta calidad, formadora de abogadas y abogados al servicio de los más altos valores de la justicia, del derecho, de la convivencia y del respeto.

No quiero concluir sin agradecer a las profesoras y profesores que se suman hoy a esta tarea tan importante de la educación bajo los principios que han regido y rigen a nuestra Escuela Libre de Derecho.

Hoy tienen la obligación de refrendar su compromiso en la preparación de las y los mejores abogados de México.

Tampoco quiero dejar pasar la gran generosidad de personajes de egresados que hoy otorgan becas para nuestros alumnos.

Desde la inalcanzable labor del Maestro Fausto Rico, pasando por la generación 90-95 y ahora la constitución del fondo Von Wobeser y Sierra a quienes agradezco siempre su buena disposición.

Esta es nuestra Escuela Libre de Derecho.

Una Escuela dispuesta a responder al reto nacional y a la sociedad, tal y como lo han hecho sus egresadas y egresados en los distintos momentos de la Historia Mexicana.

Por eso, iniciamos hoy con gran emoción un nuevo ciclo escolar, en el que estamos, como siempre, comprometidos con la excelencia académica y con la visión de continuar dándole a México profesionales del derecho que cumplan con los más elevados estándares de calidad para que puedan responderle a nuestra sociedad en todo tiempo, en la que deben prevalecer la igualdad, la libertad y la prudencia que debe existir entre ambas.

# PALABRAS DE LA MTRA. DOÑA GUADALUPE MAGDALENA SÁNCHEZ PALACIOS EN LA CEREMONIA DE INAUGURACIÓN DE CURSOS, DEL CICLO ESCOLAR 2019-2020 DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO<sup>1</sup>

Por GUADALUPE MAGDALENA SÁNCHEZ PALACIOS<sup>2</sup>

Estimado Rector de la Escuela Libre de Derecho: Don Ricardo Antonio Silva Díaz.

Distinguidos miembros del presídium.

Alumnas y alumnos y en particular alumnas y alumnos de primer ingreso de la Licenciatura en Derecho.

Amigos todos:

Quiero agradecer de manera especial a mis compañeros maestros de la junta directiva por recuperar una tradición y por el honor de poder dirigirme a todos ustedes, en mi calidad de docente, con un mensaje en la apertura de este nuevo ciclo escolar.

El activista Malcom X señaló “el mañana pertenece a la gente que se prepara hoy”.

Por razones diversas, cada uno de los aquí presentes optamos por entrar a esta nuestra Escuela para realizar sueños y aspiraciones y dedicarse casi en exclusivo al estudio de una sola ciencia, el derecho, y con ello cimentar un futuro.

Alumnas y alumnos de nuevo ingreso: Les doy la más cordial de las bienvenidas a la Escuela Libre de Derecho, a todos y cada uno de ustedes, quienes a partir de ahora se incorporarán a las aulas de esta institución educativa, pero principalmente, los invito a disfrutar de los mejores años de su vida, por las experiencias que van a adquirir y todas las enseñanzas que recibirán por parte de sus profesores.

Y créanme que así será, porque como ustedes, hace algún tiempo estuve en su lugar: llena de emoción, curiosidad y una profunda sed de conocimiento.

Ahora, como egresada de esta gran institución educativa, como docente y abogada, valoro todo lo que la Libre de Derecho me ha dado, fundamentalmente los valores

---

1 Discurso pronunciado el día lunes 12 de agosto de 2019.

2 Profesora de la Escuela Libre de Derecho.

para poder retribuir a la sociedad y a ustedes, los alumnos de esta casa de estudios, el conocimiento adquirido.

Formar parte de la comunidad de *la Libre* implica un compromiso no solo con la sociedad, sino con la vida. Así, todos y cada uno de los maestros hemos adquirido una responsabilidad para con ustedes los alumnos que conlleva el amor, la lealtad y el respeto por nuestra Escuela.

Iniciar una formación superior no es un asunto trivial, es la antesala de su inserción en el mundo laboral. Decía el filósofo español José Ortega y Gasset que –en la concepción de una escuela hay que partir del estudiante; y la universidad tiene que ser su proyección institucional, cuyas dimensiones esenciales están en lo que ustedes son y en lo que necesitan saber para vivir de su profesión–.

