

Escuela Libre de Derecho

Revista de Investigaciones Jurídicas

46

México, 2022





REVISTA DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO

RECTOR

Don Emilio González de Castilla del Valle

JUNTA DIRECTIVA

Don José Luis Izunza Espinosa
Don Fernando Cataño Muro Sandoval
Don Juan Pablo Estrada Michel
Doña Gabriela de la Mora Galván
Don Mario Héctor Blancas Vargas

SECRETARIOS

Don José Manuel Villalpando
Secretario Académico
Doña Renata Sandoval Sánchez
Secretaria de Administración
Doña Cecilia Lizardi Tort
Secretaria de Posgrado
Don Arturo Ramos Sobarzo
Director del Centro de Investigaciones Jurídicas
Don Manuel Alejandro Munive Páez
Director de Doctorado

COMITÉ EDITORIAL

Don Juan Pablo Estrada Michel
Director
Don Francisco de Icaza Dufour
Director Honorario
Doña Lizbeth América Cedillo Valderrama
Don Rodolfo Gómez Alcalá
Don Rafael Estrada Michel
Don Pablo Francisco Muñoz Díaz
Don Arturo Ramos Sobarzo
Don José Manuel Villalpando

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

TIRANT LO BLANCH MÉXICO

Av. Tamaulipas 150, Oficina 502

Hipódromo, Cuauhtémoc

CP 06100, Ciudad de México

Telf.: +52 1 55 65502317

infomex@tirant.com

www.tirant.com/mex/

www.tirant.es

ISSN 0185-1438

© 2021. 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 litud del título núm. 6861. Certificado de litud 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

EL OLVIDO DE LOS ABOGADOS FRENTE A UNA DE SUS PRINCIPALES FUNCIONES: CREAR UNA MEJOR SOCIEDAD, CON VALORES.....	11
MIGUEL BASURTO HERNÁNDEZ ROMO	
SÍNTESIS: “OBSERVATORIO 2021: PARLAMENTO ABIERTO DIGITAL”, ELABORADO POR LA ELD EN COLABORACIÓN CON EL INAL.....	23
ARTURO CAMACHO LOZA	
CARLOS MARÍA DE BUSTAMANTE Y EL SUPREMO PODER CONSERVADO..	43
EUGENIA PAOLA CARMONA DÍAZ DE LEÓN	
LA SUPERESTRUCTURA CONSTITUCIONAL O LAS DECISIONES POLÍTICAS FUNDAMENTALES.....	71
GREGORIO D. CASTILLO PORRAS	
PABLO F. MUÑOZ DÍAZ	
EL ESTADO DE NATURALEZA Y EL ESTADO DE NECESIDAD: DOS PUNTOS CRÍTICOS ANTE EL DERECHO. UNA FORMA DE REFLEXIONAR INDIRECTAMENTE SOBRE EL ARTÍCULO 29 CONSTITUCIONAL.....	99
LIZBETH AMÉRICA CEDILLO VALDERRAMA	
LAS ANTINOMIAS Y EL CONTROL NORMATIVO.....	127
SERGIO CHARBEL OLVERA RANGEL	
DANIEL GALINDO. APUNTES BIOGRÁFICOS DE UN MINISTRO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN A INICIOS DEL SIGLO XX.....	157
JESSICA COLÍN MARTÍNEZ	
LA IMPORTANCIA DE LA FILOSOFÍA EN EL DERECHO.....	183
JOSÉ ANTONIO DACAL ALONSO	
APORTACIONES RECIENTES DE LA IGLESIA CATÓLICA EN MATERIA DE LIBERTAD RELIGIOSA: LA MIRADA DE UN EMBAJADOR.....	213
JAIME DEL ARENAL FENOCHIO	
CRÍTICA AL ESTADO, AL DERECHO Y A LA SOCIEDAD TECNOLÓGICA.....	223
JESÚS ANTONIO DE LA TORRE RANGEL	

LA GOBERNANZA ELECTORAL EN MÉXICO: REFORMA ELECTORAL 2022-2023 Y LA DESCOLONIZACIÓN DE LA JUSTICIA ELECTORAL.....	239
GONZALO FARRERA BRAVO STHEFANY VARGAS ÁVILÉS	
EMILIO RABASA Y EL <i>DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO</i> DE MIGUEL LANZ DURET. ORIGEN Y PROYECCIÓN DEL MÉTODO RABASIANO..	259
MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ DELGADO	
LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA EN LA DEFENSA PENAL EN MÉXICO.....	305
VERA ÁNGELA FLORES VALDÉZ	
EL ARBITRAJE ANTE EL LITIGIO SUCIO	321
FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO	
EL PROCESO EN CONTRA DE BAREA SORANO. UNA APORTACIÓN PARA EL CONOCIMIENTO DEL <i>CRIMEN MAIESTATIS</i> EN EDAD NERONIANA (54-68 D.C).....	347
YURI GONZÁLEZ ROLDÁN	
LOS “DESCA” EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: DERECHO AL TRABAJO.	369
MIRIAM HEREDIA ZERTUCHE	
CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE LA JURISPRUDENCIA DE LA SCJN RESPECTO A LAS PRUEBAS EN EL AMPARO INDIRECTO PROMOVIDO EN CONTRA DE UNA ORDEN DE APREHENSIÓN EMITIDA BAJO EL SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO	395
PABLO HERNÁNDEZ-ROMO VALENCIA	
EL INTERCULTURALISMO INDÍGENA Y LA EDUCACIÓN SUPERIOR EN MÉXICO.....	425
GUILLERMO LOAIZA GÓMEZ	
EL DERECHO AL REFUGIO EN EL MARCO DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL.....	451
JESSICA MARTÍNEZ FERNÁNDEZ	
DIAGRAMAS PARA EL APRENDIZAJE DE LOS PROCESOS ESCRITO Y ORAL EN MATERIA CIVIL, MERCANTIL, FAMILIAR Y DE ADOPCIÓN	475
ERICK MENA MORENO	
ANÁLISIS DE LA SENTENCIA ARTAVIA MURILLO Y OTRAS VS. COSTA RICA COMO VERDADERA CREACIÓN SUPRANACIONAL DEL DERECHO EN MATERIA DE DERECHO A LA VIDA Y DERECHOS REPRODUCTIVOS	495
MARÍA JIMENA OCAMPO BERNAL	

LA NECESIDAD NORMATIVA DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ DES- DE LA PERSPECTIVA POLÍTICO-ELECTORAL Y GUBERNAMENTAL EN EL ESTADO MEXICANO, A LA LUZ DEL <i>CORPUS IURIS</i> DEL DERECHO INTER- NACIONAL.....	511
ALEJANDRA MALINALLI ORTIZ JÁCOME	
LA INVIABILIDAD DE LA <i>CADENA DE CUSTODIA</i> EN MATERIA ELECTO- RAL	531
ARTURO RAMOS SOBARZO	
LOS ABOGADOS EN EL ESTADO DE MÉXICO EN LOS AÑOS SETENTA DEL SIGLO XIX: ENTRE LA CONTINUIDAD Y LA TRANSICIÓN JURÍDICA	557
MARIO A. TÉLLEZ G.	
EL DERECHO A LA CONSULTA Y LA CONSTRUCCIÓN DE UNA AGENDA GERONTOLÓGICA DE LA DEMOCRACIA MEXICANA.....	583
LUIS OCTAVIO VADO GRAJALES	
LA REFORMA SOBRE SALUD MENTAL: ¿PROGRESISMO O ¿RESPONSABI- LIDAD DEL ESTADO?	595
FERNANDO VILLASEÑOR RODRÍGUEZ	
<i>IN MEMORIAM</i> HUMBERTO RUIZ QUIROZ	623
CARLOS LOPERENA RUIZ	
DISCURSO DEL MAESTRO RICARDO ANTONIO SILVA DÍAZ, RECTOR. EN LA CEREMONIA DE CONMEMORACIÓN DEL 110 ANIVERSARIO DE LA ES- CUELA LIBRE DE DERECHO	625
MENSAJE DEL RECTOR DON EMILIO GONZÁLEZ DE CASTILLA DEL VA- LLE, AL TOMAR POSESIÓN DE SU ALTO ENCARGO, EL 20 DE OCTUBRE DE 2022	631



EL OLVIDO DE LOS ABOGADOS FRENTE A UNA DE SUS PRINCIPALES FUNCIONES: CREAR UNA MEJOR SOCIEDAD, CON VALORES

MIGUEL BASURTO HERNÁNDEZ ROMO¹

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LOS DISTINTOS PUNTOS DE VISTA. 3. EL FUNCIONAMIENTO DE LA MENTE HUMANA. 4. EL PENSAMIENTO Y ACTUAR EN EL DÍA A DÍA. 5. EL SENTIDO NEGATIVO DEL BUEN ACTUAR, IR EN CONTRA DE LA ÉTICA. 6. CONSIDERACIONES. 7. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

Este artículo enfrenta la problemática relativa a la falta de ética en el ejercicio de la profesión de abogado y postula que los profesionistas de la abogacía se desempeñen conforme a los principios fundamentales de la “ética”, tomando como base el conocimiento de la “psicología” para beneficio de la “sociedad”.

1. INTRODUCCIÓN

Es de impactar la poca importancia que muchos profesionistas dedican para llevar a cabo actos que vayan conforme a la ética en sus prácticas profesionales en México. Es común escuchar a personas que buscan a abogados por la reputación de sacar adelante sus negocios, pero muchas veces ignoran o, simplemente no les importa, la reputación que les precede sobre las prácticas poco éticas que llevan a cabo para ganar; no por medio de argumentos, pero sí por amistades y/o beneficios que ofrecen.

Las prácticas profesionales con poca ética preceden a muchas generaciones y no es algo nuevo. Primero se tiene dentro de la jerarquía de valores la imagen y reputación del abogado y después, el actuar por detrás de bambalinas, que, de hecho, muchas veces el segundo punto ni siquiera se toma en consideración; es más común escuchar “da igual lo que hagas, sólo sácame de aquí” o “tu haz lo que tengas que hacer para ganar el negocio”. La imagen de una persona bien vestida o supuestamente estudiada es la que brilla en la sociedad; las buenas prácticas, el estudio y la enseñanza por medio de ejemplos se dejan en un segundo plano.

Todo esto tiene un gran fondo social viciado, usos y costumbres igualmente corrompidos y leyes ignoradas por el poco cumplimiento a los principios del bien; la enseñanza de valores se puede decir que es casi inexistente.

1 Licenciado en derecho por la Universidad Iberoamericana.

Aunque una gran mayoría de docentes universitarios corrompen a las nuevas generaciones, también muchas personas tratan de corregir y evitar que esta corrupción escale a un mayor nivel. Estas personas nos han dicho a lo largo de nuestras vidas y, sobre todo en nuestra niñez y adolescencia, que tenemos que actuar con rectitud, siempre mirando por el bien y tratando de evitar el mal, que es claro el camino y las decisiones que debemos de tomar para no caer en vicios y no actuar de una forma poco “ética”. Sin embargo, conforme van pasando los días y los años nos vamos dando cuenta que efectivamente tenemos la libertad de tomar nuestras decisiones para nuestro futuro, lo que nunca nos dijeron o, no hemos hecho caso, es respecto a las consecuencias que una simple decisión puede traer; no siempre sabemos las consecuencias de la elección que acabamos de tomar.

Actuar bien, sin engañar a los demás y desempeñarnos conforme a ciertas normas puede traer un bien individual y social, e impactar poco a poco a nuestro entorno; como una gran ola en movimiento. Primero, genera un escaso levantamiento de agua hasta que poco a poco puede llegar a un gran tamaño haciendo una corriente dentro del mar, siempre en el mismo sentido. Con mucha pena, pasa lo mismo al momento de engañar, jugar un juego propio y con desventajas hacia la contraparte; la ola genera el cambio de corriente y, en algún momento, por el choque de las olas en distintos caminos, se forma un remolino que distorsiona el sentido de la marea.

Para muchas personas creo que es obvio que pueden ver el daño que se causa por actuar dolosamente, pero, prefieren el beneficio y sentimiento de placer que van a tener una vez que ganen un asunto o una negociación. La sociedad los recompensa con grandes aplausos, alimentando su ego y ganas de seguir ganando; independientemente que sea por medio de malas prácticas.

Como bien me lo ha dicho un viejo maestro en varias ocasiones, y que también por suerte lo ha escrito en distintos artículos, los seres humanos nos distinguimos de los animales y de las plantas, tenemos características superiores; tenemos inteligencia y libertad en la forma de actuar en todos los días. No nos guiamos únicamente por simples instintos, sino, hasta donde podemos, por un pensamiento crítico y consciente² y por una voluntad libre.

Hasta cierto punto, el actuar conforme a la “ética” nos hace sentido, ya que tiene una base fundamentada en la razón. Las personas podemos decidir consciente y objetivamente si algo es bueno o no para nosotros; o responder sin ningún problema algunas preguntas, como, por ejemplo: ¿Nos gustaría que cada vez que tengamos una respuesta errónea en clases de matemáticas, física, derecho, nos dieran un golpe? La respuesta es claramente que no. ¿Nos gustaría que terminemos con quemaduras de tercer grado cada vez que vayamos a descansar a la playa? Otra vez, la respuesta sigue siendo no. O, como último ejemplo, ¿Estaríamos dispuestos a subir de nivel en nuestro grupo social con tal

2 Hernández Romo, Miguel Ángel: “La Lógica y la ética del abogado”, pp. 43 y 44.

de dejarnos picar o morder por algún animal cuyo veneno puede ser mortal para nosotros los humanos? A mi parecer, la gran mayoría de las personas dirían que no.

A lo largo de los años y aún hasta el día de hoy han existido personas que, por medio de agresiones físicas o verbales, por mínimas que sean, creen que las personas pueden llegar a reaccionar de una manera positiva. He visto por propia experiencia estudiantes universitarios atemorizados de llevar clase o de convivir en el trabajo con sus jefes, ya que estos actúan frecuentemente con violencia hacia todas las personas que están con ellos; para esos estudiantes parecería obvio que no es correcta esa forma de actuar; pero los jefes o los docentes no lo perciben de esa manera. También existen grupos étnicos de personas alrededor del mundo que tienen que dejar ser picadas por animales o insectos para subir de nivel en su grupo social. A lo que hago mención es que lo que para muchos es completamente normal, para otras personas y, puede que la mayoría, no lo perciban de esa manera.

Todos los ejemplos mencionados con anterioridad tienen respuestas en sentido negativo que al parecer a la mayoría de las personas les parecerían obvias. Sin embargo, no siempre todas las decisiones son fáciles al momento de contestar un simple “sí o no”, o cualquier otra respuesta, ni tampoco somos conscientes del dolor o traumas que estamos generando en las personas con quienes convivimos debido a nuestras actuaciones. Es importante estar conscientes de que no todos los seres humanos pensamos igual, ni hemos tenido las mismas experiencias de vida, que nos han moldeado poco a poco la personalidad. Algunas preguntas requieren de respuestas con un pensamiento un poco más profundo y no simplemente de respuestas automáticas que hemos aprendido, ya sea porque así nos lo han enseñado en nuestras vidas nuestros familiares o amigos, o porque lo hemos aprendido personalmente por medio de la experiencia en la vida, es decir, por medio de un saber puramente empírico.

En el presente trabajo se estudia el porqué del actuar de ciertas personas y el fondo que tiene cada una de las decisiones que toman. Lo anterior basado principalmente en tres pilares que creo son fundamentales en nuestra vida cotidiana: la ética, la psicología, principalmente ahondando en el inconsciente, y el Derecho.

2. LOS DISTINTOS PUNTOS DE VISTA

Todo en la vida se encuentra relacionado entre sí directa o indirectamente y es por esa razón que muchas cosas no se pueden estudiar únicamente desde el punto de vista de ese objeto, hecho o materia. El Derecho no siempre se debe estudiar desde un punto de vista de un abogado, también deben analizarse ciencias distintas al Derecho, que comprenden el pensamiento humano. Un pensamiento basado en hechos y experimentos que ayuden a entender el porqué del pensamiento o actuar de las personas al momento de tomar decisiones, ya que, al estar todo conectado, sería absurdo únicamente tomar el punto de vista de cierta materia. Además de lo anterior, de estudiar todo con distintas perspectivas, también tenemos que tomar en cuenta la personalidad los estudiosos y

ver por qué dijeron o actuaron de cierta manera y no simplemente pensar que todos o todas somos iguales en nuestra sociedad. Por ejemplo, es bien sabido que dentro de la personalidad existen personas extrovertidas, que no tienen tanta dificultad de expresar sus emociones o pensamientos porque su personalidad así se los permite; son personas mucho más empáticas a simple apariencia. Por otro lado, están las personas introvertidas, que, al momento de expresar sus ideas o emociones frente a un público, son mucho más cuidadosas, ya que su personalidad así ha moldeado su forma de expresarse.

En relación con este punto, hago mención de la psicología como una perspectiva para estudiar una materia, hecho o actuar de las personas. La psicología se encuentra íntimamente ligada con la conducta humana, así como también el Derecho, la filosofía o la neurociencia.

El Derecho, por otro lado, también se encuentra ligado con las materias mencionadas anteriormente y con muchas otras más. Supongamos que cuando una persona se encuentra enferma de la cabeza y comete un hecho delictivo contra otro ser humano, la filosofía nos diría que esa persona pudo haber actuado moralmente mal. El Derecho, que la conducta debe ser penada. La psicología, que la mente y el actuar de esa persona no se encontraban en orden, de tal manera que contaba con algún desbalance emocional. La neurociencia, nos podría hablar de un desbalance químico en el cerebro. La ética³, por otro lado, que engloba todas las materias anteriores, repudia esa actuación por el simple hecho de haber causado un daño a otro.

3. EL FUNCIONAMIENTO DE LA MENTE HUMANA

Desde que hemos ido a la escuela nos han enseñado que la mente no funciona de una manera tan sencilla como aparenta. Desde las tesis Freudianas con el Ello, Yo y Superyó que se traducen en una mente consciente, subconsciente y un inconsciente. Esta estructura de la mente tiene un papel fundamental en la toma de decisiones de cada uno de nosotros en el día a día. Por lo anterior, coincido con Sigman⁴ que establece perfectamente una diferenciación entre cada una de las partes de la mente y que conjuntamente se encuentran alineadas entre ellas para el correcto funcionamiento del pensamiento humano:

*Las neuronas phi (sensaciones) activan las neuronas psi (memoria), que a su vez activan las neuronas omegas (consciencia). Es decir, la consciencia se origina en los circuitos **inconscientes**⁵, no en los circuitos conscientes. Este flujo sentó un precedente para tres ideas entrelazadas y decisivas del estudio de la consciencia:*

3 Para efectos del presente trabajo, se trata como sinónimo la ética y la moral.

4 Neurocientífico y ganador de la medalla Pío XI otorgada por la Pontificia Academia de Ciencias del Vaticano. Sigman, Mariano: *La Vida Secreta de la Mente. Nuestro cerebro cuando decidimos, sentimos y pensamos*, p. 129.

5 He puesto en negritas para señalar mayor importancia.

- 1) *Casi toda la actividad mental es inconsciente*
- 2) *El inconsciente es el motor genuino de nuestras acciones*
- 3) *El consciente hereda y, en cierta medida, se hace cargo de estos chispazos del inconsciente. Si esto no le da al consciente la autoría genuina del accionar, al menos le asigna la capacidad de manipularlo y, eventualmente, vetarlo.*

De la cita anterior se deduce que las sensaciones corporales casi instantáneas activan ciertos mecanismos dentro de la mente para que después se vaya todo a un consciente. Lo que es importante notar es que la memoria juega un papel fundamental respecto de todas las vivencias que han tenido cada una de las personas. Sin embargo, la memoria se encuentra moldeada con todas las vivencias, trayendo como consecuencia un resultado a la mente consciente, que puede o no ser modificado con otras nuevas vivencias, comportamientos y/o una gran voluntad consciente para cambiar la realidad.

Algo que puedo relatar y que he aprendido de fogueos cotidianos con amigos, profesores y familiares, es sobre la toma de decisiones de cada uno de nosotros para elegir el camino en nuestras vidas. Se nos ha repetido una frase común que, aunque parezca esperanzadora, nos deja con la misma respuesta que antes: *hagamos las cosas que nos hagan felices*, pero: ¿quién objetivamente **no** buscaría la felicidad en su vida? La respuesta es fácil: todos la buscamos. A pesar de lo anterior, son contadas las personas que toman decisiones para ser felices y son muchas, de hecho, la mayoría, que toman las decisiones de una manera inconsciente para tratar de evitar cierto dolor, decepción, burla o cualquier otro sentimiento negativo que hayan vivido personalmente o hayan visto en otras personas, y que, con esta decisión podrían defenderse medianamente frente a los nuevos retos que la vida les ponga enfrente.

Todos conocemos a la persona soñadora que dice que hará todo en su vida, que se inscribe a todos los grupos posibles, pero que al momento de actuar no hace nada. Lo anterior es porque su inconsciente nunca se ha encontrado con esas sensaciones para activar la memoria y consecuentemente la consciencia para llevar a cabo lo que realmente tendría que hacer, todo porque alrededor de su vida nunca vio formas de actuar y únicamente lo que veía y hacía era ver a personas hablar. Nunca estuvo rodeado de personas que decidieran actuar (lo cual, en nuestra realidad, el decir las cosas es la regla y actuar es únicamente una excepción).

Otra manera de ver el funcionamiento de la mente humana y la forma en que podemos actuar y reaccionar puede ser cómo lo describe Kahneman⁶, quien en su obra *Pensar rápido, pensar despacio* establece dos mecanismos que se encuentran íntimamente ligados con el consciente y el inconsciente. Establece mecanismos con los que las personas muchas veces toman decisiones de una forma rápida o en el que las personas

6 Economista, escritor de un New York Times *Bestseller* y ganador del premio nobel en economía.

tienen que tomar su tiempo para pensar y reflexionar sobre la respuesta que deben dar⁷. Supongamos que vamos caminando por la calle y nos preguntan ¿qué queremos comer en este momento? Como consecuencia de la activación del sistema número uno, podemos dar una respuesta automática de lo primero que se nos venga a la mente ya que el pensamiento es rápido, intuitivo y muchas veces emocional; pero ¿qué pasaría si nos preguntaran al momento de ir en una corrida por medio de un bosque la razón de la primera ley de Newton? Para dar esta respuesta necesitaríamos de un pensamiento un poco más lento, basado en la lógica (y sin duda mucho estudio). Es ahí en donde tendríamos que parar y pensar detenidamente en la respuesta que vamos a dar, ya que es necesario activar el sistema número dos, que es aquel que requiere un esfuerzo mayor, así como también una gran concentración para tomar la decisión.

Tomando la estructura de la mente en donde nuestras decisiones están basadas en una mayoría inconsciente y que muchas veces, como lo establece Kahneman, no pensamos todas las respuestas a fondo y cuando lo hacemos éstas son meramente actuaciones por medio de impulsos, ¿qué pasaría si supiéramos e hiciéramos consciente que esa mayoría de decisiones basadas en un 90% a 95%⁸ de todas las decisiones que tomamos alrededor de un día son impulsadas por nuestro inconsciente? pues, probablemente ya no todo sería tan fácil de decir y juzgar qué es lo correcto y qué es lo incorrecto, qué decisiones debemos tomar y cuáles no.

En el supuesto que todo el mundo lo supiera, entonces tendríamos mucho más cuidado con las razonadas⁹, como lo nombra Sigman o el pensamiento rápido como lo nombra Kahneman. Empezaríamos a tomar cada decisión, por más simple que sea, siempre atendiendo a la lógica y meditando sobre la respuesta. Pero, seamos sinceros con nosotros mismos, nadie estaría dispuesto a hacer este ejercicio, nadie se quedaría pensando algunos minutos sobre si debe o no ir a aquel lugar o decidir sobre si debe

-
- 7 Kahneman, Daniel. *Thinking, Fast and Slow*, pp. 20 y 21. “El sistema 1 funciona de forma automática y rápida, con poco o ningún esfuerzo y sin sensación de control voluntario. El sistema 2 asigna la atención a las actividades mentales que requieren esfuerzo, incluidos los cálculos complejos. Las operaciones del Sistema 2 se asocian a menudo con la experiencia subjetiva de agencia, elección y concentración”.
- 8 Dispenza, Joe. *Deja de Ser Tu. La Mente crea la Realidad*, p. 91. “[s]ólo el 5 por ciento de la mente es consciente, el 95 por ciento restante está dirigido por programas automáticos subconscientes. Hemos memorizado una serie de conductas tan a la perfección que se han convertido en automáticas en nuestro cuerpo-mente habitual. Y cuando el cuerpo ha memorizado un pensamiento, una acción o un sentimiento hasta el punto de que el cuerpo es la mente —cuando mente y cuerpo son uno—, estamos siendo (un estado del ser) lo que recordamos de nosotros mismos. Y si el 95 por ciento de quienes somos a los 35 años depende de programas involuntarios, conductas memorizadas y reacciones habituales, es lógico que durante el 95 por ciento del día vivimos de manera inconsciente. Somos conscientes sólo en apariencia.”
- 9 Sigman, Mariano. *La Vida Secreta de la Mente. Nuestro cerebro cuando decidimos, sentimos y pensamos*, p. 74. “[T]odos percibimos que las decisiones que tomamos pertenecen por lo menos a dos formas cualitativamente distintas; unas son racionales y podríamos esgrimir sus argumentos; las otras no. Son las razonadas”.

mover la pierna izquierda o la derecha para empezar a caminar; eso sería absurdo completamente.

La gran interrogante o pregunta que me he cuestionado siempre, ya sea viendo las noticias o en la vida cotidiana es: ¿por qué nadie se esfuerza en pensar críticamente y sólo juzgan por lo que creen o lo que sienten sin tener ningún tipo de sustento? La conclusión a la que he llegado es fácil y obvia, pero a la misma vez requirió de mucho esfuerzo y años de pensar en una respuesta: nunca nos lo han enseñado en el medio mexicano. La mayoría de las veces en México los logros se obtienen por favores, amistades, medios económicos y muchos otros medios de ayuda en donde se favorece a los holgazanes y se perjudica a las personas que quieren superarse por medio de un intenso estudio. Las resoluciones judiciales en México no se encuentran necesariamente fundamentadas conforme a Derecho, pero sí influenciadas por amistades.

4. EL PENSAMIENTO Y ACTUAR EN EL DÍA A DÍA

Hace algunos años cuando apenas empecé a estudiar mi carrera de derecho escuché una frase en latín que decía *Advocatus et non latro, res miranda populo* que significa “Abogado y no ladrón, digno es de admiración”. Sin duda, aquella es una de las frases que más han moldeado mi forma de actuar. Me doy cuenta de que las personas que admiraba al principio de mi carrera, conforme iban pasando los semestres, y más reflexionaba sobre esa oración, cada vez iban perdiendo más mi respeto. Por el contrario, me pasó que las personas que ni volteaba a ver, eran las más honradas y correctas; son las que más admiro hoy en día. Estamos repletos en la sociedad de profesionales del derecho que aparentemente buscan actuar con rectitud, pero que en realidad se dedican a ofrecer dinero a jueces o magistrados; no estudian para prepararse y poder enfrentar de forma correcta nuevos retos que la vida les presenta, prefieren irse por el camino fácil, el camino que han aprendido desde siempre, y, ¿la razón? su inconsciente siempre ha sido moldeado para tomar ese camino fácil porque han visto y entendido que se puede sobresalir sin esforzarse mentalmente.

Siguiendo en la misma línea, desde las clases de derecho, con generaciones pasadas y al día de hoy, los maestros enseñan lo mínimo indispensable para que un abogado pueda sobresalir en los tribunales o en las negociaciones; no enseñan a investigar o a pensar, enseñan a memorizar, trayendo como consecuencia la misma conducta que en el párrafo anterior. Además de que los maestros no enseñan lo suficiente, tampoco existe el mínimo interés de investigar y saber sobre la materia. Eso sí, se nota claramente un interés de los alumnos para que el maestro tenga una “buena” impresión de ellos, para que al final del curso los ayude a pasar la materia. Se beneficia la amistad y no se toman como base los conocimientos sobre la materia que el estudiante pudo o no haber obtenido durante su estancia.

Otro vicio que he podido observar son los comentarios en forma de chistes que los propios maestros dicen en sus clases, en el día a día y en el trabajo; pero que traen veneno

y pueden herir gravemente a los estudiantes. Como lo ha dicho Freud, efectivamente, los chistes son fuentes de placer¹⁰, pero, por otro lado, no proporcionan sensaciones en otros sectores diferentes. Este placer que obtienen los maestros de derecho (en mi experiencia personal) únicamente les sirve para encubrir el gran dolor que tienen por detrás y que han vivido, causando daño a las personas que los rodean y que los escuchan en las aulas de clase, ya que muchas veces ellos mismos son objeto de las bromas o de los chistes que no tienen un fin más que el de humillar a la persona.

Los maestros que centran sus clases sobre burlas y no sobre los conocimientos, únicamente activan mecanismos de defensa para proyectar un dolor profundo con el que cuentan; heridas sin sanar que pueden haber sido formadas desde hace pocos años o, hasta la infancia.

Aunque todo lo anterior suene normal, porque así lo hemos vivido toda nuestra vida, no lo es. No es normal ofrecer dinero para ganar pleitos, no es normal hacer chistes para evitar la atención y esconder los monstruos internos con los que contamos por traumas que hemos obtenido. Tampoco es normal ver a una sociedad hundida en pobreza, corrupción, malos tratos, pensar que todo está bien y que no necesita un cambio en lo absoluto.

5. EL SENTIDO NEGATIVO DEL BUEN ACTUAR, IR EN CONTRA DE LA ÉTICA

Desde un punto de vista social, como lo mencioné anteriormente, el actuar en contra de la ética trae aparejados resultados que pueden traer hechos repetitivos y que ya hemos visto: suma pobreza por injusticias y personas consultando al psicólogo o terapeuta porque se encuentran deshechos personalmente.

Desde un punto de vista político tenemos legisladores que crean leyes para favorecerse personalmente o a los amigos y no para favorecer al bien común; no se busca que el derecho positivo esté basado en la moral y mucho menos que el “nosotros” venga antes del “yo”. Hoy vemos a personas inocentes en la cárcel, con una sentencia condenatoria en su contra, cuando en realidad lo único que hicieron mal fue estar en el lugar incorrecto en el momento equivocado, no más.

La ética debe ir siempre de la mano en todas las actuaciones de las personas ya que, por simple definición, su objeto material son todos los actos humanos; o sea, todos aquéllos que el hombre realiza con conocimiento y libertad¹¹ y, el Derecho, siempre de la mano con estos principios, ya que no puede haber Derecho sin ética. Muchos confunden que el sistema jurídico está hecho para regular cosas, cuando en realidad está hecho para regular conductas humanas y poder tener una convivencia mínima en donde las personas puedan pacíficamente llevar a cabo sus relaciones con otras perso-

10 Freud, Sigmund. *El Chiste y su Relación con lo Inconsciente*, p. 106.

11 Hernández Romo, Miguel Ángel: “Ética y Contrato”, p. 106.

nas sin tener que recurrir a comportamientos de la época de la piedra. ¿Qué hubiera pasado si desde los principios del Derecho Romano no se hubiera relacionado la ética con el derecho? o, ¿Qué hubiera pasado si no se hubieran establecido conceptos o fundamentos básicos como lo puede ser el de propiedad¹²? Pues, entonces, no se sabría en dónde estamos parados, reinarían las malas costumbres sobre un respeto al otro, la injusticia sobre lo que debe ser y, sobre todo, una falta de ética tremenda.

Por otro lado, Preciado Hernández habla respecto al Derecho y la moral y establece que: ¹³:

[L]as normas morales ordenan lo que el hombre debe hacer para alcanzar su bien personal, por su parte las normas jurídicas prescriben lo que los miembros de una sociedad o comunidad deben hacer para realizar el bien común, a través de un orden social justo, que vale tanto como decir, un orden plenamente humano.

El Derecho y la moral están íntimamente ligados, la creación de leyes tiene que ser conforme a lo que debe ser y no conforme a lo que conviene que sea para el legislador. El sistema gubernamental, ministros, jueces, magistrados, los legisladores y todos los servidores públicos deben realizar sus actividades para beneficiar a la sociedad; sin embargo, como lo hemos visto todos, al igual que el dinero y los objetos materiales, éstos han estado moldeando una sociedad que los beneficie a ellos y no una que beneficie a la mayoría.

Efectivamente, si queremos una sociedad en donde la ética se encuentre por encima en nuestra cadena de valores y este cambio se pueda ver en las nuevas leyes, los salones de clases, los despachos de abogados y en general en todos los lugares en donde haya relaciones entre personas, es necesario cambiar la forma en que aprenden todas las personas. Se debe privilegiar el pensamiento crítico y no la humillación. Sin embargo, decir que no haya humillación tampoco significa tomar el otro opuesto en donde se le diga al alumno el excelente trabajo que ha hecho y que siempre ha llevado a cabo, ya que, eso igualmente puede ser sumamente dañino para el debido desarrollo de su carrera y vida cotidiana. Poco a poco se debe ir cambiando la forma de pensamiento con el que contamos, ya que, de igual forma, poco a poco iremos moldeando nuestro

12 J. Arias Ramos y J.A. Arias Bonet. *Derecho Romano I, Parte General. – Proceso. – Derechos Reales*, p. 221. Dentro de fuentes romanas “existen tres denominaciones técnicas para designar la propiedad. Por orden de mayor a menor antigüedad, son: *mancipium*, *dominium* y *proprietas*. La primera, de *manu capere*, indica una idea de aprehensión material, de efectiva aplicación de fuerza, ligada a vetustos modos de crear y defender la propiedad. (...) el término por excelencia de *dominium*, que implica una noción de señorío. Por eso dominus, aun en el lenguaje jurídico, no se aplica exclusivamente al propietario, sino al titular de poderes o facultades de diversa índole. (...) Precisamente de esta costumbre surgió el empleo de otro vocablo: *proprietas*; porque, acostumbrándose a llamar *dominus usufructus* al usufructuario, se apellidó en tal caso al propietario que no podía recoger los frutos *dominus proprietatis*.” p. 221.

13 Preciado Hernández, Rafael. *Lecciones de Filosofía del Derecho*, p. 83.

inconsciente para poder activar debidamente las sensaciones, la memoria, la conciencia y como consecuencia: nuestro actuar.

Como lo mencioné al principio del texto, somos personas, seres racionales, que podemos pensar y reflexionar sobre nuestros actos pasados, presentes y los que haremos en el futuro, sentémonos una vez a la semana a evaluar si efectivamente fue lo correcto aquello que hicimos o que dejamos de hacer. Como diría Ruiz Rodríguez “la conciencia, pues, no es más que el propio intelecto en una función especial, esto es, en la función de juzgar acerca de la bondad o maldad de nuestros actos individuales”¹⁴. Entonces, si podemos juzgar nuestros propios actos, hagamos el esfuerzo de hacerlo.

6. CONSIDERACIONES

Debemos ser realistas, somos humanos y podemos caer en el error, pero de ahí debemos aprender a volver a levantarnos. Bien hemos visto todas las historias de individuos que crecieron sin nada; sin familia, sin apoyo incondicional para seguir adelante, pero que, sin duda, en vez de darse por vencidos, decidieron seguir adelante, levantándose y poniendo un cimientito psicológico que difícilmente se puede llegar a quebrar. Como bien lo aprendemos de la segunda tesis tomista¹⁵, nosotros, los humanos, nunca vamos a poder desarrollarnos a la perfección, pero podemos hacer todo lo posible para mejorar nuestras actuaciones, ser mejores personas y desarrollarnos de la mejor manera en un ámbito mental, físico y espiritual, de tal manera que podamos mejorar y seguir con ese apetito.

Sobre todo, tenemos que practicar la paciencia, no juzgar instantáneamente y alterarse por un error que pudo haber sido completamente inofensivo. Freud habla de los actos fallidos [*u*]n sujeto que en general hable correctamente puede muy bien cometer equivocaciones orales en los siguientes casos: 1o, cuando se halle ligeramente indisputado o fatigado; 2o, cuando se halle sobreexcitado; 3o, cuando se halle excesivamente absorbido por cuestiones diferentes a aquellas a las que sus palabras refieren¹⁶. El problema es cuando esos errores persisten y se expresan de manera recurrente en la forma de hablar de las personas.

Al practicar la paciencia e invertir tiempo en hacer un cambio positivo en nuestra forma de pensar y de actuar, podremos restablecer los lazos de confianza que debe de haber en nuestra sociedad. Lazos de confianza en donde sepamos que las cosas se harán de una manera correcta y que funcionen bien, ya sea con los organismos públicos o privados o las relaciones personales, para que tengamos certeza de que no se privilegiarán las amistades, bienes materiales o “los buenos chistes”; sobre el trabajo, esfuerzo y estudio de las demás personas; que podamos vivir en una sociedad en don-

14 Ruiz Rodríguez, Virgilio. *Ética y Deontología Jurídica*, p. 29.

15 Grosso, Miguel. *Introducción a la Metafísica Tomista XII. Las Veinticuatro Tesis Tomistas*, p. 38.

16 Freud, Sigmund. *Introducción a la Psicoanálisis*, p. 27.

de llevemos a cabo nuestros negocios o relaciones personales de una manera ética o, simplemente que tomemos con toda la valentía del mundo la decisión de no llevarlas en lo absoluto; que podamos liderar a las nuevas generaciones por medio de nuestro ejemplo y no simplemente de lecciones memorizadas.

7. CONCLUSIONES

Muchas personas han sido víctimas de grandes abusos psicológicos por muchos años, corrompiendo a nuevas generaciones y evitando que florezca efectivamente una sociedad con valores y sin tanto sufrimiento. Es momento de hacer consciente el daño y fomentar actos en donde las olas del mar choquen cada vez menos las unas con las otras creando remolinos y, más bien, en donde la corriente sea cada vez más agradable y pueda fluir en el mismo sentido.

La impotencia de no decir nada por miedo a ser objeto de burla debe ir decreciendo cada vez más; así como también deben desaparecer los actos tendientes a crear leyes que beneficien a los ricos y poderosos y dejen en un sentido de incertidumbre a quienes más necesitan una protección.

Sin duda que las amistades son importantes y necesarias para poder satisfacer la naturaleza humana, la sociabilidad; pero, es fundamental trazar la línea de división con el trabajo. Se debe dar prioridad al estudio; no hace mal, por el contrario, nutre el crecimiento de la persona y como consecuencia, de la sociedad.

Una vez que sepamos y hagamos consciente lo anterior, podremos ir moldeando nuestro inconsciente poco a poco, privilegiando la ética, basados en la psicología y haciendo Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

ARIAS RAMOS, José y ARIAS RAMOS, Juan Antonio, *Derecho Romano I*, España, Revista de Derecho Privado, decima sexta edición, 1981.

DISPENZA, Joe: *Deja de Ser Tu. La mente crea la realidad*, España, Urano, 2020.

FREUD, Sigmund: *El Chiste y su Relación con lo Inconsciente*, Argentina, Florida 377, 1952.

—, Sigmund. *Introducción a la Psicoanálisis*, Argentina, Americana, 1943.

GROSSO, Miguel Alberto, *Introducción a la metafísica Tomista XIII. Las Veinticuatro Tesis Tomistas*, Argentina, publicación independiente, 2020.

HERNANDEZ ROMO, Miguel Angel: “La Lógica y la ética del abogado”, en: Pineda Villareal, Jorge/Hernández González, David: *Orientaciones Jurídicas Estudiantiles. Antología de la obra del Maestro Miguel Ángel Hernández Romo*, México: Porrúa, 2009. pp 39-56.

—, “Ética y Contrato” en Pineda Villareal, Jorge/Hernández González, David: *Orientaciones Jurídicas Estudiantiles. Antología de la obra del Maestro Miguel Ángel Hernández Romo*, México: Porrúa, 2009. pp 97 – 124.

KAHNEMAN, Daniel: *Thinking, Fast and Slow*, Estados Unidos de América, Farrar, Straus and Giroux, 2011.

PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael: *Lecciones de Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, décima segunda edición, 2008.

RUIZ RODRÍGUEZ, Virgilio: *Ética y Deontología Jurídica*, México, Porrúa, 2013.

SIGMAN, Mariano: *La Vida Secreta de la Mente. Nuestro cerebro cuando decidimos, sentimos y pensamos*, Argentina, Penguin Random House, 2019.

SÍNTESIS: “OBSERVATORIO 2021: PARLAMENTO ABIERTO DIGITAL”, ELABORADO POR LA ELD EN COLABORACIÓN CON EL INAI.

ARTURO CAMACHO LOZA¹

RESUMEN: El objetivo del presente trabajo es sintetizar la investigación denominada “Observatorio 2021: *Parlamento Abierto Digital*”, elaborado por la ELD en colaboración con el INAI. En dicho trabajo se analizó el tema del *Parlamento Abierto Digital*, tanto en nuestro país como en un contexto internacional. Asimismo, se elaboró un indicador general que permite evaluar el grado de desarrollo del *Parlamento Abierto Digital* que existe en los diferentes entes legislativos analizados.

PALABRAS CLAVE: Poder Legislativo, Gobierno Abierto, Transparencia, Derecho a la información pública, *Parlamento Abierto Digital*.

ABSTRACT: The objective of this essay is to synthesize the research called “Observatory 2021: *Digital Open Parliament*”, prepared by the ELD in collaboration with INAI. In this work, the issue of the Digital Open Parliament was analyzed, both in our country and in an international context. Likewise, a general indicator was developed that allows evaluating the degree of development of the *Digital Open Parliament* that exists in the different legislative entities analyzed.

KEYWORDS: Legislative Branch, Open Government, Transparency, Right to public information, *Digital Open Parliament*.

SUMARIO: 0. PREÁMBULO. 1. EL PARLAMENTO ABIERTO, EL GOBIERNO ABIERTO, Y JUSTICIA ABIERTOS. 2. LOS INDICADORES DE MEDICIÓN SOBRE EL PARLAMENTO ABIERTO DIGITAL. a. Normatividad (marco jurídico). b. *Parlamento Abierto Digital* como política pública. c. Diseño centrado en la ciudadanía. d. TIC’s aplicadas para la apertura parlamentaria (transparencia y datos abiertos). e. Participación y colaboración. 3. LOS PARLAMENTOS ABIERTOS DIGITALES EN MÉXICO Y EN EL MUNDO. SU CONTEXTO Y SUS RESULTADOS A TRAVÉS DE LOS INDICADORES. a. Canadá. b. Colombia. c. Parlamento Europeo. d. Polonia. e. Taiwán. f. México (Congreso de la Unión). g. Congreso de la Ciudad de México. 4. REPRESENTACIONES NUMÉRICAS Y GRÁFICAS SOBRE LOS RESULTADOS DE LOS INDICADORES SOBRE PARLAMENTO ABIERTO DIGITAL. 5. CONCLUSIONES A MANERA DE RECOMENDACIÓN. a. Regulación de principios, reglas y prácticas para implementar un verdadero y más eficaz *Parlamento Abierto Digital*. b. Implementar la herramienta *ParticipAD*. c. Esfuerzo institucional no individual. d. Desarrollar un Plan de Acción sobre PAD. e. Llevar el PAD a la legislación. f. Poner a disposición formatos de lectura fácil y para personas con discapacidad. g. Incorporar los PAD para todo tipo de funciones del Congreso. 6. FUENTES. a. Libros. b. Recursos digitales. c. Solicitudes de información.

1 Doctor en Derecho. Investigador del Centro de Investigación e Informática Jurídica de la Escuela Libre de Derecho y profesor de Metodología Jurídica en la misma institución.

O. PREÁMBULO

El presente trabajo tiene como objetivo sintetizar y destacar algunos puntos de interés de la investigación titulada “Observatorio 2021: *Parlamento Abierto Digital*”, la cual fue elaborada por el Centro de Investigación e Informática Jurídica (CIIJ) de la Escuela Libre de Derecho (ELD) en colaboración con el Instituto Nacional de Transparencia (INAI).

Es conveniente señalar que, la investigación fue realizada durante el año pasado (2021), bajo la dirección del maestro Arturo Ramos Sobarzo, por las investigadoras e investigadores del CIIJ de la ELD, así como por algunas destacadas y destacados juristas dedicados a diferentes ámbitos jurídicos relacionados con los poderes legislativos y en el ámbito del derecho a la transparencia e información pública.²

Asimismo, fue de alta importancia el apoyo realizado por algunas alumnas y alumnos, prestadoras y prestadores de servicio social durante las diferentes etapas del desarrollo del estudio en comento.³

1. EL PARLAMENTO ABIERTO, EL GOBIERNO ABIERTO, Y JUSTICIA ABIERTOS

En el *Parlamento Abierto* la participación de la ciudadanía con sus representantes es interactiva durante los procesos parlamentarios; de esta forma la ciudadanía se convierte en el eje central de dichos procesos.

En la mayoría de los conceptos de *Parlamento Abierto* se le reconoce como un mecanismo que sirve para generar un vínculo entre los órganos de representación o congresos y la ciudadanía, con la finalidad de involucrar a esta última en la toma de decisiones de los primeros.

De esta forma, podemos concebir al **Parlamento Abierto** como ese mecanismo de interacción entre la sociedad y sus representantes populares, que permite construir una relación en la que la Asamblea representativa, por un lado, abre sus procedimientos internos al escrutinio público —participación ciudadana, transparencia y justificación de sus decisiones—. ⁴

Por otro lado, dicha Asamblea está dispuesta al escrutinio y fiscalización de las actividades relacionadas con todas sus responsabilidades. Aunado a que también se abre al

2 Dra. Bárbara Stepien, Dr. Fernando Villaseñor Rodríguez, Prof. José Francisco De Villa Soto, Mtro. José Julián Domínguez Arroyo, Mtro. Manuel Fernández Morales, Dr. Miguel Ángel Fernández Delgado, Dra. Paola Carmona Díaz de León, Dr. Erick Mena Moreno y Mtro. Armando Trigo Rizo.

3 Ambrosio Michel Galnares, Carlos Keigo Chavez Kubota, Mariana Salcedo Hidalgo, Marina Romo Nicolau, Paula Fernanda Rivero Martínez, Rey Eleazar Ramírez Martínez, Silvana Torres Alfaro y Víctor Manuel Vargas Serratos.

4 Cfr. Grupo de Organizaciones que impulsan la Alianza para el Parlamento Abierto, Diagnóstico de Parlamento Abierto en México 2017, disponible y consultado el 15 de octubre de 2021 en: <https://fundar.org.mx/wp-content/uploads/2018/04/Diagn%C3%B3stico-II.pdf>

uso innovador de plataformas digitales para construir una efectiva interacción con la ciudadanía en el ejercicio de cada una de sus funciones, adoptando al mismo tiempo estándares internacionales de ética y responsabilidad parlamentaria.⁵

Este mecanismo al implementarse de manera efectiva alcanzando las metas y objetivos propuestos construye al mismo tiempo al Parlamento Abierto como esa institución legislativa⁶ que:

- Explica y justifica sus acciones y decisiones (Rendición de cuentas).
- Garantiza el acceso a la información pública de manera proactiva (Transparencia).
- Involucra en sus procesos a la pluralidad de grupos políticos y sociales (Mecanismos de participación ciudadana).
- Usa estratégicamente las tecnologías de información y comunicación para el logro de todo lo anterior, y con ello, lleva al plano físico la materialización real de su existencia.

En este sentido, el **Gobierno Abierto** puede ser entendido como ese esquema de gestión y de producción de políticas públicas orientado a la atención y a la solución colaborativa de los problemas públicos con base en colegiados plurales y, en cuyo trabajo, convergen: 1) la transparencia y 2) la participación ciudadana como criterios básicos, en un ambiente de 3) rendición de cuentas e 4) innovación social.

Finalmente, la **Justicia Abierta** se refiere a las reformas diseñadas para promover una mayor rendición de cuentas y transparencia dentro de los Sistemas de Justicia, a través del uso de la tecnología y la información junto con la participación de la ciudadanía.

2. LOS INDICADORES DE MEDICIÓN SOBRE EL *PARLAMENTO ABIERTO DIGITAL*

Cabe señalar que existen antecedentes nacionales como internacional en cuanto a los indicadores que pueden ayudar a medir el grado de apertura de un *Parlamento Abierto Digital (PAD)*.

En este sentido, en el plano internacional tenemos a ParlAmericas⁷, Open Government Partnership⁸, e Inter-Parliamentary Union⁹. Este último reúne a 179 países, y fue fundada en 1889. En especial, destaca su reporte sobre el e-parlamento mundial del 2020.