En este sentido les tengo una buena noticia, están en el sitio correcto, pues esta escuela goza de un prestigio y calidad probadas a la sociedad mexicana través de sus 107 años de vida como formadora de abogados, y en la que han transitado personajes de gran importancia para nuestro país, y que describe de forma maravillosa el texto “Una breve y moderna historia de la Escuela Libre de Derecho”, de Don José Manuel Villalpando, mi maestro, que ahora comparto con ustedes:

“Inmutable al tiempo, en la Libre solo el cambio de personas, de protagonistas, indican la renovación natural de una institución que mira a su pasado con respeto y casi veneración, pero sobre todo, como algo real y presente, como la *Asamblea de vivos y muertos* consignada en una de nuestras frases más simbólicas. Esta sensación de permanente actualización de una antigüedad que no nos es lejana, sino al contrario, cercanísimamente propia, es tan importante en el recuerdo de quien evoca, como lo es también para los jóvenes de nuevo ingreso, que al recorrer los pasillos del edificio escolar, leen en las puertas de los salones de clase los nombres de prestigiados maestros de antaño, y se estremecen al sentir las miradas de la galería pictórica de nuestros rectores que circundan el Aula de Exámenes Profesionales”.

Esta descripción, sin duda, formará parte en el corto plazo de su vivencia cotidiana en este Campus, por lo que los invito a que estén a la altura de las expectativas de lo que esta escuela representa para el país y su futuro, que ya son ustedes. Porque aquí contarán con un espacio de libertad para plantear sus opiniones, abriendo la posibilidad de que toda idea sea debatida en un ambiente de respeto y tolerancia.

Por ello, a partir de ahora deberán dedicarse a la tarea de profundizar sobre la ciencia del derecho, tan fascinante como inagotable, dando pasos seguros para combatir ese terrible mal que es la ignorancia, en esa búsqueda permanente del saber; lo que debe traducirse en un amor y una pasión por el conocimiento, que les exija siempre y, sobre todo, que tienda a dignificar una profesión, la de ser abogado, tan empañada y cuestionada en nuestra sociedad.

Jóvenes de nuevo ingreso:

Los felicito por estar aquí, por su interés en cursar la Licenciatura en Derecho, porque seguirse superando diariamente significa asumir el compromiso y el desafío de generar un cambio en nuestro país, que requiere de gente preparada pero, sobre todo, honesta y que haga de sus actos un ejemplo de vida, porque eso representan seguramente para sus familias y amigos.

No olviden que ser joven es ser entusiasta, energético, impetuoso y generador de ideas nuevas; con conciencia y voluntad de modificar hábitos, costumbres y modos de pensar, lo que, en definitiva, les permitirá ser mejores cada día. No renuncien a la etapa más importante de sus vidas que es la experiencia de la educación superior, pues éste puede ser el punto de partida de grandes metas y bases para su futuro.

Todo ello, por supuesto, sin ser ajenos a la realidad que como estudiantes les toca vivir, siendo gestores de un cambio de mentalidad en las nuevas generaciones. Dejen constancia en el transcurso de su carrera y su paso por esta Escuela Libre de Derecho que han contribuido con ella, y así, cuando al final del camino reciban el tan anhelado título profesional, sentirán la satisfacción y el privilegio de haber sido estudiantes de derecho de esta institución educativa, cuyos preceptos fundamentales no sólo radican en una formación doctrinaria, sino también moral y ética.

Les deseo el mejor de los éxitos y al mismo tiempo, agradezco la oportunidad de ser parte de su formación académica.

Muchas gracias.

Tirant Online México, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa.



**[www.tirantonline.com.mx](http://www.tirantonline.com.mx)**

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- \* Biblioteca Virtual
- \* Tirant Derechos Humanos
- \* Tirant TV
- \* Personalización
- \* Foros y Consultoría
- \* Revistas Jurídicas
- \* Gestión de despachos
- \* Novedades
- \* Tirant Online España
- \* Petición de formularios

 (55) 65502317/18

 [www.tirantonline.com.mx](http://www.tirantonline.com.mx)

 [atencion.tolmex@tirantonline.com.mx](mailto:atencion.tolmex@tirantonline.com.mx)