⁵ *Idem.*

⁶ *Idem.*

⁷ <https://www.parlamerica.org/es/about/mission-and-vision.aspx>

⁸ <https://www.opengovpartnership.org/about/>

⁹ <https://www.ipu.org>

Este estudio, considera principalmente los retos que ha implicado a nivel mundial la pandemia del COVID-19, y desde el año 2008, establece la implementación de tecnologías de la comunicación en los parlamentos.

Cobra relevancia para el presente estudio sobre todo por sus “hallazgos clave”, entre los que se puede mencionar que, ya a finales de 2020, el 65% de los parlamentos encuestados había celebrado reuniones de comisiones virtuales o híbridas y el 33% una reunión plenaria virtual o híbrida.

En el plano nacional, destaca el “Observatorio de Transparencia Legislativa y Parlamento Abierto” elaborado por el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales y la UNAM, el cual propone transitar de un modelo de representación 1.0, basado en la participación de los ciudadanos en las elecciones, a un modelo 2.0, basado en la interacción durante el ejercicio del poder parlamentario.¹⁰

En la investigación se diseñó una herramienta que tiene como objetivo evaluar los componentes esenciales de los indicadores que pretenden medir el grado de desarrollo del *Parlamento Abierto Digital* en cada poder legislativo de una entidad específica. Al respecto, los indicadores fueron los siguientes:

a. Normatividad (marco jurídico)

Objetivo: Identificar si las herramientas de *Parlamento Abierto Digital* cuentan, en primer lugar, con un sustento normativo para poderse llevar a cabo; y, de presentar este último supuesto, identificar en qué instrumento normativo encuentran su fundamento las disposiciones de *Parlamento Abierto Digital*, en aras de conocer el grado de asimilación de este concepto en el ordenamiento jurídico.

b. *Parlamento Abierto Digital* como política pública

Objetivo: Identificar las herramientas tecnológicas existentes y actualmente disponibles dentro de procesos legislativos esto vistos como parte de una política pública dado que puede no estar regulado, se implementan determinadas prácticas.

c. Diseño centrado en la ciudadanía

Objetivo: Identificar las formas y formatos en que se presenta la información disponible en línea y si se encuentran enfocados hacia la experiencia del usuario.

10 Puente, Khemvirg e Issa Luna Pla. “Observatorio de Transparencia Legislativa y Parlamento Abierto”. México: Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto Nacional de Acceso a la Información y Protección de Datos (INAI). 2009. <https://inai.janium.net/janium/Documentos/ObservatorioTLPA.pdf>

d. TIC's aplicadas para la apertura parlamentaria (transparencia y datos abiertos)

Objetivo: A través del presente indicador se busca identificar las tecnologías de la información (TIC's) disponibles dentro de los portales del poder legislativo en cuestión que permiten a cualquier persona acceder a información pública y datos abiertos.

e. Participación y colaboración

Objetivo: Identificar mecanismos (formales e informales) de participación y colaboración mediante las cuales la ciudadanía, expertos, universidades, ONG's pueden colaborar en procedimientos legislativos.

3. LOS PARLAMENTOS ABIERTOS DIGITALES EN MÉXICO Y EN EL MUNDO. SU CONTEXTO Y SUS RESULTADOS A TRAVÉS DE LOS INDICADORE.

En este apartado se analizaron, a través de los indicadores antes precisados, diversos aparatos legislativos de diversas entidades estatales y supra estatales. En el ámbito internacional fueron: Canadá, Colombia, Parlamento Europeo, Polonia y Taiwán. En el contexto de nuestro país, se analizó el Congreso de la Unión, así como el Congreso de la Ciudad de México.

Cabe señalar que atendiendo a los fines del presente trabajo, solo se mostrarán algunos aspectos destacables, por cada Congreso bajo análisis.

a. Canadá

Aunque Canadá no prevé mecanismos de transparencia en *Parlamento Abierto Digital* a nivel constitucional o a nivel federal, sí lo hace en su legislación secundaria. Tanto en la legislación sobre participación ciudadana¹¹ como en la propia normatividad interna de la Cámara de los Comunes¹² se sientan las bases para la reglamentación del Parlamento Abierto en Canadá.

Este país cuenta con la plataforma *Participate* la cual es un mecanismo de participación ciudadana. *Participate* se creó por la Cámara de los Comunes para fomentar la participación de los canadienses en el proceso democrático.

La plataforma *Participate*, permite dar seguimiento a la participación ciudadana inicial, así como a sus subsecuentes actuaciones, notifica el seguimiento, prevé mecanismos de identificación e incluso permite, con datos abiertos, conocer las peticiones que están sometidas a firma.

11 Protection of Public Participation Act, 2015, S.O. 2015, c. 23-Bill 52.

12 Basada en la Parliament of Canada Act (R.S.C., 1985, c. P-1) con última enmienda del 18 de diciembre de 2019 y que da lugar a la Members By-Law (Válida desde 1 de marzo de 2021) y a las Rules of Practice and Procedure of the Board of Internal Economy (Válida con última enmienda del 1 de marzo de 2018).

Por lo que hace a las actividades parlamentarias, esta es un área ejemplar a nivel internacional, ya que se hace un concentrado con datos abiertos y múltiples variables. Como macro categorías de organización.

b. Colombia

Un punto destacable en Colombia, es que el Senado de ese país, desarrolló una *aplicación para dispositivos móviles que promueve la participación en un Parlamento Abierto Digital*.

La aplicación para dispositivos móviles “Mi Senado”¹³, constituye una herramienta para que la ciudadanía forma parte del proceso legislativo en la medida en la que permite que el órgano legislativo genere encuestas para poder recoger el modo de pensar de las ciudadanas o ciudadanos en diferentes temáticas.

Cabe destacar que, solamente el Senado de Colombia cuenta con una aplicación oficial para dispositivos móviles sobre *Parlamento Abierto Digital* el cual permite la participación de la ciudadanía.

En cuanto al indicador de apertura, el Gobierno de Colombia ha puesto a disposición una página de internet denominada “Datos Abiertos”¹⁴ la cual concentra con conjunto de información sobre diferentes entes gubernamentales, dentro de los que podemos encontrar, por supuesto, al Congreso de Colombia.

c. Parlamento Europeo

La página de internet del Parlamento Europeo tiene un alto grado de apertura y sencillez lo que se puede observar en el caso de todas las instituciones de la Unión Europea y que deriva de la política conjunta que tiene por objetivo una mayor apertura a la ciudadanía y la colaboración.

Además, el Parlamento Europeo (así como toda la Unión Europea y sus otras instituciones respectivas) cuenta con varias aplicaciones móviles como la “Oficina de análisis del Parlamento Europeo”, “Re-Open EU”, “Citizens’App”, entre otras, disponibles en tiendas de aplicaciones móviles en donde se puede consultar la información sobre las actividades del Parlamento y recibir notificaciones respecto a tópicos de interés de la ciudadanía.

La participación de la ciudadanía es muy importante para el Parlamento Europeo. Por eso, existen varios mecanismos a través de los cuales dicha participación es posible. Uno de los sistemas especializados es el Observatorio Legislativo. La cuenta electrónica en el

13 https://play.google.com/store/apps/details?id=gov.senado.app&hl=es_419&gl=US (Consultada el 14 de noviembre de 2021).

14 <https://www.datos.gov.co/browse?q=senado> (Consultada el 15 de noviembre de 2021).

Observatorio permite seguir el proceso de toma de decisiones en todos los procedimientos legislativos y no legislativos de la Unión Europea que pasan por el Parlamento Europeo.¹⁵

El segundo mecanismo de participación ciudadana es la petición al Parlamento Europeo (Petitioning the European Parliament). Tal mecanismo consiste en la presentación de peticiones por parte de personas físicas o morales, así como de organizaciones o asociaciones (con sede en la UE) respecto de las políticas de la UE que les afectan directamente¹⁶. El objetivo de las peticiones es llamar la atención del Parlamento Europeo respecto de posibles violaciones de los derechos de los ciudadanos por los Estados miembros y otras instituciones.

d. Polonia

En Polonia existe un sistema denominado “Plataforma electrónica del Servicio de Administración Pública” (conocida como ePUAP). Dicha plataforma permite la comunicación entre los ciudadanos y las unidades de administración pública en la cual se puede tramitar todos los asuntos administrativos que no requieran presencia física a través del “Perfil de confianza” (en polaco “*profil zaufany*”).

El sistema principal para consultar la información pública es la Plataforma electrónica del Servicio de Administración Pública (ePUAP) y el Perfil de confianza. En segundo lugar, las páginas de internet del Gobierno, Sejm y Senado contienen un detallado seguimiento de la información pública respecto de los trabajos legislativos, presupuestos, delegaciones parlamentarias, partidos políticos y sus miembros, resultados de las votaciones, entre otros.

Al respecto, el Parlamento polaco (compuesto por el Sejm y el Senado) tiene un grado muy alto de apertura. En el Sistema de Información del Sejm, así como en la página del Senado, se encuentra básicamente toda la información relacionada con los trabajos (tanto legislativos como administrativos, presupuestales y organizativos) relacionados con ambas cámaras.

Por otro lado, en la página web del Sejm también se puede consultar, entre otros temas, leyes aprobadas, leyes aprobadas por el Senado sin modificaciones, resoluciones aprobadas, revisión de proyectos de ley y listas estadísticas de documentos¹⁷.

15 Las herramientas del Observatorio incluyen: 1) una herramienta de búsqueda con opciones avanzadas para consultar los registros de procedimientos completos; 2) un calendario plenario para buscar información sobre las sesiones parciales pasadas, presentes y futuras del Parlamento; 3) archivos de procedimiento con información detallada sobre los participantes claves y la secuencia de etapas junto con enlaces a diversos sitios adicionales; y 4) “Mi Observatorio” que permite a los usuarios personalizar la base de datos guardando resultados de sus búsquedas y, a través de la cual, se puede solicitar recibir notificaciones cuando se realicen adiciones o modificaciones a dicha información. Esta herramienta, complementada por los canales RSS disponibles, permite a los usuarios estar completamente al tanto de la evolución de los expedientes de su interés.

16 Este derecho deriva del artículo 227 del Tratado sobre el Funcionamiento de la UE.

17 Por ejemplo, el listado de proyectos de la ley en el Sejm, el listado temático de los proyectos de ley, el listado de proyectos de la ley que implementan legislación de la Unión Europea, el listado de proyectos de ley para primera lectura en sesión del Sejm, el listado de proyectos presentados para primera lectura a las comisiones

e. Taiwán

En su estrategia de Parlamento Abierto, Taiwán se ha concentrado más en la parte de transparencia y datos abiertos, lo que se refleja en su limitado desarrollo de participación ciudadana (sólo peticiones) y uso de redes sociales.

La tecnología *per se* también ha sido privilegiada en el caso taiwanés al contar con una aplicación de parlamento abierto para Android y iOS que emula parte del sitio web del Yuan Legislativo, aunque esta aplicación sólo se limita a dar seguimiento a actividad legislativa y aún tiene poca interacción ciudadana.

En cuanto al uso de redes sociales por parte del ente legislativo taiwanés es sólo informativo y de difusión por lo cual no sirven de interacción directa para peticiones, consultas o participaciones directas.

El Yuan Legislativo ha sido notoriamente activo y participativo con el *Open Government Partnership (OGP)*. En este sentido, en la sesión de 2020 Taiwán hizo una declaración de que en su programa de Gobierno y Parlamento Abierto tendría como uno de sus ejes el “trabajar con la sociedad civil para explorar las diversas posibilidades de abrir el gobierno...”¹⁸. Todo parece indicar que es un interés primordial de Taiwán diseñar e implementar su estrategia de *Parlamento Abierto Digital* conforme con los estándares y mejores prácticas del OGP, por lo cual se verá beneficiado de la experiencia y escrutinio internacional.

f. México (Congreso de la Unión)

El Congreso de la Unión Mexicano se encuentra en un proceso de modernización y tránsito hacia lo digital, en el que la pandemia ha sido un catalizador; sin embargo, aún se encuentra muy distante operar en un entorno totalmente digital. Ambas Cámaras del Congreso tienen avances en esta materia, pero también áreas de oportunidad.

parlamentarias, el listado de informes no examinados por el Sejm sobre proyectos de ley, el listado de proyectos de ley aprobados por el Sejm que implementan legislación de la Unión Europea, el listados de resoluciones del Senado sobre asuntos que no se han cerrado definitivamente, el listado de informes no examinados por el Sejm sobre posiciones del Senado, el listado de solicitudes del Presidente para que se reconsidere el proyecto de ley, el listado de leyes rechazadas, el listado de proyectos de leyes retiradas o rechazadas, el listado de proyectos de ley en el Sejm, el listado de proyectos de decreto dirigidos al Sejm para primera lectura, el listado de proyectos de decreto enviados a primera lectura en sesión de la comisión, el listado de informes pendientes o no examinados por el Sejm sobre los proyectos de la ley, el listado de proyectos decisiones/resoluciones retiradas, rechazadas u obsoletas, el listado de documentos no relacionados con proyectos de ley que deben ser discutidos por el Sejm y el listado de documentos no relacionados con proyectos de ley que fueron examinados por el Sejm. (<https://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/ProcLegWykazy.xsp>, última consulta 26/09/2021).

- 18 Claire Cheng, *Taiwan Takes Actions on “Open Government” and “Open Parliament” and Launches the 1st OGP Action Plan Co-Developed with Civil Society Representatives*. Disponible en: https://lab.ocf.tw/2021/06/20/ogp_taiwan-en/

Dentro de este proceso de modernización, podemos encontrar que la Cámara de Diputados no solo se previó un Reglamento *ad hoc* para la contingencia sanitaria por COVID-19,¹⁹ sino que desde el año 2020 se aprobaron Lineamientos específicos en materia de Parlamento Abierto a través de una Comisión especializada en la materia.²⁰

Por otro lado, tanto en el Senado como en la Cámara de Diputados se practican parlamentos abiertos en línea para la creación de leyes; no obstante, se advierte que esto no es la regla general, sino que son algunos casos mediante una definición previamente tomada en las comisiones legislativas.²¹

En el caso de la Cámara de Diputados, a raíz de la implementación del Parlamento Digital y de la reingeniería a su sitio web y POT se creó un portal ciudadano cuya finalidad es que la ciudadanía pueda conocer y entender el quehacer legislativo. Se han realizado reuniones virtuales para el intercambio de información y seguimiento a solicitudes por medios digitales.²² No obstante, el portal carece de herramientas de interacción ciudadana con la actividad legislativa.

g. Congreso de la Ciudad de México

El poder legislativo del Congreso de la Ciudad de México es en esencia una réplica del modelo federal. En la Ciudad de México el Poder Legislativo, dentro de su marco normativo establece que el Congreso de la Ciudad de México se debe de regir en un principio de parlamento abierto²³, así mismo se establecen mecanismo para la realización de sesiones virtuales, y la ejecución de las obligaciones de transparencia que emanan de la Ley, mismas que se publican en la Plataforma oficial del Congreso de la Ciudad de México y la Plataforma Nacional de Transparencia.

4. REPRESENTACIONES NUMÉRICAS Y GRÁFICAS SOBRE LOS RESULTADOS DE LOS INDICADORES SOBRE *PARLAMENTO ABIERTO DIGITAL*

En este apartado se reflejarán los resultados obtenidos por cada indicador particular de conformidad con el indicador general sobre el grado de desarrollo de *Parlamento Abierto Digital* por cada país o entidad analizada.

19 http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/marjur/marco/Reg_CDSCS_LXV_030921.pdf

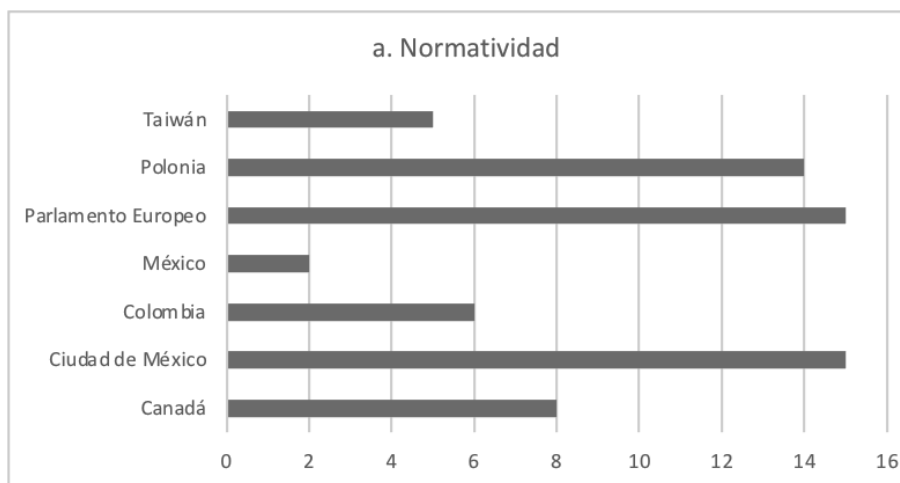
20 <http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/64/2020/feb/20200220-VII.pdf>

21 Por ejemplo, el 24 de noviembre del 2020 en Twitter, se transmitió el parlamento abierto para y por el Poder Judicial.

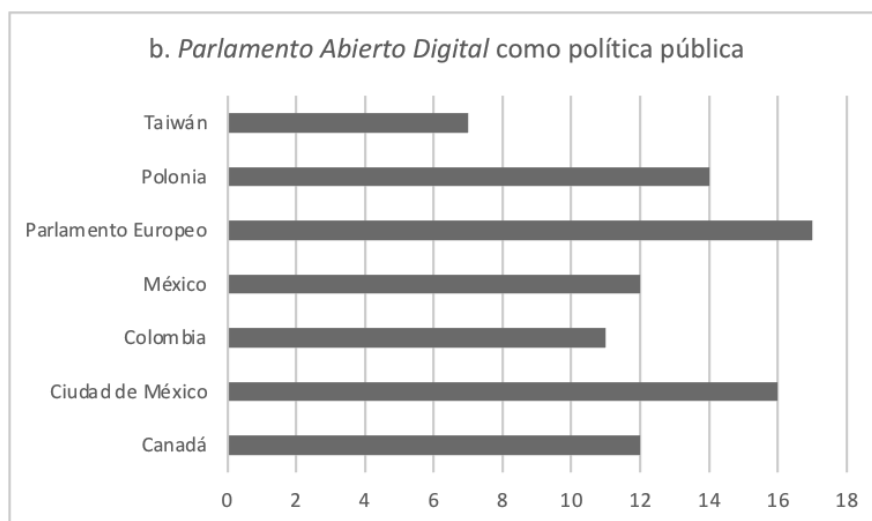
22 <https://portalciudadano.com.mx>

23 Artículo 1 de la Ley Orgánica del Congreso de la Ciudad de México.

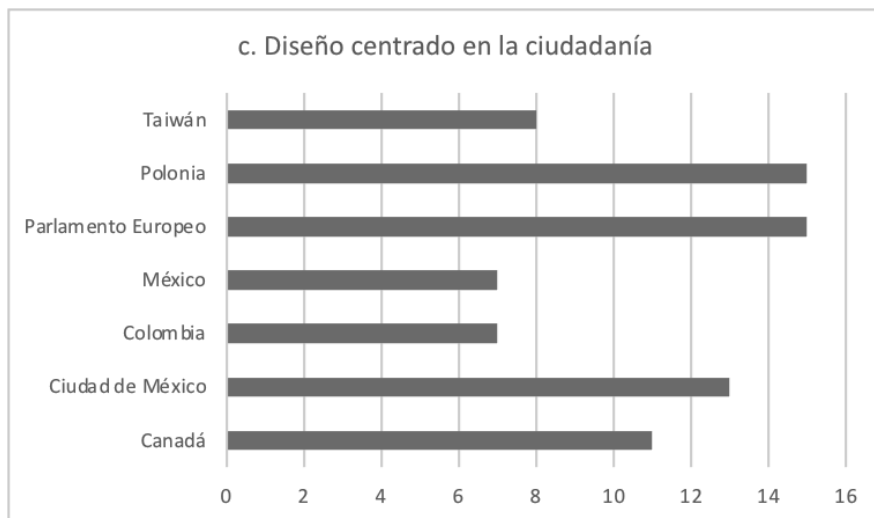
a. Normatividad	1. Cuerpo normativo que prevé el PAD	2. Aspectos operativos de materialidad del PAD	3. Naturaleza de los actos parlamentarios en donde se aplica el PAD	
País o entidad	Valor	Valor	Valor	Valor general por indicador
Canadá	1	5	2	8
Ciudad de México	3	7	5	15
Colombia	1	0	5	6
México	0	0	2	2
Parlamento Europeo	3	7	5	15
Polonia	2	7	5	14
Taiwán	2	2	1	5



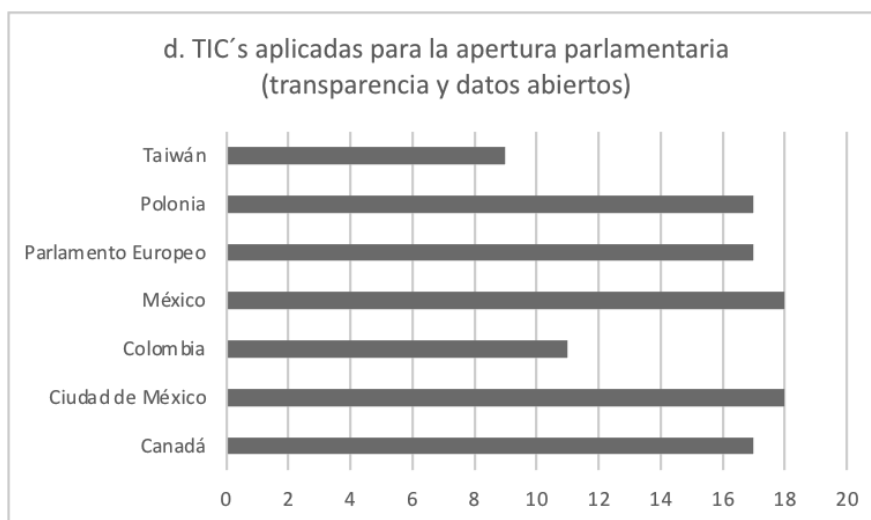
b. Parlamento Abierto Digital como política pública	1. Espacio virtual donde se desarrolla la participación del PAD	2. Características del espacio virtual donde se desarrolla la participación del PAD	3. Nivel de desarrollo virtual del PAD	
País o entidad	Valor	Valor	Valor	Valor general por indicador
Canadá	4	5	3	12
Ciudad de México	5	8	3	16
Colombia	2	5	4	11
México	5	4	3	12
Parlamento Europeo	5	8	4	17
Polonia	2	8	4	14
Taiwán	3	1	3	7



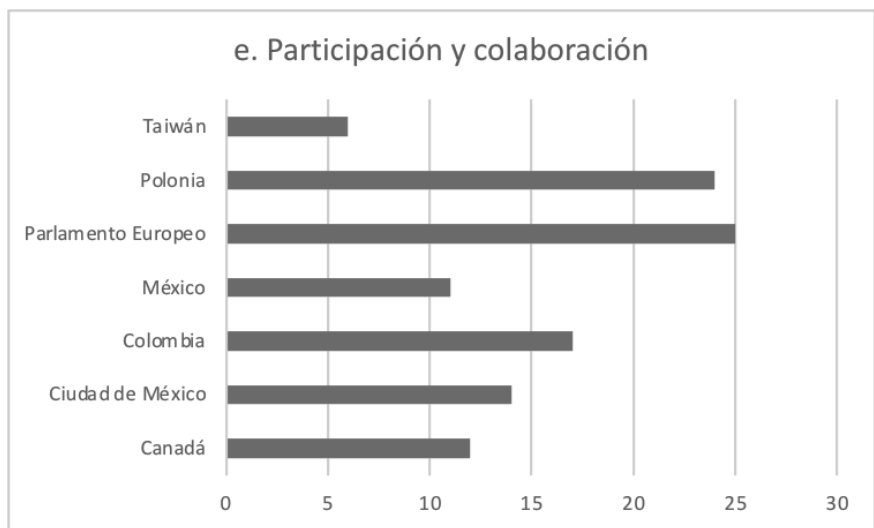
c. Diseño centrado en la ciudadanía	1. Operatividad general	2. Identificación y seguridad en el acceso a servicios en línea	3. Accesibilidad en el proceso para presentar promociones	
País o entidad	Valor	Valor	Valor	Valor general por indicador
Canadá	7	2	2	11
Ciudad de México	9	1	3	13
Colombia	2	5	0	7
México	3	1	3	7
Parlamento Europeo	8	4	3	15
Polonia	7	5	3	15
Taiwán	6	1	1	8



d. TIC's aplicadas para la apertura parlamentaria (transparencia y datos abiertos)	1. Operatividad general	2. Nivel de accesibilidad de información legislativa	
País o entidad	Valor	Valor	Valor general por indicador
Canadá	14	3	17
Ciudad de México	15	3	18
Colombia	10	1	11
México	14	4	18
Parlamento Europeo	12	5	17
Polonia	12	5	17
Taiwán	7	2	9



e. Participación y colaboración	1. Operatividad general	2. Regulación de mecanismos de participación a través de redes sociales	3. Realización de redes sociales	4. Interacción con la ciudadanía a través de redes sociales	5. Realización de parlamentos abiertos digitales	
País o entidad	Valor	Valor	Valor	Valor	Valor	Valor general por indicador
Canadá	5	0	2	2	3	12
Ciudad de México	6	0	3	3	2	14
Colombia	5	0	4	4	4	17
México	4	1	2	2	2	11
Parlamento Europeo	6	5	5	4	5	25
Polonia	5	5	5	5	4	24
Taiwán	3	0	1	1	1	6



5. CONCLUSIONES A MANERA DE RECOMENDACIÓN

a. Regulación de principios, reglas y prácticas para implementar un verdadero y más eficaz *Parlamento Abierto Digital*

Desde el punto de vista nuestra investigación, una oportunidad para implementar un verdadero *Parlamento Abierto Digital* sería establecer en la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos ciertas, reglas y principios como las siguientes:

- Un párrafo nuevo en el artículo 4 de dicha ley en donde se establezca la noción del *Parlamento Abierto Digital*, además de que se implementará bajo los principios de pluralidad, transparencia y máxima publicidad.
- Un último párrafo al artículo 27 del Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos a fin de implementar la noción de parlamento abierto definiendo en dicho numeral los conceptos de pluralidad, transparencia y máxima publicidad.

Consideramos que incluir estos principios guías podrán ayudar a establecer una mejor implementación de políticas públicas en torno a un *Parlamento Abierto Digital*.

b. Implementar la herramienta *ParticiPAD*

La herramienta digital *ParticiPAD* consiste en una plataforma virtual a través de una página de internet y una aplicación digital que permita tener las diversas funciones de un *Parlamento Abierto Digital*. Dicha herramienta permitirá tanto acceder a información y establecer una plataforma de datos abiertos.

De esta forma, no solo se accederá más fácil a información básica en cualquier democracia debe poseer tales como asistencias y votaciones de legisladoras y legisladores, sino también de grupos parlamentarios, e incluso, con el graficador se podrá procesar esa información que al final podrá generar una gráfica que explique esos datos. Ello detonará una forma más amigable de obtener información que permita evaluar el desempeño legislativo.

De esta forma, resultará de particular interés para la academia, la investigación o el periodismo, pues ofrece las posibilidades de generar información procesada confiable.

c. Esfuerzo institucional no individual

Se pudo observar durante la realización del trabajo que los esfuerzos de parlamento abierto se deben más bien a una intención individual de ciertos parlamentarios que a un eje de acción del poder legislativo en su conjunto. Desde nuestro punto de vista, debe ser algo institucional que involucre a ambas Cámaras y por tanto al Congreso

General el cual podría marcar tendencia para que las legislaturas locales sigan el mismo camino. De ahí que propongamos que se incluya a nivel legislativo el concepto de *Parlamento Abierto Digital*.

d. Desarrollar un Plan de Acción sobre PAD

Sería conveniente desarrollar un Plan de Acción de *Parlamento Abierto Digital*. Ello, siguiendo el ejemplo de ParlAméricas, quienes, en su momento, desarrollaron un Plan de Acción de Parlamento Abierto²⁴, el cual consistió en un “mecanismo a través del cual una legislatura se compromete a promover la apertura y fortalecer su función de representación y control político en colaboración con la sociedad civil”.²⁵

Cabe señalar que una vez estudiado el PAD a nivel local²⁶, se puede señalar que el citado Plan de Acción, el cual se compone de una serie de fases o pasos²⁷, puede también ser desarrollado por cada una de las entidades federativas, ya sea a través de un “Plan Marco”, creado por el Congreso de la Unión y, a través de esa guía, desarrollar –de acuerdo con las particularidades de cada Estado– su propio Plan de Acción de *Parlamento Abierto Digital*.

e. Llevar el PAD a la legislación

A lo largo del presente estudio pudimos observar que, en el caso mexicano, no se ha incorporado el PAD a ningún cuerpo normativo del sistema jurídico; esto es, no se ha considerado en algunos lineamientos, reglamentos, leyes y, mucho menos, en la Constitución.

En este sentido, sería de la mayor relevancia que se incorporara el PAD a la normatividad, a efecto de tener un orden y un sustento jurídico que le brinde previsibilidad a los actos que puedan emanar de los parlamentos digitales.

Asimismo, sería conveniente que el PAD se encuentre previsto en cuerpos normativos del mayor rango posible, esto haría que los parlamentos digitales gozaran una mayor

24 <https://www.parlamericas.org/es/about/mission-and-vision.aspx>

25 *Ibidem.* p. 3.

26 En el presente estudio, se analizó el *Parlamento Abierto Digital (PAD)* en el Congreso de la Ciudad de México.

27 Los pasos principales para este plan, son: 1. Construir voluntad política; 2. Crear o identificar un órgano parlamentario para liderar el proceso; 3. Reflexionar: ¿Cuál proceso de parlamento abierto es apropiado para su legislatura?; 4. Seleccionar un punto de coordinación del parlamento para todos los asuntos de parlamento abierto; 5. Identificar un proceso para determinar la participación de la sociedad civil; 6. Desarrollar el proceso de cocreación con la sociedad civil; 7. Cocrear el Plan de Acción de Parlamento Abierto; 8. Adoptar e implementar el Plan de Acción de Parlamento Abierto; 9. Monitorear el avance y evaluar el éxito; y 10. Repetir el ciclo, comenzando en el paso 6. *Ibidem.* p. 6 y 7.

estabilidad, ello debido a que, por ejemplo, para modificar la Constitución se requiere poner en marcha un procedimiento rígido que implica una mayoría calificada.

f. Poner a disposición formatos de lectura fácil y para personas con discapacidad.

Sería conveniente que el Congreso de la Unión pusiera a disposición de las personas que consulten sus fuentes digitales, un formato totalmente accesible para todo tipo de público.

En este sentido, se deben contemplar que se implementen sistemas para permitir que personas con alguna discapacidad, pudieran tener fácil acceso a la información alojada en sus páginas y con ello, eliminar cualquier barrera estructural digital que les impida el rápido y fácil acceso a la información.

Asimismo, se debe contemplar que la información ahí contenida también debe de ser accesible para personas indígenas con lenguas distintas al español.

g. Incorporar los PAD para todo tipo de funciones del Congreso

Es conveniente que los PAD se incorporen para todas las funciones que el Congreso de la Unión puede ejercer; entre ellas: legislativa, administrativa, de control, presupuestaria, jurisdiccional y de diplomacia parlamentaria.

Específicamente, en el ámbito legislativo, pudimos observar en el presente trabajo de investigación que, en el caso de nombramientos, no se ha desarrollado un PAD a efecto de incorporar la participación digital de la ciudadanía, siendo un área de oportunidad en aras de consolidar un paso hacia la digitalidad de la democracia.

6. FUENTES

a. Libros

“Plenary Assembly 2016 by Parl Americas”. En línea: <https://prezi.com/wd-sgtgolte1/plenary-assembly-2016/>. Consultado el 9 de octubre de 2021.

“Sobre nosotros”, en *JusticiaTV*. En línea: <http://justiciatv.mx/sobre-nosotros>. Consultado el 9 de octubre de 2021.

“The Network ‘Laws’”. En línea: <https://guides.co/g/the-network-effects-bible/121725>. Consultado el 1 de octubre de 2021.

Abhyankar, Shoma, “Addressing India’s Slums”, *MIT Technology Review*, mayo-junio, 2021, p. 25.

Anderson, Leland I. (ed.), *Nikola Tesla on his work with alternating currents and their application to wireless telegraphy, telephony, and transmission of power*, Breckenridge, Colorado, Twenty First Century Books, 2002.

Arroyo Alba, Francisco, *Hacia una nueva Constitución*, México, La Impresora Veracruz, 1950.

- Biser, Margaret, "The Fireside Chats: Roosevelt's radio talks", *The White House Historical Association*, 19 de agosto de 2016. En línea: <https://www.whitehousehistory.org/the-fireside-chats-roosevelts-radio-talks>. Consultado el 27 de septiembre de 2021.
- Capanna, Pablo, *Maquinaciones. El otro lado de la tecnología*, Buenos Aires, Paidós, 2011.
- Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico, 2007. En línea: <http://old.clad.org/documentos/declaraciones/cartagobelec.pdf>. Consultado el 9 de octubre de 2021.
- Delli Carpini, Michael X., "Radio's Political Past", *Media Studies Journal*, verano, 1993. En línea: https://repository.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1022&content=asc_papers. Consultado el 27 de septiembre de 2021.
- Elisur Arteaga Nava en *Derecho Constitucional. Oxford. 4 Ed, 2003 P 644*.
- Gallo, Rubén, *Mexican Modernity. The avant-garde and the technological revolution*, Cambridge, Londres, The MIT Press, 2005.
- Gernsback, Hugo, *Radio-Cracy & Mini Radio Craft*, Marana, Arizona, Poptronix, 2021.
- Gunderman, Richard, "100 years ago, the first commercial radio broadcast announced the results of the 1920 election –politics would never be the same", *The Conversation*, 30 de octubre de 2020. En línea: <https://theconversation.com/100-years-agi-the-first-commercial-radio-broadcast-announced-the-results-of-the-1920-election-politics-would-never-be-the-same-148143>. Consultado el 27 de septiembre de 2021.
- Hendy, David, "Broadcasting Parliament", *History of the BBC*. En línea: <https://www.bbc.com/historyofthebbc/100-voices/elections/broadcasting-parliament/>. Consultado el 8 de octubre de 2021.
- Huxley, Aldous, *Un mundo feliz / Retorno a un mundo feliz*, México, Editorial Porrúa, 1991.
- Informe Mundial de 2018 sobre el Parlamento Electrónico*, París, Unión Interparlamentaria, 2018. En línea: <https://www.ipu.org/file/5921/download>. Consultado el 8 de octubre de 2021.
- Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI) e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ, UNAM), *Observatorio de Transparencia Legislativa y Parlamento Abierto*, México, INAI e IIJ, 2019. En línea: <https://inai.janium.net/janium/Documentos/ObservatorioTLPA.pdf>. Consultado el 9 de octubre de 2021.
- Linsley, Robert, "Utopia will not be televised", *Oxford Art Journal*, vol. 17, no. 2, 1994, pp. 48-62.
- Mejía Barquera, Fernando, "Historia mínima de la radio mexicana (1920-1996)", *Revista de Comunicación y Cultura*, marzo-mayo, 2007. En línea: https://mexico.mom-rsf.org/uploads/tx_lfrogmom/documents/16-1329_import.pdf. Consultado el 4 de octubre de 2021.
- Miller, Jonathan, *McLuhan*, Barcelona, Ediciones Grijalbo, 1972.
- Mumford, Lewis, *Technics and Civilization*, San Diego, Nueva York, Londres, Harcourt Brace, 1963.
- Opaliński, Bartłomiej, "Dostęp do informacji publicznej w prawie międzynarodowym i prawie Unii Europejskiej", en Szustakiewicz, Przemysław (coord.), *Dostęp do informacji publicznej*, Varsovia, C.H. Beck, 2019, p. 7.
- Postrel, Virginia, "The futuristic glamour of centralized control... and radios that won't become obsolete", *Deep Glamour*, 10 de octubre de 2012. En línea: <https://vpostrel.com/deep-gla>

mour/the-futuristic-glamour-of-centralized-control-and-radios-that-wont-become-obsolete. Consultado el 27 de septiembre de 2021.

Puente, Khemvirg, *México: éde la opacidad legislativa al parlamento abierto?* (2014) UNAM. México.

Scott, Jason (dir.), *BBS: The Documentary*, Nicole Sparks, 2005, DVD.

Tesla, Nikola, "The wonder world to be created by electricity", *Manufacturer's Record*, 9 de septiembre, 1915. En línea: https://www.pbs.org/tesla/res_art03.html. Consultado el 30 de septiembre de 2021.

The Challenge of Broadcasting Parliamentary Proceedings, Ginebra, Inter-Parliamentary Union (IPU), European Broadcasting Union (EBU), Association of Secretaries General of Parliaments (ASGP), 2007. En línea: http://archive.ipu.org/pdf/publications/ebu_en.pdf. Consultado el 8 de octubre de 2021.

Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea.

Varios, *Hacia una Constitución de la Ciudad de México*. (2016) Senado de la República.

Velásquez García, Erik, *et al.*, *Nueva Historia General de México*, México, El Colegio de México, 2010

b. Recursos digitales

"Observatorio 2020: Avances de Justicia Abierta en línea en México" ELD / INAI, en prensa.

Administrative Procedure Act. Disponible en: <https://law.moj.gov.tw/ENG/LawClass/LawAll.aspx?pcode=A0030055>

Basada en la Parliament of Canada Act (R.S.C., 1985, c. P-1) con última enmienda del 18 de diciembre de 2019 y que da lugar a la Members By-Law (Válida desde 1 de marzo de 2021) y a las Rules of Practice and Procedure of the Board of Internal Economy (Válida con última enmienda del 1 de marzo de 2018).

Censo Nacional de Población. 2020. INEGI. Presentación de Resultados. https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/ccpv/2020/doc/Censo2020_Principales_resultados_EUM.pdf

Claire Cheng, *Taiwan Takes Actions on "Open Government" and "Open Parliament" and Launches the 1st OGP Action Plan Co-Developed with Civil Society Representatives*. Disponible en: https://lab.ocf.tw/2021/06/20/ogp_taiwan-en/

Curtin, Deirdre y Leino-Sandberg, Päivi, "Openness, Transparency and the Right of Access to Documents in the EU. In-Depth Analysis", *EUI Working Paper-Robert Schuman Centre for Advanced Studies*, vol. 63, 4 San Domenico di Fiesole 2016, p. 27. El reporte completo está disponible en https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/44204/RSCAS_2016_63.pdf?sequence=1 (última consulta 14/10/2021).

Disponible (en construcción) en: <https://www.ly.gov.tw/EngPages/List.aspx?nodeid=64>

<http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/64/2020/feb/20200220-VII.pdf>

<http://sil.gobernacion.gob.mx/portal> Este portal lo administra el Gobierno Federal por conducto de la Secretaría de Gobernación.

<http://transparencia.diputados.gob.mx/transparencia>

<http://www.diputados.gob.mx/>
<http://www.dof.gob.mx/>
<http://www5.diputados.gob.mx/index.php/esl/Comunicacion/Boletines/2021/Octubre/22/0313-Inicia-Comision-de-Presupuesto-Mesas-de-Diologo-para-analizar-el-Proyecto-de-Presupuesto-2022>
<https://apps.apple.com/es/app/cisco-webex-meetings/id298844386>
<https://apps.apple.com/mx/app/zoom-cloud-meetings/id546505307>
<https://futureu.europa.eu/?locale=en> (última consulta 11/10/2021).
https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/3/2020-10-16-1/assets/documentos/Convocatoria_14102020.pdf
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2826009
<https://play.google.com/store/apps/details?id=com.cisco.wx2.android&hl=es&gl=US>
https://play.google.com/store/apps/details?id=us.zoom.videomeetings&hl=es_MX&gl=US
<https://portalciudadano.com.mx>
<https://twitter.com/senadomexicano/status/1331267116192788480?s=20>
<https://www.canaldelcongreso.gob.mx/>
https://www.epnewshub.eu/#/?_k=htscec (última consulta 11/10/2021).
<https://www.europarl.europa.eu/at-your-service/pl/transparency> (última consulta 08/10/2021).
<https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/> (última consulta 11/10/2021).
<https://www.europarl.europa.eu/portal/es> (última consulta 08/10/2021).
<https://www.ourcommons.ca/en/participate>
<https://www.parlamentoabierto.mx/comunicado-para-la-mesa-directiva-de-la-camara-de-diputados-de-las-organizaciones-que-impulsan-el-parlamento-abierto-en-mexico/>
<https://www.parlamerica.org/es/about/members.aspx>
<https://www.senado.gob.mx/>
<https://www.youtube.com/channel/UCoeJxDc717MNVJtUsQW20Qg>
<https://www.youtube.com/watch?v=3VdYRVSBWOc> https://fb.watch/8_B-ejpGFd/.
 Protection of Public Participation Act, 2015, S.O. 2015, c. 23-Bill 52 .
 Protection of Public Participation Act, 2015, S.O. 2015, c. 23-Bill 52.
 Taiwan Open Parliament Action Plan From 2021-2024. Disponible en: https://www.ly.gov.tw/Pages/ashx/File.ashx?FilePath=~/File/Attach/207514/File_1656306.pdf

c. Solicitudes de información

Solicitud de Información pública al Senado con el número de folio: 330030321000026.

CARLOS MARÍA DE BUSTAMANTE Y EL SUPREMO PODER CONSERVADO

EUGENIA PAOLA CARMONA DÍAZ DE LEÓN¹

RESUMEN: En este trabajo se analizará la participación de Carlos María de Bustamante en el Supremo Poder Conservador, para lo cual se expone la génesis de este órgano político de control constitucional y de las Leyes Constitucionales de 1836, así como una semblanza de este personaje notable del siglo XIX mexicano.

PALABRAS CLAVE: Leyes Constitucionales de 1836, Supremo Poder Conservador, Carlos María de Bustamante, Antonio López de Santa Anna, Lucas Alamán.

ABSTRACT: In this paper I will analyze the participation of Carlos María de Bustamante in Supreme Conservative Branch (*Supremo Poder Conservador*). For the purpose of exposing the genesis from the 1836 Constitution (*Las Leyes Constitucionales*) and the importance of the *Supremo Poder Conservador* as an organ of constitutional control, as well as giving a short resume of the life from this remarkable character of Mexican History from the 19th century.

KEYWORDS: Constitution of 1836, Conservative Supreme Branch, Carlos María de Bustamante, Antonio López de Santa Anna, Lucas Alamán.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. LAS LEYES CONSTITUCIONALES DE 1836. II. EL SUPREMO PODER CONSERVADOR. III. SEMBLANZA DE CARLOS MARÍA DE BUSTAMANTE (1774-1848). IV. CONCLUSIONES. FUENTES DE CONSULTA.

INTRODUCCIÓN

Uno de los títulos más sugerentes de Gabriel García Márquez es “Vivir para contarla”, el primer tomo de su autobiografía donde relata sus primeros años y su juventud. Sin embargo, cuando pienso en esa frase, la vinculo de inmediato a Don Carlos María de Bustamante, quien vivió para narrar la historia de su época y con ello, darle rostro a la Nación que apenas levantaba la cabeza. A través de su copiosa producción editorial que incluye libros, artículos periodísticos, discursos, manifiestos, posicionamientos legislativos —Manuel Orozco y Berra, en el *Diccionario Universal de Historia y Geografía*

1 Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Investigadora del Centro de Investigación e Informática Jurídica de la Escuela Libre de Derecho. Profesora del Doctorado de la Escuela Libre de Derecho y de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. 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). Contacto: pcarmona@eld.edu.mx ecarmonad@derecho.unam.mx paolacd@yahoo.com

le atribuye 19,142 cuartillas publicadas y otro tanto de inéditas²— que fueron escritos en muchas ocasiones, como él mismo confesó “sobre los campos de batalla”³. Porque Bustamante fue, ante todo, un hombre de acción del siglo XIX, que logró combinar la pluma y la espada —al estilo de Vicente Riva Palacio—, e igual se mostró como litigante audaz en el foro, pieza clave del ejército del Generalísimo Morelos en las batallas militares, y, sobre todo, como prolijo historiador, cronista, periodista y político, al participar en diversas legislaturas —la primera fue el Congreso de Chilpancingo— o casi al final de su carrera, como integrante del Supremo Poder Conservador. Sus biógrafos han abordado este último aspecto de manera casi coyuntural, por lo que considero no se ha estudiado lo suficiente, de ahí que la intención de este artículo sea una aproximación al papel de Don Carlos en el primer órgano de control constitucional de México.

Para tal efecto, el artículo se divide en tres apartados: el primero presenta un acercamiento al origen e influencias de las Leyes Constitucionales de 1836; en el segundo se analiza desde al Supremo Poder Conservador desde la óptica del Derecho Constitucional; y en el tercero, se expone la semblanza de Don Carlos María de Bustamante, así como un examen de la defensa que hizo al órgano en el que volcó su experiencia de vida y su deseo más caro: servir con amor México.

I. LAS LEYES CONSTITUCIONALES DE 1836

Las Leyes Constitucionales de 1836 fueron producto del debate parlamentario que inició en 1830, año que establecía el artículo 166 de la Constitución Federal de 1824 para su modificación⁴ y que pervivió durante los siguientes cinco años como consecuencia la llamada *Primera Reforma* planteada por Valentín Gómez Farías⁵, así

-
- 2 Álvarez, José Rogelio (dir.), *Enciclopedia de México*. 6ª. ed., Sabeca Internacional, Estados Unidos de América, 2001, t. II, p. 1093.
 - 3 Bustamante Carlos María de, *Hay tiempos de hablar y tiempos de callar*. Joaquín Mortiz, Planeta, Conaculta, 2002, p. 43.
 - 4 “166. Las legislaturas de los Estados podrán hacer observaciones, según les parezca conveniente, sobre determinados artículos de esta constitución y de la (sic.) acta constitutiva; pero el congreso general no la tomará en consideración sino precisamente el año de 1830”. “Constitución Federal de 1824” en *Leyes Fundamentales de México (1801-1994)*. Felipe Tena Ramírez (comp.), Porrúa, México, 18ª. ed., 1994, p. 193.
 - 5 Valentín Gómez Farías juró la vicepresidencia de la república el primero de abril de 1833, en ausencia del presidente Antonio López de Santa Anna. Desde ese cargo comenzó a impulsar una serie de cambios que se presentarían en el Congreso de 1833, entre los que destacan: la malhadada “Ley del Caso” que pedía el destierro de seis años para 51 ciudadanos y para todos los que “se encuentren en el mismo caso”; la secularización de las misiones de California (17 de agosto); federalización de bienes de misioneros de Filipinas; discusión del ejercicio del real patronato (31 de agosto); Exclusión del clero en la enseñanza pública y supresión de la Universidad (leyes de 19 y 24 de octubre de 1833); derogación de la ley de 16 de mayo de 1831 que impedía al gobierno el nombramiento de canónigos (3 de noviembre); derogación de leyes que imponen coacción para el cumplimiento de votos monásticos (6 de noviembre); circular que prohibía la venta de bienes al clero secular (20 de noviembre); provisión de curatos vacantes por el gobierno, supresión de la coacción civil para el pago de diezmos (17 de diciembre). También hubo intentos del vicepresidente de debilitar al ejército, sin embargo, Santa Anna no lo permitió. A principios de 1934, los legisladores en el Congreso decretaron la ocupación de los curatos vacantes

como de la reacción de sus opositores, encabezados por Antonio López de Santa Anna y de los partidarios del Plan de Cuernavaca, así como del Plan de Orizaba⁶, cuyas adhesiones sirvieron como catarsis a la irritación social que provocaron las políticas de Gómez Farías, lo que paradójicamente generó una cierta estabilidad que permitió a finales de 1834, la celebración de elecciones, el nombramiento de Miguel Barragán como presidente interino y sobre todo, la renovación del Congreso con la clara intención de reformar la Constitución, un hecho que se desprendía en un primer momento de la comunicación del Ministro de Relaciones Francisco María Lombardo, al solicitar a los estados que cuando se eligieran representantes al Congreso General se les otorgaran facultades amplias para tal efecto⁷. Sin embargo, no había un criterio unificado entre los legisladores. El propio Carlos María de Bustamante, diputado por Oaxaca, consignó en su Diario el 5 de septiembre: “Hoy se ha decidido la cuestión comenzada a discutir ayer. Ambas cámaras se reunirán no sólo para formar la Constitución, sino para el despacho de todos los asuntos que son de las atribuciones del Senado. Votaron 19 en contra y 32 a favor, yo fui de los primeros [...]”⁸. Tanto la doble función, como la falta de reglas claras respecto a los alcances de la competencia de los legisladores han sido objeto de críticas de autores contemporáneos como Reynaldo Sordo Cedeño, por los problemas que acarreaban consigo, como la dificultad para discutir temas importantes en un breve período —entre ellos, destaca el cambio de régimen federal a central⁹-. Sin embargo, Bustamante justificó esta acción,

[...] aunque deseo el cambio del sistema como el que más, deseo que hasta el momento mismo de la publicación de la nueva Constitución seamos regidos por

y comenzaron a discutir la desamortización de bienes y el ejercicio del patronato. Gómez Farías salió del país exiliado y Santa Anna regresó a la capital el 24 de abril de 1834, justo cuando se comenzaban a discutirse las reformas al ejército, y ante la presión del presidente para revocar algunas de las reformas al clero, el Congreso suspendió sesiones. Al tratar de reanudarlas, los legisladores se dieron cuenta que Santa Anna había ordenado recoger las llaves del recinto parlamentario porque consideraba que el período legislativo había terminado. Cfr., Alamán, Lucas, *Historia de México*. Libros del Bachiller Sansón Carrasco, México, 1986. Edición Facsimilar. t. V, p. 496; Riva Palacio, Vicente, *et al.*, *México a través de los siglos*, 17.^a ed., Cumbre, E.U.A. s/a, t. VII pp. 527-528; Vázquez, Josefina Zoraida, *Dos décadas de desilusiones. En busca de una fórmula adecuada de gobierno (1832-1841)*. El Colegio de México, Instituto Mora, México, 2009, pp. 43-49.

6 . En el Plan de Cuernavaca se acusaba al Congreso de haber traicionado la confianza de los electores con las medidas reformistas de Gómez Farías y el Plan de Orizaba pretendía el cambio de sistema político. Cfr. Vázquez, Josefina Zoraida, *Dos Décadas...* pp. 44-49, 57-58. Arroyo García, Israel, *La Arquitectura del Estado Mexicano: formas de gobierno, representación política y ciudadanía, 1821-1857*. Instituto Mora, BUAP, México, 2011, pp. 134-135.

7 Cfr., Vázquez, Josefina Zoraida, *Dos Décadas...*, p. 52.

8 Bustamante, Carlos María de, *Diario Histórico de México 1822-1848*. Vázquez, Josefina Zoraida, Hernández Silva, Héctor Cuauhtémoc (eds.). El Colegio de México, CIESAS, México, 2003. Disco óptico Vol. 2 (1835-1848), sábado 5 de septiembre de 1835, p. 4.

9 Cfr., Sordo Cedeño, Reynaldo, “El Constitucionalismo Centralista en la crisis del sistema federal”, en México: Un siglo de Historia Constitucional (1808-1917). Noriega, Cecilia, Salmerón, Alicia (coords.). Suprema Corte de Justicia de la Nación, Instituto Mora, México, 2009, p. 151. México. En el mismo sentido, Arroyo García, Israel, *op. cit.*, p. 135.

reglas seguras y fijas [...] Por otra parte, yo veo miras ambiciosas en Santa Anna y en su partido, no tenemos fuerza física con qué reprimirles, sólo nos resta la moral, que consiste en las cámaras, la una es cuerpo de reserva de la otra¹⁰.

Los cuestionamientos se zanjaron con la ley publicada el 9 de septiembre en la cual se establecía que el Congreso estaba “investido por la nación de amplias facultades, aun para variar la forma de gobierno y constituirlo de nuevo”, por lo que se reunirían en una, ambas cámaras¹¹.

Por otra parte, los conflictos que se dieron con los estados de Zacatecas y Coahuila-Texas generaron un clima de desilusión del régimen federa, lo que trajo como consecuencia que se reafirmaran los cuestionamientos acerca del sistema de gobierno. Esta situación se reflejó en el Plan de Orizaba que buscaba adoptar una forma de gobierno “más análoga a [las] necesidades [de la Nación], exigencias y costumbres”¹². En el campo de las ideas, esos hechos derivaron en el enfrentamiento entre dos formas de gobierno: la república federal de la Constitución de 1824¹³ y la república unitaria que se fraguaría entre 1835 y 1837.

Esta pugna se puede rastrear en el constituyente de 1822-1823. En opinión de Josefina Zoraida Vázquez, “el republicanismo de 1823, alimentado por el liberalismo gaditano y norteamericano, se enfrentó ante la disyuntiva de optar por el federalismo como única posible respuesta al regionalismo para mantener la unidad”¹⁴. Sin embargo, el debate duro lo dieron los centralistas, ya que a pesar de las coincidencias, había quienes deseaban matizar la soberanía que se otorgaba a los estados al considerar que el federalismo terminaría por desunir lo que ya estaba unido en los hechos frente a quienes abogaban por la unidad y fortaleza de un gobierno que hiciera frente a las amenazas externas. Entre los defensores del esta última postura en el Congreso Constituyente de 1823, se pueden citar a Fray Servando Teresa de Mier, Francisco Manuel Sánchez de Tagle y al propio Carlos María de Bustamante¹⁵.

Sin embargo, el triunfo del centralismo llegaría hasta el Constituyente de 1835-1836, cuando nuevamente se discutió el sistema de gobierno y se lograron acuerdos con los federalistas moderados, lo que se ve reflejado en el establecimiento de

10 Bustamante, Carlos María de, *Diario Histórico...*, sábado 5 de septiembre de 1835, p. 4.

11 Cfr., “Ley. —Facultades del congreso general; reunión de las cámaras y modo de verificarla”, No. 1615, septiembre 9 de 1835, en Dublán, Manuel y José María Lozano, *Legislación Mexicana o Colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la independencia de la República*. Imprenta de Comercio, Dublán, Lozano e hijos, México, 1876-1912, T. III, p. 71.

12 Vázquez, Josefina Zoraida, *Dos Décadas...*, p. 57.

13 Israel Arroyo García disiente y afirma que la Constitución de 1824 tuvo fuertes rasgos confederalistas. Arroyo García, Israel, *op. cit.*, pp. 120-122.

14 Vázquez, Josefina Zoraida, “Liberales y conservadores en México: diferencias y similitudes”, en *Cuadernos americanos*, 66, Vol. 6, México, 1997, p. 163.

15 Sordo Cedeño, Reynaldo, “El constitucionalismo centralista...”, p. 136.

[una] república central, pero dentro de un esquema liberal que mantuvo la separación de poderes, representación ciudadana, definió los ‘derechos de los mexicanos’ e insistió en la necesidad de abolir el tribunal militar para igualar la ley [...] la intolerancia religiosa se mantuvo [...] ante la convicción de que la única liga real que unía a los mexicanos era la religión [...]»¹⁶.

Es importante mencionar la coyuntura que favoreció a los políticos centralistas para que la Constitución pudiera discutirse y aprobarse en esos términos, la cual puede resumirse en tres puntos: i) Una relativa estabilidad política derivada de la ausencia de Santa Anna que se retiró en enero de 1835 a Manga de Clavo, lo que trajo como consecuencia la elección, primero del presidente interino Miguel Barragán y a su fallecimiento, del presidente José Justo Corro; ii) La incapacidad de los liberales radicales para organizarse después del destierro de Valentín Gómez Farías y su distanciamiento con los liberales moderados; iii) El levantamiento de Texas que impidió la injerencia de Santa Anna en la redacción de las Leyes Constitucionales y lo alejó durante un tiempo de la escena política en razón de su derrota¹⁷.

En efecto, el 5 de octubre de 1835 comenzó la discusión en lo general del proyecto de Bases Constitucionales, las cuales fueron aprobadas en lo general al día siguiente¹⁸. Con este acto inició la discusión en lo particular de los artículos que contenían conceptos como soberanía, división de poderes, sistema centralista¹⁹, derechos fundamentales, sistema central, división del territorio en departamentos, hacienda pública y que darían contenido a la Carta Magna de 1836.

Así, el 25 de octubre comenzó la discusión de la *Primera* de las Leyes Constitucionales²⁰. Una de las razones de su importancia radica en que técnicamente fue el primer catálogo sistemático derechos y obligaciones de los mexicanos contenido en una ley fundamental. Entre estas últimas destaca la profesión de la religión católica (la religión de la patria), la observancia del marco constitucional y legal, la obediencia a las autoridades, la cooperación para los gastos del Estado y la defensa del país. Asimismo, los derechos comprendían las formalidades esenciales del procedimiento, el derecho

16 Vázquez, Josefina Zoraida, “Liberales y conservadores...” p. 166.

17 Cfr., Sordo Cerdeño, Reynaldo, “El grupo centralista y la Constitución de las Siete Leyes, 1835-1837”, en *México y sus Constituciones*. Galeana, Patricia (comp.). 2ª. ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2003, pp. 99-100.

18 La legitimidad de este documento se asentaba en más de 400 actas recibidas y aprobadas en el Congreso para la designación de los congresistas participantes en ella. No obstante que el proyecto se aprobó en lo general el 6 de octubre, la minuta del decreto de Bases Constitucionales fue leída y aprobada hasta el 22 de octubre y el documento final se publicó el 15 de diciembre del mismo año. Cfr., Bustamante, Carlos María de, *Diario Histórico...*, martes 6 y jueves 22 de octubre de 1835, pp. 10, 32; Tena Ramírez, Felipe, *op. cit.*, p. 202.

19 A decir de Don Carlos María de Bustamante, José María Tornel impugnó el artículo tercero y Mariano Chico presentó una adición para especificar que el gobierno sería central, pero no se admitió a discusión. El artículo fue aprobado en los términos que se publicó por 66 votos contra cuatro. Cfr., Bustamante, Carlos María de, *Diario Histórico...*, miércoles 6 y jueves 7 de octubre de 1835, pp. 12.

20 Cfr., Bustamante, Carlos María de, *Diario Histórico...*, sábado 22 de octubre de 1835, p. 34.

de propiedad, la libertad de tránsito y de imprenta; además de incluir derechos políticos a partir de la distinción clara entre mexicanos y ciudadanos, con los respectivos derechos y obligaciones de estos últimos y las causas por las cuales se podían perder ambos estatus²¹.

Sobre este último aspecto, José Luis Soberanes ha criticado el sesgo clasista que implicaban tanto los requisitos, como los derechos y las obligaciones de los ciudadanos, ya que en su opinión, los redactores eran temerosos de un gobierno popular representativo, por lo que trataron de evitarlo en la medida de lo posible y pretendieron seguir un modelo aristocrático a la manera de Burke, en el que se planteaba “un gobierno de aquellos que no sólo tiene instrucción, sino propiedades y, por tanto, algo que perder. No se trataba de restablecer un orden colonial ya extinto, ni de imitar tradiciones ajenas, como la federal estadounidense”²². Sin embargo, Josefina Zoraida Vázquez afirma que los constituyentes de 1835-1836 simpatizaban con los postulados expresados por políticos como Lorenzo de Zavala y José María Luis Mora quienes consideraban al voto censatario como “el antídoto a la demagogia”²³ y el catalizador para “fortalecer el gobierno nacional, de secularizar la educación superior y de liberalizar la economía”²⁴.

La *Tercera Ley* se concentraba en el Poder Legislativo y comenzó a discutirse el sábado 5 de marzo de 1836²⁵. Su mayor defecto consistía en la ausencia de contrapesos para ambas Cámaras y en la similitud entre las funciones de los Diputados y de los Senadores²⁶. Por otra parte, entre los aspectos que vale la pena destacar se encuentran los siguientes: i) El proceso legislativo siempre comenzaba en la Cámara de Diputados, por lo que la de Senadores era invariablemente la cámara revisora²⁷; ii) Para ser legislador, ya fuera diputado o senador, se establecían requisitos de ciudadanía, edad y propiedad²⁸; iii) La elección de los diputados era directa y popular —un diputado por cada 150,000 habitantes y por cada fracción de ochenta mil²⁹—, mientras que para elegir a los 24 senadores que compondrían la cámara, se determinó un sistema indirecto en el que intervenían la Cámara de Diputados, el gobierno en junta de ministros, la Suprema Corte y las juntas departamentales³⁰; iv) También se estableció un segundo período de sesiones a partir del 1º de julio con el propósito de examinar el presupuesto del año siguiente y la cuenta del Ministerio de Hacienda del penúltimo año³¹. En opinión de Reynaldo Sordo Cedeño

21 Cfr. Artículos 1-15 de la Primera Ley en Tena Ramírez Felipe, *op. cit.*, pp. 205-206.

22 Soberanes Fernández, José Luis, “El pensamiento conservador en el nacimiento de la Nación Mexicana”, en *Revista Mexicana de Historia del Derecho*. 2ª. ép., Vol. XXVI, México, 2012, p. 93.

23 Vázquez, Josefina Zoraida, “Liberales y conservadores...” p. 165.

24 *Idem*.

25 Cfr., Bustamante, Carlos María de, *Diario Histórico...*, sábado 5 de marzo de 1836, p. 7.

26 Cfr. Sordo Cedeño, Reynaldo, “El constitucionalismo centralista...” p. 156.

27 Cfr. Artículo 25 de la Tercera Ley en Tena Ramírez Felipe, *op. cit.*, pp. 216-217.

28 Cfr. Artículos 6 y 12 de la Tercera Ley en *ibidem*, pp. 213-214.

29 Cfr. Artículo 2 de la Tercera Ley en *ibidem*, p. 212.

30 Cfr. Artículo 8 de la Tercera Ley en *ibidem*, pp. 213-214.

31 Cfr. Artículo 14 de la Tercera Ley en *ibidem*., p. 215.

“[...] la experiencia de los once años de federalismo estaba presente: los centralistas pensaban sistematizar la hacienda pública, centralizar las rentas y organizar de mejor forma los recursos del gobierno para su mejor aprovechamiento”³²

En la *Cuarta Ley* se contempló la organización del Poder Ejecutivo, que recaía en un Presidente de la República³³ al que se le confería más poder que el prescrito en la Constitución Federal de 1824, pero con límites que se esperaban suficientes para impedir el exceso en sus atribuciones³⁴. La discusión de esta *Ley* comenzó el viernes 6 de mayo de 1836³⁵ y entre los aspectos más relevantes que contiene, se pueden mencionar la eliminación de la vicepresidencia, así como el aumento del período presidencial de cuatro a ocho años³⁶. Pero al igual que en el caso de los miembros del Senado, el presidente se elegía de manera indirecta mediante un procedimiento en el que intervenirían el presidente en funciones, además de los integrantes del Consejo de Gobierno y de ministros, del Senado, de la Suprema Corte, así como de las juntas departamentales³⁷. Por otra parte, se elevaban los requisitos para ocupar el cargo debido a la edad, el capital y haber ocupado puestos civiles o militares de importancia³⁸.

Asimismo, destaca la introducción al texto constitucional de dos instituciones que se mencionaron en el párrafo anterior: la primera fue el Consejo de Gobierno, que estaba integrado por trece miembros que cumplían con funciones consultivas y de aprobación de los actos del presidente³⁹. El objetivo de este órgano era constituirse como un contrapeso que moderara las acciones del Ejecutivo y de esta manera, evitar los excesos en los que habían incurrido Gómez Farías y Santa Anna⁴⁰. Un punto que es importante mencionar, radicaba en la facultad del presidente del Consejo para suplir al presidente de la República en caso de faltas temporales⁴¹.

La segunda figura fue la Junta de Ministros, integrada por cuatro ministros nombrados exclusivamente por el titular del Ejecutivo: del Interior, de Relaciones exteriores, de Hacienda, así como de Guerra y Marina⁴², quienes podían decidir conjuntamente con el presidente de la República los asuntos graves del gobierno, lo que no era óbice para que éste tomara la decisión final⁴³. Para David Pantoja Morán, con este órgano

32 Cfr. Sordo Cedeño, Reynaldo, “El constitucionalismo centralista...”, p. 157.

33 A diferencia de la Constitución Federal de 1824 que lo denominaba «Presidente de los Estados Unidos Mexicanos». Cfr., Artículo 74 de la Constitución Federal de 1824 en Tena Ramírez Felipe, *op. cit.*, p. 179.

34 Se señalaban 34 atribuciones y 10 restricciones. Cfr. Artículos 17 y 18 de la Cuarta Ley en *ibidem*, pp. 225-228.

35 Cfr. Bustamante, Carlos María de, *Diario Histórico...*, viernes 6 de mayo de 1836, p. 4.

36 Cfr. Artículo primero de la Cuarta Ley en Tena Ramírez Felipe, *op. cit.*, p. 222.

37 Cfr. Artículo 2º. de la Cuarta Ley en *ibidem*, pp. 222-223.

38 Cfr. Artículo 14 de la Cuarta Ley en *ibidem*, pp. 224-225.

39 Cfr. Artículo 25 de la Cuarta Ley en *ibidem*, p. 229.

40 Cfr. Sordo Cedeño, Reynaldo, “El constitucionalismo centralista...”, p. 159.

41 Cfr. Artículo 8º. de la Cuarta Ley en Tena Ramírez Felipe, *op. cit.*, p. 223.

42 Cfr. Artículos 28 y 29 de la Cuarta Ley en *ibidem*, p. 229-230.

43 Cfr. Artículo 30 de la Cuarta Ley en *ibidem*, p. 230.

se introdujo la práctica parlamentaria del gabinete, aunque por las características del diseño del Poder Ejecutivo no se puede hablar de parlamentarismo⁴⁴.

El proyecto de la *Quinta Ley* se comenzó a discutir el miércoles 19 de agosto de 1836⁴⁵. En él se contemplaba la estructura del Poder Judicial, compuesto por la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores de los Departamentos, los de Hacienda y los juzgados de primera instancia. En el articulado se preveía la estructura y las funciones de cada uno de estos órganos, así como la forma para elegir a sus integrantes, en cuyos requisitos se encontraban los consabidos de edad, ciudadanía, agregando la obligación de ser letrado con diez años de experiencia, pero se les eximía de la renta anual, y se añadían excepciones a la calidad de mexicano por nacimiento⁴⁶. En particular, en el caso de la Corte Suprema, de entre sus 22 atribuciones, destacan las relacionadas a las causas de responsabilidad en la que incurrían los altos servidores públicos o sobre los asuntos civiles y penales en los que estuvieran involucrados⁴⁷.

Entre las novedades que contenía esta *Quinta Ley*, se encontraba la facultad de la Corte Suprema para erigirse en corte marcial —en asociación con oficiales generales— y con ello, conocer de los negocios y causas del fuero de guerra, aunque con una particularidad, ya que solamente los ministros militares decidirían en las causas criminales puramente militares mientras que en los negocios civiles solo conocerían y decidirían los ministros civiles⁴⁸. En el mismo tenor de ideas, la Quinta Ley contenía el apartado «Prevenciones generales sobre la administración de justicia en lo civil y en lo criminal» relativo a disposiciones comunes en torno cuestiones como la existencia exclusiva de los fueros eclesiástico y militar⁴⁹, la duración vitalicia de los integrantes del Poder Judicial y su responsabilidad en caso negligencia en su actuación o por la comisión de algún ilícito⁵⁰, así como los preceptos relativos a prisión de las personas que cometieren algún delito⁵¹.

El 17 de noviembre de 1836 comenzó la discusión de la Sexta Ley, sin duda la más debatida al contener las modificaciones a la forma de gobierno, y que en palabras del Diputado Carlos María de Bustamante “[...] será la manzana de la discordia y motivo o pretexto de revoluciones. Yo así lo he anunciado al Congreso, sobre todo si se reserva al futuro Congreso hacer la división [...]”⁵². En efecto, el Constituyente determinó la segmentación del territorio de la República en Departamentos, los cuales a su vez se subdividían en distritos y éstos en partidos⁵³. Los Departamentos estarían encabeza-

44 Cfr. Pantoja Morán, David, *El Supremo Poder Conservador. El diseño institucional en las primeras constituciones mexicanas*. El Colegio de México, El Colegio de Michoacán, México, 2005, p. 178.

45 Cfr. Bustamante, Carlos María de, *Diario Histórico...*, miércoles 10 de agosto de 1836, p. 11.

46 Cfr. Artículo 4 de la Quinta Ley en Tena Ramírez Felipe, *op. cit.*, p. 231.

47 Cfr. Artículo 12 de la Quinta Ley en *ibidem*, p. 232.

48 Cfr. Artículo 13 de la Quinta Ley en *ibidem*, p. 234.

49 Cfr. Artículo 30 de la Quinta Ley en *ibidem*, p. 237.

50 Cfr. Artículos 36-38 de la Quinta Ley en *idem*.

51 Cfr. Artículos 41-50 de la Quinta Ley en *ibidem*, pp. 237-338.

52 Cfr. Bustamante, Carlos María de, *Diario Histórico...*, miércoles 10 de agosto de 1836, p. 11.

53 Cfr. Artículo 1º. de la Sexta Ley en Tena Ramírez Felipe, *op. cit.*, p. 239.

dos por un gobernador con funciones ejecutivas, quien sería nombrado de manera indirecta por el gobierno general, a propuesta de las Juntas Departamentales⁵⁴, órganos locales de carácter legislativo y consultivo, cuyos integrantes eran designados por los mismos electores que nombraban a los diputados, es decir, se elegían de manera directa⁵⁵. Un aspecto que vale la pena destacar es el relativo al papel político que ejercían estos órganos en la elección del presidente de la República, de los miembros del Supremo Poder Conservador y de las Cortes Suprema de Justicia y Marcial, así como en la propuesta de nombramiento de los gobernadores de su respectivo departamento⁵⁶.

Respecto al régimen unitario planteado al interior de los departamentos, se puede mencionar que en cada cabecera de Distrito habría un prefecto nombrado por el gobernador, cuyas funciones serían las de velar por el orden público, el cumplimiento de las órdenes de los gobiernos de los departamentos y de las obligaciones de los ayuntamientos, particularmente de la policía⁵⁷. En el mismo tenor, se presenta la figura de los subprefectos, con funciones equivalentes a los prefectos de distrito, pero en el ámbito del partido⁵⁸. Asimismo, cabe señalar que se retomó la figura del ayuntamiento para los puertos con una población mínima de 4000 personas, los pueblos de más de ocho mil, así como para los lugares en los que con anterioridad a 1808 existía dicha institución cuyo gobierno estaría a cargo de alcaldes, síndicos y regidores, mientras que para las poblaciones más reducidas se designaba a un juez de paz⁵⁹. En opinión de Reynaldo Sordo Cedeño,

Con esta organización uniforme para todo el país, el constituyente pensaba que se cumpliría con el proyecto de sistema mixto, que desde 1823 los centralistas habían defendido: un sistema que contara con las ventajas de un centro de acción y de unidad, dejando a cada Departamento la independencia necesaria para la promoción de su bienestar⁶⁰.

Por su parte, Josefina Zoraida Vázquez consideró que, a pesar de lo efímero, “hubo un acuerdo auténtico a favor del centralismo ya que, entre los cambios introducidos por las Siete Leyes, como se le llamó a la nueva Constitución, se tocaba la representación municipal, que era la institución más cercana a los habitantes”⁶¹.

Por último, la séptima y última Ley establecía en una disposición similar al artículo 166 de la Constitución Federal de 1824, que durante seis años no se podría alterar el contenido de las Leyes Constitucionales, así como el procedimiento para su reforma⁶².

54 Cfr. Artículo 4 de la Sexta Ley en *idem*.

55 Cfr. Artículos 2 de la Tercera Ley y 9 de la Sexta Ley en *ibidem*, pp. 212, 240.

56 Cfr. Artículo 14 de la Sexta Ley en *ibidem*, pp. 240-241.

57 Cfr. Artículo 18 de la Sexta Ley en *ibidem*, pp. 242-243.

58 Cfr. Artículo 21 de la Sexta Ley en *ibidem*, pp. 243.

59 Cfr. Artículos 22-28 de la Sexta Ley en *ibidem*, pp. 243-244.

60 Cfr., Sordo Cedeño, Reynaldo, “El constitucionalismo centralista...”, p. 159.

61 Vázquez, Josefina Zoraida, *Dos décadas de desilusiones...*, p. 58.

62 Cfr. Artículos 1-6 de la Séptima Ley en Tena Ramírez Felipe, *op. cit.*, pp. 244-245.

II. EL SUPREMO PODER CONSERVADOR

Para Alfonso Noriega Cantú, el mayor mérito del Supremo Poder Conservador fue constituirse como el primer órgano de control constitucional de la Historia de México, puesto que

[...] tuvo la misión específica de proteger la pureza de la Constitución, al tener la facultad de declarar la nulidad de una ley o decreto ‘cuando fuere contrario a artículo expreso de la Constitución’, así como también la facultad de declarar la nulidad de los actos del Poder Ejecutivo, cuando éstos fueran contrarios a la Constitución o de las Leyes; de tal manera que, aun cuando se trata evidentemente, de un sistema de conservación de la Constitución de tipo político, en rigor histórico, debemos considerar al Supremo Poder Conservador como un antecedente del juicio de amparo⁶³.

Para sondear los antecedentes de este órgano, debemos remitirnos al «Poder Neutro» de Benjamín Constant que, si bien es estimado como el precedente más reconocible, no puede considerarse el único, como lo hace notar David Pantoja Morán, quien ha ubicado tanto antecedentes extranjeros como mexicanos⁶⁴. Pero la originalidad de esta figura mexicana radica en su tinte republicano, pues tal como está planteada en la Segunda Ley Constitucional, se trata de un poder externo al ejecutivo, al legislativo y al judicial, cuyo origen se centra en la eterna desconfianza hacia el presidente de la república derivada de los abusos y excesos cometidos en quienes había recaído dicha investidura, todos ellos surgidos del régimen federal planteado en la Constitución de 1824⁶⁵. Así lo concebía el Diputado Carlos María de Bustamante, al expresar en su *Diario*, el miércoles 9 de diciembre de 1835:

Hoy se ha comenzado a discutir en lo general el proyecto de la Segunda Ley Constitucional, o del poder regulador [...] Mañana hablaré yo en favor del proyecto, y espero manifestar su necesidad y conveniencia en las actuales circunstancias, que son tan difíciles como que nos han puesto en la alternativa o de caer en las manos

63 Noriega Cantú, Alfonso, “El Supremo Poder Conservador”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 111, T. XXVIII, México, 1979, p 738.

64 Entre los foráneos, este autor identifica al Senado de la Carta concedida de Bayona, los senados de las constituciones colombianas, el Poder Moral o Areópago propuesto por Simón Bolívar para la constitución de Venezuela en 1819, el Senado Conservador de la constitución de Perú, la Cámara de Censores de las constituciones de Bolivia y Perú de 1826, el Poder Moderador de la Carta concedida brasileña de 1824, el Poder Moderador de la Carta concedida portuguesa de 1826, la Comisión Conservadora de la constitución chilena de 1833, mientras que entre los antecedentes nacionales se puede mencionar el Senado de la Constitución del Imperio o Proyecto de Organización del Poder Legislativo de Antonio José Valdés, el Senado Conservador de Toribio González, el Tribunal Conservador de Juan Wenceslao Barquera, el Senado del Plan Del Valle, el Senado del Pacto Federal del Anáhuac de Prisciliano Sánchez, el cuerpo intermediario o moderador en el voto de Victoria, y el Senado en la constitución local de Yucatán. Pantoja Morán, David, *op. cit.*, pp. vii-viii.

65 Cfr. Arroyo García, Israel, *op. cit.*, pp. 135-136.

de un dictador, o de elegir un rey, o de librar nuestra salvación en las manos de cinco mexicanos honrados⁶⁶.

Los autores que han estudiado este órgano plantean dos hipótesis para explicar su formación. Por una parte, Anne MacNeil considera que se incorporó a los otros poderes para salvaguardar el orden y los derechos individuales —seguridad y propiedad más importantes de la época, mientras que Michael Costeloe se decantó por justificar al Supremo Poder Conservador como un dique de contención de las pretensiones autócratas de Antonio López de Santa Anna —esta última postura se fundamentó en la obra de Carlos María de Bustamante⁶⁷-. Considero que ambas posiciones se complementan porque dan una idea del para qué sirve el control de la constitucionalidad y por lo tanto, que el Supremo Poder Conservador haya sido un órgano que contribuyó la observación de las leyes, para que éstas se apegaran a lo establecido en la Constitución y a que los actos del poder ejecutivo no se excedieran de los límites comprendidos en la Ley Fundamental, a partir de a través de sus declaraciones de nulidad y de sus opiniones, las cuales complementaban un diseño de pesos y contrapesos que comprendía también a otros órganos como el Consejo de Gobierno y el Gabinete de Ministros planteados en la Cuarta Ley Constitucional.

El Supremo Poder Conservador se depositaba en cinco individuos elegidos por dos años de manera indirecta a partir de un sorteo, pudiendo ser reelectos por un período adicional de igual temporalidad⁶⁸. Uno de los requisitos que se establecía para su designación era que hubieran desempeñado un alto cargo como presidente o vicepresidente de la república, legislador, secretario de despacho o ministro de la Corte Suprema⁶⁹. Asimismo, cabe señalar que se requería de la firma de al menos tres de sus integrantes para que las resoluciones de este órgano surtieran efecto⁷⁰. Y si bien la Constitución establecía que este poder solamente era responsable de sus operaciones ante Dios y la opinión pública, es importante resaltar que en caso de que sus integrantes incurrieran en responsabilidad penal, la acusación se haría ante el Congreso General, en cuyas cámaras se calificaría el caso de procedencia de la causa, la cual sería resuelta por la Corte Suprema de Justicia⁷¹. Entre las facultades más relevantes del Supremo Poder Conservador se pueden mencionar precisamente la declaración de nulidad de una ley o decreto, de los actos del Poder Ejecutivo y de la Suprema Corte de Justicia, siempre y cuando fuera excitado por alguno de los otros dos poderes, así como declarar cuál era la voluntad de la Nación en cualquier caso extraordinario en que fuera conveniente conocerla a partir de la excitativa del Poder Legislativo, previa iniciativa de los otros

66 Cfr., Bustamante, Carlos María de, *Diario Histórico...*, miércoles 9 de diciembre de 1835, p. 7.

67 En efecto, Bustamante así lo creía, lo que se ve reafirmado en las declaraciones del Supremo Poder Conservador publicadas en Dublán y Lozano y que son presentadas en el siguiente acápite. Cfr., Arroyo García, Israel, *op. cit.*, pp. 135-136.

68 Cfr., Artículos 1-10 de la Segunda Ley en Tena Ramírez, *op. cit.*, pp. 208-210.

69 Aunque se les eximía del requisito de una renta. Cfr., Artículo 11 de la Segunda Ley en *ibidem*, p. 210.

70 Cfr., Artículo 13 de la Segunda Ley en *ibidem*, p. 211.

71 Cfr., Artículos 17 y 18 de la Segunda Ley, y artículo 12 de la Quinta Ley en *ibidem*, pp. 217-218, 232.

dos poderes⁷². La Segunda Ley también prohibía la actuación unilateral del Supremo Poder Conservador y determinaba la nulidad de una declaración de esta naturaleza⁷³.

La primera vez que se introdujo en el debate parlamentario la idea de un «poder neutro» fue el 10 de octubre de 1835 al discutir el artículo cuarto de las Bases Constitucionales⁷⁴. Sin embargo, fue entre el 9 y el 16 de diciembre de ese mismo año que se discutió y se aprobó el proyecto de la Segunda Ley Constitucional. En el día de su aceptación, Carlos María de Bustamante consignó en su diario:

Procedióse en fin a la votación y salieron treinta y seis contra treinta y siete, ganándose por sólo un voto que fue el licenciado [José María] Hernández de Durango, de quien menos se esperaba. Por un voto se corrió el albur en que se va a esperar la verdadera libertad de la nación [...] ¡Qué desgracia! Me tiembla la pluma al referir este suceso⁷⁵.

Éste era un augurio de los problemas que enfrentaría el Supremo Poder Conservador al imponer límites a los actos de los otros tres poderes y que solamente cesó con su desaparición como consecuencia de la puesta en las Bases Orgánicas de 1843.

III. SEMBLANZA DE CARLOS MARÍA DE BUSTAMANTE (1774-1848)

Don Carlos María de Bustamante, nació en la Ciudad de Oaxaca el 4 de noviembre de 1774 en una familia acomodada y una vez cumplidos los veinte años, se dirigió a la Ciudad de México para iniciar sus estudios de jurisprudencia, aunque fue hasta 1801 que se recibió como abogado en la Audiencia de Guadalajara. En ella, ocupó el puesto de relator, pero ante el dilema moral que implicaba extender una sentencia prefirió dimitir al cargo y regresar a la capital, donde se incorporó al despacho de Francisco Primo de Verdad y Ramos. Allí, alcanzó buena fama como litigante, al llevar la defensa en casos notorios como el homicidio de Lucas de Gálvez, capitán general de Yucatán⁷⁶.

Cuatro años después, en 1805 inició su labor periodística —un oficio que seguiría de por vida—, en función de la licencia que recibió por parte del virrey José Joaquín de Iturrigaray para publicar el *Diario de México* junto con Jacobo de Villa Urrutia. A este último se le dio el cargo de director, mientras que Bustamante se desempeñó como editor. Sin embargo, a tan solo tres meses de inaugurado, el virrey suspendió la impresión ante el temor de los reclamos de la corte, por las denuncias en contra del

72 Cfr., Artículo 12 de la Segunda Ley en *ibidem*, pp. 210-211.

73 Cfr., Artículo 15 de la Segunda Ley en *ibidem*, pp. 211.

74 Bustamante, Carlos María de, *Diario Histórico...*, sábado 10 de octubre de 1835, p. 16.

75 El Diputado Carlos María de Bustamante lo menciona en su Diario: “La comisión ha ofrecido establecer un poder neutro, luego, ya no serán tres sino cuatro los poderes”. Bustamante, Carlos María de, *Diario Histórico...*, miércoles 16 de octubre de 1835, pp. 12-13.

76 Cfr., Álvarez, José Rogelio, *op. cit.*, p. 1093.

gobierno contenidas en él y solamente con la promesa de la censura previa por parte de Iturrigaray se pudo reiniciar su actividad⁷⁷.

Con la invasión de napoleónica en 1808, se presenta en la Nueva España la crisis que desembocará con el arresto y vuelta a la metrópoli del virrey Iturrigaray, así como con la muerte del licenciado Primo de Verdad y la breve detención de Bustamante, toda vez que el oidor Miguel Bataller optó por dejarlo en libertad ante su alegato personal, lo que no obstó para que al final quedara en don Carlos una profunda pena por la pérdida de su protector y amigo⁷⁸.

A pesar de la convicción que tenía Bustamante a favor de la independencia, se unió de manera activa al movimiento hasta 1812. Álvaro Matute afirma que esto se debió a que durante los primeros años de la gesta colaboró como agente secreto y consejero de «Los Guadalupes», un grupo clandestino integrado por personajes de renombre de la sociedad virreinal que apoyaban a los insurgentes⁷⁹. Este detalle no se menciona en su autobiografía *Hay tiempos de hablar y tiempos de callar*, a diferencia de la aparición del su periódico *El Juguetillo* que surgió bajo el amparo de la recién jurada Constitución de Cádiz y del Decreto de las Cortes del 10 de noviembre de 1810, por el que establece la Libertad Política de Imprenta⁸⁰. El propio don Carlos narra que el Diputado Couto le había advertido que había una trampa en la recién estrenada libertad de imprenta, puesto que la intención de fondo era conocer qué pensaban los nacidos en nuestro territorio sobre la gesta independentista, pero en él pesó más el deseo de denunciar los abusos de las autoridades virreinales, entre ellas Félix María Calleja, lo que en un principio agradó al virrey Venegas debido a las diferencias que sostenía con dicho militar⁸¹. Sin embargo, la complacencia duró cerca de dos meses, ya que la libertad de expresión fue suspendida por el Bando de 5 de diciembre de 1812 como resultado de la publicación de un impreso de José Joaquín Fernández de Lizardi y otro de Bustamante⁸².

El Pensador Mexicano fue encarcelado, pero Don Carlos logró salir de la Ciudad de México para dirigirse a Oaxaca y unirse a las fuerzas militares de Don José María Morelos, que lo nombró inspector de la caballería del sur con grado de brigadier. Ya instalado en esa ciudad, organizó un regimiento y continuó su labor periodística con

77 Cfr., Bustamante, Carlos María de, *Hay tiempos de hablar...*, pp. 18-19

78 Cfr., *Ibidem*, pp. 23-24.

79 Cfr., Matute, Álvaro, “Carta de vida”, en *Indelebles. publicación mensual*, 31, Oaxaca, 2017, p. 6, disponible en: <https://www.oaxaca.gob.mx/cc/wpcontent/uploads/sites/31/2017/09/Indelebles31.pdf>

80 Esta última disposición, discutida en las Cortes de León, cobró vigencia con la entrada en vigor de la Constitución de Cádiz en la Nueva España, a pesar de la reticencia del Virrey Venegas. La Constitución de Cádiz se juró por el Virrey Venegas el 30 de septiembre de 1812, pero entró en vigor junto con el Decreto de las Cortes de 1810 el 5 de octubre. Cfr., Alamán, Lucas, *op. cit.*, t. III, pp. 165-166, 168.

81 Bustamante, Carlos María de, *Hay tiempos de hablar...*, p. 26.

82 Tanto la Historia de México de Lucas Alamán, como México a Través de los Siglos de Vicente Riva Palacio hacen referencia a este Bando, que no está publicado en la Legislación Mexicana de Dublán y Lozano. Alamán, Lucas, *op. cit.*, t. III, p. 172 y Riva Palacio, Vicente, *et al., op. cit.*, t. V, p. 366.

la dirección de *El Correo Americano del Sur*, fundado por el padre José Manuel de Herrera⁸³, pero al poco tiempo tuvo que trasladarse a Chilpancingo, porque fue llamado al Congreso, como constituyente con la Representación Superior de México. Allí, el *Generalísimo* le encomendó la redacción de dos documentos fundamentales de la Historia Nacional: i) El discurso de apertura de la asamblea constituyente de 1814⁸⁴; y ii) El Acta de Independencia de la América Septentrional —con Andrés Quintana Roo—⁸⁵. Lo que no obstó para que después de su participación en el congreso le sobreviviera un período de zozobra, persecución y huida provocada por Juan Nepomuceno Rosains —a pesar de ser insurgente, no le perdonó que tomara partido por Ignacio López Rayón—, así como por el asedio que sufrió del ejército español. Por fin pudo llegar a Tehuacán a esperar la llegada del Congreso resguardado por Morelos —por defender a los legisladores, el *Generalísimo* fue hecho prisionero el 6 de noviembre de

83 Cfr., Bustamante, Carlos María de, *Hay tiempos de hablar...*, pp. 29-30.

84 El texto cierra de la siguiente manera: Señor: vamos a restablecer, mejorando el gobierno, el Imperio Mexicano, vamos a ser el espectáculo de las naciones cultas que nos observan: vamos, en fin, a ser libres e independientes. Temamos al juicio de una posteridad justa e inexorable que nos espera. Temamos a la Historia que ha de presentar al mundo el cuadro de nuestras acciones, y ajustemos nuestra conducta a los *principios más sanos de honor, de religión y de política*". Morelos modificó el original de Bustamante que señalaba "Señor, vamos a restablecer el Imperio Mexicano, vamos a preparar el asiento que debe ocupar nuestro desgraciado Príncipe Fernando VII, recobrado del cautiverio en que gime" porque, de acuerdo con Ernesto Lemoine, se resistía a mencionar a Fernando VII. Este historiador afirma que la referencia al Imperio Mexicano no versa sobre la monarquía como forma de gobierno, "sino, producto de las obsesiones neoztequistas de Bustamante, a una hipotética restauración del antiguo Imperio de Anáhuac y, por ende, a una cancelación del Estado virreinal". Cfr., Lemoine, Ernesto (prol.), *Documentos del Congreso de Chilpancingo, hallados entre los papeles del caudillo José María Morelos, sorprendido por los realistas en la acción de Tlacotepec el 24 de febrero de 1814*. 2ª. ed., Gobierno del Estado de Guerrero, SEGOB, AGN, Diario Oficial de la Federación, México, 2013, pp. 49, 170.

85 El texto íntegro del Acta se reproduce a continuación: 1813. El Congreso del Anáhuac, legítimamente instalado en la ciudad de Chilpancingo de la América Septentrional por las provincias de ella, declara solemnemente en presencia de Dios, árbitro moderador de los imperios y autor de la sociedad que los da y los quita según los designios inescrutables de su providencia, que por las presentes circunstancias de la Europa, ha recobrado el ejercicio de su soberanía usurpado; que en tal concepto queda rota para siempre y disuelta la dependencia del trono español; que es árbitro para establecer las leyes que le convengan, para el mejor arreglo y felicidad interior; para hacer la guerra y la paz y establecer alianzas con los monarcas y repúblicas del antiguo continente, no menos que para celebrar concordatos con el Sumo Pontífice romano, para el régimen de la iglesia católica, apostólica y romana, y mandar embajadores y cónsules; que no profesa ni reconoce otra religión más que la católica, ni permitirá ni tolerará el uso público ni secreto de alguna otra; que protegerá con todo su poder y velará sobre la pureza de la fe y de sus dogmas y conservación de los cuerpos regulares. Declara por reo de alta traición a todo el que se oponga directa o indirectamente a su independencia, ya protegiendo a los europeos opresores, de obra, palabra o por escrito; ya negándose a contribuir con los gastos, subsidios y pensiones para continuar la guerra, hasta que su independencia sea reconocida por las naciones extranjeras: reservándose el Congreso presentar a ellas, por medio de una nota ministerial, que circulará por todos los gabinetes, el manifiesto del que sus quejas y justicia de su resolución, reconocida ya por la Europa misma. Dado en el palacio nacional de Chilpancingo, a seis días del mes de noviembre de 1813. — Lic. Andrés Quintana, vicepresidente. — Licenciado Ignacio Rayón. — Lic. José Manuel de Herrera. — Lic. Carlos María de Bustamante. — Dr. José Sixto Verduzco. — José María Liceaga. — Lic. Cornelio Ortiz de Zárate, Secretario. Cfr., Bustamante, Carlos María de, *Hay tiempos de...*, p. 32; Tena Ramírez, Felipe, *op. cit.*, pp. 31-32.

1815-; y a pesar de haber sido designado por el Congreso como miembro del Tribunal Supremo de Justicia, don Carlos no pudo asumir el cargo, debido a que una asonada militar disolvió al órgano legislativo⁸⁶.

El fusilamiento de Morelos en diciembre del mismo año agravó la situación de los insurgentes y del propio Bustamante, que llegó al grado de verse en la necesidad de entregarse al gobierno español el 8 de marzo de 1817⁸⁷ y de acogerse al indulto⁸⁸. Una vez trasladado a Veracruz, intentó fugarse a los Estados Unidos, pero fue apresado en San Juan de Ulúa y a pesar de la defensa de su propia causa, se mantuvo recluido en el fuerte hasta el 2 febrero de 1819, fecha en la que las autoridades lo sometieron a arresto “[dándole] la ciudad por cárcel”⁸⁹.

A pesar de esta condición, se desempeñó como asesor legal y con orgullo afirmó en sus memorias: “Hallándome en aquella casa ocurrieron a mí varios litigantes y salí con más de 500 pesos con que alivié mis necesidades — ¡cuánto vale tener un oficio! — No podía estar ocioso en mi arresto, leía sin cesar porque me entregaron mis libros, y en Ulúa escribí una obra”⁹⁰. Una vez proclamado el Plan de Iguala⁹¹, pudo abandonar Veracruz y unirse en Jalapa a las tropas de Antonio López de Santa Anna, quien lo nombró secretario de su despacho. En Puebla tuvo un desencuentro con Agustín de Iturbide por darle su opinión acerca de los Tratados de Córdoba⁹²; y una vez asentado en la Ciudad de México, Bustamante se opuso a la política emprendida por el futuro emperador a partir de tres vías:

- i) El periodismo, con la publicación de *La Abispa de Chilpancingo* (sic.), y su participación en otros medios impresos como *El Sol*, *El Noticioso*, *La Gaceta* y *El Centzontli*⁹³, en los que mostró su desacuerdo con la convocatoria al Congreso hecha por Iturbide, al que no le reconocía el papel de libertador y le recordaba que desde 1814 se había firmado un Acta de Independencia y un primer Congreso había sancionado la Constitución de Apatzingán⁹⁴;

86 Bustamante, Carlos María de, *Hay Tiempos de hablar...*, p. 41.

87 *Ibidem*, p. 42.

88 Bustamante siempre negó esto último, sin embargo, hay documentos oficiales en el Archivo General de Indias, que así lo demuestran. Cfr., Lemoine Villicaña, Ernesto, “Estudio preliminar”, en Bustamante, Carlos María de, *La abispa (sic.) de Chilpancingo. Periodismo independiente*. PRI, México, 1976, pp. 55-56 y Hernández Silva, Héctor Cuauhtémoc, “Entre el mito y el acoso: la prisión de Carlos María de Bustamante en Veracruz el año de 1817”, en *Memorial: Boletín del Archivo General del estado de Veracruz*, 12, Vol. 6, México, 2004, pp. 15-16.

89 Bustamante, Carlos María de, *Hay tiempos de hablar...*, p. 40.

90 *Ibidem*, p. 51.

91 Bustamante confiesa en sus memorias que influyó en Vicente Guerrero, a fin de que uniera fuerzas con Agustín de Iturbide. Cfr. *Ibidem*, p. 52.

92 Matute, Álvaro, *op. cit.*, p. 10.

93 Lemoine Villicaña, Ernesto, “Estudio preliminar...”, p. LXI.

94 *Ibidem*, p. LXIII.

- ii) La difusión de la memoria histórica de los insurgentes con la edición de los primeros tomos de su obra más conocida: *El Cuadro Histórico de la Revolución Mexicana comenzada en 15 de septiembre de 1810 por el ciudadano Miguel Hidalgo y Costilla*, y de otros textos, como *El elogio histórico del general don José María Morelos y Pavón*⁹⁵, en los que precisamente su intención era exaltar la memoria de los insurgentes, y con ello crear una especie de «panteón nacional» que sirviera de apoyo en la búsqueda de la identidad nacional⁹⁶.
- iii) La Tribuna Parlamentaria, como representante de Oaxaca en el Congreso General de 1822 y segundo secretario de la asamblea. Es importante mencionar que en este último caso se manifestó en contra de los deseos imperialistas de Iturbide y en consecuencia fue acusado de conspiración, apresándosele en el convento de San Francisco, hecho que le impidió participar en dicha asamblea⁹⁷.

Bustamante recobró su libertad y reinstaurado el Congreso en 1823⁹⁸, nuevamente fue electo como diputado, para discutir el proyecto de la Constitución Federal de 1824. En esta asamblea constituyente, haría gala de elocuencia para oponerse a la forma de gobierno federal en participaciones como esta:

He aquí señor justificada esta federación en el gran principio de utilidad común y recíproca, ¿pero acaso lo hay en la presente época entre nosotros?, ¿estamos por ventura divididos? No; vivimos unidos. ¿a qué pues intentar federarnos?, ¿qué razón justificará nuestra conducta? La federación de nuestros vecinos Los Estados Unidos tiene igual principio sencillo. Ellos necesitan conservar su integridad y oponer una barrera a las invasiones de la Europa, cada estado por sí mismo no puede ejecutarlo, porque fácilmente sería subyugado; en este caso la asociación toda, forma un cuerpo y por eso el emblema de esta nación es tan sencillo como se ve en estas dos palabras que lo expresan todo... *E pluribus unum*. Nosotros obramos en sentido opuesto, porque siendo uno éste todo por su religión, por sus leyes, por sus usos y costumbres y aún por sus preocupaciones, queremos hacer de esta unidad una muchedumbre; queremos multiplicar nuestra fuerza en muchas débiles fracciones y tratamos por lo mismo de debilitarnos, cuando debiéramos robustecernos [...]⁹⁹

95 Bustamante, Carlos María de, "El elogio histórico del general don José María Morelos y Pavón", en Bustamante, Carlos María, *La República Criolla. Antología*. Introducción, selección y notas de Ávila, Alfredo (ed.), UNAM, México, 2015, pp. 61-107.

96 Lemoine Villicaña, Ernesto, "Estudio preliminar...", p. LXI.

97 Bustamante, Carlos María de, *Hay tiempos de hablar...*, pp. 55-56.

98 "Era una cuestión de meses la caída de Iturbide. Para defenderse, primero libertó a los diputados presos, disolvió la Junta —funcionó alrededor de 17 semanas—, restituyó el Congreso (7 de marzo de 1823), y entre el 19 y 20 de marzo abdicó, convencido de que estaba derrotado". Labastida, Horacio, "Estudio preliminar", en Bustamante, Carlos María de, *El nuevo Bernal Díaz del Castillo*. 2ª. ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. XIX.

99 Bustamante, Carlos María de, "Voto del Lic. Carlos María de Bustamante en la discusión del artículo V del proyecto del Acta Constitucional", en López Betancourt, Eduardo, *El antifederalismo de Carlos María de Bustamante*. Porrúa, México, 2003, pp. 111-112.

Esta afirmación sobre la necesidad de preservar la unidad frente a la disgregación, y la debilidad que podía traer consigo el régimen federal, aunada a su reticencia para firmar esta Ley Fundamental, evidenció predilección por el régimen unitario¹⁰⁰, una preferencia que reafirmó más tarde al aceptar la invitación como miembro del Supremo Poder Conservador. Una vez concluida la legislatura, deseaba retomar su carrera militar, pero el poder ejecutivo le confirió solamente “honores de auditor de guerra cesante”¹⁰¹. A la vez, las legislaturas estatales lo propusieron como miembro de la Alta Corte de Justicia, pero se rehusó:

Siempre he huido de ser juez pues conozco lo arduo de este destino; en el congreso me puedo ir con la opinión probable, puedo adherirme a los diputados que me merezcan concepto en los asuntos arduos, mi opinión puede reformarse por un senado sabio, mas no así en un tribunal de justicia, en que puede ser decisiva¹⁰²

Esta afirmación puede considerarse contradictoria a su aceptación en 1837 como miembro del Supremo Poder Conservador. Sin embargo, hay congruencia en el pensamiento de Bustamante, porque en un escrito posterior explicaría de manera profusa que este órgano político de control constitucional actuaba siempre a petición de los otros poderes, y sus funciones se limitaban a ser “declaración, juicio, acto de entendimiento”¹⁰³. Quizás por ello, consideraba que los dictámenes estaban lejos de las implicaciones de un fallo. Aunque también en ella, don Carlos alude a la holgura que sintió al desempeñarse como legislador. Recordemos que en siete ocasiones formó parte del poder legislativo, en los Congresos de 1814, 1822-1823, 1829-1830, 1831, 1832, 1835-1836, 1844-1845. En el primero, como ya se mencionó, con la representación de la Ciudad de México y en el resto, se distinguió con la de Oaxaca¹⁰⁴.

La participación más destacada de Bustamante en el Congreso Constituyente de 1835 se encuentra en las discusiones acerca de las facultades que este órgano tenía o no para modificar la forma de gobierno. En dicho órgano legislativo se creó una comisión especial, la cual dictaminó “que no podía variarse la forma de gobierno, aunque sí efectuarse las reformas que requería el país. Se hizo explícito que la Constitución de 1824 tenía el defecto de que no se acomodaba a los usos y costumbres de México”¹⁰⁵. De manera implícita esta opinión era coincidente con la postura con la manifestada

100 “La de 24 no solo no la aprobé, sino que escribí contra el sistema, como lo hicieron en aquella época el padre Mier y el Sr. Becerra. Algo más, la firmé para evitar el escándalo, a las dos de la tarde del día 4 de octubre del mismo año; pero a las nueve de la mañana de aquel mismo día protesté legalmente ante el escribano D. José Montes de Oca que aquella constitución no haría la felicidad de la nación, sino que causaría su ruina como sucedió [...]” Bustamante, Carlos María de, “Análisis crítico de la Constitución de 1836”, en Bustamante, Carlos María, *La República Criolla...*, p. 188.

101 Álvarez, José Rogelio (dir.), *op. cit.*, p. 1093.

102 Bustamante, Carlos María de, *Hay tiempos de hablar...*, pp. 57-58.

103 Bustamante, Carlos María de, “Análisis crítico ...”, p. 207.

104 Cfr., Bustamante, Carlos María de, *Hay tiempos de hablar...*, p. 57; Arroyo García, Israel, *op. cit.*, pp. 138-139; y Riva Palacio, Vicente, *et. al, op. cit.*, T. VIII, p. 73.

105 Arroyo García, Israel, *op. cit.*, p. 145.

en el Constituyente de 1823 por Bustamante. Sin embargo, don Carlos en 1835 criticó la tibieza del dictamen, y aunque persistía en la negativa para modificar la forma de gobierno, sí estaba a favor de “modificar el republicanismo confederal de su presente”¹⁰⁶. Esto se tradujo en el apoyo que brindó a las *Bases Constitucionales*, sancionadas el 23 de octubre de 1835, en cuyos artículos 8 y 9 se declaraba que el territorio nacional se dividía en departamentos, administrados por gobernadores nombrados por el presidente y juntas departamentales electas por el voto popular¹⁰⁷, preceptos que en los hechos daban la puntilla a la Constitución de 1824¹⁰⁸. Don Carlos atajaría el tema años después al señalar:

Si el Congreso general tuvo o no facultad para constituir nuevamente a la nación, fue cuestión que quedó desde entonces agotada [...] Lean [...] los dictámenes de las comisiones del congreso y los periódicos de aquella época [...] y después de eso, si tienen algo nuevo que replicar u objetar, háganlo y ya nos veremos [...]

Nos dicen en el párrafo 18 que las instituciones fueron el triunfo de la oligarquía ¿Qué quiere decir esto? ¿Qué los poderes se depositaron en pocas manos y no quedaron en las de todo el pueblo para su ejercicio? Pues lo mismo se hizo en el año de 1824, y lo mismo es preciso hacer siempre en todas las sociedades modernas actuales que adoptan el sistema republicano. Los pueblos modernos no pueden ya reunirse como los pequeñísimos antiguos para darse sus leyes, y para sus demás usos gubernativos; han de depositar la autoridad en algunas personas, y como la palabra pocos, no es absoluta sino relativa, y relativa en el caso a toda nación, siempre se verifica que cada poder se deposita en pocas manos, y por consiguiente que el gobierno republicano se puede en este sentido llamar oligárquico, sin que esto sea un defecto sino una necesidad y conveniencia¹⁰⁹.

De estas líneas se infiere la íntima convicción centralista que guio a Bustamante a lo largo del Constituyente de 1835-1836, y que puede reconocerse desde que fue diputado al Congreso Constituyente de 1823.

A pesar de que las Leyes Constitucionales se firmaron el 29 de diciembre de 1836 y se juraron el 1º de enero de 1837¹¹⁰, el Congreso como dos cámaras unidas continuó en funciones para cumplir con el proceso de integración de la Comisión de los diecinueve diputados que se encargarían de elaborar las propuestas de designación de quienes

106 *Ibidem*, p. 139.

107 “8. El territorio nacional se dividirá en Departamentos, sobre las bases de población, localidad y demás circunstancias conducentes: su número, extensión y subdivisiones, detallará una ley constitucional. 9. Para el gobierno de los Departamentos habrá gobernadores y juntas departamentales: éstas serán elegidas popularmente, del modo y en el número que establecerá la ley y aquellos serán nombrados periódicamente por el supremo poder ejecutivo, a propuesta de dichas juntas”. “Bases Constitucionales expedidas por el Congreso Constituyente el 15 de diciembre de 1835”, en Tena Ramírez, *op. cit.*, p. 203.

108 Labastida, Horacio, *op. cit.*, p. XXV.

109 Bustamante, Carlos María de, “Análisis crítico ...”, pp. 192-193.

110 Vicente Riva Palacio, *et. al.*, *op. cit.*, T. VII, p. 386.

conformarían los poderes del Estado, incluido el Supremo Poder Conservador, pero sus titulares fueron nombrados el 8 de mayo, fecha en que la Comisión nombró cinco ternas de las que salieron electos como propietarios: José Justo Corro, Rafael Mangino, Ignacio Espinosa, Melchor Múzquiz, así como Francisco Manuel Sánchez de Tagle; y como suplentes : Cirilo Gómez Anaya, José María Bocanegra y Carlos María de Bustamante¹¹¹.

El 24 de mayo de 1837, fecha de la clausura del Congreso Constituyente, los integrantes del Supremo Poder Conservador prestaron juramento y procedieron a la elección de presidente y secretario¹¹². Lo que no obstó para que transcurridos algunos meses, esta conformación se viera modificada por el fallecimiento de Rafael Mangino —a quien Don Carlos reemplazó— y de Ignacio Espinosa —sustituido por José María Bocanegra—¹¹³.

A pesar de lo sostenido por David Pantoja en el sentido de la poca trascendencia de las primeras decisiones de este órgano, cabe señalar que a don Carlos María de Bustamante se le designó el proyecto de una declaración que limitaba al poder ejecutivo. En dicha resolución determinó la nulidad de un decreto de la Secretaría de Guerra que indebidamente nombró como juez, al hijo de un compadre del titular del Poder Ejecutivo¹¹⁴. Las consecuencias no se hicieron esperar, ya que por una parte, el Secretario de Guerra renunció a su cargo en la coyuntura de la Invasión Francesa de 1838; y por la otra, el presidente de la República, Anastasio Bustamante, excitó al propio Poder Conservador para que, ante situaciones extraordinarias, se declarara como voluntad de la Nación la ampliación de las facultades del titular del poder ejecutivo para designar libremente a las personas que considerara útiles para un cargo, a pesar de las restricciones constitucionales, cuestión a la que accedió el órgano de control político constitucional¹¹⁵. Con ello, José María Tornel asumió la Secretaría de Guerra, sin renunciar al Supremo Poder Conservador¹¹⁶.

Esta sería la primera participación de Don Carlos, pero no sería la última. Entre los años de 1837 y 1841 en que se desempeñó con el cargo de miembro titular del Supremo Poder Conservador, pasaron por su escritorio cuestiones afectaban la frágil estabilidad del país, entre las que destacan:

111 Pantoja Morán, David, *op. cit.*, pp. 372-373.

112 Dichos cargos recayeron en Melchor Múzquiz y Francisco Manuel Sánchez de Tagle, respectivamente. Cfr., Vicente Riva Palacio, *et. al., op. cit.*, T. VII, p. 395.

113 Cfr., Pantoja Morán, David, *op. cit.*, p. 382. En el mismo sentido, Vicente Riva Palacio, *et. al., op. cit.*, T. VII, p. 406.

114 Pantoja Morán, David, *op. cit.*, p. 383.

115 Cfr., “Ley.— Se declara ser voluntad de la Nación que el gobierno pueda emplear libremente a los individuos que tenga a bien, sin embargo de las restricciones constitucionales”, No. 2010, diciembre 17 de 1838, en Dublán, Manuel y José María Lozano, *op. cit.*, T. III, p. 570.

116 Cfr., Pantoja Morán, David, *op. cit.*, p. 383.

- i) *La Declaración del Supremo Poder Conservador, en la que se afirmaba era voluntad de la Nación que el General Antonio López de Santa Anna se encargara del gobierno, en caso de ausencia del presidente Anastasio Bustamante (1839)*¹¹⁷.

Esta resolución tiene como antecedente una excitativa del Congreso General y en su momento, fue una de las más controvertidas del órgano de control constitucional, debido a que en los hechos representó el retorno a la palestra política de Santa Anna después del desastre de la guerra de Texas. En la Declaración se preveía que ante la ausencia del presidente Anastasio Bustamante —quien dirigía en ese momento al ejército porque Francia había invadido a México y poco tiempo después combatiría a los federalistas— y la imposibilidad del presidente del Consejo de Gobierno de asumir el cargo —por motivos de enfermedad—, se dejaba el gobierno en manos de Santa Anna, apegándose a los límites constitucionales. Ante las acusaciones de José María Tornel en el sentido de que esta decisión le otorgaba el título de «dictador» a Santa Anna, Carlos María de Bustamante afirmó que los integrantes del órgano habían actuado de esa manera porque lo consideraban la persona más adecuada para “controlar el desorden que provocaban la invasión francesa y las revueltas federalistas”¹¹⁸.

- ii) *La Declaración del Supremo Poder Conservador sobre la nulidad del préstamo contratado en Londres por gobierno mexicano (1839)*

Con el regreso a la capital del presidente Anastasio Bustamante y su toma de posesión el 19 de julio de 1839, se aceleraron los procesos y las actividades al interior de los poderes¹¹⁹. De allí que previa excitativa del Congreso General, el Supremo Poder Conservador declarara la nulidad de un contrato celebrado en Londres para que se le proporcionase al gobierno la cantidad de 130,000.00 libras esterlinas, debido a que dicho préstamo violaba las leyes de 19 de abril y de 27 de enero de 1838, pues esas disposiciones no facultaban al gobierno para emitir bonos mexicanos, ni hipotecar los productos de las aduanas sin autorización del Consejo de Gobierno¹²⁰. En su *Diario*, don Carlos reafirmó la inconstitucionalidad de este contrato y elogió la razón de ser del Supremo Poder Conservador¹²¹.

117 Cfr. “Declaración del supremo poder conservador sobre que se encargue del gobierno el general Santa Anna”, No. 2019, enero 23 de 1839, en Dublán, Manuel y José María Lozano, *op. cit.*, T. III, p. 581.

118 Cfr., Pantoja Morán, David, *op. cit.*, pp. 388-389.

119 *Ibidem*, p. 397.

120 Cfr., “Declaración del supremo poder conservador sobre nulidad del préstamo de 130,000 libras esterlinas que contrató en Londres el gobierno”, No. 2075, julio 31 de 1839, en Dublán, Manuel y José María Lozano, *op. cit.*, T. III, p. 645.

121 “Este acto del Poder Conservador ha sido generalmente celebrado, pues el contrato era el más inicuo y escandaloso que podría idear la codicia humana. Ahora se conoce la utilidad que trae el Poder Conservador, pues sin él este contrato se habría quedado hecho, su nulidad en un tribunal de justicia se habría declarado (que lo dudo mucho por el cohecho y soborno) al cabo de un año, cuando el mal estaba hecho

iii) *La Declaración del Supremo Poder Conservador acerca de la nulidad de la Circular de 8 de abril de 1839*

A partir de la excitativa de la Suprema Corte, y con fundamento en la invasión de la esfera de competencia del Poder Legislativo por parte Ejecutivo, se declaró la nulidad de esta disposición, en la cual se ordenaba el inmediato arresto y traslado a San Juan de Ulúa y a San Diego de los periodistas de la Ciudad de México, para que allí fueran puestos a disposición de los jueces, acusándoles de abuso de la libertad de imprenta¹²². Aunque las violaciones a derechos fundamentales como la garantía al debido proceso y la libertad de expresión no fueron los temas centrales, es importante señalar que este es el primer antecedente de protección de un órgano de control constitucional respecto a la segunda¹²³. A pesar de que esta disposición afectaba una de las libertades por las que siempre luchó, Carlos María de Bustamante justificó su voto en los siguientes términos:

Permítaseme confesarlo, di mi voto con el entendimiento, pero no con el corazón, porque conozco que, aunque el decreto de Santa Anna fue anti-constitucional y temerario, él contuvo el torrente de malignos escritores que, estando Mejía cerca de Puebla, lo habrían metido hasta México, y tornándonos a la época de Gómez Farías¹²⁴.

iv) *La Declaración del Supremo Poder Conservador sobre reformas a la Constitución (1839)*

A partir de la solicitud hecha por el Congreso, el Supremo Poder Conservador afirmó que no obstante el plazo fijado en las Leyes Constitucionales para su reforma, era voluntad de la Nación que se llevaran a cabo las modificaciones necesarias en materia hacendaria, administración de justicia y subsistencia de Departamentos, siempre y cuando se realizaran apegándose a la Séptima Ley Constitucional y bajo la premisa de respetar derechos fundamentales y principios constitucionales como la libertad, la libertad de imprenta, la religión, la independencia, la división de poderes y el sistema republicano, representativo y popular¹²⁵.

y era irreparable. Desengañémonos, la bondad y conveniencia de las instituciones el tiempo las descubre”. Bustamante, Carlos María de, *Diario Histórico...*, martes 30 de julio de 1839, p. 21

122 Cfr., “Declaración del supremo poder conservador, sobre nulidad de la circular de 8 de Abril de este año, relativa a abusos de libertad de imprenta”, No. 2076, agosto 2 de 1839, en Dublán, Manuel y José María Lozano, *op. cit.*, T. III, p. 664.

123 Cfr., Carmona Díaz de León, Eugenia Paola, *El derecho de rectificación y la libertad de expresión en México*. Tirant lo Blanch, México, 2021, pp. 218-220.

124 Bustamante, Carlos María de, *Diario Histórico...*, jueves 1 de agosto de 1839, p. 2.

125 Cfr., “Declaración del supremo poder conservador sobre reformas a la Constitución”, No. 2103, noviembre 11 de 1839, en Dublán, Manuel y José María Lozano, *op. cit.*, T. III, p. 664.

Esta disposición tiene como antecedente el interinato de diez días de Nicolás Bravo como presidente, en el que intentó resolver las diferencias entre el Poder Ejecutivo y el Consejo de Gobierno sobre la necesidad de efectuar reformas a las Leyes Constitucionales en un plazo menor al señalado en ellas¹²⁶.

En el legislativo tuvieron lugar debates y opiniones en contra del órgano de control político de constitucionalidad, de hecho, en la Cámara de Diputados se presentaron peticiones para anular la *Declaración* alegando que el Supremo Poder Conservador había excedido sus facultades, pero fueron rechazadas el 14 de diciembre¹²⁷. Don Carlos María de Bustamante afirmó que estas discusiones tenían como objeto restablecer la federación y la libertad de cultos y en vista de ese riesgo, el Supremo Poder Conservador actuó en consecuencia: “Todo lo previmos en nuestras discusiones bien persuadidos de que el que fuese nuestro modo de opinar siempre había de haber contradicciones y revolución, pues la salida del decreto sería la voz de alarma [...]”¹²⁸.

- v) *La Declaración del Supremo Poder Conservador sobre si era o no voluntad de la Nación: i) La extensión al Poder Judicial de la facultad del presidente de la república para suspender los empleos del personal a su cargo y reducir a la mitad los salarios; ii) La ampliación de tres a treinta días de la facultad para arrestar a ciudadanos sospechosos; y iii) La designación de personas a personas que estuvieran impedidas por las leyes fundamentales para asumir los cargos (por segunda vez) (1840).*

En los primeros casos, el Supremo Poder Conservador se manifestó en contra y en este último, a favor¹²⁹. En un primer momento, el presidente de la República se opuso a la publicación del Dictamen, debido a la negativa del Conservador a ampliar el plazo para arrestar a ciudadanos sospechosos y fue hasta el 4 de diciembre de 1840 cuando se imprimió por el gobierno¹³⁰. Carlos María de Bustamante firmó la declaración y se dijo satisfecho de su voto por el equilibrio entre poderes que implicaba la actuación del Supremo Poder Conservador¹³¹.

126 Santa Anna, Bustamante y Cortázar estaban a favor de las reformas. Manuel de la Peña y Peña fue el encargado de la elaboración del dictamen. Cfr., Pantoja Morán, David, *op. cit.*, pp. 397, 403.

127 Cfr., Riva Palacio, Vicente, et al., *op. cit.*, T. VIII, pp. 8-10.

128 Bustamante, Carlos María de, *Diario Histórico...*, miércoles 13 de noviembre de 1839, p. 5.

129 Esta declaración tiene como fundamento la contenida en la fracción XXIII del artículo 17 de la Cuarta Ley Constitucional y el párrafo 2º. del artículo 18 de la Cuarta Ley Constitucional, entre otras disposiciones. Cfr., “Declaración del supremo poder conservador, interpretando la ley constitucional”, No. 2152, octubre 24 de 1840, en Dublán, Manuel y José María Lozano, *op. cit.*, T. III, p. 740.

130 Cfr., Pantoja Morán, David, *op. cit.*, pp. 420-423.

131 “Tengo el honor de haber firmado el dictamen de la Comisión del Poder Conservador que niega las facultades extraordinarias. Este hecho, reunido a los antecedentes, acreditará de todo punto la necesidad de conservar este poder salvador de la libertad pública y que no establecimiento de lujo sino de rigurosa necesidad se ha de regir el actual sistema en que vivimos. Antes de notar el negocio se suscitó la cuestión siguiente: ¿qué se hace si el presidente Bustamante se toma por sí mismo las facultades ex-

vi) *Declaración del Supremo Poder Conservador sobre obediencia a las leyes (1841).*

A solicitud del Congreso —previa iniciativa del ejecutivo—, el órgano de control político de constitucionalidad declaró que era voluntad de la Nación que el presidente de la República que contuviera de gobernar despóticamente, por lo que su actuación debía sujetarse a las leyes. Para tal efecto, se establecía la prohibición al titular del Ejecutivo para despojar a los otros poderes de los recursos necesarios para la atención social y de gravar los bienes nacionales para beneficiar a los extranjeros. De igual forma, se le autorizaba a realizar los recortes necesarios que no fueran contrarios a la tranquilidad pública, así como a efectuar las reformas y tomar las medidas necesarias para restablecer el orden, siempre y cuando se apegaran a los procedimientos legales. Por otra parte, se facultaba al Congreso a conceder amnistías, además de señalar que se desaprobaba cualquier resultado que se diera por las vías de hecho¹³².

El origen de esta Declaración se encuentra en una conjura para derrocar al presidente Anastasio Bustamante por parte Antonio López de Santa Anna —apoyado por Mariano Paredes y Arrillaga, Cortázar, Arista y Valencia—; por lo que el grupo conservador se unió en torno a la figura del presidente de la República y para apuntalarlo, se tomaron medidas como la excitativa del Congreso que daría lugar a la Declaración del Supremo Poder Conservador. Sin embargo, estos esfuerzos no fueron suficientes. Santa Anna desconoció a don Anastasio y el ejército de todo el país se levantó. Sólo fueron leales al presidente Bustamante las comandancias de Puebla y México¹³³. Carlos María de Bustamante justificó en su diario las razones de su voto al afirmar que don Anastasio

[...] hubiera deseado que le hubiéramos concedido las de Júpiter en el Olimpo, y sobre ello nos ha mandado esta noche al ministro Jiménez pidiéndonos aclaraciones [...] Díjonos que al leer nuestra explicación se entristeció mucho; yo dije que la tristeza le venía de su misma inacción para obrar, pues podría haber hecho mucho teniendo a sus órdenes a Canalizo, pues a semejanza del perro del hortelano ni come ni deja comer al amo¹³⁴

Esta es una muestra de los asuntos que se sometieron a la declaración del Supremo Poder Conservador y en los que colaboró Carlos María de Bustamante, aunque en ocasiones diera cuenta del sentido de su voto por otros medios. Cuando se cuestionó la

traordinarias que solicita, y desobedece a nuestro decreto como está en posición de hacerlo? Respuesta: nada, publicar el decreto y también el dictamen de la comisión que manifiesta a toda la república que cumplimos por nuestra parte con nuestro deber. La nación sea la que os juzgue, nuestras armas son la opinión pública y también nuestro juez”. Bustamante, Carlos María de, *Diario Histórico...*, lunes 19 de octubre de 1840, p. 16.

132 Cfr., “Declaración del supremo poder conservador, sobre la obediencia a las leyes”, No. 2190, septiembre 2 de 1841, en Dublán, Manuel y José María Lozano, *op. cit.*, T. IV, pp. 29-30.

133 Cfr., Pantoja Morán, David, *op. cit.*, pp. 420-423.

134 Bustamante, Carlos María de, *Diario Histórico...*, jueves 2 de septiembre de 1841, p. 7.

legitimidad de este órgano y de las Leyes Constitucionales de 1836 por parte políticos y periodistas afines al régimen federal, don Carlos salió en su defensa como se puede observar en el *Análisis crítico de la Constitución de 1836*, dentro del cual respondió a estos detractores con argumentos que hoy nos resultan lastimosamente contemporáneos en un tema como la legitimidad de la elección indirecta de los titulares de cuerpos colegiados¹³⁵, o solamente especulativos, en el caso de la función consultiva de dicho órgano político de control constitucional¹³⁶. De dicho texto también se desprende que su propósito provenía no sólo de su inclinación al centralismo o de su participación en este órgano, sino de la profunda convicción que tenía acerca de la necesidad de acotar al poder, lo que había sido una constante su vida, y de la que dio testimonio en su vastísima obra. Una nación joven, como lo era la nuestra en los inicios del siglo XIX, requería de una organización que comenzó a consolidarse décadas después de la muerte de este personaje, pero ello no obstó para que Don Carlos, en la medida de sus posibilidades, comenzara a dar forma y protegiera las instituciones de la República a través de su pluma.

Carlos María de Bustamante se retiró de la escena pública después de la experiencia en el Supremo Poder Conservador, aunque regresó brevemente a la actividad legislativa en 1844 como Diputado por Oaxaca. Escribió hasta el último día, pero se sintió muy afectado ante el despliegue de tropas norteamericanas y de su bandera ondeando en el Palacio Nacional. Falleció el 21 de septiembre de 1848¹³⁷.

Esta semblanza quedaría incompleta sin un comentario sobre el trabajo que realizó don Carlos María de Bustamante como historiador y cronista. En un primer momento, lo que sorprende es la vastedad de sus escritos y de los temas que abordó a través de los años, ya que a pesar de los esfuerzos de recopilación por parte de académicos como Edmundo O'Gorman, Ernesto Lemoine, y Josefina Zoraida Vázquez, no se ha logrado

135 “Este argumento supone que no son populares las elecciones indirectas; y si tal cosa fuera cierta, nunca habríamos tenido autoridad popular [...] al aducir que, en efecto, la designación de sus miembros era indirecta, pero que al ser nombrados por otros órganos electos de manera directa [...] Siendo, pues, populares como innegablemente lo son, y lo seguiremos demostrando, los tres cuerpos electorales que intervienen en la elección del poder conservador, y eligiéndolos el pueblo para esta función electoral entre las otras que cada uno debe desempeñar ¿Cómo se osa negar la popularidad del elegido? ¿Ni qué importa para excluirla el que uno de esos cuerpos proponga, otro restrinja y otro elija, cuando esto solo conduce al mejor acierto y a la mayor popularidad, aunque no demagógica?” Bustamante, Carlos María de, *“Análisis crítico...”*, pp. 193-194.

136 “Siguen ya con el poder conservador, objeto principal de su encono, y a quien consagran casi exclusivamente su diatriba, llamándole muchas veces omnipotente, terrible, soberano de cinco cabezas, etcétera, etcétera ¡Gracioso omnipotente, que nada puede hacer por sí mientras la sociedad no se disuelva, y que solo puede responder sí o no a las preguntas que otros le hagan, y cuando se las hagan como vamos a ver! A ese modo pudiera llamarse terrible a un hombre que supiera jugar bien la espada, pero que por estar tullido nada puede hacer si otro no lo lleva al punto donde ha de obrar [...]” *Ibidem*, p. 193.

137 Vázquez, Josefina Zoraida, “Carlos María de Bustamante, La República criolla, antología, introducción selección y notas de Alfredo Ávila (ed.)”, en *Historia Mexicana* 3, Vol. 67, México, 2018, p. 1442, disponible en: <https://doi.org/10.24201/hm.v67i3.3537>, [consultado el 8 de agosto de 2022]; Henestrosa, Andrés, *Carlos María de Bustamante*. Senado de la República, México, 1996, p. 12.

una edición definitiva de sus obras completas. Andrés Henestrosa, uno de sus defensores más apasionados disculpó de esta manera sus excesos:

Don Carlos [...] escribía mientras caminaba, mientras actuaba, a veces, por no decir que siempre, espoleado por la urgencia. ¿Se puede exigir en estas circunstancias que las acciones que eso eran frecuentemente en sus letras tuvieran aquella serenidad y perfección que todos quisiéramos? Claro que no. Sus contradicciones, que son muchas, se explican también por su inteligencia y su actividad sin tregua. Los acontecimientos de su tiempo, tan abigarrados, lo llevaban con frecuencia a equivocarse el camino, a estar hoy en contra de lo que defendió ayer y mañana otra vez a su favor [...] Pero hay algo a que Bustamante es fiel, constante, por encima de todas las adversidades: al amor a la patria y su decisión de lucha en pro de la independencia y de su libertad [...]¹³⁸

Por otra parte, los críticos —principalmente Lucas Alamán¹³⁹ y Joaquín García Icazbalceta, entre sus contemporáneos e incluso los autores de *México a través de los siglos*— lo acusan, entre otras cosas, de falta de sistematización, de ponderación, de rigor e incluso de tergiversar hechos, así como de poca elegancia en la construcción de sus frases, las cuales llegan a caer en excesos barrocos. A pesar de ello, hay un aspecto que les resulta cautivador de la obra de Bustamante y radica precisamente en la abundancia de fuentes, hechos, datos, anécdotas, y curiosidades. Así, don Carlos podía resultarles incómodo, pero era el referente necesario, ya fuera con el afán de enjuiciarlo, de corregirlo o simplemente de mencionarlo en sus obras.

IV. CONCLUSIONES

Aproximarse a las primeras décadas del México independiente constituye un reto y a la vez un compromiso para los estudiosos del Derecho Constitucional, por la complejidad de los hechos y de las personalidades políticas que tuvieron en sus manos las decisiones políticas.

En las Leyes Constitucionales de 1836 se estableció un sistema de pesos y contrapesos que en ocasiones dio lugar a la parálisis gubernamental, más por las propias circuns-

138 Henestrosa, Andrés, *op. cit.*, p. 93.

139 Un último comentario le mereció a Lucas Alamán el fallecimiento de Bustamante que se lee entre homenaje y crítica. En una adición del quinto tomo de su *Historia de México*, menciona: “También ha muerto el día 21 de septiembre de 1848, a los setenta y cuatro años de edad, el escritor de quien tantas veces se ha hecho mención en esta obra, Lic. D. Carlos María de Bustamante, cuya noticia biográfica con el juicio crítico de sus obras escribí y se publicó en el periódico titulado “El Universal”, y en un cuaderno separado. Aunque a veces como historiador careciese de crítica, por lo que sus obras abundan en especies falsas o exageradas, y se dejase llevar por el espíritu de partido, hizo el gran servicio de recopilar y publicar muchos documentos importantes y seguir el hilo de los sucesos, allanado con esto el camino para escribir la historia de Méjico, contribuyendo con sus diversas obras a facilitar en mucho el trabajo de redactar la presente, aunque a costa de confrontar todos los documentos que copia con los originales, siempre que han podido haberse”. Alamán, Lucas, *op. cit.*, t. V, p. 638.

tancias y la inestabilidad política que atravesaba el país que por las normas contenidas en dicho ordenamiento.

El Supremo Poder Conservador, como primer órgano de control de la constitucionalidad en México acotó con éxito algunos de los excesos cometidos principalmente por el titular del Poder Ejecutivo. Más que objeto de vilipendio, debería ser una fuente de estudio permanente para comprender como han actuado y de qué manera se ha buscado limitar a quienes detentan el poder en nuestro país.

Más allá de los dos siglos que nos separan, el pensamiento y la obra de Carlos María de Bustamante se descubre cercana a los desafíos que aún hoy enfrentamos como nación, con una proximidad que se refleja en su afán de dar a conocer las luces y sombras de su tiempo; en su denuncia y su crítica frente a los abusos del opresor en turno; en su incansable actividad a favor de la libertad de nuestro país, así como en su defensa de la República y de sus instituciones a pesar de los vaivenes de la política.

FUENTES DE CONSULTA

Libros

Alamán, Lucas, *Historia de México*. Libros del Bachiller Sansón Carrasco, México, 1986. Edición Facsimilar. T. I-V.

Álvarez, José Rogelio (dir.), *Enciclopedia de México*. 6ª. ed., Sabeca Internacional, Estados Unidos de América, 2001. T. I-XIV.

Arroyo García, Israel, *La Arquitectura del Estado Mexicano: formas de gobierno, representación política y ciudadanía, 1821-1857*. Instituto Mora, BUAP, México, 2011.

Bustamante Carlos María de, *La Abispa de Chilpancingo. Periodismo independiente*. PRI, México, 1976.

—, *El nuevo Bernal Díaz del Castillo*. 2ª. ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1994.

—, *Hay tiempos de hablar y tiempos de callar*. Joaquín Mortiz, Planeta, Conaculta, 2002.

—, *Diario Histórico de México 1822-1848*. Vázquez, Josefina Zoraida, Hernández Silva, Héctor Cuauhtémoc (eds.), El Colegio de México, CIESAS, México, 2003, Vol. I y II.

—, *La República Criolla. Antología*. Ávila, Alfredo (ed.), UNAM, México, 2015.

Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional (Estudios de Derecho Comparado)*. UNAM, México, 1987.

Carmona Díaz de León, Eugenia Paola, *El derecho de rectificación y la libertad de expresión en México*. Tirant lo Blanch, México, 2021.

Galeana, Patricia (comp.), *México y sus Constituciones*. 2ª. ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2003.

Henestrosa, Andrés, *Carlos María de Bustamante*. Senado de la República, México, 1996.

Fix Zamudio, Héctor, *Justicia Constitucional, Ombudsman y Derechos Humanos*. 1ª. reimp., CNDH, México, 1997.

Lemoine, Ernesto (prol.), *Documentos del Congreso de Chilpancingo, hallados entre los papeles del caudillo José María Morelos, sorprendido por los realistas en la acción de Tlacotepec el 24 de febrero de 1814*. 2ª. ed., Gobierno del Estado de Guerrero, SEGOB, AGN, Diario Oficial de la Federación, México, 2013

López Betancourt, Eduardo, *El antifederalismo de Carlos María de Bustamante*. Porrúa, México, 2003.

Noriega, Cecilia, Salmerón, Alicia (coords.), *México: Un siglo de Historia Constitucional (1808-1917)*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Instituto Mora, 2009.

Pantoja Morán, David, *El Supremo Poder Conservador. El diseño institucional en las primeras constituciones mexicanas*. El Colegio de México, El Colegio de Michoacán, México, 2005.

Riva Palacio, Vicente, *et al.*, *México a través de los siglos*, 17ª ed., Cumbre, E.U.A, s/a, T. I-X.

Vázquez, Josefina Zoraida, *Dos décadas de desilusiones. En busca de una fórmula adecuada de gobierno (1832-1841)*. El Colegio de México, Instituto Mora, México, 2009.

Publicaciones periódicas

Hernández Silva, Héctor Cuauhtémoc, “Entre el mito y el acoso: la prisión de Carlos María de Bustamante en Veracruz el año de 1817”, en *Memorial: Boletín del Archivo General del estado de Veracruz*, 12, Vol. 6, México, 2004.

Matute, Álvaro, “Carta de vida”, en *Indelebles, publicación mensual*, 31, Oaxaca, 2017, disponible en: <https://www.oaxaca.gob.mx/ccco/wpcontent/uploads/sites/31/2017/09/Indelebles31.pdf>

Noriega Cantú, Alfonso, “El Supremo Poder Conservador”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 111, T. XXVIII, México, 1979.

Soberanes Fernández, José Luis, “El pensamiento conservador en el nacimiento de la Nación Mexicana”, en *Revista Mexicana de Historia del Derecho*. 2ª. ép., Vol. XXVI, México, 2012.

Vázquez, Josefina Zoraida, “Liberales y conservadores en México: diferencias y similitudes”, en *Cuadernos americanos*, 66, Vol. 6, México, 1997.

—, “Carlos María de Bustamante, La República criolla, antología. Introducción selección y notas de Alfredo Ávila (ed.)”, en *Historia Mexicana* 3, Vol. 67, México, 2018, p. 1442, disponible en: <https://doi.org/10.24201/hm.v67i3.3537>

Legislación

Dublán, Manuel y José María Lozano, *Legislación Mexicana o Colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la independencia de la República*. Imprenta de Comercio, Dublán, Lozano e hijos, México, 1876-1912, T. I-XLII.

Tena Ramírez, Felipe (comp.), *Leyes Fundamentales de México (1801-1994)*. Porrúa, México, 18ª. ed., 1994.



LA SUPERESTRUCTURA CONSTITUCIONAL O LAS DECISIONES POLÍTICAS FUNDAMENTALES

GREGORIO D. CASTILLO PORRAS¹

PABLO F. MUÑOZ DÍAZ²

RESUMEN: Dos conceptos similares, uno de la vertiente constitucionalista francesa, particularmente de Maurice Hauriou –la superestructura constitucional– y otro de la doctrina alemana, específicamente, de Carl Schmitt –las decisiones políticas fundamentales–, pero con una diferencia de grado como se verá en este artículo. Se analizará la repercusión de ambos conceptos en la doctrina constitucional mexicana y cómo se aplica en el orden fundamental de México.

Asimismo, se atenderán dos problemáticas interesantes. Por un lado, de aceptarse la existencia positivista de una superestructura constitucional, ¿cómo entenderla frente a la reformabilidad de la Constitución? Y, por el otro, si deben o no ser constitucionalizadas tales decisiones políticas fundamentales.

Por último, expreso mi propia teoría sobre cuáles son las decisiones políticas fundamentales en la Constitución mexicana.

PALABRAS CLAVES: Superestructura constitucional, decisiones políticas fundamentales, reformabilidad constitucional, constitucionalización.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. LA SUPERESTRUCTURA CONSTITUCIONAL. 2. LA TEORÍA DE SCHMITT SOBRE LAS DECISIONES POLÍTICAS FUNDAMENTALES. 3. DIFERENCIAS ENTRE AMBOS CONCEPTOS. 4. APLICACIÓN AL DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO. 5. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL MEXICANA. 6. NUESTRO PUNTO DE VISTA SOBRE LAS DECISIONES POLÍTICAS FUNDAMENTALES EN MÉXICO. 7. LA IRREFORMABILIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS DECISIONES POLÍTICAS FUNDAMENTALES Y EL PROBLEMA DE LA SUPRACONSTITUCIONALIDAD O SUPRALEGALIDAD CONSTITUCIONAL. 8. EL PROBLEMA EN MÉXICO. 9. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS DECISIONES POLÍTICAS FUNDAMENTALES. CONCLUSIONES. FUENTES CONSULTADAS.

INTRODUCCIÓN

Antes de iniciar el estudio sobre los conceptos de *superestructura constitucional* y *decisiones políticas fundamentales*, es preciso explicar la importancia de ambas nociones que no dejan de ser complejas.

-
- 1 Secretario de Estudio y Cuenta en la Suprema Corte de Justicia de la Nación y profesor adjunto de Ética y Argumentación Jurídica en la Escuela Libre de Derecho.
 - 2 Secretario de Estudio y Cuenta en la Suprema Corte de Justicia de la Nación y profesor titular de Ética y Argumentación Jurídica en la Escuela Libre de Derecho.

La idea es entender la estructura natural de una Constitución y, si se permite la analogía, una Constitución es un edificio y que como tal cuenta con un “armazón” que la distingue de cualquier otra “construcción” parecida. Así las cosas, los dos conceptos centrales en este artículo y que forman parte de la teoría constitucional se enfoca al estudio de esa estructura que caracteriza y le es propia a cualquier Constitución.

Lo anterior, permite una mejor comprensión de otras figuras abordadas en la teoría de la Constitución, como el proceso de reformabilidad de ésta, los alcances de los poderes reformadores, la supremacía de la norma fundamental –no sólo entendida como un mero atributo de jerarquía normativa, sino como un repositorio de elementos vitales de la sociedad política como los derechos fundamentales o la división del poder público—, el modo de ser de un Estado y cómo puede cambiar esa esencia en procesos como las transiciones políticas o movimientos revolucionarios, entre otros.

1. LA SUPERESTRUCTURA CONSTITUCIONAL

Lo primero que corresponde respecto de las nociones de *superestructura constitucional* y *decisiones políticas fundamentales* es determinar el sentido de ambas, es decir, qué significan cuando de ellos se hace referencia.

La noción “*superestructura constitucional*”, utilizada en algunas obras de la doctrina nacional³, ofrece la idea de la existencia de elementos formativos indispensables con los que debe contar toda Constitución para que sea considerada como tal. No resulta fácil manifestar semejante afirmación, particularmente cuando dichos elementos estructurales son aplicables a “*todo tipo de Constitución*”. Esto amerita precisarse.

Por “*Constitución*” dentro de ese intento definitorio de superestructura constitucional, debe entenderse en el sentido de *Constitución positiva*, es decir, aquella otorgada por las autoridades u órganos legitimados para ello y que se distingue del documento escrito igualmente denominado “*Constitución*”. Pero no debe desconocerse que esa estructura está plasmada formalmente en la *Constitución escrita*.

Aun así, la frase “*todo tipo de Constitución*” resulta genérica. Y en este sentido para acotar el alcance de la definición y con base en un criterio histórico, la *Constitución positiva* a la que se refiere aquélla, es la de Constitución moderna típicamente occidental, es decir, de corte fundamentalmente liberal y democrático.

Una vez circunscrita la definición, debe decirse que esos elementos formativos de la Constitución son parte –igualmente formal– de la Ley Suprema, sin los cuales no puede hablarse propiamente de “*Constitución*”.

3 Por ejemplo, Tena Ramírez hace referencia a este concepto en el clásico *Derecho Constitucional Mexicano*, pág. 24.

Con independencia de la tradicional división de las partes orgánica y dogmática de la Constitución, la superestructura constitucional o decisiones políticas fundamentales también son parte de ella. Tal aseveración se confirma con las ideas de Tena Ramírez.⁴

Sin embargo, la explicación que da este autor va en el sentido de que esas tres grandes partes de la Constitución deben entenderse como la *Constitución en sentido material*, cuando la definición que he propuesto de superestructura constitucional dispone que se tratan de *elementos formativos*. En otro giro, para el jurista mexicano la superestructura constitucional es una cuestión de fondo, en tanto que la definición dada le otorga un tratamiento de noción meramente formal.

Ante la apariencia de prurito riguroso de deslindar la naturaleza de este concepto, es de convenir que merece cierta atención. En consecuencia, hablar de superestructura constitucional ¿supone una cuestión de fondo o de forma? Y en este tenor, es factible atreverse a afirmar que, en última instancia, la superestructura constitucional comprende ambos tipos de naturaleza, aunque hay varias razones que deben explicarse.

Cuando se habla de una “*superestructura*” inmediatamente conduce al pensamiento de que se trata de una noción formal, pues desde el momento en que existe el sustantivo compuesto “*superestructura*”, se entiende que sin tal no puede haber un contenido. Así lo expresa el propio Tena Ramírez:

“... la superestructura constitucional forma parte de la Constitución, pues contiene aquellos mandamientos que se dirigen formalmente y por igual a todos los individuos y a todas las autoridades del país. En cambio, los preceptos que organizan a los poderes federales, aunque también figuran en la Constitución, están dedicados especialmente a dichos poderes”.⁵

Es decir, hay un contenido constitucional que puede variar, pero que siempre se encuentra enmarcado dentro de una forma predeterminada y dicha forma es, precisamente, esa superestructura. Sin embargo, esto no significa que tal concepto carezca de sustantividad propia, pues, efectivamente, los elementos que conforman la superestructura son instituciones jurídicas materiales, dogmas del constitucionalismo, por lo que en este sentido puede hablarse de un aspecto material de la superestructura constitucional. Además, como se verá en párrafos más adelante, los conceptos *superestructura constitucional* y *decisiones políticas fundamentales* no son necesariamente sinónimos, aunque pretenden expresar lo mismo, el desarrollo conceptual es muy distinto uno del otro. Efectivamente, la expresión “*decisiones políticas fundamentales*” refiere una idea material, de voluntad, de unidad, de esencia del ser del Estado. Preci-

4 “...pertenecen a la Constitución en sentido material los preceptos relativos a la llamada superestructura constitucional o decisiones políticas fundamentales, la cual cubre por igual a los derechos del hombre como a los poderes federales y estatales. Tal es la Constitución en sentido material”, en Tena Ramírez, Felipe. *Derecho Constitucional Mexicano*, págs. 21-25.

5 Tena Ramírez. *Op. cit.*, *idem*.

samente, esas decisiones son la sustancia de la Teoría de la Constitución y no sólo un marco formal que puede ser llenado con cualquier clase de contenido constitucional.

Puede decirse que la superestructura constitucional, sin soslayar la distinción que exista con las decisiones políticas fundamentales, se trata de un concepto en el que la forma se vuelve contenido. Y para reforzar esta aseveración, se vuelve a citar la opinión de Tena Ramírez, quien comenta que la connotación de *superestructura constitucional* tiene origen en el término acuñado por el jurista francés Maurice Hauriou, “*superlegalidad constitucional*” –aunque entre ambos existan diferencias–, y que consiste en la existencia de una legislación especial, más solemne en la forma, que se llama *Constitución escrita o rígida*, la cual se considera como norma superior a las leyes ordinarias.⁶

Por supuesto, que en forma posterior se hará una breve referencia sobre la superlegalidad constitucional y la vinculación que tiene con las decisiones políticas fundamentales, o mejor, con la superestructura constitucional.

Por otro lado, y como ya se mencionó, aunque los términos “*superestructura constitucional*” y “*decisiones políticas fundamentales*” en el fondo traen aparejado el mismo alcance y sentido, la carga conceptual que implica cada uno de ellos tiene un valor diverso. Claramente, la primera de estas nociones refleja una más fácil comprensión, si se compara con la complejidad de la segunda. De hecho, la voz “*superestructura constitucional*” es básicamente utilizada en México por dos de los autores representativos del Derecho Constitucional mexicano: el ya citado Tena Ramírez y por Burgoa Orihuela.⁷

2. LA TEORÍA DE SCHMITT SOBRE LAS DECISIONES POLÍTICAS FUNDAMENTALES

Las *decisiones políticas fundamentales*, aunque también expresan la idea del *desideratum* del ser estatal expresado en la Constitución y sin las cuales este cuerpo normativo no podría alcanzar tal categorización, conlleva a una elaboración doctrinal más desarrollada respecto del correlativo *superestructura constitucional*. Incluso, la utilización del término es más usual y el origen del mismo tiene base en la teoría que pudiera denominarse “*decisionismo schmittiano*”, por haber sido expuesta por Carl Schmitt.⁸

6 Tena Ramírez. *Op. cit.*, *idem*. Vid. Hauriou, Maurice. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Madrid, 1927.

7 Tena Ramírez. *Op. cit.* y, Burgoa Orihuela, Ignacio. *Derecho Constitucional Mexicano*. 9ª Edición, Edit. Porrúa, México, D.F., 1994, pp. 1068. Sin embargo, el uso de la voz “*superestructura constitucional*” dentro de las obras antes citadas no es excluyente del de “*decisiones políticas fundamentales*”, pues también se menciona en ellas.

8 Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución*. Introducción de Francisco Ayala, Edit. Nacional, México, 1981, pp. 457.

Sin demérito de una exposición más extensa y minuciosa de la obra de Schmitt, puede decirse que dentro de las diversas nociones que el autor alemán elaboró de la Constitución, una de ellas es la que da pauta para hablar de las *decisiones políticas fundamentales*. Esa noción particular es, como se precisó anteriormente en la definición de superestructura constitucional, la de *Constitución positiva*.

Schmitt inicia con la distinción entre *Constitución* y *Ley Constitucional*:

“No es admisible disolver primero la Constitución en una pluralidad de Leyes Constitucionales concretas y después determinar la Ley Constitucional por algunas características externas o acaso con el procedimiento de su reforma. De este modo se pierde un concepto esencial de la Teoría del Estado y el concepto central de la Teoría de la Constitución. Fue un error característico la afirmación de un famoso teórico del Derecho Político, según el cual la transformación de la Constitución ‘en una especie de ley’ es una ‘adquisición de la cultura política del presente’. Antes, al contrario, para la Teoría Constitucional la distinción entre Constitución y Ley Constitucional es el comienzo de toda discusión ulterior”.⁹

La Constitución no surge de sí misma, ni vale por virtud de una justicia normativa o por virtud de su cerrada sistemática. Las frases tales como “*una Constitución se establece por sí misma*” o “*una Constitución se dé a sí misma*” son expresiones que saltan a la vista por los absurdos que ellas implican. Una Constitución no se da a sí misma, sino que es dada por una *unidad política concreta*. Esto significa, que el Estado –*unidad política concreta*– nace con una cierta “*Constitución*” porque es la *voluntad política existencial* de aquél. Por eso, toda normación jurídica que puede calificarse de constitucional presupone una Constitución existente.

Por el contrario, las *Leyes Constitucionales* existen con base en la *Constitución* y la presuponen. Toda ley, como regulación normativa, y también la Ley Constitucional, necesitan para su validez en último término una *decisión política* previa, adoptada por un poder o autoridad políticamente existente.¹⁰

Hecha la distinción y al reiterar lo dicho, la *Constitución positiva* es la piedra angular a partir de la cual se desarrollan las *decisiones políticas fundamentales*. Pero Schmitt ¿qué entiende por esa noción positiva de Constitución? La *Constitución en sentido positivo* contiene sólo la determinación consciente de la concreta forma de conjunto por la cual se pronuncia o decide la unidad política. Con esto, el autor alemán explica que la *Constitución positiva* no es un conjunto de normas jurídicas, no es una normación fundamental, sino y precisamente por único momento de *decisión*, la totalidad de la unión política considerada en su particular forma de existencia.

9 Schmitt. *Op. cit.*, págs. 23-24.

10 *Idem*, págs. 24-26.

Pero ¿cómo surge esa decisión de la unidad política y forma de ser del Estado? Pues la *Constitución en sentido positivo* nace a partir de un acto del Poder Constituyente y dicho acto –por naturaleza también constituyente–, determina *la forma y modo de la unidad política*, cuya existencia es anterior a una “*Ley Constitucional*”. En otras palabras, no es que la unidad política surja porque se haya “*dado una Constitución*” –y *Constitución dada* dentro del léxico schmittiano se entiende como una *Ley Constitucional*–.

La forma de existencia de la unidad política no es más que el ser del Estado, es la *decisión política fundamental* y única por virtud de la cual el órgano constituyente determinó que el Estado fuese de tal o cual modo de ser. Dicha forma puede cambiar, en ella pueden introducirse nuevos elementos, pero sin que el Estado –la unidad política del pueblo– desaparezca. Precisamente, esa forma o decisión se expresa jurídicamente en lo que se conoce como *Constitución positiva*.

Esta forma y modo de ser del Estado es una *decisión*, porque por antonomasia, toda decisión es producto de un proceso de voluntad consciente atribuible a un sujeto. Ese sujeto capaz de procesar conscientemente la voluntad mediante un acto es el poder constituyente que expresa la forma y modo de ser del Estado; decide la unidad política, la *Constitución (positiva)* del Estado. Por estas razones, se dice que es *decisión* y que es *política*.

Además, es una decisión de trascendencia, por ello se dice que es *fundamental*, porque la toma de decisión del poder constituyente surge en un momento de vital importancia bien sea, en la creación (*fundación*) de un *nuevo Estado* o en las *grandes revoluciones*. Pueden tomarse como ejemplos de estas afirmaciones, la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica durante el siglo XVIII, la creación del Estado Checoslovaco en 1919 y las Revoluciones francesa de 1789, mexicana de 1910 y rusa de 1917.

3. DIFERENCIAS ENTRE AMBOS CONCEPTOS

Expresar todas estas ideas tienen un fin, el cual consiste en delimitar los conceptos base de este artículo y que permite afirmar lo siguiente: la *superestructura constitucional no es lo mismo que decisiones políticas fundamentales*.

Mientras que el primero es un concepto formal referido en esencia a la *Constitución escrita* (*Ley Constitucional*, según Schmitt) y al proceso legislativo de mayor solemnidad respecto del Derecho ordinario, las decisiones políticas fundamentales se dirigen a explicar la Constitución en sentido positivo y la esencia del ser del Estado, que es anterior a toda Ley Constitucional o Constitución escrita.

En consecuencia, se pueden proponer las siguientes definiciones.

Superestructura constitucional es aquella parte formal de la Constitución escrita que provee el marco necesario para el contenido constitucional que caracteriza a todo tipo

de Constitución de corte fundamentalmente liberal. Y por *decisiones políticas fundamentales* se entiende el acto del poder constituyente que determina la forma y el modo de ser del Estado (Constitución positiva), con antelación e independencia de la Constitución escrita o Ley Constitucional.¹¹

No obstante, todo lo dicho, no puede hacerse a un lado que entre uno y otro concepto existe una relación de complementariedad similar a la que existe entre forma y contenido.

4. APLICACIÓN AL DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO

Ahora bien, ¿cuál es el valor práctico que estas teorías tienen en la realidad constitucional mexicana? Pues bien, la tesis de Schmitt es aplicable al contexto constitucional de cualquier Estado, y con ello la inclusión de México.

Bajo este panorama, en México es dable hablar también de la Constitución como la forma y modo de ser del Estado mexicano, de la unidad política nacional (*Constitución en sentido positivo*) y, a la vez, distinguir esa noción de la de *Ley Constitucional*.¹²

Schmitt postula el siguiente enunciado:

“La distinción entre Constitución y Ley Constitucional es sólo posible, sin embargo, porque la esencia de la Constitución no está contenida en una ley o en una norma. En el fondo de toda normación reside una decisión política del titular del Poder Constituyente, es decir, del pueblo en la democracia y del príncipe en la monarquía”.¹³

Al seguir el hilo conductor del pensamiento de este autor, se puede parafrasear la aplicación que hace de las decisiones políticas fundamentales a la Constitución de Weimar para el caso de la Constitución mexicana de 1917.

Las decisiones políticas fundamentales por lo que hace a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, adoptada por el pueblo a través del Congreso Constituyente (originario) de 1917, se encuentran resumidas en los dos primeros enunciados del artículo 39 de la Carta Magna:

-
- 11 Cuando se menciona al *poder constituyente* se debe entender dentro de la tesis schmittiana, al *constituyente originario* y excluirse al constituyente permanente o derivado, pues como señala Schmitt el único poder constituyente capaz de determinar el modo y la forma de ser del Estado y, en consecuencia, de tomar una decisión política fundamental, es el que tiene la calidad de constituyente originario. Pensar lo contrario, es desvirtuar la doctrina de este en aquella parte en la que expone que el constituyente derivado o permanente no es capaz de modificar de acuerdo con el proceso dificultado de reformas a la Ley Constitucional, las decisiones políticas fundamentales antes determinadas, porque ello conllevaría a la destrucción o extinción del Estado y de la Constitución positiva.
- 12 El concepto de *Ley Constitucional* en Schmitt difiere de la que expresa Mario de la Cueva en su *Teoría de la Constitución*, como un tipo de norma jurídica entre la Constitución escrita y las leyes ordinarias con un sentido jerárquico.
- 13 Schmitt. *Op. cit.*, pág. 27

“La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste...”.

Además de la decisión del régimen democrático y soberano, el pueblo mexicano (unidad política nacional) determinó mediante el acto constituyente originario el modo y forma de ser del Estado por medio de otras decisiones políticas fundamentales que, desde la entrada en vigor de la Constitución de 1917, han permanecido incólumes debido, precisamente, a la naturaleza de decisión política fundamental. Pueden mencionarse como tales, la decisión de constituir a la Nación mexicana en una república bajo un sistema federal (artículo 40 constitucional) o el tomar partido por un régimen de representación política (artículo 41 constitucional). En el mensaje del Primer Jefe Venustiano Carranza al Constituyente de Querétaro, se manifestó que, por voluntad del pueblo mexicano y acorde con la natural forma de ser, se optó por un gobierno fundamentalmente presidencial, aunque con algunos rasgos parlamentarios. Asimismo, en dicho mensaje y aprobado el proyecto de Constitución del Primer Jefe, se introdujo una nueva decisión política fundamental que distó de la Constitución de 1857, y que consistió en la incorporación de la visión social del constitucionalismo mexicano en los artículos 3º, 27 y 123 de la Constitución General de la República. Finalmente, en el artículo 49 de la Constitución se fijó el principio de división de poderes.¹⁴

En nuestra opinión, además de lo mencionado, consideramos que existen otras decisiones políticas fundamentales que caracterizan al Estado mexicano, como se verá más adelante.

5. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL MEXICANA

Pero ¿qué hace que dichos elementos o cimientos institucionales se distingan de otras partes dentro de la estructura misma de una Constitución o se tengan por decisiones políticas fundamentales? La respuesta a esta interrogante tiene un trasfondo histórico.

En el desarrollo del constitucionalismo se puede explicar que éste ha producido dogmas que se traducen en instituciones jurídicas con una fuerte carga ideológica y que son el resultado de complejos procesos políticos durante el transcurso histórico. Por ejemplo, el régimen de gobierno (parlamentario o presidencial), el principio de división de poderes, la idea de soberanía, la representación política y la democracia, entre muchos otros, que no son más que instituciones políticas que adquieren una expresión jurídica dentro de la Constitución.¹⁵

14 “Mensaje del Primer Jefe del Gobierno Constitucionalista, Don Venustiano Carranza al Congreso Constituyente de 1917”, en Tena Ramírez, Felipe. *Leyes Fundamentales de México. 1808-1992*, págs. 745-764.

15 Sánchez Bringas, Enrique. *Derecho Constitucional*. 2ª edición actualizada y aumentada, prólogo a la 2ª edición de Ignacio Burgoa Orihuela, Edit. Porrúa, México, 1997, pp. 750. Véanse específicamente págs. 184-188.

En otras palabras y como bien dice Carpizo, “*las decisiones fundamentales no son universales, están determinadas por la historia y la realidad sociopolítica de cada comunidad*”, y se consideran “*como principios que se han logrado a través de luchas y como parte de la historia del hombre y de su anhelo de libertad*”.¹⁶

Para una visión más sistemática de la idea antes expuesta y con base en el texto del Sánchez Bringas, se presenta un cuadro clasificatorio de los contenidos de la Constitución que se han derivado de la historia del propio constitucionalismo moderno.¹⁷

	Contenido liberal individualista	Contenido social	Contenido socialista	Contenido de la Constitución mexicana de 1917
Ideología	La ideología que caracteriza el nacimiento del Estado contemporáneo y que permaneció 130 años, en el período que corre de 1787 con la Constitución de Estados Unidos hasta 1917 con la Constitución mexicana	La Constitución de 1917 inició la segunda etapa de los contenidos constitucionales y hasta hoy día no existe Estado que en la Carta Fundamental omite ordenamientos propios del constitucionalismo social. Desde luego, esta concepción rechaza elementos sustantivos del liberalismo individualista, aunque no lo desaparece, sino solamente lo adecua a las circunstancias de grupo y sociedad	En un sentido material se toma como punto de partida a la revolución rusa de 1917 y formalmente, la expedición de la Constitución soviética en 1918. La transformación a este tipo de esquema estatal es un amplio rechazo al Estado liberal burgués, al considerar al socialismo como una mera transición hacia la plenitud que conlleva el comunismo	Es una ideología que en principio se sostuvo en el modelo del Constitucionalismo social, como una forma de resolver los problemas del liberalismo plasmados en la Constitución de 1857. Sin embargo, a partir de la década de 1990 a la fecha (2022) se observa cierta tendencia a la apertura económica, a la globalización y a la disminución de la injerencia del Estado en el mercado. Pero, en términos generales puede considerarse a la Constitución de 1917 como de ideología social
Estado	Como principal imperativo, el Estado garantiza los derechos humanos, el orden jurídico y la paz social. Es el Estado gendarme que deja en libertad el desarrollo de los factores de la producción, capital y trabajo	La ideología social concibe un Estado ensanchado en su intervención en la protección de ciertos grupos como en la actividad económica, al procurar un equilibrio vigilante y paternal entre los factores de la pro-	En principio, el Estado es una etapa transitoria que está a cargo de todos los medios de producción, bienes y servicios y determina la actividad económica de toda la población. Por supuesto, que el Esta-	Un Estado de constitucionalismo social, aunque como se dijo, se ha perfilado en los últimos cuarenta años en prácticas económicas y sociales propias del liberalismo

16 Carpizo, Jorge. *La Constitución mexicana de 1917*. 9ª edición, Edit. Porrúa, México, 1995, pp. 305.

17 Sánchez Bringas. *Op cit.* págs. 202-216.

	Contenido liberal individualista	Contenido social	Contenido socialista	Contenido de la Constitución mexicana de 1917
Estado (cont.)	en una compensación natural de las leyes económicas, y únicamente interviene cuando ese aparente “equilibrio” se rompe	ducción y al promover una idea de justicia social por lo que a la distribución de la riqueza se refiere	do es un elemento del capitalismo y, por ende, oportunamente desaparecerá. Hecho lo cual, se dará paso a la llamada <i>dictadura del proletariado</i> a nivel mundial	
Soberanía	Proclama este principio como sustento de la legitimidad y asigna la titularidad al pueblo o a la Nación que, en conclusión, según las ideas de Heller, en cualquiera de ambos casos la soberanía se reduce al pueblo en última instancia	Este principio se mantiene de acuerdo con el modelo liberal.	En este sentido, la soberanía se mantiene también en forma transitoria (al ser atributo del Estado correrá la misma suerte). Una vez alcanzado el comunismo, la soberanía desaparecerá en aras de una fraternidad mundial de las fuerzas del trabajo	El concepto de soberanía se conserva y se mantiene radicada esencial y originariamente en el pueblo, aunque en aras de la misma, se contraponen con los procesos de globalización que se intercalan con el resto de las naciones del mundo
División de poderes	Este principio fue concebido como una fórmula para evitar el abuso y la concentración personal del poder político; asimismo, con este principio se pretende preservar los derechos fundamentales	Igualmente, la separación de poderes se mantiene como en su origen liberal	Aunque formalmente se conserva y no es objeto del tratamiento de la tesis socialista, en la realidad existe una verdadera concentración de poder que radica, más que en los órganos de Estado, en un partido único	Se conserva la división de poderes, aunque existe un predominio real del Poder Ejecutivo, que, a la vez, en los últimos años, se ha visto demasiado presionado con la aparición de una oposición efectiva dentro de un esquema cada vez más democrático y de la creación de organismos constitucionales autónomos
Derechos humanos	El individuo es considerado como el origen, el centro y el objetivo de la sociedad y del Estado, por ello los derechos humanos son la pieza clave pues se consideran naturales y anteriores al Estado e inherentes al hombre	Los valores comunitarios predominan sobre los individuales, por lo cual ya no se acepta el dogma de los derechos naturales, sino se cuestiona su origen, que se radica en un reconocimiento positivista del Estado	Formalmente contemplan tanto derechos individuales como principios de justicia social, aunque los derechos de los trabajadores y campesinos prevalecen sobre cualquier otra prerrogativa. Sin embargo, las libertades económicas, principalmente la propiedad, se encuentran excluidas	Se cobijan tanto los derechos individuales como los de la mal llamada justicia social. Asimismo, México se ha actualizado en la materia, al contemplar en la Constitución a los llamados <i>derechos humanos de tercera generación</i>

	Contenido liberal individualista	Contenido social	Contenido socialista	Contenido de la Constitución mexicana de 1917
Formas de Estado y de gobierno	Aparecen por primera vez las normas que regulan las formas de Estado y de gobierno que revolucionaron las ideas políticas: el federalismo y la república, así como los conceptos de democracia y gobiernos constitucionales, inclusión hecha de fórmulas monárquicas	Las formas se mantienen, aunque con un mayor avance de las ideas federalistas, republicanas, constitucionales y democráticas. Debe incluirse en estos conceptos la figura del parlamentarismo	Las formas se mantienen, aunque Sánchez Bringas considera que, al tratarse de territorios extensos se adopta el federalismo, y si se conforman territorios pequeños, se adopta el centralismo	Desde tiempo atrás, México ha sostenido un Estado federal, republicano, democrático y representativo, con el claro predominio del presidencialismo
Otros				Se agregan como parte del contenido constitucional mexicano, los siguientes elementos: la rectoría del Estado en materia económica, el control de la constitucionalidad, el derecho social y la laicidad del Estado

6. NUESTRO PUNTO DE VISTA SOBRE LAS DECISIONES POLÍTICAS FUNDAMENTALES EN MÉXICO

En el tratamiento del tema que ocupa este artículo, es relevante determinar cuáles son, en general, las decisiones políticas fundamentales y, en lo particular, las que aporta el constitucionalismo mexicano.

Si se ha expuesto que tales decisiones no hacen más reflejar la realidad constitucional de la unidad política, es posible sostener junto con Burgoa Orihuela que, las decisiones políticas fundamentales que sustentan y caracterizan a un orden constitucional determinado están en íntima relación con los *factores reales de poder*.¹⁸

Esta vinculación entre las decisiones políticas fundamentales y los factores reales del poder, la explica Burgoa en las siguientes líneas:

18 Burgoa Orihuela. *Derecho Constitucional Mexicano*, págs. 345-350. La referencia a la voz *factores reales del poder* se hace de acuerdo con la doctrina expuesta por Ferdinand Lasalle en *¿Qué es una Constitución?*

“Tales decisiones son los principios básicos declarados o proclamados en la Constitución, expresando los postulados ideológico-normativos que denotan condensadamente los objetivos mismos de los mencionados factores. Así, cuando la historia de un país y en un cierto momento dado de su vida predomina en la Asamblea Constituyente la influencia de alguno o algunos de los propios factores, el ordenamiento constitucional recoge los principios económicos, sociales, políticos o religiosos que preconizan. Este acto implica la juridización de los citados principios, o sea, su erección en el contenido de las declaraciones normativas básicas y supremas del Estado, declaraciones que no son sino las decisiones fundamentales proclamadas en la Constitución. Nítidamente se deduce que estas disposiciones pueden ser políticas, económicas, sociales o religiosas, adoptas aislada o combinadamente, que es lo que sucede con más frecuencia, teniendo como atributo relevante su variabilidad en el tiempo y en el espacio, ya que su contenido substancial depende de la facticidad diversa y de las distintas corrientes de pensamiento que en un momento histórico dado actúen en un determinado país”.¹⁹

Asimismo, como se dijo con anterioridad, la superestructura constitucional forma parte de la Constitución escrita, lo que supone la distinción dentro del propio cuerpo normativo supremo entre normas constitucionales que son la expresión formal de esas decisiones políticas fundamentales y normas, igualmente constitucionales, pero que, por exclusión, no les es atribuible la característica de decisión política fundamental.

A través de esta distinción, Burgoa nos permite descubrir otra forma de aplicación de la tesis de Schmitt: si dentro de la normatividad constitucional existen dos tipos de normas según las cuales, unas puedan ser expresiones formales de las decisiones políticas fundamentales y otras no, entonces la distinción que Schmitt hace entre *Constitución positiva* y *Ley Constitucional* es válidamente aplicable dentro del contexto formalista de la Constitución escrita. Dicho de otro modo, las normas jurídicas constitucionales que son la traducción formal de las decisiones políticas fundamentales son expresión de la *Constitución en sentido positivo*, en tanto que las normas jurídicas constitucionales que no cumplen con esa característica pueden decirse de ellas que expresan lo que es estrictamente la *Ley Constitucional*.²⁰

Igualmente, se ha visto que el transcurso del constitucionalismo ha arrojado las principales notas distintivas de la Constitución que pueden entenderse como decisiones políticas fundamentales. Ante esto, puede decirse que, en términos generales, las decisiones políticas fundamentales del constitucionalismo moderno son: la soberanía,

19 Burgoa Orihuela. *Op. cit.*, *idem*.

20 Y precisamente, la distinción entre las prescripciones constitucionales que postulan dogmáticamente las *decisiones políticas fundamentales* y las “*leyes constitucionales*”, según la idea de Schmitt, es muy importante para la teoría de la reforma de la Constitución. En efecto, dichas prescripciones sólo pueden ser variadas, substituidas o eliminadas mediante el poder constituyente del pueblo, ejercido por medio de representantes reunidos en un cuerpo *ad hoc*, llamado Congreso o Asamblea Constituyente, pues únicamente las “*leyes constitucionales*” pueden ser modificadas por los órganos constituidos del Estado.

la división de poderes, la forma de Estado y de gobierno, los derechos humanos, la supremacía constitucional, la democracia y el sistema de representación política.

En México, a la doctrina no le cabe duda de que, las decisiones políticas fundamentales mencionadas lo son efectivamente, y en la Constitución General de la República, todas ellas, sin excepción, están previstas. Es el momento oportuno de hacer cita de algunos autores nacionales sobre las decisiones políticas fundamentales del constitucionalismo mexicano.

Por ejemplo, Canudas Oreza considera con el carácter de decisiones fundamentales a las declaraciones dogmáticas siguientes: radicación popular de la soberanía; dimanación del pueblo de todo poder público; modificabilidad o alterabilidad, por el pueblo, de la forma de gobierno; adopción de la forma republicana de gobierno y del federalismo como forma de Estado; democracia representativa; institución de los derechos públicos individuales y sociales; división o separación de poderes; y libertad y autonomía del municipio.²¹

En forma muy concisa, Tena Ramírez dice que la superestructura constitucional en el sistema jurídico mexicano se encuentra plasmada en los artículos 39, 40, 41, 133, 135 y 136 de la Constitución, que aluden a la soberanía popular, a la forma de gobierno, a la supremacía de la Constitución y a su inviolabilidad. Por lo escueto de la posición del constitucionalista mexicano, las decisiones a las que refiere no son todas y de las que enumera, algunas de ellas pueden subsumirse entre sí. Por ejemplo, el régimen federal previsto en el artículo 124 de la Constitución General de la República es, en nuestra opinión, una decisión política fundamental indiscutible de la realidad constitucional mexicana.²²

Por otra parte, Carpizo divide a las decisiones políticas fundamentales en *materiales* y *formales*. Las primeras se entienden como “*las substancias del orden jurídico, o sea, una serie de derechos primarios que la Constitución consigna*” y las segundas “*son esa misma substancia, sólo que en movimiento; son los principios que mantienen la vigencia y el cumplimiento de las decisiones materiales*”. Las decisiones políticas fundamentales materiales distintivas en México son: la soberanía, los derechos humanos, el sistema representativo y la supremacía del poder civil sobre la iglesia. Y las decisiones políticas fundamentales formales son: la división de poderes, el federalismo y el juicio de amparo.²³

21 Canudas Oreza, Luis F. “Irreformabilidad de las decisiones políticas fundamentales”, en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*. Números 18, 19 y 20, México, 1943.

22 Tena Ramírez. *Op. cit.*, págs. 21-25.

23 Carpizo, Jorge. *Estudios Constitucionales*, págs. 445-468.

Si se analiza el índice de esta parte de los *Estudios Constitucionales* de Carpizo, coinciden con el número de decisiones fundamentales tanto materiales como formales, antes citadas. Pero llama la atención que la única diferencia entre la enumeración de decisiones políticas fundamentales y el índice correspondiente a este tema dentro de sus *Estudios* radica en que, en el índice no se menciona de manera

Finalmente, para citar a otra referencia clásica sobre el tema, Burgoa Orihuela considera que las decisiones políticas fundamentales pueden ser clasificadas en políticas, sociales, económicas, culturales o religiosas, desde el punto de vista del contenido, mismo que atribuye una cierta tónica ideológica a un cierto orden constitucional y marca los fines del Estado y los medios para realizarlos. A dichos medios de juridificación de tales decisiones fundamentales se estima pertinente añadirle el nombre de decisiones fundamentales de carácter jurídico.

Con referencia a la Constitución mexicana de 1917, dichas decisiones, al entender de Burgoa, son las siguientes: *a) Decisiones fundamentales políticas*, que comprenden las declaraciones respecto de : 1) la soberanía popular; 2) la forma federal de Estado; y, 3) la forma republicana y democrática de gobierno; *b) Decisiones fundamentales jurídicas*, que consisten en 1) limitación del poder público a favor de los gobernados por medio de las entonces llamadas garantías individuales; 2) el juicio de amparo como medio adjetivo para proteger la Constitución contra actos de autoridad que la violen

directa al juicio de amparo como parte de esas decisiones de tipo formal, sino que en su lugar se habla de una noción mucho más compleja y amplia: la justicia constitucional. En rigor, parece adecuado que en el contexto de las ideas formuladas por el jurista mexicano, se supla al juicio de amparo por toda una teoría de la justicia constitucional que, como es sabido, tiene antecedentes inmediatos en las obras del italiano Mauro Cappelletti y no menos importante del jurista mexicano Héctor Fix-Zamudio, puesto que la justicia constitucional no sólo está integrada, en la parte relativa a la defensa dogmática de la Constitución por el juicio de amparo, sino que, incluye, además, la desaparición de poderes de los Estados, la solución de conflictos políticos por el Senado, la facultad de investigación que tuvo la Suprema Corte de Justicia y actualmente la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, el litigio o conflicto constitucional –que corresponde a la controversia constitucional–, el juicio político y la declaración de procedencia o desafuero constitucional. Y a partir de 1994 y 1996, pueden incluirse, como lo hace Fix-Zamudio, a la acción de inconstitucionalidad y a los medios jurídicos de defensa de los derechos político-electorales.

Por otro lado, si se estudia con atención la primera obra representativa de Carpizo, *La Constitución mexicana de 1917*, el índice demuestra que consideró como decisiones políticas fundamentales las siguientes: “*Las decisiones fundamentales: I. La teoría; II. Los derechos humanos; III. La soberanía; IV. La división de poderes; V. El sistema representativo; VI. El sistema federal: a) Su naturaleza jurídica, b) El federalismo mexicano, c) La distribución de competencias; VII. La supremacía del Estado sobre la iglesia; VIII. El juicio de amparo; IX. Su irreformabilidad*”, págs. 119-270. Es decir, que el pensamiento original de Carpizo contempló como decisión política fundamental de tipo formal, precisamente, la *irreformabilidad de la Constitución*. El hecho de que posteriormente en sus *Estudios Constitucionales*, Carpizo haya suprimido a la irreformabilidad constitucional dentro de las decisiones políticas fundamentales y substituir al juicio de amparo por la justicia constitucional, entendida ésta bajo las directrices de las tesis Cappelletti/Fix-Zamudio, la irreformabilidad de la Constitución como el juicio de amparo se encuentran dentro de la concepción genérica de la justicia constitucional.

No deja de ser atractiva e interesante la obra escrita de Carpizo. Si se recuerda, este autor fue uno de los discípulos más cercanos de Mario de la Cueva, por eso los *Estudios Constitucionales* de aquél en muchos aspectos traen a la memoria la doctrina vertida por De la Cueva en su *Teoría de la Constitución*. Como ejemplos pueden citarse los siguientes estudios: *La interpretación del artículo 133 constitucional; Constitución y Revolución; Reformas constitucionales; Poder Constituyente*; etcétera.

Asimismo, *La Constitución mexicana de 1917* no es más que la publicación de la tesis profesional de licenciatura de Carpizo, evidentemente refinada, reelaborada y actualizada, no sólo en la edición de la Casa Porrúa, sino en los artículos que componen sus *Estudios Constitucionales*.

en detrimento de los gobernados; y, 3) En general, la sumisión de la actividad total de los órganos del Estado a la Constitución y a la ley, situación que involucra los principios de constitucionalidad y legalidad; *c) Decisiones fundamentales sociales*, que estriban en la consagración de derechos públicos subjetivos de carácter socioeconómico, asistencial y cultural a favor de las clases obrera y campesina y de los miembros individuales componentes, es decir, establecimiento de garantías sociales de diverso contenido; *d) Decisiones fundamentales económicas*, que se traducen en: 1) la atribución al Estado o a la Nación del dominio de la propiedad de recursos naturales específicos; 2) la gestión estatal en ciertas actividades de interés público; y, 3) el intervencionismo de Estado en las actividades económicas que realizan los particulares y en aras de dicho interés; *e) Decisiones fundamentales culturales*, es decir, las que se refieren a los fines de la enseñanza y de la educación que imparte el Estado y a la obligación a cargo de éste, consistente en realizar la importante función social respectiva en todos los grados y niveles de la ciencia y de la tecnología, con base en determinados principios y en la consecución de ciertas tendencias; *f) Decisiones fundamentales religiosas*, que conciernen a la libertad de creencias y cultos, separación de la iglesia y del Estado y, en un momento dado, el desconocimiento de la personalidad jurídica de las iglesias independientemente del credo que profesen.²⁴

Sobre este criterio clasificatorio, se puede señalar que, a diferencia de Tena Ramírez, Burgoa Orihuela extiende excesivamente el número de decisiones políticas fundamentales, ya que muchas de ellas pueden subsumirse entre sí, aunque el esfuerzo de clasificación es interesante.

Por otro lado, sean de índole social, cultural, económica, jurídica o religiosa, las decisiones fundamentales, como se vio anteriormente y de acuerdo con la tesis de Schmitt, son en todo sentido y, antes que nada, de naturaleza política.

Como se ha visto en este recorrido de opiniones de algunos autores nacionales sobre el tema, destacan algunas de esas decisiones políticas fundamentales y que, en consecuencia, merecen un comentario. Estas decisiones a las que se hace referencia son: el sistema federal, la forma republicana de gobierno, la autonomía del municipio, la irreformabilidad y la inviolabilidad de la Constitución, el juicio de amparo, la justicia constitucional y la educación impartida por el Estado.

Respecto al municipio libre puede decirse que en tanto éste es un elemento constitutivo del federalismo como forma de descentralización administrativa, bien puede incluirse dentro del sistema federal como decisión política fundamental. Sin embargo, el régimen federal y la república no son, bajo una concepción universalista de la Teoría de la Constitución, decisiones políticas fundamentales, sino formas en que éstas pueden expresarse en un determinado Estado. Pues mientras que para algunos países es decisión política fundamental un régimen centralista y un gobierno monárquico,

24 Burgoa Orihuela. *Op. cit.*, págs. 353-357.

para otros lo será el sistema federal y la forma republicana de gobernar. En consecuencia, como verdadera decisión política fundamental de corte clásico, se acoge en una connotación amplia a la *forma de Estado* y a la *forma de gobierno*, ya que en ellas pueden contemplarse diversas expresiones de sí: Estado federal o unitario, gobierno republicano o monárquico, sistema presidencial o parlamentario, etcétera. Aunque es claro, por otro lado, que la forma de Estado y de gobierno como decisiones políticas fundamentales particulares del Estado mexicano equivalgan al régimen federal y republicano.

Por lo que se refiere al juicio de amparo, si bien es cierto que dicha institución es un elemento sin el cual no puede concebirse a la historia constitucional mexicana, le es aplicable el mismo comentario que para el caso del municipio libre: el amparo puede subsumirse dentro de un concepto mucho más amplio, como lo es el de la justicia constitucional. Pero, al igual que el federalismo y la república, la justicia constitucional, junto con la irreformabilidad y la inviolabilidad de la Constitución, pueden, a la vez, resumirse en una sola decisión política fundamental: la supremacía de la Constitución.

En cuanto a la enseñanza impartida por el Estado, ésta puede incluirse por su complejidad dentro de otras decisiones políticas fundamentales, como los derechos humanos o fundamentales.

Con base en todo lo dicho, puede ofrecerse una enumeración particular de las decisiones políticas fundamentales en el régimen constitucional mexicano, de acuerdo con las siguientes razones:

Al hacer un recuento de las decisiones políticas fundamentales en términos de una teoría constitucional, se puede afirmar sin temor a equivocarse, que son, como se dijo anteriormente, las siguientes: la soberanía, la división de poderes, la forma de Estado y de gobierno, los derechos fundamentales, la supremacía constitucional, la democracia y el sistema representativo. En México, estas decisiones políticas fundamentales clásicas tienen lugar en la Constitución: las ideas de soberanía, forma de Estado y de gobierno, democracia y representación política están contempladas en los artículos 39, 40, 41 y 124 constitucionales; el principio de división de poderes se consagra en el artículo 49 constitucional; los derechos humanos o fundamentales cuentan con todo un capítulo que abarca del artículo 1º al 29 de la Constitución General de la República, así como los numerales 27 y 123 del propio ordenamiento y, finalmente, la supremacía constitucional prevista esencialmente en los artículos 41 y 133 de la Carta Magna.

Sin embargo, no son todas las decisiones políticas fundamentales existentes dentro del orden constitucional mexicano. Por el contrario, éste ha aportado algunas más y que pueden resumirse en las siguientes: régimen económico del Estado y la relación Estado-Iglesia. Estas dos decisiones proporcionadas por el orden positivo constitucional de México a la Teoría de la Constitución tienen razón de ser en los antecedentes históricos nacionales y en la realidad política de este país, por lo que no pueden desdeñarse o desconocerse como decisiones políticas fundamentales.

En conclusión, nuestra opinión sobre las decisiones políticas fundamentales del orden constitucional mexicano son las siguientes:

- 1) Soberanía.
- 2) División de poderes.
- 3) Forma de Estado (Federalismo).
- 4) Forma de gobierno (República).
- 5) Supremacía constitucional.
- 6) Democracia.
- 7) Representación política.
- 8) Derechos fundamentales.
- 9) Régimen económico del Estado.
- 10) Relación Estado-Iglesia.

7. LA IRREFORMABILIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS DECISIONES POLÍTICAS FUNDAMENTALES Y EL PROBLEMA DE LA SUPRACONSTITUCIONALIDAD O SUPRALEGALIDAD CONSTITUCIONAL

Antes de dar nuestra opinión sobre la regulación constitucional de las decisiones políticas fundamentales en México, resulta importante mencionar dos problemas interesantes que la doctrina sobre este tema ha producido. Por un lado, la *irreformabilidad de la Constitución* en aquellas partes en que las decisiones políticas fundamentales se expresan como superestructura constitucional. Por el otro, lo que algunos autores extranjeros²⁵ han calificado como *el problema de la supraconstitucionalidad o superlegalidad constitucional*.

El primero de ellos, que versa sobre si es posible o no reformar las decisiones políticas fundamentales, es materia de exposición que amerita un desarrollo mucho más completo. Por lo que sólo se enuncia para posteriores disertaciones. Este problema bien puede enfocarse en el estudio de la defensa de la Constitución desde un punto de vista material del principio de división de Poderes. Esto debido a que se ha cuestionado a partir de la década de 1990 por la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación la

25 Favoreu, Louis. “El problema de la supraconstitucionalidad en Francia y Europa”, en *Problemas actuales del Derecho Constitucional. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*. Edit. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994, págs. 107-116.

posibilidad del control constitucional de las reformas a la Ley Suprema. Basta, pues, la simple mención de este tópico.

En cuanto al segundo de los problemas mencionados, se recordará que al inicio de este artículo se vio que la voz “*superestructura constitucional*” tiene origen en el término “*superlegalidad constitucional*”, elaborado por Maurice Hauriou²⁶. Aunque Tena Ramírez comenta que entre ambos conceptos existen diferencias, pues el término confeccionado por Hauriou no denota necesariamente la idea de las decisiones políticas fundamentales, sino que fue creado con la finalidad de dar a conocer la existencia de una legislación especial, más solemne en la forma, y que la doctrina denomina *Constitución escrita o rígida*, la cual se considera como norma superior respecto de las leyes ordinarias.²⁷

Sin embargo, la *supralegalidad constitucional* o *supraconstitucionalidad*, como la llama Favoreu, puede tener un significado distinto al que enseña el propio Tena Ramírez.

Favoreu indica que, en la Constitución, las decisiones políticas fundamentales tienen un valor jerárquicamente superior respecto de las otras normas del contenido constitucional. Se hará memoria que esta idea fue expresada también por Burgoa Orihuela cuando explicaba que dentro del documento constitucional existen dos tipos de normas jurídicas: las decisiones políticas fundamentales en forma de juicio normativo y otras normas que no tienen la calidad de decisión fundamental, pero que son parte del texto constitucional.

El problema radica en que, sobre todo en la Europa continental, se consideran a estas decisiones como “*leyes constitucionales*” y, en consecuencia, superiores respecto del resto normativo de la Constitución. Por “*leyes constitucionales*”, Favoreu no utiliza el término con el mismo significado que le da Schmitt, sino que le otorga la connotación de decisión política fundamental. Es curioso ver como entre uno y otro autor han invertido el sentido y alcance de las nociones “*ley constitucional*” y “*decisión política fundamental*”. Mientras que, para Schmitt, como se expuso anteriormente, decisión política fundamental no es ley constitucional, sino Constitución positiva; para Favoreu, la ley constitucional es expresión normativa de las decisiones políticas fundamentales. En el fondo de las cosas, ambos autores expresan lo mismo, sólo que en el caso de Favoreu explica una tesis desde una visión estrictamente normativa al dar por supuesta la doctrina schmittiana.

Por otro lado, es conveniente aclarar que la idea de “*ley constitucional*” manejada por Favoreu no refiere que se trate de una ley constitucional como grado intermedio entre la jerarquía existente entre la Constitución y las leyes ordinarias, según las ideas De la Cueva y Carpizo. Pues la diferencia entre los significados mencionados es que, mien-

26 Hauriou, Maurice. *Op. cit. idem*.

27 Tena Ramírez. *Derecho Constitucional Mexicano*, págs. 21-25.

tras que ley constitucional en el sentido que le otorga De la Cueva supone una comparación de jerarquías entre leyes expedidas por el órgano legislativo ordinario, entre una ley reglamentaria de un precepto constitucional y una ley ordinaria que regula aspectos que no tienen que ver en forma directa con la Constitución; para Favoreu, ley constitucional no es un problema entre leyes del órgano legislativo constituido, sino dentro del propio ámbito de la normatividad constitucional. A la postura de los juristas mexicanos, el autor francés la califica como un *problema de supralegalidad*, no de supraconstitucionalidad.

Hechas las precisiones terminológicas, el problema que se enfrenta se complica aún más, cuando en la aplicación e interpretación de la Constitución, los tribunales y jueces resuelven bajo diversas posiciones: mientras que unos reconocen la existencia –implícita o expresa– de una supraconstitucionalidad (decisiones políticas fundamentales), otros la desconocen; aún en los casos en que se reconoce esa supralegalidad constitucional, no hay criterios para determinar si en todos o sólo en algunos casos debe favorecerse lo dispuesto por ella en detrimento del resto normativo constitucional.

Favoreu explica esta problemática al tomar como marco de referencia lo que sucede en Europa, principalmente en Francia:

“En cuanto a la jurisprudencia constitucional como aplicación concreta de la Supraconstitucionalidad en Europa, existe todavía poca materia. Se encuentra apenas ante las premisas, en las discusiones iniciales y en los principios. Incluso en Italia, donde la problemática existe desde hace cierto tiempo, no se percibe todavía una verdadera conciencia de lo que pueda ser la Supraconstitucionalidad. En 1960, en un conocido artículo, el profesor Chapus hablaba ya de la supradecretalidad. A partir de 1971, se ha hablado de nivel supralegislativo. Veinte años después, se encuentra ya el nivel de la supraconstitucionalidad.

“En los años 60’s, la cuestión era la de saber si era necesario considerar la jerarquía de las normas más allá del nivel supradecretal. En los años 90’s, se hablará sin duda frecuentemente de la supraconstitucionalidad. Esto demuestra el cambio fundamental producido en Francia en pocos años, y también el progreso de la democracia y del Estado de Derecho pues, en realidad, hay que considerar que esta elevación del nivel de intervención de las normas es el signo de exigencias cada vez más fuertes en lo que concierne a las mayorías requeridas para la toma de decisiones. Es decir, en el fondo, para establecer normas reglamentarias, la mayoría o el consenso no era difícil de obtener, puesto que el Gobierno era quien decidía. Debe aclararse en este sentido que en Francia se ha tenido durante largo tiempo un ‘Derecho Reglamentario’, de ahí la importancia del Derecho Administrativo y del Consejo de Estado.

“En el nivel superior, el legislativo, son necesarias mayorías o consensos más fuertes, principalmente porque se pueden distinguir las normas legislativas ordinarias y las normas legislativas orgánicas las cuales plantean, incluso, mayores exigencias.

“En estos momentos (1994) se empieza a considerar el problema de la producción normativa en Francia, no tan sólo desde un ángulo reglamentario, esencial anti-guamente, o desde el legislativo, sino también desde una perspectiva constitucio-

nal. La ley constitucional sobre el derecho de asilo así lo atestigua: por tercera vez en un año, se ha aprobado una ley de reforma constitucional, cuando desde los tiempos de Napoleón, las revisiones constitucionales no han sobrepasado el número de veinte. Esto demuestra que se asciende en la jerarquía, e incluso entre las normas constitucionales se distingue entre normas de primer, segundo o tercer rango, para la publicación de las cuales son necesarias mayorías distintas. Este es el caso de España y de otros países, donde la modernidad de la Constitución se manifiesta por el hecho de que, en el seno de las normas constitucionales, hay una distinción en cuanto al procedimiento de adopción y de modificación de las normas; la revisión total, a diferencia de la revisión parcial, precisa un consenso mayor por parte del pueblo. Éste es por ahora el caso de Francia, en donde todavía apenas se concibe que pueda votarse una ley constitucional. En consecuencia, no es imaginable aún la afirmación de que ciertas leyes constitucionales exigen de una mayoría reforzada a un procedimiento semejante.

“A medida que se diversifican los niveles de decisión, pues, la jerarquía de las normas y de las fuentes se desarrolla cada vez más”.²⁸

Si el tema resulta complicado, se dificulta cada vez más cuando el tratamiento del mismo puede ser desde dos puntos de vista: uno, dentro del orden jurídico nacional, y otro, a partir del Derecho Internacional como marco de referencia.

En la perspectiva del marco jurídico nacional, el problema de la supraconstitucionalidad no se ha presentado en México, pero la experiencia francesa permitirá influir en nuestro criterio para valorar si es necesaria la regulación constitucional expresa de las decisiones políticas fundamentales en México.

En Francia, el problema de la supraconstitucionalidad o supralegalidad constitucional fue expuesto en las doctrinas de Duguit y Hauriou²⁹. Sin embargo, el paso del tiempo ha hecho que estos puntos de vista pierdan interés. En este sentido, Eisenmann en *La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, de 1928, planteó el tema de la supraconstitucionalidad como un problema y puso como ejemplo que la *Declaración de los Derechos del Hombre* tenía un valor supraconstitucional, pero como señala el propio Eisenmann, esta situación en la Francia de 1928 no tenía importancia, puesto que no existía ningún juez para hacer respetar esa supraconstitucionalidad.³⁰

28 Véanse Favoreu, Louis. *La revisión de la Constitución*. Edit. Económica-PUAM, París, 1993; y, “El problema de la supraconstitucionalidad en Francia y Europa”, en *Problemas actuales del Derecho Constitucional. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*. Edit. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994, pp. 419.

29 Duguit, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel*. 2 volumes, 2ª edition, Ancienne Librairie Fontemoing & G Editeurs, París, 1923, pp. 734. Versión electrónica consultable en <https://archive.org/details/traitedroitco02dugu/page/n7/mode/2up?view=theater> Consulta realizada el 21 de julio de 2022.

30 Charles Eisenmann citado por Favoreu en “El problema de la supraconstitucionalidad en Francia y Europa”, en *Op. cit.*, págs. 107-116.

Favoreu consideró que del origen de la tesis de Duguit y Hauriou y hasta antes de la década de 1990, hay tres características fundamentales que hicieron inaceptable abordar el problema de la supraconstitucionalidad:

a) *La producción legislativa de Leyes Constitucionales en el sentido de leyes formales y materiales que regulan la supraconstitucionalidad.* Este tipo de legislación constitucional resulta común en diversos países de Europa, como Alemania, Austria, Bélgica e Italia, en los cuales los Parlamentos votan este tipo de leyes constitucionales. La situación en Francia es distinta, en los tiempos de Duguit y Hauriou, al cabo de cincuenta años de actividad doctrinal, sólo conocieron dos leyes constitucionales; en la actualidad la producción legislativa de carácter constitucional se ha incrementado.

Esta característica hace ver al problema de la supraconstitucionalidad con otra perspectiva, pues supone que, mediante cuerpos normativos expresos, la aplicación e interpretación que de ellas realicen los jueces, contarán con la guía y el espíritu del legislador.

b) *Control del juez constitucional sobre las Leyes votadas por el Parlamento.* Cuando en un inicio se reconoció la existencia de la supraconstitucionalidad, no existía juez ni control de la constitucionalidad de este tipo de leyes expedidas por los Parlamentos. Con la evolución de la idea de la justicia constitucional y el establecimiento de Tribunales Constitucionales después de la Segunda Guerra Mundial, la situación ha cambiado: ese tipo de producción legislativa constitucional es objeto susceptible de control a través de esos Tribunales o Cortes Constitucionales. Sin embargo, en ambos casos el problema se ha minimizado.³¹

Mediante dicho control constitucional se desprende la idea cada vez más admitida y generalizada de una jerarquía entre las normas constitucionales.

c) *El contenido transnacional de la supraconstitucionalidad.* El contenido originario de la supraconstitucionalidad había sido, por un lado, los dogmas del iusnaturalismo, y por el otro, las decisiones políticas fundamentales, pero iniciada la posguerra, se ha acumulado en el contenido de la supraconstitucionalidad algunas normas o principios básicos del Derecho Internacional. Para el caso de Europa este contenido se incrementa con las normas fundamentales del Derecho Comunitario Europeo; en síntesis, lo que el jurista italiano Cappelletti llama *Derecho Transnacional*.³²

31 Lambert, Édouard. *Le Gouvernement des Juges et la Lutte contre la Législation Sociale aux États-Unis*. París, 1921.

32 Vid. Cappelletti, Mauro. *La justicia constitucional (Estudios de Derecho Comparado)*. prólogo de Héctor Fix-Zamudio, traducción de Héctor Fix-Zamudio, Cipriano Gómez Lara, Luis Dorantes Tamayo, Santiago Senties Melendo, Tomás A. Banzhaf, Faustino González, Jorge Rodríguez Zapata, Luis Aguiar de Luque y María Gracia Rubio de Casas, Edit. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1987, pp. 357.

Ante esta falta de interés del problema, Favoreu comenta que en Francia se han tomado algunas medidas que pretenden controlar, más que erradicar, la supraconstitucionalidad. Entre dichas medidas cita que el Consejo Constitucional por decisión de 2 de septiembre de 1992 modificó la anterior perspectiva, al resolver que:

“Considerando que el Poder Constituyente es soberano... le está permitido derogar, modificar o completar disposiciones de valor constitucional”.³³

Con esta decisión puede afirmarse que la discusión sobre la supraconstitucionalidad en Francia ha terminado.

Basta repensar la doctrina anterior, a partir de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos en México en 2011 y la aceptación de México de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que supone una supraconstitucionalidad en nuestro país.

8. EL PROBLEMA EN MÉXICO

Una vez expuesta la tesis de Favoreu, cabe preguntar si realmente la supraconstitucionalidad representa un problema efectivo, no sólo en México, sino en términos generales.

Personalmente podemos decir que la postura del autor francés es, en cierto modo, excesiva, en cuanto que le adjudica a la supraconstitucionalidad una gravedad que en rigor no tiene. Pensar, además, que la supraconstitucionalidad es un problema, es desconocer el desarrollo histórico del constitucionalismo moderno y las consecuencias que tiene, así como rechazar la idea de las decisiones políticas fundamentales cuya existencia es indiscutible.

La supraconstitucionalidad puede ser un problema sólo y únicamente en cuanto al ejercicio de la actividad jurisdiccional, en virtud de la carencia de criterios y jurisprudencias uniformes sobre el tratamiento de la misma. El propio Favoreu expone tres factores que han permitido controlarla; no se cree con él que dichos factores hayan minimizado el problema, por el contrario, lo han reconocido y son un esfuerzo de control de la supraconstitucionalidad.

En última instancia, la posición de Favoreu se reduce a la intangibilidad de la supraconstitucionalidad que, para efectos de la doctrina nacional se entiende como la irreformabilidad de las decisiones políticas fundamentales o límites del Poder Constituyente Permanente o Reformador de la Constitución. Esta afirmación la sostiene el propio dicho del constitucionalista francés:

33 Favoreu, Louis. *Op. cit.*, *idem*.

“A modo de conclusión, puede hacerse una sugerencia sin duda provocadora: ¿por qué no distinguir entre ciertas normas constitucionales que sean intangibles y por consiguiente supraconstitucionales, y otras que puedan ser modificadas?”³⁴

Y aunque este autor es partícipe de tal distinción –entre constitucionalidad y supraconstitucionalidad–, no resulta conveniente, por lo menos de acuerdo con las corrientes tradicionales del constitucionalismo mexicano, proponer esa jerarquización dentro del propio texto constitucional. Esto no supone el desconocimiento de las decisiones políticas fundamentales, pero de ahí a pretender una subdivisión entre las mismas normas jurídico-constitucionales no parece innovador y en cambio sí, perturbador.

Y, muy por el contrario, sí es factible la distinción entre leyes constitucionales y leyes ordinarias, bajo las premisas expositivas de Mario de la Cueva.

9. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS DECISIONES POLÍTICAS FUNDAMENTALES

Por último, al exponer algunas ideas propias en el numeral anterior sobre la supraconstitucionalidad, es preciso valorar la necesidad de regular o no dentro del texto de la Ley Suprema la enumeración de las decisiones políticas fundamentales propias del orden constitucional mexicano.³⁵

Vale preguntar ¿qué tan válido o útil supone la enumeración de las decisiones políticas fundamentales? Tal vez, la enumeración en sí misma carezca de importancia; las consecuencias de ella son las que verdaderamente trascienden.

En primer lugar, resulta interesante pensar que la Constitución pudiera contener una disposición semejante. Sin embargo, determinar cuáles son todas las decisiones políticas fundamentales es trabajo arduo, pues se ha visto que las opiniones difieren entre sí, aunque haya ciertas decisiones que indudablemente tiene esa naturaleza. Incluso, puede llegar el caso extremo de que buena parte de los dispositivos constitucionales se incluyan dentro del apartado de las decisiones políticas fundamentales (*v. gr.* a nadie extrañaría que a muchos les resultara justificable que la autonomía universitaria fuese una decisión fundamental).³⁶

34 Favoreu. *Op. cit.*, págs. 107-116.

35 Esta inquietud nació a partir de lo dicho por el entonces secretario de Gobernación, Emilio Chauyffett Chemor, en un discurso del 20 de noviembre de 1995, al conmemorarse el aniversario de la Revolución Mexicana de 1910. En ese discurso, el secretario de Gobernación se comprometió a nombre del Poder Ejecutivo Federal, a presentar ante el Poder Constituyente Permanente una iniciativa de adición constitucional en la que se enumerarían expresamente las decisiones políticas fundamentales *ex litteris* consagradas por el orden constitucional y entre cuyas características se señaló la irreformabilidad de esas decisiones. Dicha iniciativa no se presentó, ni se elaboró algún proyecto.

36 El número de decisiones políticas expresadas en lo particular en este artículo es sólo un intento personal de enunciación de las mismas, más no se pretende que tal enumeración sea aceptada por otros criterios que pueden diferir entre sí.

En segundo término, si en la Constitución vigente se dispusiera que tales o cuales instituciones o principios son decisiones políticas fundamentales y que en virtud de esta cualidad, son intangibles por el proceso de reforma constitucional, puede originar y de seguro sucedería, una discusión pública y la expresión de inconformidad sobre ese tenor, bajo el argumento principal de que la Constitución también contempla el derecho inalienable, intemporal e invariable del pueblo mexicano de cambiar su forma de gobierno. Incluso, podría esgrimirse que la enunciación de las decisiones sería un retroceso a las inseguridades que atacaron a los Constituyentes de 1824, cuando en esa carta política previeron lo que se conoce como *cláusulas pétreas*. En este sentido, parece ser que la población en México es lo suficientemente madura y consciente de que hay decisiones políticas fundamentales que se respetan y se consideran como invariables, pues a nadie se le ocurre el absurdo de que la mayoría de la voluntad nacional opte por una monarquía y desaparecer el régimen republicano federal.

Una tercera proposición es que, contemplar esa enunciación de decisiones puede provocar, aunque no con la gravedad expresada por Favoreu, la idea de distinción y jerarquización de las propias normas constitucionales, lo cual resulta inadmisibles. De lo contrario, principios como la supremacía constitucional serían conculcados. En otras palabras, la Constitución es suprema y sus normas tienen el mismo grado de jerarquía desde el primer precepto hasta las disposiciones transitorias.

En cuarto término, hay decisiones políticas fundamentales que se expresan mediante dogmas difícilmente aprehensibles o que tienen que reducirse a una expresión normativa concreta, real y efectiva, lo que trasciende otras temáticas que, en principio, no parecieran formar parte de las decisiones políticas fundamentales. Póngase un ejemplo que permita clarificar debidamente esta inquietud: el sistema federal, como forma de Estado, es, sin duda, decisión política fundamental y está expresado en el dogma hamiltoniano del federalismo tradicional en el artículo 124 constitucional: lo que no corresponda expresamente a la Federación, es materia que concierne a los Estados. El federalismo como tal no deja de ser una decisión fundamental, pero necesita una base concreta de aplicabilidad, si carece de ella el dogma pierde toda realidad pragmática. Así, pues, el federalismo descansa, entre otras expresiones, en el llamado *federalismo fiscal* previsto en la fracción IV del artículo 31 constitucional. He aquí el verdadero problema que se traduce en dilema: ¿el federalismo fiscal es materia hacendaria-tributaria o es decisión política fundamental denominada federalismo? Pues podría decirse que ambas cosas, sólo que enumerar las decisiones políticas fundamentales acarrearían esta clase de problemas de difícil resolución.

Probablemente como una vía de solución, la distinción que Burgoa Orihuela hace de normas constitucionales que son decisiones políticas fundamentales y normas constitucionales que no lo son, podría tener un efecto práctico mediante la consideración De la Cueva de crear expresamente *leyes constitucionales*, en el entendido ahora, de un grado intermedio de normatividad entre la Constitución y las leyes secundarias u ordinarias, que supongan distintos valores de dificultad en el proceso de formación

legislativa y de votación de estas tres jerarquías, incluso, el adoptar para la reforma constitucional el referéndum.

Las leyes constitucionales, en el sentido adoptado en este numeral, regularía o reglamentaría las decisiones políticas fundamentales sin necesidad de establecer un catálogo en la propia Constitución, evitaría la formación de cláusulas pétreas, permitiría el ejercicio inalienable del derecho del pueblo de modificar en todo tiempo la forma de gobierno, establecería un sistema dificultado de reformabilidad y una votación cualificada para este tipo de leyes y haría del texto constitucional una norma “*esbelta*” y que, junto al referéndum constitucional harían más rígida la naturaleza de la Carta Magna.

En conclusión, por las razones antes expuestas no es práctico ni recomendable la propuesta de enunciar dentro del texto de la Constitución General de la República, las decisiones políticas fundamentales. Basta el tratamiento doctrinal, jurisprudencial y constitucional que actualmente tienen las decisiones políticas fundamentales del Estado mexicano, así como las propuestas señaladas párrafos arriba.

CONCLUSIONES

Por todo lo anterior, se concluye lo siguiente:

Primera. Los conceptos de superestructura constitucional y decisiones políticas fundamentales son nociones distintas entre sí, pero que pueden vincularse entre ellas, a pesar de los orígenes dogmáticos diferenciados.

Segundo. La superestructura constitucional es aquella parte formal de la Constitución escrita (o Ley Constitucional) que provee el marco necesario para el contenido constitucional que caracteriza a todo tipo de Constitución de corte fundamentalmente liberal.

Tercera. Las decisiones políticas fundamentales se entienden como el acto del poder constituyente originario que determina la forma y el modo de ser del Estado (Constitución positiva), con antelación e independencia de la Constitución escrita o Ley Constitucional.

Cuarta. Una propuesta propia de decisiones políticas fundamentales en el orden constitucional mexicano es la siguiente: *a)* soberanía, *b)* división del poder público, *c)* forma de Estado (federalismo), *d)* forma de gobierno (república), *e)* supremacía constitucional, *f)* democracia, *g)* representación política, *h)* derechos fundamentales, *i)* régimen económico del Estado y *j)* relación Estado e iglesias.

Quinta. La determinación de decisiones políticas fundamentales puede generar un contexto de irreformabilidad de la Constitución en un sentido de validez material.

Sexta. La determinación de decisiones políticas fundamentales genera un problema relativo a la llamada supraconstitucionalidad o supralegalidad constitucional.

Séptima. No es recomendable por razones diferentes la constitucionalización de las decisiones políticas fundamentales.

FUENTES CONSULTADAS

Burgoa Orihuela, Ignacio. *Derecho Constitucional Mexicano*. 9ª Edición, Edit. Porrúa, México, 1994, pp. 1068.

Canudas Oreza, Luis F. “Irreformabilidad de las decisiones políticas fundamentales”, en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*. Números 18, 19 y 20, México, 1943.

Cappelletti, Mauro. *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo (Cuatro estudios de Derecho Comparado)*. Traducción de Héctor Fix Fierro, palabras introductorias de Héctor Fix-Zamudio, Edit. Porrúa, 1993, México, pp. 125.

Cappelletti, Mauro. *La justicia constitucional (Estudios de Derecho Comparado)*. Prólogo de Héctor Fix-Zamudio, traducción de Héctor Fix-Zamudio, Cipriano Gómez Lara, Luis Dorantes Tamayo, Santiago Senties Melendo, Tomás A. Banzhaf, Faustino González, Jorge Rodríguez Zapata, Luis Aguiar de Luque y María Gracia Rubio de Casas, Edit. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1987, pp. 357.

Carpizo, Jorge. “Algunas reflexiones sobre el Poder Constituyente”, en Varios. *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*. Tomo I. Derecho Constitucional. Prólogo de Jorge Madrazo Cuéllar, Edit. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1988, pp. 141-152.

Carpizo, Jorge. *Estudios Constitucionales*. 3ª edición aumentada, Edit. Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991, pp. 607.

Carpizo, Jorge. *La Constitución mexicana de 1917*. 9ª edición, Edit. Porrúa, México, 1995, pp. 305.

Cossío Díaz, José Ramón. “El juicio de amparo como control de regularidad de las reformas constitucionales”, en Varios. *Anuario de Derecho Público. Los Controles Constitucionales*. No. 1, Edit. Mc Graw Hill e Instituto Tecnológico Autónomo de México, Serie Jurídica, México, 1997, pp. 383-389.

De la Cueva, Mario. *Teoría de la Constitución*. Prólogo de Jorge Carpizo, Edit. Porrúa, México, 1982, pp. 283.

Duguit, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel*. 2 volumes, 2ª edition, Ancienne Librairie Fontemoing & G Editeurs, París, 1923, pp. 734. Versión electrónica consultable en <https://archive.org/details/traitededroitco02dugu/page/n7/mode/2up?view=theater>

Eisenmann, Charles. *La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*. Edit. Economica Press Universitaires, Paris d'Aix-Marseille Aix en Provence, 1986, págs. 110-117.

Favoreu, Louis. “El problema de la supraconstitucionalidad en Francia y Europa”, en *Problemas actuales del Derecho Constitucional. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*. Edit. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1994, pp. 107-116.

Favoreu, Louis. *La revisión de la Constitución*. Edit. Económica-PUAM, París, 1993.

- Fix-Zamudio, Héctor. *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*. Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica No. 9, Presentación de José Luis Soberanes y Jorge Mario García Laguardia, 2ª Edición, Edit. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México y Corte de Constitucionalidad de Guatemala, México, 1998, pp. 169.
- Fix-Zamudio, Héctor. “*La justicia constitucional en el ordenamiento mexicano*”, en *Estudios jurídicos en torno a la Constitución mexicana de 1917, en su septuagésimo quinto aniversario*, pp. 175.
- Hamilton, Alexander, James Madison y John Jay. *El Federalista*. Sección de Obras de Política y Derecho, prólogo y traducción de Gustavo R. Velasco, 5ª reimpresión, México, 1994, pp. 430.
- Hauriou, Maurice. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Madrid, 1927.
- Heller, Hermann. *La soberanía. Contribución a la Teoría del Derecho Estatal y del Derecho Internacional*. Traducción y estudio preliminar de Mario De la Cueva, presentación de Miguel de la Madrid Hurtado y Máximo Carvajal Contreras, Sección de Obras de Política y Derecho, 2ª edición, Edit. Fondo de Cultura Económica y Fundación Escuela Nacional de Jurisprudencia de la UNAM, México, 1995, pp. 316.
- LAMBERT, Édouard. *Le Gouvernement des Juges et la Lutte contre la Législation Sociale aux États-Unis*. París, 1921.
- Loewenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducción de Alfredo Gallego Anabitarte, Edit. Ariel, Barcelona, España, 1964.
- Sánchez Bringas, Enrique. *Derecho Constitucional*. 2ª edición actualizada y aumentada, prólogo a la 2ª edición de Ignacio Burgoa Orihuela, Edit. Porrúa, México, 1997, pp. 750.
- Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución*. Introducción de Francisco Ayala, Edit. Nacional, México, 1981, pp. 457.
- Tena Ramírez, Felipe. *Derecho Constitucional Mexicano*. 27ª edición, Edit. Porrúa, México, 1993, pp. 651.
- Tena Ramírez, Felipe. *Leyes Fundamentales de México. 1808-1992*. 17ª edición actualizada, Edit. Porrúa, México, 1992, pp. 1116.



EL ESTADO DE NATURALEZA Y EL ESTADO DE NECESIDAD: DOS PUNTOS CRÍTICOS ANTE EL DERECHO. UNA FORMA DE REFLEXIONAR INDIRECTAMENTE SOBRE EL ARTÍCULO 29 CONSTITUCIONAL

LIZBETH AMÉRICA CEDILLO VALDERRAMA¹

RESUMEN: En este artículo se reflexiona sobre el mandato del Constituyente permanente mexicano de reglamentar el artículo 29 constitucional en materia de suspensión de derechos y garantías, a partir de una caracterización teórica del estado de naturaleza y el estado de necesidad, como momentos críticos y teóricos ante el Derecho.

PALABRAS CLAVE: contractualismo, estado de naturaleza, estado de necesidad, anomia, Estado.

ABSTRACT: This article reflects on the mandate of the Mexican permanent Constituent Assembly to regulate article 29 of the Constitution regarding the suspension of rights and guarantees, based on a hypothetical characterization of the state of nature and the state of necessity, as critical and theoretical moments before the Law.

KEY WORDS: Contractualism, State of Nature, State of Necessity, Anomie, State.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. EL CONTRACTUALISMO COMO ORIGEN DEL ESTADO. 2. LA VISIÓN CLÁSICA DEL ESTADO DE NATURALEZA. 2.1. Hobbes. 2.2. Locke. 2.3. Rousseau. 2.4. Perfil sintético del estado de naturaleza. 3. LAS EMERGENCIAS EN LA VIDA DEL ESTADO. 3.1. Algunas propuestas teóricas clásicas. 3.1.1. Roma. 3.1.2. Locke. 3.1.3. Agamben. 3.1.4. Ignatieff. 3.1.5. Perfil sintético del estado de emergencia, necesidad o excepción. 4. ACTUALIDAD DEL CONSTITUYENTE MEXICANO. 4.1. La suspensión de derechos y garantías. 4.2. Estado de excepción y Derecho. 4.3. Anomia normada: la paradoja pendiente. 5. CONCLUSIONES. FUENTES DE CONSULTA.

INTRODUCCIÓN

El orden es un valor en todo tiempo y sociedad. Importa porque de él depende, para el ciudadano común, la percepción de un ambiente apto para el desarrollo de un proyecto de vida, que es, a qué dudar, una de las más importantes expectativas del ser humano en sociedad. Al orden contribuyen, en sus respectivas proyecciones, el poder y el Derecho, es decir, el Estado de Derecho o Constitucional de Derecho, la Democracia.

¹ Abogada egresada de la Escuela Libre de Derecho, Maestra en Derecho Constitucional y Amparo y Doctora en Derecho por la Facultad de Derecho de la Barra Nacional de Abogados, así como Doctora en Derecho por la Escuela Libre de Derecho, Ciudad de México.

El todo que es un Estado, en sus perfiles sociológico, jurídico, político, histórico y económico, por citar ciertas áreas de un plexo de manifestaciones vitales puede verse, a lo largo de su existencia, sometido a eventos inesperados, muchas veces catastróficos y nunca monocausales que, ya se denominen *estado de emergencia*, *estado de necesidad*, *estado de excepción* o bajo alguna otra especificación jurídica, aluden siempre a una ruptura de ese orden valioso y necesario para la sociedad y despliegan mecanismos jurídicos de respuesta que, por ejemplo, en México, se han identificado históricamente bajo la categoría de *suspensión de garantías* o *suspensión de derechos y garantías*.

Tanto el evento como la respuesta, es decir, la emergencia y la suspensión o restricción de libertades, integran extremos de gravedad, *ergo*, ni su previsión normativa logra exhaustividad, ni su experiencia escapa de polémica, ni su estudio se anima de unanimidad.

Para resalte de ello, haré una breve revisión de la postura contractualista del origen del Estado —en tanto elemento teórico legitimador de un mecanismo tan severo como la suspensión de derechos y garantías para enfrentar situaciones de emergencia, necesidad o excepción—, a fin de enfatizar, como indiscutible, el imperativo de que prevalezca, en tales extremos, la seguridad jurídica y legalidad en favor del particular y en pro de los derechos humanos.

Así, en el presente trabajo me pregunto si la categoría de *estado de naturaleza* guarda, en abstracto, teórica similitud con la categoría de *estado emergencia*, *necesidad* o *excepción*, especialmente a partir de su relación con el Derecho, con el objetivo de fincar un paralelismo explicativo que cuestione la omisión legislativa por cuya virtud se encuentra todavía pendiente, en México, dar cumplimiento al mandato dado en el año 2011 por el órgano reformador de la Constitución, de expedir la Ley Reglamentaria del artículo 29 constitucional en materia de suspensión del ejercicio de los derechos y las garantías.

He partido para ello de plantear que, tanto el estado de naturaleza, como el estado de excepción, brindan un recurso teórico explicativo de escenarios de conformación o ajuste del Derecho, al modo de ocasiones para su creación o crisis en su aplicación, útiles para resaltar que las dificultades para dotar de contenido a dicha Ley Reglamentaria, no justifican la inacción al respecto, tomando en cuenta el mandato que para su expedición fue dado por el Constituyente permanente en el año 2011.

1. EL CONTRACTUALISMO COMO ORIGEN DEL ESTADO

Hoy por hoy, si bien la globalización, los movimientos migratorios, el teletrabajo, las tecnologías de la información y comunicación, las empresas transnacionales, la regionalización de aspectos económicos productivos o de distribución, el surgimiento de organismos supranacionales, la subsistencia de alianzas internacionales de zona, así como la difuminación de la noción de frontera tienen peso indiscutible, el mundo se divide predominantemente, todavía, en organizaciones socio-político-jurídicas deno-

minadas Estados, que siguen siendo eco del Estado-nación tal y como históricamente se consolidó en su momento, y cuyo origen ha sido explicado en varias vertientes, una de ellas, de tipo contractualista.

En ese sentido, puede atribuirse al contractualismo un par de méritos, consistentes en resaltar la dignidad humana y dar base sólida a la obediencia ciudadana, en la medida en que cada individuo deviene partícipe de la estructuración del todo social.

Es, como mínimo, indiscutible que el contractualismo, como postura legitimadora de la organización político-jurídico-social que es el Estado, ha demostrado contar con fuerza, presencia y coherencia en la historia de las ideas políticas, con independencia de las particularidades de pensamiento de cada uno sus exponentes, en gran medida por establecer una interconexión de lo social con lo jurídico al modo de una mutua fundamentación cíclica, indisoluble y perenne.²

Entre los exponentes clásicos del contractualismo como origen del Estado, destacaré aquí a Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704) y Juan Jacobo Rousseau (1712-1778), por considerar que ocupan sitio referencial importante, cada uno con su matiz particular. Procede dedicar a ellos unas líneas.

Thomas Hobbes, quien concibe a la libertad como el sustrato a partir del cual cada individuo preserva su vida, valiéndose de cuanto estime apto para ese fin, visualiza un acuerdo entre todos cuantos decidan someterse voluntariamente a un hombre o asamblea, confiando en que recibirán protección, dando así lugar a un Estado que define como

[...] persona de cuyos actos, por mutuo acuerdo entre la multitud, cada componente de ésta se hace responsable, a fin de que dicha persona pueda utilizar los medios y la fuerza particular de cada uno como mejor le parezca, para lograr la paz y la seguridad de todos [...]. Se dice que un Estado ha sido *instituido* cuando una *multitud* de hombres establece un *convenio entre todos y cada uno de sus miembros*, según el cual se le da a un hombre o a una *asamblea de hombres* por mayoría, el derecho de *personificar* a todos, es decir, de *representarlos*. Cada individuo de esa multitud, tanto el que haya *votado a favor*, como el que haya *votado en contra* autorizará todas las acciones y juicios de ese hombre o asamblea de hombres, igual que si se tratara de los suyos propios, a fin de vivir pacíficamente en comunidad y de encontrar protección contra otros hombres.³

He allí el acuerdo hobbesiano: un medio de protección comunitaria destinado a contener la fiera del hombre contra el hombre, donde, a expensas de una óptica del individuo

2 Cfr. Moratal Roméu, Luca, "El estado de naturaleza como fundamento del artificio político: Hobbes, Locke, Rousseau", en: *Eikasia, Revista de Filosofía*, Oviedo, número 71, Julio de 2016, p. 327. Disponible en: <https://revistadefilosofia.org/71-12r.pdf> (fecha de consulta: 11 de julio de 2022).

3 Hobbes, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, Madrid, Gredos, 2015, Capítulos 17 y 18, pp. 143-144.

como *malo por naturaleza* —según se perfilará al tratar su visión del estado de naturaleza-, la dignidad se preserva, en la medida en que cada cual actúa de modo libre, autónomo y participativo, coronando el peso de las mayorías en el seno de la colectividad.

Esa dignidad de participante, como presupuesto del convenio plurilateral a partir del cual se sujetará cada cual al todo de la colectividad, es —me parece— un elemento a mantener en perspectiva como clave de una suerte de pre-aceptación de las decisiones adoptadas en momentos críticos de la vida común.

Por su parte John Locke, —quien, a diferencia de Hobbes, considera al hombre, en principio, como *naturalmente bueno*-, postula, por una parte, que los hombres, de suyo libres, iguales e independientes, se someten al poder político mediante consentimiento, único elemento apto para hacerles súbditos o miembros de un Estado: ingresan a él —dice— por compromiso positivo, promesa expresa y pacto: claves del autor para el comienzo de las sociedades políticas, escenarios éstas de una mejor vida, con la paz como expectativa.⁴ Más claro aún:

Una vez que un determinado número de hombres ha consentido en construir una comunidad o gobierno, quedan desde ese mismo momento conjuntados y forman un solo cuerpo político, dentro del cual la mayoría tiene el derecho de regir y de obligar a todos.⁵

Es en esa expectativa de cada uno, de regir y obligar a todos, donde igualmente la dignidad humana descolla: no se es un sometido, sino uno de los decisores y en esta circunstancia, brilla, también, la fuerza de las mayorías. Esto es decir que, para Locke, en el ser humano existe una suerte de individualismo inicial, basado en derechos que anteceden al Estado y que permiten que fluya la aspiración a la seguridad, la libertad y la propiedad que, yendo más allá de una simple noción patrimonialista, hace que importe la aprobación colectiva de normas. Derecho, en una palabra. No solo Estado.⁶ He allí el poder natural que se torna en participación política, concepción individualista que acaba por verse inmersa en el colectivo y que, en el tratamiento que daré a este trabajo, servirá también como signo de comprensión del potencial decisorio de la autoridad en estados de emergencia, necesidad o excepción: si todos han renunciado a sus arbitrios natos, procede exigir al Estado resultante, protección. Más todavía: protección basada en Ley, en tanto expresión de la representación que cada individuo consiente.⁷ Legalidad, como principio esencial para todo integrante del pueblo de un Estado.⁸

4 Locke, John, *Segundo Tratado sobre el Gobierno. Un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*, Madrid, Gredos, 2015, §95, p. 177 y §122, p. 193.

5 *Ibidem*, §95, p. 177.

6 *Ibidem*, § 87 y § 88, pp. 170-171. Es de considerar que, con la propiedad, comprende Locke tanto la vida, como la libertad y, también los bienes.

7 *Idem*.

8 Me he referido a los significados de la legalidad en mi trabajo, Cedillo Valderrama, Lizbeth América, *La legalidad y su principio en el México de hoy: relación entre el particular, el Estado y el Derecho*, México,

Por su parte, Juan Jacobo Rousseau plantea el escenario razonando que, el basamento de toda autoridad legítima entre los hombres, está en las convenciones. En su óptica, se nace libre y cada uno puede disponer de su libertad. Por ello, un pueblo es un pueblo si y solo si pacta una asociación que defienda y proteja con la fuerza común a la persona y los bienes de cada asociado: así se genera un ámbito en donde “[...] uniéndose cada uno a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo y permanezca tan libre como antes.”⁹

De tal forma, la suma de contratantes individualizados deviene convertida en cuerpo moral y colectivo, compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea, con un yo común, la vida y voluntad de lo que denomina una *persona pública*, cuyo elemento humano tiene un triple carácter: pueblo/ciudadanos/súbditos, según se les mire en unidad, como participantes de la autoridad soberana o destinatarios de las leyes. Reciprocidad en la que, cada uno, al contratar, resulta comprometido frente a los particulares, en tanto miembro del soberano y frente al soberano, como miembro del Estado, énfasis añadido a que “[...] aquí no se puede aplicar la máxima del derecho civil de que a nadie obligan los compromisos asumidos consigo mismo; pues sin duda hay diferencia entre obligarse ante sí mismo o ante un todo del que se forma parte.”¹⁰

Se hace pues presente, igualmente en el planteamiento de este pensador, una dignidad humana salvaguardada en la circunstancia del ejercicio de una autonomía volitiva para construir un todo en el cual ser no solo libre, sino mejor, pues aun cuando en el estado de naturaleza el hombre tiene la posibilidad de ser, precisamente, natural y auténtico, con su trance al orden civil puede elevarse por encima del instinto y fortalecerse con la moralidad, con altas expectativas procedentes de la construcción de una *voluntad general*.¹¹

Está pues, presente también en el contractualismo de Rousseau, una expectativa de confianza en esa voluntad general, precisamente porque cada individuo contribuye a configurarla.

Así las cosas, hasta ahora lo aquí establecido con apoyo en las ideas de cada pensador clásico, es uno de los elementos secuenciales expositivos del planteamiento del presente trabajo: la integración individual en un todo, no como simple sujeto destinatario de decisiones, acciones y normas, sino, ante todo, como actor-decisor que, no obstante actuar representado —o precisamente por ello—, reclama la dignidad de quien aporta y, por ello, espera los resultados de la conformación de una vida política que, por lo demás, es de suyo indispensable para la vida en común y agente de configuración jurídica

Facultad de Derecho de la Barra Nacional de Abogados, Tesis Doctoral dirigida por los Dres. López Durán, Rosalío y Muñozcano Eternod, Antonio, 2019, *passim*.

9 Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social*, Madrid, Gredos, 2014, Capítulos IV-VI, la cita corresponde al Capítulo VI, p. 270.

10 *Ibidem*, Capítulos VI y VII, pp. 271-272.

11 Moratal R., L., *op. cit.* Nota 2, p. 323.

del orden en tiempos ordinarios y de recuperación también jurídica de dicho orden, en tiempos extraordinarios.

Ahora bien, si el pacto es la propuesta explicativa de integración del todo social, procede revisar el punto de partida teórico que le precede, aludiendo con ello al estado de naturaleza como hipotética situación que antecede a la organización jurídica y política de la vida civil pactada, *ergo*, anterior al surgimiento del Derecho de la nueva colectividad.

2. LA VISIÓN CLÁSICA DEL ESTADO DE NATURALEZA

Si bien el contrato o pacto social es un recurso heurístico y no un momento histórico, cumple la función, precisamente, de dar elementos connotativos de lo que el estado de naturaleza, precursor de la formación del Estado, teóricamente es, a su vez: la percepción de una condición humana anterior al Derecho y al Estado.

Puede abordarse, en primera instancia y por congruencia, en la óptica de los propios pensadores del contractualismo ya citados, por lo que a continuación se enuncia lo siguiente:

2.1. Hobbes

Thomas Hobbes se ocupa de exponer que la naturaleza ha hecho a los hombres tan iguales en sus facultades de cuerpo y de alma, que nadie puede reclamar para sí un beneficio que otro individuo no pueda, a su vez, demandar también y con igual derecho, surgiendo otra igualdad: la de la esperanza de conseguir los respectivos fines. Así las cosas, siendo fin humano la propia conservación o el propio deleite, brota un empeño por destruirse y someterse mutuamente. La convivencia puede tornarse, así, en una especie de sufrimiento provocado ya sea por competencia, por desconfianza o por búsqueda de gloria. El remedio para ello, —expone, desde luego, el mismo Hobbes—, está en que se erija un poder superior, capaz de atemorizarlos a todos. Mientras no exista un poder común, prevalecerá la guerra de cada hombre contra cada hombre y, por añadidura, el miedo.¹²

Para mayor crudeza, Hobbes apunta:

[...] podemos tener una noción de cómo sería la vida sin un poder común al que temer, si nos fijamos en la manera de vivir de quienes, después de haber coexistido bajo el poder de un gobierno pacífico, degeneran en un estado de guerra civil [...]¹³

12 Véase Hobbes, T., *op. cit.* nota 3, Capítulo 13, *passim*.

13 *Ibidem*, Capítulo 13, p. 105.

Queda con ello expuesto el matiz hobbesiano: solo con un sólido depositario del poder podrán los individuos asegurarse paz. Extremo a considerar cuando, más adelante, se toque, en este trabajo, lo relativo a las emergencias de un estado de necesidad o excepción, como supuesto de modificación funcional del orden jurídico, en razón de tratarse de acontecimientos donde el ejercicio y control del poder tienden a expandirse a la par que se despliegan esfuerzos por el restablecimiento del orden.

2.2. Locke

Toca a John Locke aportar su propia descripción del estado de naturaleza: una fase de completa libertad para ordenar los propios actos y disponer de los bienes y la propia persona como a cada cual parezca mejor, sin necesidad de pedir permiso y sin depender de la voluntad de un tercero, siendo recíprocos el poder y la jurisdicción. Nadie allí tiene más que otro, todos coexisten como seres de la misma especie y de idéntico rango, sin subordinación ni sometimiento, en el bien entendido de que la libertad no es mera licencia, pues hay una ley natural rectora de todos, que veda el derecho a destruirse a sí mismo y combate el dañar a otro en su vida, salud, libertad o posesiones, mediante la reparación y la represión para los transgresores. De hecho, en concepto de Locke, cualquiera puede castigar a estos, si bien con proporcionalidad.¹⁴

Bajo tal presentación, es posible colegir la importancia radicada en la generación de un Derecho apto para encauzar la coexistencia, apenas quede concretada la conjeturada etapa de la convención social.

2.3. Rousseau

Por su parte, Rousseau se ocupa de establecer que, lo que el hombre pierde al celebrar el contrato social, no es otra cosa que su libertad natural y un derecho ilimitado a todo cuanto esté a su alcance, ganando, por venturosa contrapartida, —subraya—, su libertad civil y la propiedad de todo cuanto posee. Queda con ello planteada una nota característica del estado anterior a la contratación, equivalente al de naturaleza, consistente en la inexistencia de otros límites que las fuerzas del propio individuo. Frente a frente se contrastan, por lo consiguiente, el fenómeno individual de fuerza contra la voluntad general, así como la posesión de un primer ocupante, contra la propiedad fundada en un título. Frente a frente quedan también, el impulso del simple apetito contra la obediencia a la ley, esclavitud frente a libertad. Frágiles fuerzas frente a verdaderos derechos.¹⁵

Sería factible interpretar, así, que, lo permutado en el tránsito del estado natural a la organización civil es una libertad preexistente, natural y difusa, por una libertad

14 Locke, J., *op. cit.* nota 4, § 4-8, pp. 119-121, *passim*.

15 Rousseau, J.J., *op. cit.* nota 9, Capítulo VIII, p. 274.

acordada y acotada, pero superior en dignidad. Esa especie de trueque de condiciones patentiza, nuevamente, el establecimiento de un punto de partida en la construcción del Derecho que habrá de normar a la colectividad así edificada.

2.4. Perfil sintético del estado de naturaleza

En el contexto de lo expuesto sobre el pensamiento de los tres autores clásicos mencionados acerca del estado de naturaleza, me es posible derivar que éste reúne ciertas condiciones teóricas comunes:

- Procura resaltar un perfil existencial espontáneo del ser humano, a contraste de la mayor o menor formación cultural que a cada individuo corresponde como integrante de sociedades de organización compleja.
- Dibuja un momento teórico preconstitutivo de una deliberada, planeada y estructurada organización política.
- Parece aludir a un instante histórico, pero, más que nada, su objetivo es destacar el valor de un pacto/contrato cuya verdadera esencia es la de ser un recurso heurístico explicativo de la gestación del Estado y de la complejización normativa en formación de un Derecho que cohesione y organice al colectivo resultante.
- Presenta, pues, una especie de condición anterior al Derecho sistematizado que, en cuanto resulta superada mediante la convención, potencia la construcción jurídica.

Ahora bien, considero viable plantear esa *complejización* pues, si el Estado es resultado del pacto constitutivo de esa organización civil superior conformada e integrada por quienes abandonan el estado de naturaleza, la gestación del Derecho ha de ser, indiscutiblemente, otro de sus resultados y no marginal, por cierto. Derecho y Estado devienen en construcciones intelectuales de percepción empírica. No es que *antes*, no hubiera asociación humana ni parámetros rectores de conducta, es que, sencillamente, ese paso del estado de naturaleza al estado de organización civil pactada ha de aparejar, por supuesto, un hipotético paralelo tránsito hacia una sólida, coercitiva y coactiva normatividad. Solo así la construcción social acordada hará posible su ejecución, gestión y seguimiento.

En suma: lo típico del tópico del estado de naturaleza, es una condición humana planteada y percibida como anterior al accidente histórico denominado Estado y al Derecho, que le organiza. No se pierda de vista, sin embargo, que la temática se inscribe en terrenos de lo heurístico explicativo.

No se pierda de vista, tampoco, que el origen y la consolidación del Estado puede abordarse, aceptarse o rechazarse de muchas maneras. Conviene aquí, para mis efectos, tener en la mira el concepto de Estado como inicialmente lo presentara Georg Jellinek,

lo burocratizara y racionalizara Max Weber, lo pormenorizara Hermann Heller y, en su momento, adoptara la Convención de Montevideo de 1933, es decir, con sus tres elementos doctrinales clásicos: territorio, población y gobierno, concatenados por un orden jurídico propio y dotado de capacidad para entrar en relaciones con los demás, es decir, de personalidad jurídica.¹⁶

3. LAS EMERGENCIAS EN LA VIDA DEL ESTADO

Lo deseable es, siempre, insisto, el orden. Uno de los objetivos del Derecho es precisamente ese. El Derecho no es, no puede ser, no se ha de permitir que llegue a ser, un instrumento de disolución social. Todo lo contrario. Por su parte, la autoridad es, deseablemente también, la legítima. A veces, es por lo menos, legitimada.

Aunque pueda debatirse cuál es el antecedente y cuál el consecuente, lo cierto es que, poder y Derecho han de ser, juntos y armónicos, clave de estabilidad y seguridad para el individuo y para la sociedad. No obstante, en el plano de la palpable realidad, los fenómenos no conforman filigrana.

Más de una vez existen hechos, acontecimientos y eventos que rompen con el orden y la estabilidad en el Estado. Las emergencias ocurren. Cada Estado y cada Constitución las prefigura y las atiende, con mayor o menor tensión entre la flexibilidad y el detalle.

Se trata de momentos que, a lo largo del pasado histórico —y vale decir que en el presente internacional—, han puesto en cuestión al poder, han llevado a crisis al Derecho, han flagelado a la sociedad. Hoy, no obstante, han de encararse con un máximo de procuración a los derechos humanos.

Los ejemplos más evidentes los brindan los conflictos armados, las revueltas y desórdenes intestinos, pero, se insiste, cada Estado, en su Constitución, puede concebir las temidas y variadas hipótesis y/o dejar algún terreno abierto para lo inimaginable, delineándolo, no obstante, por las consecuencias, efectos o riesgos a evitar o contener en pro de la colectividad. Es así como suele acudir a las más variadas nociones de conmoción interior, perturbación de la paz, peligro inminente, rebelión, catástrofe, ca-

16 Para profundizar sobre los orígenes del Estado, tanto en su configuración como institución moderna socio-política-jurídica general, como del Estado en tanto categoría conceptual de abstracción, gestación de su autoridad y asimismo sobre la formación de nuevos y diversos Estados con personalidad jurídica en el mundo, puede acudirse a Jellinek, Georg, *Teoría General del Estado*, México, F.C.E., 2000, (Colección Política y Derecho), *passim*; Mardquardt, Bernd, *Teoría Integral del Estado. Pasado, presente y futuro en perspectiva mundial*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez-Grupo de Investigación Constitucionalismo Comparado, 2018, (Tomo I *La era preilustrada y preindustrial: Desde la sociedad pre-estatal hasta el Estado de la paz interna 3000 a. C.-1775 d. C.*), pp. 6 ss.; Weber, Max, *Economía y Sociedad*, México, F.C.E., 1964, pp. 706 ss; Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, 2da ed., México, F.C.E., 1998, *passim*; por otra parte, la Convención de Montevideo de 1933 está disponible en: <https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/DERECHOS%20Y%20DEBERES%20DE%20LOS%20ESTADOS.pdf> (fecha de consulta: 02 de julio de 2022).

lamidad, por citar vocablos alusivos a lo que, en común denominador, no es otra cosa que una esencial ruptura del orden.

Como tales, las emergencias y sus diversos perfiles de previsión constitucional, dan lugar a los llamados *estados de emergencia*, *necesidad o excepción* y producen la puesta en marcha de disposiciones acordes al enfrentamiento de la eventualidad. En el caso del Estado mexicano, el mecanismo para emergencias está dispuesto por el artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuyo texto señala, como supuestos detonantes de su aplicación, a la invasión, la perturbación grave de la paz pública o cualquier otro que ponga en grave peligro o conflicto a la sociedad. Hipótesis a las que responde mediante la suspensión o restricción de derechos y garantías, en un marco de concurrencia de diversos órganos, límites y controles de la mayor importancia y severidad.¹⁷

- 17 El texto actualmente vigente del artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es el siguiente:

“Artículo 29. En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde.

En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.

Cuando se ponga fin a la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías, bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decrete el Congreso, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata. El Ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión.

Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez.” Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm> (fecha de consulta: 26 de julio de 2022).

Las dos últimas reformas que dieron al artículo 29 constitucional su actual fisonomía, se encuentran, en los siguientes dos decretos: Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación del día 10 de junio de 2011. Disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011 (fecha de consulta: 27 de julio de 2022).

Por ahora, de manera similar al tratamiento dado en este estudio al estado de naturaleza, procede revisar lo relativo a las particularidades del estado de emergencia, necesidad o excepción.

3.1. Algunas propuestas teóricas clásicas

Para caracterizar al estado de emergencia, necesidad o excepción se referirá en seguida, de modo somero, los antecedentes jurídicos y doctrinales siguientes, antes de extraer lo que en perfil global resulta importante para los fines del presente trabajo y que es, reitero, cuestionar una teórica similitud con el *estado de naturaleza*, especialmente a partir de su relación con el Derecho por crear o con el Derecho por flexibilizar, a efecto de fincar un paralelismo explicativo con la omisión en expedir la Ley Reglamentaria del artículo 29 constitucional en materia de suspensión del ejercicio de los derechos y las garantías.

Trátase aquí, pues, de cuatro planteamientos, todos distintos y distantes, acerca de un mismo punto:

3.1.1. Roma

Es usual citar, al describir condiciones relativas al estado de emergencia, necesidad o excepción, al antecedente romano de la Dictadura: el *Dictator* era una suerte de magistrado a quien, en caso de emergencia —guerra o sedición—, se le encomendaba la defensa de la República, con una temporalidad a seis meses, en carácter extraordinario, con el grave compromiso de preservar las instituciones, dotado de un máximo de potestades y exento de ataduras derivadas de actuaciones colegiadas o vetos.¹⁸

Sin restar importancia al antecedente histórico, es conveniente mencionar otro referente del Derecho romano, a saber: el llamado *iustitium*, cuya esencia conecta mejor cuando el propósito es analizar la relación de circunstancias extraordinarias de una colectividad frente al Derecho que de ordinario la organiza.

El *iustitium* era una situación jurídica resultante de la declaración de un *tumultus* o coyuntura de guerra o desorden interno que provocaba la emisión de un *senatus con-*

2022) y Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia político-electoral, publicado en el Diario Oficial de la Federación del día 10 de febrero de 2014. Disponible en:

https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5332025&fecha=10/02/2014 (fecha de consulta: 27 de julio de 2022).

- 18 Véase a Siles Vallejos, Abraham, “La Dictadura en la República Romana Clásica como referente paradigmático del régimen de excepción constitucional”, en: *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Lima, número 73, año 2014, pp. 411-424, *passim*. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/11313/11822> (fecha de consulta: 02 de julio de 2022).

sultum ultimum, encomendando a cónsules, *interrex*, procónsules, pretor, tribunos de la plebe y, en general, a cada ciudadano, “[...] que tomaran cualquier medida que se considerase necesaria para la salvación del Estado [...]”¹⁹ era, pues, un ambiente producido por fases reactivas al conocimiento o reconocimiento de que un evento dañoso amagaba la estabilidad de la República.

Lo relevante en torno al *iustitium* es que implicaba, según la narrativa de Agamben, una especie de cesación del Derecho, un vacío jurídico, cuyo parangón doctrinal ha emparentado con la legítima defensa procedente del Derecho sancionador. Asunto tan extremo que, no solo no aparejaba la creación de una especial magistratura, sino que apelaba a todos y cada uno de los ciudadanos, atribuyéndoles una especie de investidura de acción, se diría, excepcional para un evento asimismo excepcional.²⁰ Con intención de no dar lugar a dudas, Agamben puntualiza:

[...] el *iustitium*, en cuanto implica una interrupción y una suspensión de todo el orden jurídico, no puede ser interpretado a través del paradigma de la dictadura. En la constitución romana, el dictador era una figura específica de magistrado elegido por los cónsules, cuyo *imperium*, extremadamente amplio, le era conferido a través de una *lex curiata* que definía los objetivos. En el *iustitium*, por el contrario (incluso cuando quien lo declaraba es un dictador en funciones), no se da la creación de una nueva magistratura; el ilimitado poder del que gozan de hecho *iusticio indicto* los magistrados existentes resulta no ya de que se les haya conferido un *imperium* dictatorial, sino de la suspensión de las leyes que vinculaban su accionar [...]²¹

Importa considerar lo expuesto, muy especialmente en lo referente a la conexión del *iustitium* con lo que en el fondo no es sino un equivalente al estado de emergencia, necesidad o excepción y de ahí a su relación con el Derecho: falta aquí la normativa específica de solución de la emergencia, más no porque el Derecho esté por ser configurado, como ocurre en el estado de naturaleza; hay, por el contrario, sí, un Derecho, pero su aplicación se ve alterada, por la necesidad de agilizar la acción de respuesta a la eventualidad extraordinaria por atender. Un Derecho, dice al extremo Agamben *suspendido*.

Para ser más gráfico, cabe entender, de Agamben, su afirmación de que el *senatus consultum ultimum* marca, de hecho, un lindero final —en efecto último— y momentáneo al Derecho del tiempo ordinario: “*Senatus consultum ultimum* y *iustitium* señalan en este sentido el límite del orden constitucional romano.”²²

Se marca con ello una posición ilustrativa sí: las emergencias sorprenden, imponen acciones extraordinarias, suponen, por lo común, encontrar que el Derecho no ha podido

19 Agamben, Giorgio, *Estado de excepción. Homo sacer, II, I*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 2005, pp. 85 ss.

20 *Idem*.

21 *Ibidem*, p. 94.

22 *Ibidem*, p. 93.

disponerlo todo por anticipado, más no por ello es de suscribir que el Derecho haya de pausarse por completo. He aquí ya un paralelismo a contemplar con el artículo 29 constitucional mexicano: la suspensión que por emergencias tiene éste autorizada es del ejercicio de ciertos derechos, no del Orden jurídico en su conjunto ni de los derechos *per se*. Solo del ejercicio de ciertos derechos, libertades y garantías. Más todavía, el Constituyente permanente ha ordenado al órgano legislativo federal un esfuerzo más allá en la previsión de lo imprevisible: dispuso reglamentar dicho precepto, luego entonces, quiso evitar esa especie de *lindero final* más allá del cual no haya nada jurídicamente dispuesto.

3.1.2. Locke

La respuesta de atención a estados de necesidad, parece plantearla Locke a través de lo que denomina como la *prerrogativa*. Parte para ello de un supuesto que, indiscutiblemente, es verídico y es que, me adhiero, “Los legisladores no pueden prever y proveer por medio de leyes a todo lo que puede necesitar la comunidad.”²³ Por mucho que anticipen, no hay manera de cubrir todos cuantos posibles escenarios de imprevisto futuro pudieran existir, ni en detalle, ni en magnitud.

Así, lo imprevisible, abre, en pocas palabras, —palabras de Locke—, un ámbito de acción librado al alcance de quien ejerza el poder Ejecutivo

[...] a fin de que él provea como mejor lo pidan el bien y la conveniencia públicos [... ya que...] pueden ocurrir muchos casos en que el cumplimiento estricto y riguroso de la ley resulte dañino [... por lo cual...] Conviene, pues, que quien gobierna posea en muchos casos autoridad para mitigar el rigor de la ley y para perdonar a algunos culpables [...] A esa facultad de actuar en favor del bien público siguiendo los dictados de la discreción, sin esperar los mandatos de la ley, e incluso en contra de ellos, se le llama prerrogativa.²⁴

En lo abstracto, de una opinión así se desprende una especie de bienvenida a la discrecionalidad más plena en el actuar político, en tanto se preserve al bien público. Cual si el fin justificase los medios. De igual manera, de una opinión así puede surgir un gran cuestionamiento acerca de la acción del Derecho a través de la Ley, puesto que señala a ésta con tintes de obstáculo.

Ahora bien, si la Ley es, en términos democráticos generales, encarnación del consenso representativo; es decir, si la Ley se conforma por la acción del órgano legislativo y, por ende, es resultado y ejemplificación de los efectos de lo socialmente convenido, no es ella en sí misma inconveniente para efectos de vida ordinaria. Por el contrario, ha de ser en lo extraordinario donde se resienta la imposibilidad de anticipar toda

23 Locke, J., *op. cit.*, nota 4, § 159, p. 219.

24 *Ibidem*, § 159-160, pp. 219-220.

variable social, comportando un elevado riesgo de que la razón instrumental de quien se desempeña basado en la prerrogativa de pausar la norma, incurra en verdaderos abusos de poder.

No obstante, el autor pone balance al establecer también que, cuando el pueblo establezca en leyes positivas *el alcance exacto de la prerrogativa*, no arrebatara al monarca, *nada que le perteneciese por derecho*.²⁵

Hay aquí otro elemento por aprender y aprehender: una discrecionalidad tan amplia como la que campea en la prerrogativa de Locke, puede ser útil al ejercicio del poder, pero es riesgosa para la seguridad jurídica y derechos humanos de los destinatarios de las decisiones de los titulares del poder. Convendrá tener esto presente, también, más adelante, para evaluar la intención del órgano reformador de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al mandar que su artículo 29 sea reglamentado: es una oportunidad de atemperar.

3.1.3. Agamben

Giorgio Agamben ha planteado la importancia de una teoría general del estado de excepción. Su estudio retoma un debate acerca del mismo, sostenido entre Schmidt y Benjamin, precisamente enfatizando algo que es básico distinguir en toda hermenéutica: el *desde dónde* de una óptica doctrinal. Al efecto, téngase presente que, tanto Carl Schmidt como Walter Benjamin tuvieron a la vista el totalitarismo alemán de la época del nacionalsocialismo, lo que imprime un sello inequívoco a sus puntos de vista.

Agamben parangona un estado de excepción con el concepto de *anomia*, el cual conecta, a su vez, con el *iustitium* de Roma, en tanto *espacio vacío de Derecho*, en el que se desactivan —dice— todas las determinaciones jurídicas, dando pábulo a razonar con algo más que un juego de palabras lo que, por lo demás, prestará también apoyo al enfoque de contraste en este trabajo:

El estado de necesidad no es un “estado del derecho”, sino un espacio sin derecho (aun cuando no se trata de un estado de naturaleza, sino que se presenta como la anomia que resulta de la suspensión del derecho) [...] una suerte de “grado cero” de la ley.²⁶

Advierto en ello un toque de exageración: ciertamente que las emergencias imponen suspender la operatividad habitual de lo jurídico para dar una rápida respuesta a la eventualidad en curso, pero no se trata de un momento ni un espacio sin Derecho, ni es tampoco equiparable al instante anterior a la conformación del Derecho o estado de naturaleza.

25 *Ibidem*, § 161, p. 221.

26 Agamben, G., *op. cit.*, nota 19, pp. 99-101.

Es, por el contrario, un ámbito de acción y reacción que el Derecho ya existente, positivo y sistematizado, dispone con previsora antelación. El artículo 29 constitucional es, por ejemplo, una pieza normativa de un Orden jurídico total y operante, ocupado en dar un marco referencial de actuación que, ciertamente confía hoy en la interacción orgánica de los poderes del Estado para suplir lo necesario en la atención de una emergencia, pero no permite hablar de oscuridad absoluta ni de factible suspensión del Derecho positivo y vigente de conjunto. Otra ocasión para destacar que, con su llamado a reglamentarlo, el Constituyente permanente impone ir más allá en el detalle de la actuación en emergencias.

3.1.4. Ignatieff

La de Ignatieff es una óptica contemporánea del estado de excepción, pivotada en el terrorismo como emergencia: visualiza como *mal menor* la adopción de medidas que, siendo proporcionadas y temporales, a pesar de restringir libertades, preserven a la Democracia en su conjunto. De hecho, resalta el mensaje de que “[...] el terrorismo no puede vencer a la democracia [...] más aún...” las excepciones no destruyen la norma, sino que la salvan²⁷ y al efecto, el autor razona la necesidad de *acuerdo* entre pueblo y gobierno —lo que ya de suyo, diría yo, evoca un pacto social, al menos, en estilo equivalente o similar al *plebiscito de todos los días* o a la *voluntad perpetua de vida* al que aludía Renan y que retomaba Heller²⁸-, sobre la justificación del Ejecutivo para declarar una emergencia, so pena de considerarse un abuso de sus prerrogativas —lo que evoca, a su vez, la ya tratada postura de Locke-. Más todavía, concibe lo principal de la defensa del Estado en la ciudadanía vigilante de sus derechos, hacia una suerte de equilibrio indispensable. Encuadra, pues, en el tipo de nociones que, si bien no desconocen que una restricción de libertades pueda ser medio de atender una emergencia,

27 Ignatieff, Michael, *El mal menor. Ética política en una era de terror*, 2da. ed., Barcelona, Taurus, 2018, pp. v y 9. Oportuno deviene hacer constar un imperdible punto de vista crítico: ni el estado de naturaleza, ni el contrato son social son escenarios empíricos palpablemente demostrables. En mi concepto, son, antes que nada, recursos heurísticos para exponer una realidad insoslayable: la humana actuación, organizativa, social y deliberada. Es, además, de destacar, que el artículo 39 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos está redactado en términos que atribuyen decisión, deliberación y acuerdo al pueblo de México, confirmando así que, como recurso explicativo, el contractualismo es un argumento de valor práctico, más allá de si opera en un primer momento, sólo como voluntad de unidad, o, tanto en ese primer momento como en subsecuente fase organizacional, lo que conduce a las nociones de Suárez de *pactum unionis* y de *pactum subiectionis*. Hay, desde luego, puntos críticos y opuestos que se preguntan, en todo caso, si el contrato es realmente anterior a lo social o no, dado que la naturaleza humana impone colectividad; los hay también que resaltan lo artificioso que es exaltar la autonomía de la voluntad para un contrato social, cuando la gran mayoría de la población simplemente se incorpora a lo ya existente, lo que no es sino una manera de cuestionar al *acuerdo* como forma de legitimación política. Cfr. Moratal R., L., *op. cit.* nota 2, pp. 297-344, *passim*, aunque la noción de Suárez se encuentra en p. 309.

28 Véase Renan, Ernest, *¿Qué es una nación?*, conferencia dictada el 11 de marzo de 1882, Disponible en: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj_20140308_01.pdf, (fecha de consulta: 29 de julio de 2022) y Heller, H., *op. cit.* nota 16, p. 208.

ha de operar de modo temporal, públicamente justificado y como último recurso. En global, indica lo siguiente:

Ciudadanos, jueces y políticos, todos tienen la responsabilidad moral de proteger la Constitución cuando está sometida a un ataque [...porque...] la defensa armada de la libertad era un mal menor, justificado sólo para conjurar el mal mayor de la tiranía y la esclavización.²⁹

Esta visión plural y corresponsable, destaca especialmente por acentuar el papel del ciudadano común, al que emplaza para distinguir a los líderes responsables y veraces que atribuyan a la emergencia una justa medida, atendiéndola de modo proporcional, sin recurrir la una nociva “política del miedo” que destruya, en lugar de mantener, la Democracia; especialmente sabiendo que, en último análisis, si “derrotar el terror requiere violencia” que es en lo que consiste *el mal menor*, se impone un balance para preservar los valores a los que dicha Democracia se debe —y cuya pérdida acabaría por ser *el mal mayor*-.³⁰

No cabe duda que hablar, incluso, de la violencia armada para defensa constitucional puede, en ciertos eventos extremos, hallar ejemplos prácticos. Sin embargo, baste con considerar que, ante un estado de emergencia, necesidad o excepción, lo que ha de ser destacado a la atención del jurista, es la maleabilidad del Derecho, en tanto clave de reacción por un lado y, por otro, la importancia de que el ciudadano, ni esté a merced del abuso, ni quede fuera de las decisiones, al menos, en términos de representatividad política.

Los derechos humanos merecen y exigen salir lo más airoso posible de eventos extraordinarios y amenazantes de la vida del Estado: a eso atiende, sin duda, la existencia de un acervo de derechos, libertades y garantías que el artículo 29 constitucional prohíbe suspender o restringir y el mandato de reglamentarlo.

3.1.5. Perfil sintético del estado de emergencia, necesidad o excepción

Una vez revisadas las posturas que anteceden, puede formularse una caracterización mínima del estado de emergencia, necesidad o excepción que sea útil al presente trabajo. Así, es de anotar que, lo que prepondera en el estado de excepción es una emergencia que impone actuar rápida y eficazmente, con flexibilización o remoción temporal de candados jurídicos de contención de poder cuyo peso devine de su naturaleza de conquista histórica. Se abre con ello la encrucijada para el sacrificio de libertades, con el consecuente riesgo de excesos, motivando la ingente necesidad de parámetros jurídicos básicos.

29 Ignatieff, M., *op. cit.* nota 27, pp. 67-68.

30 *Ibidem*, pp. V y 7.

No se pierde de vista que cada orden jurídico puede denominar y clasificar las emergencias a su libre decisión normativa, las más de las veces a nivel constitucional, lo que, por su detalle, corresponde a un análisis mucho más exhaustivo y especializado que no es de este lugar.

Lo cierto es que la respuesta se decanta, con elevada frecuencia, por fortalecer la acción del titular del Poder Ejecutivo al presumirse y esperarse, que posea el conocimiento y los recursos para encarar con mejores perspectivas, máximo control y unificación de mando, la problemática en curso.

Los elementos mínimos que destacan pues, para caracterizar al estado de emergencia, necesidad o excepción, son:

- La aparición de una emergencia que obliga a pausar la vida ordinaria del Estado, las más de las veces, de manera súbita, prácticamente ineludible y, desde luego, amenazante.
- Lo perentorio de una respuesta expedita que sea ejecutiva y eficaz para resolver el imprevisto, con fuerza de autoridad y capacidad aglutinadora de los esfuerzos sociales y ciudadanos.
- Requerimiento ingente de hacer a un lado entorpecedores obstáculos de forma y de fórmula, para dar paso franco a la acción y reacción que la circunstancia exige.
- Mantener, empero, la necesaria legalidad y ostentar la indispensable legitimidad para que los particulares o gobernados respondan a las determinaciones de autoridad con un mínimo de confianza básica, según las exigencias de la situación.
- Hoy en día, por supuesto, se impone el respeto a los derechos humanos y el control jurisdiccional de lo actuado en estado de emergencia, necesidad o excepción.

En mi opinión, los estudios al respecto suelen ser de tipo técnico jurídico o crítico político haciendo necesario profundizar más al contraste de una visión humanista porque, la Historia lo acredita, los particulares o gobernados suelen transitar con gran sacrificio y desasosiego por la coyuntura, precisamente debido a la flexibilización, relajamiento, adecuación, cuando no franca remoción, de ciertos aspectos de la normativa ordinaria de los tiempos de no emergencia; normativa cuya índole suele acotar al poder y proteger al particular.

Cabe así retomar ahora el concepto de *anomia* que, si bien es procedente de las Ciencias Humanas y Sociales —por la vía de Durkheim— y extendido luego a otras aplicaciones, —como el matiz conceptuado por Agamben—, lo asumiré aquí, para los efectos de mi actual análisis, como el espacio de desorden social y desasosiego ciudadano re-

sultante de una situación de emergencia, alerta, conflicto o desorganización social, cuya previsión normativa absoluta y pormenorizada es, de suyo, imposible, dadas las múltiples vertientes de su factible presentación, pero, en todo caso, apta para detonar una suspensión de derechos y garantías como la prevista en el artículo 29 constitucional a raíz de una invasión, perturbación grave de la paz pública o cualquier otro evento que ponga en grave peligro o conflicto a la sociedad.

Me interesa destacar, no obstante, que, en tanto ámbito librado al azar, la emergencia registra ese tipo de *anomia* sí, puesto que, ante lo imprevisto, no cabe sino abrirse paulatino paso en la toma de las decisiones que como necesidad exige y conforme las impone: falta norma específica y detallada, pero por la imposible previsión de lo imprevisible —válida redundancia— que va permitiendo y/o exigiendo la construcción de respuestas decisorias, al compás de los acontecimientos. No es un vacío jurídico en sí mismo, pues todo habrá de transcurrir bajo un Derecho que subsiste, aunque se amolde. Anomia en el detalle, no en el marco.

Ahora bien, aquí un punto: el estado de emergencia, necesidad o excepción, aún falto de pormenorización normativa, no es un estado de naturaleza con Derecho por hacer y autoridad por erigir. Ni tampoco es el momento de tránsito del estado de naturaleza al de la organización estatal —ya sea por los cruentos motivos de Hobbes, ya por el optimismo de Locke, ya por el afán libertario de Rousseau—. Ese instante, —que, por lo demás, es teórico—, ha de corresponder al pasado. Sería *anterior*. Esto es decir que, si bien, en una emergencia, falta el total detalle normativo por anticipado, o se construye muy al andar la respuesta normativa del caso, el Orden jurídico impera como resultado de la Democracia y la representación, estableciendo, al menos, el perímetro básico de actuación. *Lo pactado, pactado está*. Es de excepción, pero sí es, también, previo. Mínimo, pero ya *convenido*. Una especie de fisiología de la patología: un básico normativo constitucional, *ergo*, jerárquicamente superior y convencionalmente delineado que, en la especie, parte, para México, del propio artículo 29 constitucional.³¹ *Lo*

31 La noción sociológica de *anomia* se vincula, original y sociológicamente, con un ambiente incapaz de generar oportunidades inclusivas para todos los integrantes de la sociedad, generando aislamiento y falta de progreso para quienes, al cabo de tal penuria, acaban por omitir todo respeto a la norma, al percibir que apegarse a ella carece de sentido y motivación. En el pensamiento de Émile Durkheim, por ejemplo, la sociedad integra y regula al individuo, a través de procesos tales como la división del trabajo, dándole así, referentes a su existencia. Cuando la función social regulatoria es inadecuada, los individuos entran en un malestar que puede alcanzar graves consecuencias. Al respecto, puede consultarse a López Fernández, María del Pilar, “El concepto de anomia de Durkheim y las aportaciones teóricas posteriores”, en: *Iberóforum, Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana*, volumen IV, número 8, Julio-Diciembre de 2009, pp. 130-147, *passim*. Disponible en: https://ibero.mx/iberoforum/8/pdf/VOCES%20Y%20CONTEXTOS/5.%20MARIA_DEL_PILAR-LOPEZ_IBEOFORUMNO8.pdf (fecha de consulta: 05 de julio de 2022). Por otra parte, al analizar la atmósfera generada por el *iustitium* romano, Agamben apunta una especie de momento sin Derecho, útil para la comprensión del estado de excepción, para cuya profundización ha de acudir directamente a su trabajo sobre el *Estado de excepción... op. cit.* nota 19, *passim*. Para las necesidades de este trabajo conceptúo por anomia, reitero, un espacio de desorden social y desasosiego ciudadano resultante de

pactado, pactado está y, por democrático y representativo, dignifica a cada individuo integrante del pueblo, énfasis marcado en que es precisamente el pueblo, los particulares, los gobernados, quien y quienes soportan una importante carga en todo evento que amenace al orden habitual en el Estado de Derecho o Constitucional de Derecho.

Ahora bien, si esto se acepta, lo imperdible de vista ha de ser que el Constituyente permanente mexicano, órgano reformador de la Constitución, a resultas de la reforma constitucional en materia de derechos humanos ocurrida en 2011, delineó, como parte de una previsión normativa, un paso más allá en la atención de los estados de emergencia, necesidad o excepción detonantes de una suspensión de derechos y garantías, con respecto a los antecedentes históricos nacionales: impuso al legislador la obligación de emitir una Ley Reglamentaria, hasta ahora todavía pendiente, planteando así un reto para el poder y un compromiso para el Derecho.

Esto es decir que, en México, el artículo 29 constitucional no es, alegóricamente hablando, *una especie de senadoconsulta último*, allende el cual todo sea posible o temible. Por el contrario, ha sido convertido en la base de una reglamentación pendiente.

Por ahora lo resaltable es que allí donde no hay detalle porque no se puede prever lo imprevisible, ha de haber Ley para encauzar, hasta donde sea factible, el imprevisto que sobrevenga.

Si “El Estado democrático, fundado en la soberanía popular, es la única forma política afín al estado de naturaleza [al permitir] que el hombre siga siendo dueño de sí mismo [...]”³², es también el único apto para responder a la emergencia y la necesidad de los momentos críticos, lo que en México se acometió, en 2011, diseñando un artículo como el 29 constitucional, capaz de dar un paso más en su expectativa de funcionamiento en momentos extraordinarios, por haberse impuesto al órgano legislativo federal reglamentarlo.

una situación de emergencia, alerta, conflicto o desorganización social, en la que, en efecto falta norma pero, no en el sentido de suspensión o ausencia de Derecho, sino en el de ser inalcanzable una previsión absoluta y pormenorizada de los extremos y reacciones relativos a una emergencia y a una suspensión de derechos y garantías como la dispuesta en el artículo 29 constitucional.

Me parece interesante, además, llamar aquí a otras dos nociones, por un lado, la de *eunomia* o *buen gobierno*, término de origen griego, platónico, relativo al buen orden humano, opuesto a la *hybris* o actitud de quien desconoce límites y jerarquías y, por otra, la de *disnomia*, alusiva al desorden civil e ilegalidad, en tanto conectados, también, me parece, con los estados de emergencia, necesidad o excepción, caracterizados por anormalidad y no estabilidad, por crisis. *Eunomia* como anhelo, *disnomia* como efecto, en la coyuntura de emergencia dada. Véase al respecto, Abbagnano, Nicola, *Diccionario de Filosofía*, 4ª ed., México, F.C.E., 2004; Platón, *Diálogo El sofista*, Madrid, Gredos, 2014 y Rus Ruffino, Salvador, “Análisis y teoría política en las reformas sociales de Solón de Atenas”, en: *Foro interno. Anuario de Teoría Política*, año 2014, número 14, pp. 65-92, *passim*. Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/FOIN/article/view/46804/43919> (fecha de consulta: 06 de julio de 2022).

32 Moratal R., L., *op. cit.* nota 2, p. 332.

4. ACTUALIDAD DEL CONSTITUYENTE MEXICANO

En México, las emergencias se han sucedido a lo largo de la Historia y en su trayecto, el Constitucionalismo nacional ha ido respondiendo con medidas que pueden rastrearse mediante comparatismo diacrónico interno. Es en las constituciones de 1857 y texto original de 1917, donde se concentran las redacciones en materia de suspensión de garantías más vinculadas con la actual estructura de la suspensión de derechos y garantías establecida en el artículo 29 constitucional vigente. Sus textos, han dado pie al estudio de aspectos tales como el diverso sentido de las categorías de derechos del hombre, garantías individuales, derechos fundamentales o derechos humanos y a la importante distinción sobre si el Estado los concede o los reconoce, más las diferentes proyecciones que con esto se arrojan en materia de dignidad humana.

Lo cierto es que, a esta fecha y a partir de la Reforma constitucional en materia de derechos humanos ocurrida en el año 2011, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 29 constitucional, ha procurado delimitar las actuaciones de emergencia en términos acordes al marco convencional, en pro de los derechos humanos: queda esto puesto en claro si se considera que dicho precepto condensa hoy bienes y valores jurídicos no suspendibles y, por tanto, especialmente protegidos por el Orden jurídico mexicano, en unión de un requerimiento de control jurisdiccional de los actos y decisiones de autoridad emitidos con motivo de una emergencia.

Estos últimos son dos datos de muestra que, comparados con los textos y los contextos de antecedentes históricos sucedidos en los siglos XIX y XX, imprimen una nota de acotación al poder, en instantes conflictivos o de trance, donde la tendencia de poder es más expansiva que de ordinario.

Esto implica la previsión de un mecanismo jurídico de suspensión de derechos, libertades y garantías en el que, en mi concepto, subyace participación democrática y representatividad, que bien puede apalancarse, desde el punto de vista teórico, en la noción de consenso a su vez inmersa en tal participación. Evoca, sí, la idea —teórica, naturalmente, insisto— de pacto, a modo de una dignificante y edificante integración en la materialización de escenarios de respuesta a problemas tan severos como la invasión, la perturbación grave de la paz pública y cualquier otro que ponga en grave peligro o conflicto a la sociedad. Hace con ello del gobernado un agente y no un mero receptor de los efectos de una posible suspensión de derechos, libertades y garantías.³³

33 En otro momento y lugar he trabajado el comparatismo diacrónico interno de *los textos* de nuestras constituciones y no pocos documentos de carácter aspiracional mexicanos que, a lo largo de la Historia se caracterizaron por proclamar la rigidez como naturaleza y por abonar en la contención del poder y en pro de la dignidad humana y del avance — paulatino, accidentado y hasta por épocas revertido, pero, a fin de cuentas, continuado — de los derechos humanos. Ciertamente que, en *los contextos*, ha quedado y queda siempre mucho por hacer —y exigir— en términos de Estado de Derecho o Constitucional de Derecho *aplicado*, siempre para dar vuelta a páginas oscuras de esa Historia, más, yo estimo, el testimonio de los textos jurídicos arroja puntos positivos. *Cfr.* Cedillo Valderrama, Lizbeth América, *El*

4.1. La suspensión de derechos y garantías

Hablar de suspensión de garantías es evocar, en México, álgidos y no poco frecuentes periodos críticos de la Historia. El último de ellos, ocurrido entre el 2 de junio de 1942 y el primero de octubre de 1945, a raíz de la Segunda Guerra Mundial, cuyo pormenorizado desarrollo no es de este lugar.³⁴

Interesa por ahora establecer que, a contraste con el texto actual del artículo 29 constitucional, en aquél entonces, al amparo de la noción de *garantías individuales*, quedaba más marcado el perfil de acto de autoridad del Estado en un ambiente de emergencia donde cabía elegir las garantías individuales a suspender, sin expreso impedimento para excluir a alguna o algunas de ellas de la determinación: no existía un acervo protegido en contra de toda suspensión o restricción.

De ahí la importancia de recalcar que, hoy, en el Orden jurídico mexicano, la regulación marco para los estados de emergencia, necesidad o excepción, radicada en el artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ha inclinado la balanza en favor de los derechos humanos, al determinar, —a resultados del desarrollo histórico nacional y del entorno convencional—, como intocables, los derechos, libertades y garantías allí expresamente señalados, que son, a saber: los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de

Estado mexicano a la luz del artículo 29 constitucional: conexión histórica y perfil actual, México, Escuela Libre de Derecho, 2022, (Tesis Doctoral dirigida por el Doctor Villaseñor Rodríguez, Fernando, con Comité Tutorial integrado también por los Dres. Carmona Ponce de León, Eugenia Paola y Chagoya Díaz, Sergio); asimismo en Cedillo Valderrama, Lizbeth América, *La Legalidad y su principio en el México de hoy...* trabajo citado en nota 8, pp. 86-120.

- 34 Por otra parte, al señalar aquí la idea de pacto como forma de dignificación del individuo y participación vía representación en las graves decisiones que aparea toda suspensión de derechos y garantías, no pierdo de vista que han existido opiniones diversas, como la de Carl Schmidt, quien alertó en su momento, —bajo el sesgo de su perspectiva—, en contra de una, en su concepto, inadecuada confusión entre el acto de poder constituyente y el pacto social, por considerar que éste es tan solo un supuesto doctrinal del poder constituyente del Estado. Sobre el particular, no veo afectado el planteamiento de mi trabajo, habida cuenta de que, en el terreno de las Ciencias Humanas y Sociales donde se adscriben tanto el Derecho como la Teoría Política o Teoría del Estado, no hay hermenéutica universal y es, además, necesario, delimitar toda temática de opinión. *Cfr.* Schmidt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 2019, p. 106.

El Decreto que aprueba la suspensión de las garantías individuales consignadas en varios artículos constitucionales ahora referido, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación del día 2 de junio de 1942. Disponible en:

https://dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4520885&fecha=02/06/1942&cod_dia-rio=192636 (fecha de consulta: 27 de julio de 2022). Me he referido al citado periodo histórico asimismo en Cedillo Valderrama, Lizbeth América, *El Estado mexicano a la luz del artículo 29 constitucional...*, trabajo citado en nota 33, pp. 154 y ss.

la desaparición forzada y la tortura, así como las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

Más aún, el órgano reformador de la Constitución tuvo a bien asegurarse de que el control jurisdiccional de lo actuado bajo suspensión de derechos y garantías opere, por disposición del párrafo final del precepto en cita, indicativo de que los decretos expedidos por el Ejecutivo en tal circunstancia, habrán de revisarse de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez.

Merced a ello, es apuntar que el artículo cuarto transitorio de la Reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos estableció un plazo para que la Ley Reglamentaria del artículo 29 constitucional fuera emitida, lo que en la especie no ha sido cumplido hasta ahora, pese a que dicho plazo quedó agotado el día 11 de junio de 2012, motivando con ello la reflexión a la que haré referencia en los siguientes apartados.

4.2. Estado de excepción y Derecho

Si el contractualismo clásico asume que el paso del estado de naturaleza al de organización civil supone la transferencia de todos los poderes a la autoridad, hay un extremo por momentos inevitable, ligado a la noción de obediencia, e inclusive a la de sometimiento al poder, —cual *ius in omnia* para el Leviatán, a la manera hobbesiana— que merece una puesta en perspectiva.³⁵

En el fondo, lo social y lo jurídico no habrán de reñir si se considera que el individuo de la especie humana, sociable por naturaleza, organizado y ciudadano por cultura, no puede vivir aislado. Requiere de la otredad no solo para su mera supervivencia, sino para todo proyecto de índole cultural superior. Para hacer esto posible, las conductas han de ser normadas mediante los esquemas de consenso político en los que, la noción de contrato social, tan plástica como es, sirve para conceptuar la construcción del Estado y la gestación del Derecho:

Claro es que probablemente jamás haya existido semejante contrato; pero su contenido, sin haber sido enunciado explícitamente, constituye la base ética de toda sociedad, el fundamento deontológico que justifica la comunidad civil, el principio ideal del Estado. Cuando se viola esta norma se deshace el estado civil y se regresa al primitivo estado natural. Los derechos de libertad e igualdad no dependen, por consiguiente, de que efectivamente se haya celebrado un contrato en el que queden garantizados, sino que son cabalmente la base o punto de partida de la idea del contrato como justificación de la sociedad política. Esto es, el

35 Cfr. Moratal R., L., *op. cit.* nota 2, p. 328, quien marca con ello, a partir de Hobbes cómo la libertad ciudadana equivaldría *al silencio de la Ley*, máxime al considerarse que Hobbes tuvo a la vista, como su ideal, al régimen monárquico.

Estado debe suponerse, como si hubiera tenido su origen en el contrato, para que aquellos derechos fundamentales sean reconocidos y salvaguardados. El contrato social ni es un hecho, ni su contenido por ser ideal, *a priori*, puede depender de la voluntad casual o empírica; es la idea resultado de los principios objetivos de la naturaleza ética humana; es la interferencia ideal de los derechos connaturales de los individuos y tiene; por ende, un significado eminentemente normativo, o sea, deontológico; es el tipo universal de la constitución política adecuada a la naturaleza racional del hombre, y sirve como criterio para enjuiciar las constituciones históricas.³⁶

Por ello también, es en los momentos críticos de la vida del Estado, en el estado de emergencia, necesidad o excepción, donde la noción de pacto social ha de animar para el soporte de las cargas excepcionales que supone, para el todo que dicho Estado es, pero, muy especialmente, para su elemento humano, pueblo, precisamente por cuanto dignifica al ciudadano el hecho de ser, también, partícipe de las decisiones implícitas en circunstancia tal. Es allí donde los particulares, los gobernados, pueden asegurarse de que la autoridad, es decir, el titular del poder, actúe sí con diligencia, sí con rapidez, sí con eficacia, sí con margen de libre acción, pero, bajo la luz de los derechos humanos cuya salvaguarda es hoy acción y proclama legitimante.

Es allí donde cabe resaltar que el estado de emergencia, necesidad o excepción no implica una vuelta al estado de naturaleza donde, al menos desde el punto de vista teórico *todo esté por hacerse*. Tampoco equivale a una ausencia o suspensión del Derecho como lo ha estudiado y contrastado Agamben. Admite sí, en cambio el paralelismo en la medida en que *hay normas por crear y/o detallar* y admite asimismo la intersección resultante de una condición humana capaz de decidir su destino en colectividad.

Muy especialmente, en el caso concreto del Estado mexicano, la puesta en marcha del mecanismo de suspensión de derechos y garantías establecido por el artículo 29 constitucional vigente no es, no presupone y no provoca ni ausencia ni suspensión de la Democracia o del Derecho. Es, de hecho, la expresión de las previsiones consensuadas y tomadas precisamente en el seno de la Democracia y del Derecho, para extremos críticos, a través del actuar del Constituyente permanente u órgano reformador de la Constitución.

4.3. Anomia normada: la paradoja pendiente

Cuando el artículo cuarto transitorio de la Reforma constitucional ocurrida en 2011 sobre derechos humanos ordenó al órgano legislativo federal, la generación de la Ley

36 Recaséns Siches, Luis, *Historia de las doctrinas sobre el contrato social*, México, UNAM, 2013, (Serie Estudios jurídicos, número 15), p. 31.
Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4142/2.pdf>, fecha de consulta: 25 de julio de 2022.

Reglamentaria del artículo 29 constitucional en materia de suspensión del ejercicio de los derechos y las garantías en un plazo máximo de un año, contado a partir del inicio de vigencia del citado decreto, es decir, a partir del 11 de junio de 2011, se apartó, hasta donde pudo, de la condición de impedimento para prever lo imprevisible.

Planteó con ello el reto, insisto, para el órgano legislativo federal de normar el actuar del Estado mexicano en eventuales estados de emergencia, necesidad o excepción.

Quiso abatir esos escenarios de construcción doctrinal que, bajo la denominación de estado de naturaleza o de estado de excepción, plantean que el Derecho, heurísticamente hablando, o está todo por construirse o queda temporalmente reducido a una suerte de pausa o vacío.

Por ello, se impone hacer constar que la omisión legislativa en que se ha incurrido hasta ahora, deja en vilo el esfuerzo de conformación y expectativas pro derechos humanos de un artículo 29 constitucional que se mantiene a la espera de dicha reglamentación.

Me he referido en otro momento a los deseables contenidos de la Ley reglamentaria del artículo 29 constitucional pendiente,³⁷ que no son otros sino todos cuantos contribuyan a dar claridad y debida sustancia a los múltiples aspectos que dentro de la redacción del precepto se abren a la variable interpretación, entorpecerían la reacción de autoridad ante un evento perturbador del orden o expondrían al particular al abuso de poder.

Cumplir con el deber impuesto por el órgano reformador de la Constitución será también cumplir con el principio de legalidad, al robustecer la convicción de que, llegado el caso de una emergencia que amerite suspensión de derechos y garantías, se habrá de estar a normas, más que a voluntades, lo que es de la mayor importancia para los particulares o gobernados pues, si bien agentes y no simples destinatarios de las decisiones y cargas del caso, requieren siempre contar con la confianza básica de saber a qué atenerse y qué esperar de la autoridad.³⁸

La coyuntura de una suspensión de derechos y garantías no es una vuelta al hipotético estado de naturaleza donde todo esté por hacerse. Tan es así que, en la Historia nacional, la suspensión de garantías funcionó sin reglamentación previa.

De igual manera, la suspensión de derechos y garantías no es una puesta en pausa del Orden jurídico, nacional sino la previsión que el mismo ha dispuesto para enfrentar ciertas crisis. Claro está que no puede pasar desapercibida la dificultad para materializar los contenidos de la Ley reglamentaria en comentario, sobre todo porque la justa

37 Cedillo Valderrama, Lizbeth América, *El Estado mexicano a la luz del artículo 29 constitucional...* trabajo citado en nota 33, pp. 332 y ss.

38 Cedillo Valderrama, Lizbeth América, *La legalidad y su principio en el México de hoy...* trabajo citado en nota 8, *passim*.

contrapartida de la protección de los derechos humanos es la acotación del poder; empero, el mandato de legislar fue dado. Baste por ahora, enfatizar que, si realmente se quiere honrar la protección a los derechos humanos, la Ley reglamentaria de referencia no debe permanecer indefinidamente pendiente.

Es, en suma, destacable que, allí donde fuera útil al ejercicio del poder la falta de norma en tiempos extraordinarios, el órgano reformador de la Constitución ordene expedir una Ley para contener y delinear el actuar de la autoridad y la condición del particular.

Por ello, proporción guardada, se plantea aquí un desafío encuadrable en la conjunción de valores y experiencias del pasado y expectativas de futuro a cuya toma de conciencia convoca la Doctrina contemporánea.³⁹

5. CONCLUSIONES

PRIMERA. Las teorías contractualistas del Estado, siendo de índole heurística, aportan elementos de análisis útiles en la dignificación del individuo como partícipe de las decisiones de autoridad, vía democracia y representatividad, en momentos críticos de la vida del Estado.

SEGUNDA. El estudio de los perfiles teóricos del estado de naturaleza y del estado de excepción, permite conceptualizar al artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como previsión jurídica de emergencias críticas para el Estado mexicano y, con ello, establecer el desempeño del Derecho como acotador del poder y protector de derechos humanos.

TERCERA. El deber de emitir una Ley Reglamentaria del artículo 29 constitucional en materia de suspensión del ejercicio de los derechos y las garantías impuesto por el Constituyente permanente al órgano legislativo federal no debe permanecer indefinidamente pendiente, pues, al elegir normar lo imprevisible, se tomó un desafío que ha de acometerse con la mira de favorecer a los derechos humanos, en un sano equilibrio con el ejercicio del poder en momentos de crisis.

Ciudad de México, 29 de julio de 2022.

FUENTES DE CONSULTA

Abbagnano, Nicola, *Diccionario de Filosofía*, 4ª ed., México, F.C.E., 2004.

Agamben, Giorgio, *Estado de excepción. Homo sacer, II, I*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 2005.

39 Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *Historia y constitución*, 2da. ed., Madrid, Trotta, 2019, (Colección Mínima Trotta), *passim*.

Cedillo Valderrama, Lizbeth América, *El Estado mexicano a la luz del artículo 29 constitucional: conexión histórica y perfil actual*, México, Escuela Libre de Derecho, 2022, (Tesis Doctoral dirigida por el Doctor Villaseñor Rodríguez, Fernando, con Comité Tutorial integrado también por los Dres. Carmona Ponce de León, Eugenia Paola y Chagoya Díaz, Sergio).

—, *La legalidad y su principio en el México de hoy: relación entre el particular, el Estado y el Derecho*, México, Facultad de Derecho de la Barra Nacional de Abogados, Tesis Doctoral dirigida por los Dres. López Durán, Rosalío y Muñozcano Eternod, Antonio, 2019.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917 (texto hoy vigente).

Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm> (fecha de consulta: 26 de julio de 2022).

Convención de Montevideo de 1933, Disponible en:

<https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/DERECHOS%20Y%20DEBERES%20DE%20LOS%20ESTADOS.pdf> (fecha de consulta: 02 de julio de 2022).

Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación del día 10 de junio de 2011. Disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011 (fecha de consulta: 27 de julio de 2022).

Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia político-electoral, publicado en el Diario Oficial de la Federación del día 10 de febrero de 2014. Disponible en:

https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5332025&fecha=10/02/2014 (fecha de consulta: 27 de julio de 2022).

Decreto que aprueba la suspensión de las garantías individuales consignadas en varios artículos constitucionales ahora referido, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación del día 2 de junio de 1942. Disponible en:

https://dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4520885&fecha=02/06/1942&cod_diario=192636 (fecha de consulta: 27 de julio de 2022).

Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, 2da ed., México, F.C.E., 1998.

Hobbes, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, Madrid, Gredos, 2015.

Ignatieff, M., *El mal menor. Ética política en una era de terror*, 2da. ed., Barcelona, Taurus, 2018.

Jellinek, Georg, *Teoría General del Estado*, México, F.C.E., 2000, (Colección Política y Derecho).

Locke, John, *Segundo Tratado sobre el Gobierno. Un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*, Madrid, Gredos, 2015.

López Fernández, María del Pilar, “El concepto de anomia de Durkheim y las aportaciones teóricas posteriores”, en: *Iberóforum, Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana*, volumen IV, número 8, Julio-Diciembre de 2009, pp. 130-147. Disponible en: <https://>

ibero.mx/iberoforum/8/pdf/VOCES%20Y%20CONTEXTOS/5.%20MARIA_DEL_PILARLOPEZ_IBEOFORUMNO8.pdf (fecha de consulta: 05 de julio de 2022).

Mardquardt, Bernd. *Teoría Integral del Estado. Pasado, presente y futuro en perspectiva mundial*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez-Grupo de Investigación Constitucionalismo Comparado, 2018, (Tomo I, *La era preilustrada y preindustrial: Desde la sociedad pre-estatal hasta el Estado de la paz interna 3000 a. C.-1775 d. C.*).

Moratal Roméu, Luca, “El estado de naturaleza como fundamento del artificio político: Hobbes, Locke, Rousseau”, en: *Eikasia, Revista de Filosofía*, Oviedo, número 71, julio de 2016, pp. 297-344. Disponible en: <https://revistadefilosofia.org/71-12r.pdf> (fecha de consulta: 11 de julio de 2022).

Platón, Diálogo *El sofista*, Madrid, Gredos, 2014.

Recaséns Siches, Luis, *Historia de las doctrinas sobre el contrato social*, México, UNAM, 2013, (Serie Estudios jurídicos, número 15). Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4142/2.pdf>, fecha de consulta: 25 de julio de 2022.

Renan, Ernest, *¿Qué es una nación?*, conferencia dictada el 11 de marzo de 1882, Disponible en: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj_20140308_01.pdf, (fecha de consulta: 29 de julio de 2022).

Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social*, Madrid, Gredos, 2014.

Rus Rufino, Salvador, “Análisis y teoría política en las reformas sociales de Solón de Atenas”, en: *Foro interno. Anuario de Teoría Política*, año 2014, número 14, pp. 65-92. Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/FOIN/article/view/46804/43919> (fecha de consulta: 06 de julio de 2022).

Schmidt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 2019.

Siles Vallejos, Abraham, “La Dictadura en la República Romana Clásica como referente paradigmático del régimen de excepción constitucional”, en: *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Lima, número 73, año 2014, pp. 411-424. Disponible en:

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/11313/11822> (fecha de consulta: 02 de julio de 2022).

Weber, Max, *Economía y sociedad*, México, F.C.E., 1964.

Zagrebelsky, Gustavo, *Historia y constitución*, 2da. ed., Madrid, Trotta, 2019, (Colección Mínima Trotta).



LAS ANTINOMIAS Y EL CONTROL NORMATIVO

SERGIO CHARBEL OLVERA RANGEL¹

RESUMEN: Las irregularidades en las normas del sistema jurídico, sus causas y consecuencias, son el objeto de estudio de este artículo. Los creadores y aplicadores de las normas jurídicas deben conocer a fondo las causas y efectos de las antinomias normativas, solo de esa manera pueden cumplir adecuadamente su función. Las normas anómalas se pueden regenerar o restaurar, en ambos casos se ejerce un control normativo, el cual es necesario para el mantenimiento adecuado del sistema jurídico estatal.

PALABRAS CLAVE: antinomia, control normativo, regularidad normativa, *lex posterior*, *lex superior*, derogación, invalidez.

SUMARIO: 1. LAS ANTINOMIAS. 2. EL CONTROL NORMATIVO. 2.1. Los objetos del control normativo. 2.2. La regularidad normativa a través del ejercicio del control normativo. 3. LA REGULARIDAD HORIZONTAL A TRAVÉS DE LA NORMA LEX POSTERIOR. 3.1. La vigencia de las normas jurídicas. 3.1.1. Los efectos de la vigencia. 3.1.2. La capacidad de la fuerza obligatoria de las normas vigentes. 3.2. La derogación de las normas jurídicas. 3.2.1. Las características de la derogación. 3.2.2. Los tipos de derogación. 3.2.2.1. La derogación expresa. 3.2.2.2. La derogación tácita. 3.2.2.3. Las semejanzas y diferencias entre los tipos de derogación. 3.2.3. Los efectos de la derogación. 3.2.4. Algunos supuestos en los que no hay derogación. 4. LA REGULARIDAD VERTICAL A TRAVÉS DE LA NORMA LEX SUPERIOR. 4.1. El concepto de invalidez. 4.2. Los tipos de invalidez normativa. 4.2.1. La invalidez normativa en cuanto a sus causas. 4.2.2. La invalidez normativa en cuanto a la norma contrariada. 5. LA INVALIDEZ COMO SUSTENTO DE LA SUSTRACCIÓN DE LAS NORMAS DE CARÁCTER GENERAL. 5.1. La invalidez como sustento de la desincorporación de normas de carácter general. 5.2. La invalidez como sustento de la eliminación o expulsión de normas de carácter general. 6. La inaplicación o desaplicación de normas de carácter general. 7. LAS SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE INVALIDEZ Y DEROGACIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

1. LAS ANTINOMIAS

En un sistema jurídico hay impericia de los creadores normativos; eso genera la posibilidad de que distintas normas se contradigan. La contradicción entre normas de un mismo sistema jurídico produce desorden en perjuicio de las personas.

El desorden sistémico, en palabras de Baudrillard solo “es comparable al proceso de las metástasis cancerosas: la pérdida de la regla del juego orgánico de un cuerpo posibilita que un conjunto de células pueda manifestar su vitalidad incoercible y asesina, desobedecer las propias órdenes genéticas y proliferar infinitamente.”² Las normas, como las células, pueden desobedecer sus parámetros y proliferar en desorden.

¹ Doctor y profesor titular de la Escuela Libre de Derecho.

² Baudrillard, Jean, *La transparencia del mal: Ensayos sobre los fenómenos extremos*, trad. Joaquín Jordá, Anagrama, Barcelona, 1997, pp. 37 y 38.

Las antinomias son el cáncer de los sistemas jurídicos. Antinomia tiene su etimología del latín *antinomía*, y este del griego *ἀντινομία* (antinomia),³ que significa la contradicción entre dos o más normas. Pérez Bermejo expone lo siguiente:

...existe una antinomia cuando dos o más normas de un mismo sistema jurídico asocian a un mismo supuesto de hecho dos o más consecuencias jurídicas incompatibles entre sí, de modo que en todas o en algunas de las alternativas de conducta implicadas en dicho supuesto no será posible obedecer una norma sin desobedecer otra.⁴

Los presupuestos para que se den las antinomias son que las normas entre las que se presente la contradicción sean jurídicas;⁵ se trate de normas que rijan en un mismo sistema jurídico y deben ser normas que tengan el mismo ámbito de validez temporal, espacial, personal y material.⁶ En atención a estos presupuestos, y siguiendo la definición que da Celotto,⁷ la antinomia es la contradicción de las consecuencias que producen dos normas que coinciden en los mismos ámbitos de validez –identidad de supuestos jurídicos– dentro de un mismo sistema jurídico. Si los supuestos jurídicos de dos normas son distintos no se genera una antinomia porque las normas se actualizarán conforme a distintos requisitos.

Las antinomias se presentan entre normas de una misma jerarquía o de distinta jerarquía. Contrario a esa primera posibilidad, para Prieto Sanchís las antinomias solo son las contradicciones normativas entre una norma superior y otra inferior, al respecto

3 Diccionario de la Real Academia Española, disponible en <https://dle.rae.es/?id=2uLpKMd> Consultado el 28 de junio de 2022.

4 Pérez Bermejo, Juan Manuel, *Coherencia y sistema jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 206 y 207.

5 Las antinomias se generan entre normas no entre las disposiciones o enunciados que las contienen. Las contradicciones entre disposiciones normativas son antinomias aparentes. Cfr. Crisafulli, Vezio, “Lezioni di diritto costituzionale”, en *L’ordinamento costituzionale italiano*, vol. II, 1, CEDAM, Padua, 1993, pp. 207 y ss. La interpretación de las disposiciones puede dar lugar a superar la aparente antinomia.

6 Celotto, Alfonso, *Teoría general del ordenamiento jurídico y la solución de las antinomias*, trad. Liliana Rivera Rufino, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, Querétaro, 2003, pp. 28 y 29. Respecto del último de los presupuestos, el de los ámbitos de validez, el citado autor da los siguientes ejemplos: “Generalmente se ha puesto en evidencia que ‘Está prohibido fumar de las cinco a las siete de la tarde’ no es incompatible con ‘Está permitido fumar de las siete a las nueve de la noche’; o ‘Está prohibido fumar en las salas cinematográficas’ no es incompatible con ‘Está permitido fumar en los aeropuertos’; o ‘Se les prohíbe fumar a los menores de 18 años’ no es incompatible con ‘Se les permite fumar a los adultos’; o ‘Está prohibido fumar puros’ no es incompatible con ‘Está permitido fumar cigarros’”, *Ibidem*, pp. 29 y 30.

7 La definición de antinomia que da este autor es la siguiente: “situación de incompatibilidad que subsiste entre dos normas jurídicas vigentes, pertenecientes al mismo ordenamiento (o a ordenamientos conexos) y que comportan el mismo ámbito de validez.”, Celotto, Alfonso, *Ibidem*, p. 29. Este concepto de antinomia es muy cercano a lo aquí apuntado; en lo que se difiere es que él considera que las antinomias se dan entre normas vigentes. Las antinomias se pueden generar entre normas que no son vigentes –que han sido derogadas– pero que siguen perteneciendo al mismo sistema jurídico. Por razón de la ultraactividad que pueden tener las normas derogadas son susceptibles de invalidarse cuando se opongan a normas superiores del sistema jurídico.

señala: “las antinomias son vicios por comisión y suponen la *indebida* producción de una norma que viene prohibida justamente por hallarse en contradicción con otra superior, en particular con una norma constitucional que regula su producción.”⁸ La conceptualización de Prieto Sanchís implica que la antinomia solo se presenta en un plano vertical que genera la invalidez de la norma excluida, mas no en uno horizontal que genera la derogación.

Las antinomias entre normas superiores e inferiores o del mismo nivel pueden presentarse en las siguientes modalidades, conforme a la propuesta por Alf Ross, son las siguientes:

Existe inconsistencia entre dos normas cuando se imputan efectos jurídicos incompatibles a las mismas condiciones fácticas. Puede haber inconsistencia entre dos normas de tres maneras distintas.

- 1) Inconsistencia total-total, esto es cuando ninguna de las normas puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra. Inconsistencia total, o incompatibilidad absoluta.
- 2) Inconsistencia total-parcial, esto es, cuando una de las dos normas no puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra, mientras que ésta tiene un campo adicional de aplicación en el cual no entra en conflicto con la primera. Inconsistencia total-parcial, o inconsistencia entre la regla general y la particular.
- 3) Inconsistencia parcial-parcial, esto es, cuando cada una de las dos normas tiene un campo de aplicación en el cual entra en conflicto con la otra, pero tiene también un campo adicional de aplicación en el cual no se producen conflictos. Inconsistencia parcial, o superposición de reglas.⁹

Las antinomias son patologías contrarias al principio de seguridad jurídica que deben solucionarse. Si en un sistema jurídico dos normas son antinómicas es necesario excluir una de ellas; esto se logra a través de la aplicación de las normas de solución de conflictos normativos –*lex superior* y *lex posterior*—. La exclusión de la norma se materializa por medio del ejercicio de la función regenerativa, a través de la derogación, o del ejercicio de la función restaurativa, a través de determinar la invalidez o la derogación.

2. EL CONTROL NORMATIVO

Como todo sistema, el jurídico no está exento de un mal funcionamiento, de enfermarse, de tener elementos que lo dañan o lo pervierten.

8 Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos: Ensayo de filosofía jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, p. 75. En la misma línea de pensamiento, para Kelsen, en las contradicciones normativas no es propio hablar de que los enunciados son o no verdaderos, sino que son válidos o inválidos. En *Teoría pura del derecho*, Teoría pura del derecho, trad. Roberto J. Vernengo, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1979, p. 214.

9 Ross, Alf, *Lógica de las normas*, trad. José S.-P. Hierro, Tecnos, Madrid, 1971, pp. 164 y 165.

El control normativo parte de la base de que la creación del derecho está sometida al propio derecho. Es la idea del sometimiento del orden estatal al derecho;¹⁰ de un sistema jurídico autopoietico.¹¹ Es la creación normativa sujeta a estándares formales y materiales. Esos estándares no solo son los constitucionales y convencionales, sino también los sistémicos: principios y normas dimensionales del sistema jurídico estatal.

De la naturaleza obligatoria de las normas jurídicas, las cuales están destinadas a ser eficaces (cumplidas o aplicadas), emana el control normativo, porque los elementos del sistema jurídico deben cumplir con las normas fundamentales.

Control implica ejercer dominio sobre algo o alguien. El control normativo es el dominio de las acciones propias y ajenas para: cumplir con las normas del sistema jurídico, vigilar su cumplimiento y prevenir su incumplimiento, resolver el incumplimiento de las normas del sistema jurídico, y restaurarlas o regenerarlas. El objeto de protección, a través del control normativo, son las normas del sistema jurídico.

Hay cuatro especies principales del género control normativo, dependiendo de las normas que son objeto de protección: sistémico, constitucional, convencional y legal.

2.1. Los objetos del control normativo

Los objetos de control normativo –lo que se controla– son las normas, actos y omisiones. Ese control se realiza conforme a parámetros normativos –los objetos de protección—.

Lo anterior indica una clara diferencia entre objetos de control y objetos de protección; ello se traduce en: ¿Qué es lo que controla? ¿Qué se protege cuando se ejerce el control?

En cuanto a los objetos de control normativo se tiene el siguiente análisis:

Los actos son el resultado del ejercicio de los derechos u obligaciones de las personas o de las funciones de las autoridades. Los actos de las autoridades pueden ser administrativos, por derivar del ejercicio de la función administrativa; o jurisdiccionales, por derivar del ejercicio de la función jurisdiccional, estos pueden ser sentencias definitivas, laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, o actos en juicio.

Una omisión es el incumplimiento de una obligación, prevista en una norma del sistema jurídico, de expedir una norma o de realizar un acto. Para que exista una omisión es necesario que una norma prevea la obligación de realizar una conducta y que esta se

10 Al respecto Kelsen afirma: “el Estado, en la doctrina de su autosomisión al derecho, tiene que someterse al derecho por él mismo creado.” En *Teoría pura del derecho*, op. cit., p. 320.

11 *Idem*.

haya incumplido.¹² En las tres funciones estatales (legislativa, ejecutiva y jurisdiccional) puede haber omisiones.

Las normas son el principal elemento que integra al sistema jurídico, y el control que sobre ellas se ejerza permite la regeneración o restauración del sistema jurídico.

2.2. La regularidad normativa a través del ejercicio del control normativo

Las antinomias son conflictos normativos que se traducen en anomalías del sistema jurídico. Todo conflicto, a fin de restablecer el orden, requiere de una solución. En las antinomias, esta se logra a través de normas de solución de conflictos normativos; acción que es parte del control normativo. Esas normas son: *lex superior* y *lex posterior*. Con la solución de los conflictos normativos se logra la regularidad normativa.

La regularidad es el ajuste de las normas, actos u omisiones a los parámetros normativos del sistema jurídico –objetos de protección—. Lo que se somete a regularidad –objetos del control– son normas, actos u omisiones.

Los parámetros de regularidad de las normas pueden ser normas de superior jerarquía o normas posteriores. Hay una regularidad vertical, cuando los parámetros son normas superiores;¹³ y una regularidad horizontal cuando los parámetros son normas posteriores del mismo rango jerárquico de la preexistente a la que se contrapone. La primera se da con la aplicación de la norma *lex superior*; la segunda a través de la norma *lex posterior*.

Ambos tipos de regularidades se sustentan en el principio de no contradicción. Una antinomia es una trasgresión al principio de no contradicción, de ello se pudiera inferir que toda antinomia genera la invalidez, lo cual no es así.

Las consecuencias de esas regularidades son: de la regularidad vertical –solución de antinomias de diversa jerarquía—, la invalidez de la norma inferior; de la regularidad horizontal –solución de antinomias de un mismo nivel jerárquico—, el reconocimiento de la derogación de la norma anterior y de la vigencia de la norma posterior.

En la regularidad horizontal hay la complementariedad de los principios democrático y de seguridad jurídica del sistema jurídico. Conforme al principio democrático se respeta la validez de las normas anteriores, a pesar de su insubsistencia. Conforme al principio de seguridad jurídica, ante la indeterminación de cuál norma queda derogada por la expedición de una posterior es aplicable el principio de no contradicción.

12 Nino, Carlos Santiago, “¿Da lo mismo omitir que actuar? (Acerca del valor moral de los delitos por omisión)”, en *Fundamentos de derecho penal*, Gedisa, Buenos Aires, 2008, pp. 210-213.

13 Hans Kelsen conceptualiza a la regularidad en los siguientes términos: es “la relación de correspondencia entre un grado inferior y un grado superior del orden jurídico”. En *Teoría pura del derecho*, op. cit., pp. 473 y 474.

La expedición de normas posteriores se realiza a través de la función regenerativa; esa es una acción conforme con el principio democrático e implica un cambio legítimo con relación a lo prescrito anteriormente. Una norma que fue legítima y conforme con sus parámetros superiores no puede dejar de serlo por la decisión de dejarla sin fuerza vinculante. En aplicación del principio de tercero excluido, la norma válida que es derogada no puede ser inválida por dejar de ser vigente.

A diferencia de la norma inferior que se contrapone a la superior, en la que la inferior resulta inválida, la norma derogada no es inválida. La invalidez deriva de la transgresión de los principios democrático y de seguridad jurídica del sistema jurídico estatal; del democrático porque la norma inferior se transgrede un consenso social superior –por lo mismo, plasmada en una norma de mayor jerarquía—; y del de seguridad jurídica por la existencia de dos normas contradictorias.

Los dos tipos de regularidades normativas y sus consecuencias se estudian a continuación.

3. LA REGULARIDAD HORIZONTAL A TRAVÉS DE LA NORMA *LEX POSTERIOR*

La regularidad horizontal consiste en la solución de la antinomia de normas de un mismo nivel de jerarquía normativa. La solución da lugar al reconocimiento de la derogación de la norma anterior y la vigencia de la posterior.

3.1. La vigencia de las normas jurídicas

Vigencia es la capacidad de las normas jurídicas de tener fuerza obligatoria en el presente dentro de un sistema jurídico determinado.¹⁴

La vigencia es la culminación del procedimiento de creación normativa, se logra una vez que la norma es publicada; e implica el inicio de la fuerza obligatoria de la norma en los términos que establezca la norma transitoria correspondiente, si es que la hay. Por esa razón, solo las normas que son incorporadas al sistema jurídico conforme a los procedimientos de creación normativa respectivos tienen la calidad de vigentes.

La fuerza obligatoria es la calidad de vigor de las normas jurídicas. A diferencia de la fuerza obligatoria, la observancia no es una característica normativa, sino una situación fáctica que implica la aplicación, respeto y cumplimiento de las normas. La observancia normativa se identifica con la eficacia normativa. Las normas vigentes pueden carecer de eficacia por no tener observancia.

14 La vigencia la define Luis María Díez-Picazo como “la pertenencia actual y activa de una norma al ordenamiento, de manera que es potencialmente capaz de regular todas las situaciones subsumibles en un supuesto de hecho.” En *La derogación de las leyes*, Civitas, Madrid, 1990, p. 162.

La vigencia no es una característica esencial de las normas jurídicas. Una norma publicada a la que se le fija una *vacatio legis* o una norma derogada no son vigentes, sin embargo, son normas jurídicas pertenecientes al sistema jurídico.

3.1.1. Los efectos de la vigencia

Una norma vigente genera efectos en el presente que tienden a perdurar en el futuro. Si la norma genera efectos respecto a hechos pasados será retroactiva. La retroactividad es la capacidad de las normas jurídicas de generar efectos a hechos acontecidos con anterioridad a su entrada en vigor.

La retroactividad es válida cuando tiene efectos positivos en las personas destinatarias de las consecuencias normativas.¹⁵ En esos casos el principio *pro persona* da complementariedad al de seguridad jurídica.

La retroactividad es distinta a la ultraactividad.¹⁶ El concepto de ultraactividad surge de la distinción que realizó Paul Roubier entre retroactividad, la aplicación inmediata de la nueva norma y la supervivencia de la norma derogada.¹⁷ Este último supuesto corresponde a la ultraactividad.

La ultraactividad es la capacidad de las normas jurídicas derogadas para que rijan a hechos posteriores a su derogación; es una habilitación para que subsista la fuerza obligatoria de la norma después de su derogación, es decir, implica la posibilidad de que su supuesto normativo se siga actualizando en determinados casos previstos por la norma habilitante. Esto es posible porque la norma derogada y no invalidada sigue siendo parte del sistema jurídico.

En la retroactividad la norma vigente surte sus efectos en hechos pasados; en la ultraactividad la norma derogada surte sus efectos en hechos posteriores a su derogación. En la ultraactividad la norma derogada produce nuevos efectos.

3.1.2. La capacidad de la fuerza obligatoria de las normas vigentes

La fuerza obligatoria de las normas vigentes es una capacidad que puede estar en potencia y puede suspenderse o restringirse.

La fuerza obligatoria de una norma puede estar sujeta a determinadas condiciones. En ese caso su fuerza obligatoria está en potencia, por ejemplo, cuando depende de

15 Al respecto hay una norma constitucional que prohíbe la retroactividad en perjuicio de persona alguna, el texto es el siguiente: “Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.”

16 La distinción entre ultraactividad y retroactividad tomó importancia en la doctrina jurídica con la Sentencia del Tribunal Superior de la ciudad de Buenos Aires, expediente: 32/99, del 4 de junio de 1999.

17 Roubier, Paul, “Les conflits de lois dans le temps (Théorie de la non-rétroactivité des lois)”, en *Reveu néo-scolastique de philosophie*, t. I, vol. 32, núm. 27, París, 1930, p. 369.

un desarrollo a través de normas inferiores, hasta que ese desarrollo suceda la norma vigente tendrá fuerza obligatoria.

Hay suspensión de la fuerza obligatoria de una norma en los casos en que se decreta la suspensión de una garantía primaria normativa, conforme al artículo 29 de la Constitución General, en la elección o no de un gobierno de coalición, y cuando un juzgador competente resuelva dicha suspensión.

La elección de un gobierno de coalición es un caso interesante en el que algunas normas constitucionales vigentes se les suspende su fuerza obligatoria y a otras se les activa. Esto se explica a continuación.

Con la reforma a la Constitución General en materia político-electoral, publicada el 10 de febrero de 2014, se adicionó la facultad del Presidente de la República para optar, en cualquier momento, por un gobierno de coalición con uno o varios partidos políticos representados en el Congreso de la Unión.

El gobierno de coalición es una institución que incluye, en el gobierno de la administración pública federal, la participación de agentes pertenecientes a partidos distintos a los que abanderaron al Presidente de la República; si este opta por el gobierno de coalición, habrá modificaciones en la fuerza obligatoria de las normas que rigen al gabinete federal. Algunas normas constitucionales tendrán fuerza obligatoria y otras no, dependiendo de la opción que elija el Presidente de la República. Los dos supuestos son los siguientes:

1. Si no se opta por el gobierno de coalición, el Presidente de la República podrá nombrar y remover libremente a los secretarios de Estado sin necesidad de ratificación, salvo al secretario del ramo en materia de hacienda, el cual requiere de la ratificación de la Cámara de Diputados, conforme al artículo 74, fracción III, de la Constitución General. En este caso no tendrá fuerza obligatoria el artículo 76, fracción II, de la Constitución General:

Artículo 76. Son facultades exclusivas del Senado:

(...)

II. Ratificar los nombramientos que el mismo funcionario haga de los Secretarios de Estado, en caso de que éste opte por un gobierno de coalición, con excepción de los titulares de los ramos de Defensa Nacional y Marina; del Secretario responsable del control interno del Ejecutivo Federal; del Secretario de Relaciones; de los embajadores y cónsules generales; de los empleados superiores del ramo de Relaciones; de los integrantes de los órganos colegiados encargados de la regulación en materia de telecomunicaciones, energía, competencia económica, y coroneles y demás jefes superiores del Ejército, Armada y Fuerza Aérea Nacionales, en los términos que la ley disponga;

2. Si el Presidente de la República opta por el gobierno de coalición, solo podrá nombrar libremente a los secretarios de los ramos de Defensa Nacional y Marina, el secre-

tario responsable del control interno del Ejecutivo Federal, el secretario de relaciones; los restantes tendrán que ser ratificados por el Senado de la República, en términos de lo dispuesto en el artículo 76, fracción II, de la Constitución General. En este caso no tendrán fuerza obligatoria los artículos 74, fracción III y 89, fracción II, tercer párrafo, de la Constitución General:

Artículo 74. Son facultades exclusivas de la Cámara de Diputados:

(...)

III. Ratificar el nombramiento que el Presidente de la República haga del Secretario del ramo en materia de Hacienda, salvo que se opte por un gobierno de coalición, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en la fracción II del artículo 76 de esta Constitución; así como de los demás empleados superiores de Hacienda;

Artículo 89. Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes:

(...)

II. ...

(...)

En los supuestos de la ratificación de los Secretarios de Relaciones y de Hacienda, cuando no se opte por un gobierno de coalición, si la Cámara respectiva no ratificare en dos ocasiones el nombramiento del mismo Secretario de Estado, ocupará el cargo la persona que designe el Presidente de la República;

Otro ejemplo es que los juzgadores pueden decretar la suspensión de la fuerza obligatoria de normas de carácter general, por ejemplo, cuando en un juicio de amparo se otorgue la suspensión con efectos generales de la norma reclamada.

Como se analizará, se puede dotar de fuerza obligatoria a las normas derogadas, pero para casos específicos o por una temporalidad determinada —es el caso de la ultraactividad—. Las normas derogadas pierden la capacidad de tener fuerza obligatoria. Se les puede dotar de ella a través de una norma habilitante o de una resolución jurisdiccional.

La vigencia es similar al vehículo que es capaz de funcionar y al que se le puede estacionar sin que pierda esa capacidad. La derogación es similar al auto al que se le deshabilita para funcionar, pero que puede rodar a través de ser remolcado o empujado.

3.2. La derogación de las normas jurídicas

El sistema jurídico se integra por normas que se crean de forma diacrónica. El proceso dinámico de creación de normas puede acompañarse de la necesidad de dejar sin vigencia a determinadas normas.

La derogación es el efecto de dejar sin vigencia a una o varias normas jurídicas. Derogar es quitar la vigencia a una norma jurídica. La derogación se realiza a través de la función regenerativa por las mismas autoridades que crearon la norma derogada. La

derogación se lleva a cabo por disposición expresa o por la contradicción de las nuevas normas con las anteriores.

Abrogación y derogación son efectos distintos. La distinción surgió en la jurisprudencia romana. Ambas son formas de terminación de la vigencia. La primera se refiere a dejar sin vigencia a la totalidad de un ordenamiento normativo; la segunda a dejar sin vigencia a una o determinadas normas jurídicas.

La derogación y abrogación, por lo general, se prevén en las normas transitorias, las cuales regulan el paso ordenado del ámbito temporal de validez de las normas. Las normas transitorias pueden precisar el tratamiento que debe darse a las consecuencias jurídicas que surgieron durante la vigencia de las normas derogadas o abrogadas, en cumplimiento del principio de seguridad jurídica.¹⁸

La derogación y abrogación representan un cambio en el sistema jurídico por la sustracción de normas.¹⁹

3.2.1. Las características de la derogación

La derogación es un efecto que se genera en las normas jurídicas no en los enunciados normativos.

Toda norma jurídica del sistema jurídico estatal está sujeta a la derogación, ya sea expresa o tácita, incluidas las normas constitucionales.

La derogación solo es posible entre normas del mismo nivel jerárquico. Si una norma superior a otra se reforma y resulta la inferior contraria a esa modificación, se presenta una invalidez sobrevenida de la inferior, no una derogación de esta. Lo mismo sucedería si la norma inferior se reforma y resulta contraria a la norma superior.²⁰

La derogación de normas se rige por el principio de autoridad formal de la ley, el cual ordena seguir el mismo procedimiento que se siguió para la creación de la norma. El fundamento de este principio, en la Constitución General, es el artículo 72, fracción F: “En la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación.”

18 MIGRACIÓN. EL ARTÍCULO DÉCIMO TRANSITORIO DE LA LEY RELATIVA, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL PREVISTO EN EL ARTÍCULO 14, PÁRRAFO TERCERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. [J]; 10a. época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; libro XIX, abril de 2013, t. 1; p. 584. 1a./J. 118/2012 (10a.). Registro digital: 2003315.

19 Cfr. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, “Sobre el concepto de orden jurídico” en *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 400.

20 Con relación a la invalidez es interesante lo siguiente: si en el ejercicio de las funciones de implementación se aplica una norma derogada –en la que no exista un efecto de ultraactividad–, el acto de aplicación será inválido, por ser contrario a la aplicación de la norma que lo rige.

La derogación entre normas de la misma jerarquía normativa es posible debido a que las normas están dentro de la competencia de la autoridad emisora y sujetas a idéntico procedimiento legislativo de creación y regeneración.

3.2.2. Los tipos de derogación

Hay dos tipos de derogación: la expresa, que puede ser determinada o indeterminada, y la tácita.

3.2.2.1. La derogación expresa

La derogación expresa se genera por la decisión específica de la autoridad competente para dejar sin vigencia a una norma; en esta decisión se pueden señalar las normas que quedarán sin vigencia o indicar que dejarán de tener vigencia las normas incompatibles con las creadas. Esto se realiza por medio de una norma transitoria derogatoria.

Las normas transitorias derogatorias ponen fin a la vigencia de una o varias normas de un sistema jurídico. Con su entrada en vigor quedan actualizadas sus consecuencias derogatorias y con ello concluye su positividad.

La derogación expresa se presenta en dos modalidades: la expresa determinada, en la que la norma transitoria derogatoria contiene de forma explícita cuáles normas quedan derogadas; y la expresa indeterminada, en la que la norma transitoria derogatoria prevé que quedan derogadas las normas que se opongan a la nueva norma.

Un ejemplo de derogación expresa determinada es el que generó el artículo tercero transitorio, último párrafo, de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, publicada el 18 de julio de 2016; el texto del citado precepto es el siguiente:

Con la entrada en vigor de la Ley General de Responsabilidades Administrativas quedarán abrogadas la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, la Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas, y se derogarán los Títulos Primero, Tercero y Cuarto de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, así como todas aquellas disposiciones que se opongan a lo previsto en la Ley General de Responsabilidades Administrativas.

El ejemplo es ilustrativo porque generó lo siguiente: un caso de abrogación expresa determinada de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos y la Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas; la derogación expresa determinada de las normas contenidas en los Títulos Primero, Tercero y Cuarto de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos y una derogación expresa indeterminada de “todas aquellas disposiciones que se opongan a lo previsto en la Ley General de Responsabilidades Administrativas”.

Un ejemplo de derogación expresa indeterminada es el que generó el artículo noveno transitorio del *Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, publicado el 10 de junio de 2011: “Noveno. Se derogan todas las disposiciones que contravengan el presente decreto.” Esta norma transitoria derogatoria no precisa cuáles normas quedan derogadas. Desde la entrada en vigor de la norma derogatoria²¹ las normas que se oponen a las normas incorporadas o reformadas a través de este decreto quedaron derogadas, sin embargo, para determinar cuáles lo fueron se requiere de una resolución jurisdiccional. Debido a que la derogación solo se genera entre normas del mismo nivel jerárquico, el efecto del citado artículo noveno transitorio se suscitó entre normas constitucionales; las normas inferiores que contravinieron a la reforma resultaron invalidadas.

La reforma constitucional publicada el 10 de junio de 2011 generó un parámetro de validez constitucional y de vigencia de las normas del sistema jurídico. Al respecto la Suprema Corte consideró que para resolver la contradicción de normas que deriva del citado artículo noveno transitorio “es necesario hacer un estudio de constitucionalidad de normas, pues ello supone el contraste entre el precepto cuestionado y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.²² Ese criterio se generó para determinar la derogación de una norma secundaria, lo cual fue incorrecto, porque las inferiores opuestas a la reforma quedaron invalidadas, no derogadas; es correcto por cuanto reconoce la necesidad de un análisis jurisdiccional para determinar la insubsistencia de la antinomia.

3.2.2.2. La derogación tácita

La derogación tácita de la norma se presenta si lo dispuesto en una nueva norma es incompatible con una anterior sin que exista una norma transitoria derogatoria que prevea la derogación por esa incompatibilidad.²³

21 Entró en vigor el 11 de junio de 2011, conforme al artículo primero transitorio del citado Decreto.

22 AMPARO INDIRECTO. PARA ANALIZAR SI UNA NORMA FUE DEROGADA POR EL ARTÍCULO NOVENO TRANSITORIO DEL DECRETO DE REFORMA CONSTITUCIONAL PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011, DEBEN TOMARSE EN CUENTA LAS REGLAS QUE RIGEN LA IMPUGNACIÓN DE NORMAS GENERALES. SCJN; 10a. época; Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; P. VI/2014 (10a.); TA. Registro digital: 2005878.

Véase también: DECRETO DE REFORMA CONSTITUCIONAL PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011. PARA ESTABLECER SI UNA NORMA FUE DEROGADA POR SU ARTÍCULO NOVENO TRANSITORIO, ES NECESARIO UN ESTUDIO DE CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS POR AUTORIDAD JURISDICCIONAL COMPETENTE. 10a. época; Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; P. VI/2014 (10a.); TA. Registro digital: 2005878. [TA]; 10a. época; Pleno; Gaceta S.J.F.; libro 4, marzo de 2014; t. I; p. 224. P. V/2014 (10a.). Registro digital: 2005881.

23 Cfr. PUBLICIDAD EXTERIOR DEL DISTRITO FEDERAL. LOS ARTÍCULOS DÉCIMO PRIMERO Y DÉCIMO SEGUNDO TRANSITORIOS DE LA LEY RELATIVA DETERMINAN EXPRESAMEN-

A diferencia de la derogación tácita, en la derogación expresa hay una norma derogatoria que determina la derogación de la norma.

Un caso de derogación tácita fue el resuelto en el *Amparo en Revisión 128/2021* por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. En este caso, la antinomia se generó entre los artículos 72 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal²⁴ y el 10 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal.²⁵

La anterior contradicción versaba sobre la competencia jurisdiccional de los delitos no graves. El primero de los artículos citados establecía que la competencia de los delitos no graves era de los Juzgados Penales de Delitos No Graves, en tanto que el segundo disponía que la competencia era de los Juzgados de Paz Penal. La antinomia se resolvió por la función jurisdiccional en el sentido de que la competencia era de los Juzgados Penales de Delitos No Graves, debido a que su competencia se generó por una reforma posterior a la que le atribuía la competencia a los Juzgados de Paz Penal.²⁶

3.2.2.3. Las semejanzas y diferencias entre los tipos de derogación

En todos los tipos de derogación, la nueva norma que deroga a la anterior (derogante) entra en vigor cesando los efectos de la derogada, pero no cesan las relaciones jurídicas nacidas bajo la vigencia de la norma precedente, porque las consecuencias que crearon fueron válidas, esto es así porque la norma no se elimina del sistema jurídico.

TE LA EFICACIA Y VIGENCIA DE LAS LICENCIAS O AUTORIZACIONES EXPEDIDAS CON BASE EN EL DEROGADO REGLAMENTO PARA EL ORDENAMIENTO DEL PAISAJE URBANO DE LA ENTIDAD, PARA CONTINUAR CON LA INSTALACIÓN DE ANUNCIOS PUBLICITARIOS EN LA VÍA PÚBLICA. TAJ; 9a. época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; t. XXXIV, septiembre de 2011; p. 2189. I.7o.A.806 A. Registro digital: 161018.

- 24 El texto del artículo era el siguiente:

“Artículo 72. Los Juzgados Penales de Delitos No Graves conocerán:

I. De los delitos no graves así definidos por la ley penal, y

II. De la diligenciación de los exhortos y despacho de los demás asuntos que les encomienden las leyes.”

- 25 El texto del artículo era el siguiente:

“Artículo 10.— Los jueces de Paz conocerán en procedimiento sumario o especial de los delitos o infracciones penales que tengan sanción no privativa de libertad, prisión o medida de seguridad hasta de cuatro años. En caso de que se trate de varios delitos se estará a la pena o medida de seguridad del delito o infracción penal mayor.”

- 26 COMPETENCIA DE LOS JUZGADOS PENALES DE DELITOS NO GRAVES, ANTES JUZGADOS DE PAZ PENAL. ANTE EL APARENTE CONFLICTO DE NORMAS DEBE PREVALECER EL ARTÍCULO 72 DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA RESPECTO DEL DIVERSO NUMERAL 10 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES, AL OPERAR EL PRINCIPIO DE DEROGACIÓN TÁCITA DE LA LEY ANTERIOR POR LA POSTERIOR (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL). TCC; 9a. época; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; I.4o.P. J/7; J. Registro digital: 182661.

En la derogación expresa determinada no hay antinomias. En ella, la decisión de dejar sin vigencia a una norma es, como su nombre lo indica, expresamente determinada, por lo que no se genera ninguna contradicción por resolver. En la derogación expresa indeterminada y tácita sí se genera una antinomia que requiere ser resuelta; estos dos tipos de derogación son los que interesa analizar.

La derogación expresa indeterminada y tácita tienen las siguientes características:

1. Se presenta una contradicción entre una nueva norma y una anterior –se genera una antinomia– que debe ser resuelta. La nueva norma es la norma-negación de la norma derogada.²⁷ La norma derogante constituye la antítesis de la norma derogada. Hay un conflicto normativo al que le es aplicable el principio de no contradicción.
2. La derogación se presenta independientemente de que la norma derogada esté en el mismo ordenamiento que el de la norma derogante; la derogación se hace extensiva a cualquiera de las normas del sistema jurídico del mismo nivel jerárquico que resulten incompatibles, salvo que en la expresa indeterminada se prevea otra cosa.²⁸
4. No es claro cuáles normas quedan derogadas, por tanto, se requiere: que el legislador especifique por medio de una norma transitoria derogatoria, o que las autoridades jurisdiccionales competentes declaren qué normas preexistentes son incompatibles con la norma derogante. Ese ejercicio jurisdiccional es un control normativo horizontal.

De no generarse un control de regularidad horizontal, subsistirán consecuencias jurídicas alternativas debido a la posibilidad de la aplicación de la norma derogada, lo que genera una indeterminación lógica de la norma aplicable.²⁹

5. La voluntad posterior del creador es la que prevalece; esta es una característica que deriva del principio democrático de los sistemas jurídicos estatales.³⁰
6. Ambas cumplen con el principio de autoridad formal de la ley, porque en ambos casos las normas posteriores devienen de la misma fuente y procedimientos de creación normativa.

27 Wright, Georg Henrik von, *Norma y acción: Una investigación lógica*, trad. Pedro García Terreros, Tecnos, Madrid, 1970, p. 197.

28 Cfr. IMPEDIMENTO. LAS CAUSAS PREVISTAS EN LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, NO DEROGAN LAS ESTABLECIDAS EN LA LEY DE AMPARO. [TA]; 9a. época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; t. XXVI, octubre de 2007; p. 3179. I.4o.C.20 K. Registro digital: 171168.

29 La posibilidad de la indeterminación lógica del sistema lo estudian de forma amplia Alchourrón y Bulygin en “Sobre el concepto de orden Jurídico”, *op. cit.*, pp. 393-408.

30 Manuel García-Pelayo señala que en la Edad Media era a la inversa, prevalecía el derecho anterior sobre el posterior. En “La idea medieval del derecho”, en *Del mito y de la razón en el pensamiento político*, Revista de Occidente, Madrid, 1968, pp. 89 y ss.

Para que se dé la derogación expresa indeterminada y la tácita es necesario que se cumplan los siguientes requisitos:

1. Que exista identidad en sus supuestos jurídicos y contradicción en las consecuencias jurídicas.
2. Que las normas se encuentren dentro del mismo nivel jerárquico.
3. Que las normas entren en vigor en distinto tiempo. Por tanto, para determinar cuál será la norma derogante y cuál la derogada, se recurre a la norma *lex posterior*. Queda en vigor la norma posterior y se deroga la anterior. Si la incongruencia se presenta en normas que entra al mismo tiempo en vigor la solución se dará a través de la norma *lex superior*, debido a que una debe carecer de regularidad frente a una norma superior. Si ninguna contradice una norma superior, ambas serán inválidas.

La derogación expresa indeterminada y la tácita se originan a partir de una antinomia, en la que se requiere resolver cuál prevalece; esta labor le corresponde al juzgador a través de la regularidad horizontal. En la expresa determinada no se presentan antinomias, la norma transitoria derogatoria produce sus efectos de forma inmediata y precisa, por lo que no se presenta la contradicción entre una norma posterior y otra anterior.

3.2.3. Los efectos de la derogación

El efecto de la derogación es dejar sin vigencia a determinadas normas, no tiene por efecto eliminar o expulsar del sistema jurídico a la norma derogada.

Con la derogación se acota el ámbito de validez temporal de las normas en el sistema jurídico; a través de la invalidez de las normas, en aplicación de la norma *lex superior* sí se puede eliminar o expulsar a las normas del sistema jurídico.

Las normas derogadas son parte del sistema jurídico, pueden permanecer los efectos que crearon o generar nuevos efectos por virtud de la ultraactividad, en términos de lo que dispongan las normas transitorias habilitantes,³¹ o la resolución jurisdiccional correspondiente.

En el caso de la derogación expresa determinada las normas quedan sin vigencia cuando lo disponga la norma transitoria derogatoria, cuyas consecuencias jurídicas se producen de forma automática y general.

31 Este tipo de normas transitorias son de los siguientes tipos: las que autorizan la retroactividad o la ultraactividad de normas; o las que tienen por objeto posibilitar la aplicación de normas constitucionales sin necesidad de ser detalladas por la legislación secundaria.

En cuanto a la derogación expresa indeterminada las normas quedan sin vigencia cuando lo disponga la norma transitoria derogatoria, pero, los efectos, por seguridad jurídica, operaran hasta que haya una declaratoria jurisdiccional.

En la derogación tácita, al no existir norma transitoria que determine cuál norma ha quedado derogada, operará hasta que se dé una declaratoria jurisdiccional.

Finalmente, en la derogación expresa indeterminada y en la tácita el juez debe fundar y motivar la existencia y solución de la antinomia.

3.2.4. Algunos supuestos en los que no hay derogación

En el sistema jurídico mexicano no tiene cabida la costumbre derogatoria, para que una norma de carácter general pierda su vigencia se requiere que otra norma de la misma jerarquía la derogue. Esto conforme al principio de autoridad formal de la ley.

Una norma desprovista de eficacia no pierde su vigencia. No hay derogación de las normas por no ser aplicadas o cumplidas.

Los anteriores supuestos están previstos en el artículo 10 del Código Civil Federal, cuyo texto ordena: “Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario.”

Las normas de carácter general legislativas no pueden derogarse a través de los precedentes o de la jurisprudencia. No existe el precedente o la jurisprudencia derogatoria de normas de carácter general legislativas.

Si un precedente o una jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación declara la inconstitucionalidad de una norma de carácter general legislativa o cambia su sentido a través de la interpretación mutativa, esa norma no se deroga; la norma mantendrá su vigencia y las autoridades aplicadoras, distintas a las jurisdiccionales a las que obligue el precedente o la jurisprudencia, seguirán aplicándola y sus destinatarios seguirán cumpliéndola.

Conforme al artículo 94, párrafo 11, de la Constitución General, la jurisprudencia que establezcan los tribunales del Poder Judicial de la Federación solo es obligatoria para los tribunales y en los términos que prevé el artículo 217 de la Ley de Amparo. Y, de acuerdo con el artículo 94, párrafo 12, de la Constitución, los precedentes que emita el Pleno o las Salas de la Suprema Corte únicamente serán obligatorias para las autoridades jurisdiccionales de la federación y de las entidades federativas.

La declaratoria de inconstitucionalidad de una norma de carácter general legislativa a través de un precedente o la jurisprudencia solo obligará a los tribunales correspondientes a desaplicarla en los casos que resuelvan; el precedente o la jurisprudencia no obliga a las restantes autoridades, por tanto estas podrán aplicarla.

Para que deje de surtir efectos la norma declarada inconstitucional en precedente o jurisprudencia se requiere su declaratoria general de inconstitucional, en cuyo caso opera la sustracción de la norma del sistema jurídico estatal.

El principio de norma especial prevalece sobre la general –*lex specialis*–³² no resuelve un problema concerniente al ámbito de validez temporal de la norma sino a su aplicabilidad, no es un caso de antinomia, por lo que no hay derogación ni invalidez. La aplicación de la norma *lex specialis* soluciona qué norma debe aplicarse a un caso concreto debido a la existencia de una norma que regula en términos generales una determinada situación y otra que lo hace en términos específicos. Es un problema que se resuelve al preferir la actualización del supuesto jurídico de la norma especial sobre la general, de tal manera que aquella resulta aplicable.

Si las normas general y especial entran en vigor en un mismo momento, habrá una excepción a la regla general; este es el supuesto de aplicación de la norma *lex specialis*.

No son supuestos de aplicación de la norma *lex specialis* sino de la norma *lex posterior* los siguientes:

1. Si la norma general es creada con posterioridad deroga a la norma anterior que, de haberse creado junto con la nueva norma, hubiese sido una norma especial.
2. Si la norma especial se crea con posterioridad a una norma que resulta general, habrá una derogación de un contenido de la norma general a efecto de que subsista la excepción prevista por la especial; será un caso de derogación de una porción de la norma general.

No es aplicable la norma *lex specialis* ni *lex posterior*, cuando las normas antinómicas entran en vigor en un mismo momento y son totalmente opuestas, de tal manera que no se pueden considerar una como regla general y la otra como excepción. En ese caso hay dos opciones: ambas normas son inválidas, porque no pueden subsistir la contradicción para regir conductas; o una de ellas es inválida por violentar una norma superior, en cuyo caso es aplicable la norma *lex superior*. Un ejemplo de ese supuesto es el que se suscita entre el artículo 17 y los artículos 23 y 25 de la *Ley Orgánica de Alcaldías de la Ciudad de México*.

En el citado ejemplo, el artículo 17 establece que los titulares de las alcaldías y quienes integren los consejos durarán tres años, contados a partir del 1º de octubre del año en que se celebren las elecciones. Los artículos 23 y 25 señalan que el 1º de septiembre del año que corresponda se instalará la alcaldía electa y la alcaldesa o el alcalde rendirán la protesta de sus encargos. Los textos de los citados artículos son los siguientes:

32 En el sistema jurídico mexicano se encuentra previsto en forma expresa en el artículo 11 del Código Civil Federal y en sus análogos locales, en los siguientes términos: “Las leyes que establecen excepción a las reglas generales, no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes.”

Artículo 17. El encargo de las personas titulares de las Alcaldías y de quienes integren el Concejo durará tres años, contados a partir del 1º de octubre del año en que se hayan celebrado las elecciones ordinarias.

Artículo 23. La Alcaldía electa se instalará solemne y públicamente el día primero de septiembre del año que corresponda.

Artículo 25. La Alcaldesa o el Alcalde electo acudirá a sesión solemne en el Congreso, a rendir la protesta del encargo por la mañana del primero de septiembre, en los siguientes términos: “Protestáis guardar y hacer guardar la Constitución Federal, la Constitución Local, y las leyes que de ellas emanen, y desempeñar leal y patrióticamente el cargo de Alcaldesa/Alcalde que el pueblo os ha conferido?”, a lo que la Alcaldesa o el Alcalde entrante contestará: “Si protesto”, a lo que seguirá: “Si así no lo hiciere, que el pueblo se lo demande”.

Instalar significa poner en posesión de un empleo, cargo o beneficio.³³ La instalación de las alcaldías implica renovar a las que concluyen sus cargos y dar pie a que las nuevas electas ejerzan sus funciones. No puede haber una instalación de las nuevas alcaldías sin que hayan cesado las funciones de las anteriores. Instalar a las alcaldías significa ponerlas en posesión de sus cargos públicos, para lo cual se requiere que las anteriores, a las que sustituyen, hayan terminado sus cargos.

El contar el período de las alcaldías a partir del 1º de octubre del año en el que se hayan celebrado las elecciones ordinarias implica que desde ese momento se instalan en sus cargos a las alcaldías. No se puede contabilizar el período de tres años de las alcaldías sino hasta que estén instaladas. La instalación de las alcaldías a partir del 1º de septiembre, como lo prevé el artículo 23, significaría que desde ese momento se pondría en posesión de sus cargos a las alcaldías electas en 2021, generando un empalme con los cargos de las electas en 2018, ya que estas concluyen sus cargos el 30 de septiembre de 2021.

La antinomia consiste en que el artículo 17 establece que los períodos de tres años de las alcaldías se empiezan a contar a partir del 1º de octubre, ello implica que desde ese momento se les instala en sus cargos; por otra parte, el artículo 23 prevé que las alcaldías se instalan el 1º de septiembre, y a partir de entonces empiezan a ejercer el cargo y se inicia la contabilización de su período de tres años. En otras palabras, el artículo 17 prevé que la instalación e inicio del cargo de las alcaldías es el 1º de octubre, y el artículo 23 establece que es el 1º de septiembre. Hay una contradicción, solo una de las opciones es correcta.

Hay antinomia entre las citadas normas debido a que ambas normas pertenecen al sistema jurídico local de la Ciudad de México, son vigentes, son normas que regulan la renovación de las alcaldías, una de ellas establece que el período de estas inicia el 1º de septiembre y otra que es el 1º de octubre, lo cual es contradictorio.

33 Diccionario de la Real Academia Española, disponible en <https://dle.rae.es/instalar> Consultado el 28 de junio de 2022.

En el citado caso, la antinomia se resuelve en aplicación de la norma *lex superior*, esto debido a que ambas normas se expidieron en un mismo momento, es decir, no hay una posterior que derogue a la anterior –de conformidad con la norma *lex posteriori*—. Para la aplicación de la *lex superior* es necesario precisar cuáles son las normas constitucionales que rigen el período y la fecha de entrada en funciones de las alcaldías.

En el artículo 122, apartado A, fracción VI, inciso a), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se prevé lo siguiente: “Las Alcaldías son órganos político administrativos que se integran por un Alcalde y por un Concejo electos por votación universal, libre, secreta y directa, para un periodo de tres años.”

El período de tres años para las Alcaldías se reitera en el artículo 53, apartado A, numeral 1, de la Constitución Política de la Ciudad de México: “Las alcaldías son órganos político administrativos que se integran por un alcalde o alcaldesa y un concejo, electos por votación universal, libre, secreta y directa para un periodo de tres años.”

Conforme a los anteriores fundamentos constitucionales, de la Constitución General y de la Constitución local, el período de las Alcaldías es de tres años. No hay reglas de excepción que indiquen que algunos períodos serán más cortos o largos, todos deberán ser de tres años exactos; esto incluye a las alcaldías electas para el período 2018-2021.

En los artículos permanentes de la Constitución General no se establece una fecha de inicio de funciones de las Alcaldías, tampoco se dispone esa fecha en los artículos permanentes de la Constitución local. En el artículo vigésimo segundo transitorio, párrafo tercero, de la Constitución local, se prevé la siguiente fecha: “Las y los integrantes de las Alcaldías iniciarán sus funciones el 1 de octubre de 2018.”. Conforme a este artículo transitorio, los integrantes de las alcaldías electas en el proceso electoral de 2018 terminarán su período el 30 de septiembre de 2021, esto debido a que el período de las alcaldías es de tres años exactos y no hay una regla de excepción para que sea menor, por lo que no pueden concluir antes de esa fecha.

Lo previsto en el artículo vigésimo segundo transitorio, párrafo tercero, de la Constitución Política de la Ciudad de México, es el inicio del período de las alcaldías electas para el período 2018-2021, lo que determina las fechas de las subsecuentes alcaldías, debido a que esa terminará su período de tres años el 30 de septiembre de 2021, y la siguiente deberá iniciar el 1º de octubre de 2021.

Por la anterior razón, el artículo que resulta conforme con el período de tres años previsto en la Constitución General y en la Constitución local es el 17 de la *Ley Orgánica de las Alcaldías*, no así los artículos 23 y 25 de la misma Ley, debido a que la aplicación de estos artículos acortaría el período de tres años de las electas en 2018, lo que resultaría inconstitucional.

Conforme a lo anterior, el período de tres años de las primeras alcaldías electas comenzó a partir del 1º de octubre de 2018 y concluirá el 30 de septiembre de 2021, las siguientes alcaldías electas comenzarán el 1º de octubre de 2021 y concluirán el 30 de

septiembre de 2024, y así sucesivamente. No hay reglas de excepción para acortar o prolongar períodos. Son períodos de tres años exactos.

4. LA REGULARIDAD VERTICAL A TRAVÉS DE LA NORMA *LEX SUPERIOR*

Al existir jerarquías en los sistemas jurídicos las contradicciones se pueden presentar entre normas de distinto nivel jerárquico o del mismo nivel. En el primer caso es procedente una regularidad vertical, en el segundo la regularidad horizontal.

Las jerarquías normativas tienen el propósito de establecer un orden de importancia en las normas que regulan las conductas sociales. Las normas fundamentales son las primigenias en el sistema jurídico estatal; de ellas, los principios del sistema son la base de la estructura, las dimensionales establecen el continente, y las constitucionales los contenidos fundamentales que estructuran al Estado.

Ese orden de importancia marca parámetros de regularidad normativa consistente en que la norma inferior debe ser conforme con la superior. En la ordenación jerárquica las normas inferiores son derivadas de normas superiores; al respecto, Guastini señala lo siguiente: “Una norma es «derivada», vale decir, dependiente de otra, cuando encuentra «fundamento» en esta última.”³⁴ Conforme a esta conceptualización, la prevalencia de fuentes superiores limita o condiciona a las normas dadas por fuentes inferiores.³⁵

Cuando existe una contradicción entre una superior y una inferior, la aplicación de la solución –a través de la norma *lex superior*– da lugar a la invalidez de la norma inferior que se contrapone a la superior. Ferrajoli señala que en esos casos la antinomia indica un vicio de las normas producidas y una violación de las normas superiores.³⁶

4.1. El concepto de invalidez

La validez es la cualidad de las normas, actos u omisiones de estar conformes con los principios del sistema jurídico, con las normas dimensionales, o con las normas que le son superiores. La invalidez es la carencia de esa cualidad.³⁷

Respecto a la validez, Habermas afirma: “Solo *dentro* de los límites normativamente fijados, pueden los sujetos jurídicos actuar de forma racional con arreglo a fines sin

34 Guastini, Riccardo, *Las fuentes del derecho: Fundamentos teóricos*, trad. César E. Moreno More, Legales Ediciones-Legales Instituto, Lima, 2017, p. 118.

35 Crisafulli, Vezio, “*Lezioni di diritto costituzionale*”, en *L'ordinamento costituzionale italiano*, CEDAM, vol. II, núm. 1, Padua, 1993, p. 233 y ss.

36 Ferrajoli, Luigi, “La revisión de la teoría de las antinomias y de las lagunas impuestas por el constitucionalismo”, en *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, CAJICA, México, 2009, p. 160.

37 Al respecto Carla Huerta señala que la validez es “un criterio de conformidad jurídica de la norma, determinado por el sistema jurídico”. En *Conflictos normativos*, 2ª ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2007, p. 240.

reparar en convenciones.”³⁸ Este concepto es acertado ya que las normas, actos u omisiones, deben estar conforme a los límites fijados por el sistema jurídico.

En una concepción más radical, Kelsen considera que la invalidez es la cualidad que determina la no pertenencia de la norma al sistema jurídico.³⁹ Conforme a esta conceptualización, Santiago Nino señala que la validez puede definirse como “la pertenencia de una norma a un cierto sistema; una norma es ‘válida’, en relación con un sistema, cuando pertenece a él.”⁴⁰ La invalidez entendida como la no pertenencia al sistema jurídico es inapropiada, porque las normas inválidas pueden ser parte de este. La expulsión o eliminación de la norma inválida del sistema jurídico son consecuencias de esta cualidad, mas no es la cualidad de la norma inválida. Las normas inválidas son células cancerosas del sistema jurídico que deben expulsarse o eliminarse.

En atención a la anterior conceptualización, es distinta la existencia de las normas a la validez de estas. Guastini distingue esos términos de la siguiente manera: “Una norma jurídica viene a existir –o bien, una norma adquiere existencia jurídica– cuando es creada de conformidad con (al menos) *algunas* normas sobre la producción jurídica... la emanación conforme con *algunas* normas sobre la producción jurídica (no con todas) es condición suficiente para la existencia de una norma jurídica.”⁴¹, por el contrario, respecto de la validez de las normas señala: “La conformidad con todas las normas sobre la producción jurídica es condición necesaria de validez, pero no de existencia jurídica. ... Se dice que es válida una norma que sea conforme con todas las normas secundarias que gobiernan su creación y predeterminan su contenido normativo.”⁴² Bajo esos términos, la existencia se relaciona con el “ser” y la invalidez con el “deber ser”.⁴³ Una norma inválida existe y puede formar parte del sistema jurídico, pero no es conforme con los parámetros que debe cumplir.

La vigencia y la validez son conceptos distintos, lo cual se constata con los siguientes enunciados: una norma vigente puede ser inválida; y las normas no vigentes pueden ser válidas.⁴⁴

Para determinar la validez de una norma se requiere acudir a lo que Raz denomina “cadena de validez” y Wright denomina “cadena de subordinación”, en virtud de nor-

38 Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social*, trad. Manuel Jiménez Redondo, Taurus, México, 2006, p. 332.

39 Kelsen, Hans, “Derogation” en *Essays in jurisprudence in honor of Roscoe Pound*, Ralph A. Mewman, Bob Merrill Company, Neva York, 1962, p. 339.

40 Nino, Santiago Carlos, “El concepto de sistema jurídico y la validez moral del derecho”, en *Notas de introducción al derecho 3*, Astrea, Buenos Aires, 1974, p. 23.

41 Guastini, Riccardo, “En torno a las normas sobre la producción jurídica”, en *Estudios de teoría constitucional*, trad. Miguel Carbonell, Fontamara, Ciudad de México, 2007, p. 84.

42 *Ídem*.

43 Cfr. Ferrajoli, Luigi, *La democracia a través de los derechos: El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2014, p. 30.

44 Contrario a esta diferencia, García Máñez, las identifica al señalar: “Todo precepto vigente es formalmente válido. Las expresiones *vigencia* y *validez formal* poseen en nuestra terminología igual significado.” En *Introducción al estudio del derecho*, 55ª ed., Porrúa, México, 2003, p. 40.

mas que se considera que ya forman parte del sistema, y que derivan, principalmente, del núcleo sistémico o de las normas fundamentales. El parámetro para la validez de una norma es su conformidad con el sistema jurídico al que pertenecen. La no conformidad de la norma con sus fundamentos o las normas que le son superiores es una antinomia.

4.2. Los tipos de invalidez normativa

La invalidez de la norma se clasifica en cuanto a sus causas, las normas contrariadas y sus efectos.

4.2.1. La invalidez normativa en cuanto a sus causas

En cuanto a sus causas, la invalidez de una norma puede ser material o formal, las cuales son anomalías en el proceso dinámico o estático, respectivamente.

La invalidez material es una irregularidad normativa vertical que se origina por la incompatibilidad de una norma inferior frente a una superior. En esos términos, la regularidad normativa es la característica de las normas de ser conformes con la norma que le es superior o fundamental.

Para Guastini hay invalidez material en la norma que no “contraste con la Constitución por su objeto (la materia disciplinada) o por su contenido (el modo en que esa materia es disciplinada).”⁴⁵

La invalidez formal de la norma deriva de su falta de adecuación a las normas que prevén el procedimiento de su creación, es decir, debido a que no ha “sido emanada del órgano competente y según los procedimientos debidos”.⁴⁶ En la invalidez formal no hay una antinomia sino una norma irregularmente creada, actos contrarios a las normas de creación; esta irregularidad en la creación normativa, como lo apunta Guastini, puede generarse porque los creadores no son competentes –en este caso rige el criterio de competencia–⁴⁷ o porque se transgredieron normas para la creación de la norma.

Respecto a la validez formal, Habermas afirma lo siguiente: “Si el acuerdo normativo adopta la forma de convenio jurídicamente sancionado, lo único que puede servir de

45 Guastini, Riccardo, “En torno a las normas ...”, *op. cit.*, p. 87.

46 *Ídem.*

47 Este criterio lo enuncia Alfonso Celotto de la siguiente manera: “El *criterio de competencia* prevé que entre dos normas incompatibles dadas por una fuente competente para hacerla surgir y la otra por una fuente para ello incompetente, es válida –y por lo tanto aplicable– aquella dada por el órgano o por la fuente a la cual es atribuida en absoluto o preferentemente la competencia.” *Op. cit.*, p. 168.

base a la presunción de que ese acuerdo es un acuerdo racionalmente motivado es el procedimiento mediante el que se llega a él.”⁴⁸

4.2.2. La invalidez normativa en cuanto a la norma contrariada

Dependiendo de la clase de norma que se contradice por otras inferiores, la invalidez puede ser de los siguientes tipos: ilegalidad, si la norma transgredida es una ley; inconveniencia, si la norma que se vulnera es un tratado internacional; inconstitucionalidad, si el parámetro de conformidad es una norma constitucional; y asistémica, si las normas contrariadas son los principios o normas dimensionales del sistema jurídico. Hay otras.

La sistematicidad es la conformidad de las normas jurídicas con los principios y normas dimensionales del sistema jurídico estatal. La constitucionalidad es la conformidad de las normas jurídicas de un sistema jurídico estatal con la constitución. La inconstitucionalidad es una especie de invalidez de la norma.⁴⁹ La declaración de inconstitucionalidad es una declaración de invalidez de la norma. Lo anterior es aplicable para la inconveniencia y la ilegalidad.

Las normas dimensionales son normas contenedoras. Si se rebasan los límites que establecen habrá una invalidez de las normas que exceden a esas dimensiones. Las fundamentales son los fundamentos del sistema jurídico estatal.

5. LA INVALIDEZ COMO SUSTENTO DE LA SUSTRACCIÓN DE LAS NORMAS DE CARÁCTER GENERAL

La invalidez es la carencia de conformidad de la norma con las normas fundamentales del sistema jurídico o con las normas que le son superiores. Esa falta de conformidad es inherente a la norma anómala. A través de la interpretación es posible desentrañar esa falta de conformidad, una vez que esta se determina es necesario que se realice la declaratoria correspondiente.

Una cosa es la invalidez de la norma y otra los efectos que se pueden derivar de ésta.

Declarada la invalidez de una norma puede ser sustraída del sistema jurídico, o de determinados casos o personas.⁵⁰

48 Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa...*, op. cit., p. 332.

49 Se puede distinguir entre anticonstitucionalidad e inconstitucionalidad. La primera implica una antinomia de una norma inferior con una constitucional, la segunda una falta de fundamentación constitucional de la norma inferior. Ambas implican la invalidez de la norma inferior y tienen los mismos efectos.

50 De las posturas de Riccardo Guastini se infiere que la sustracción de una norma de carácter general no tiene una relación necesaria con su invalidez porque la ausencia de vicios no es condición necesaria ni suficiente para ello. En “Cinco observaciones sobre validez y derogación”, en *Discusiones: institucional y derogación*, núm. 2, España, 2001, p. 59.

Si la norma es eliminada o sustraída del sistema jurídico habrá un efecto restaurativo del sistema jurídico, debido a la sustracción de la norma de este; si la norma es sustraída de determinados casos o personas habrá un efecto restaurativo particular.

5.1. La invalidez como sustento de la desincorporación de normas de carácter general

La invalidez normativa puede dar sustento a la desincorporación de normas de carácter general, ello impide que la norma produzca sus efectos o que se reviertan sus efectos en determinados casos o personas.⁵¹ Cuando se impide la producción de los efectos de la norma es por su inaplicación a determinados casos o personas; es la no aplicación de una norma para determinados casos o personas. Cuando se revierten los efectos de la norma es por su desaplicación a determinados casos o personas, debido a que la norma ya fue aplicada.

La inaplicación o desaplicación de las normas de carácter general es un efecto de restauración de la afectación al caso concreto o a la esfera jurídica de las personas afectadas por la anomalía, pero no al sistema jurídico; en este permanecen las anomalías.

Los efectos de invalidez particular de una norma derivan de una resolución jurisdiccional vinculante solo para determinados casos o personas. Los efectos son para determinado caso cuando se actualizan los supuestos de la norma y, por la invalidez de ésta, no se aplica o se desaplica. Los efectos son para determinada persona cuando la norma inválida se sustrae de su esfera jurídica.

En la inaplicación o desaplicación de la norma seguirá surtiendo efectos y podrá ser válidamente aplicada para el resto de los casos que la actualicen; en este tipo de invalidez no se elimina o expulsa a la norma.

Conforme a lo anterior, la invalidez normativa con efectos particulares puede ser de los siguientes tipos:

51 La declaratoria de invalidez de las normas de naturaleza penal puede tener efectos retroactivos; en esos casos rigen los principios generales y disposiciones legales aplicables a esa materia, véase: ARRAIGO EN MATERIA PENAL. EFECTOS QUE DEBEN ASIGNARSE A LA DECLARATORIA DE INVALIDEZ DECRETADA CONTRA UNA NORMA LOCAL, QUE REGULE AQUELLA FIGURA. [J]; 10a. época; Pleno; Gaceta S.J.F.; libro 6, mayo de 2014, t. I; p. 270. P./J. 34/2014 (10a.). Registro digital: 2006518.

Tipos de invalidez con efectos particulares

MODALIDADES	Casos determinados	Personas determinadas
Inaplicación	Impide la generación de efectos de la norma en casos determinados	Impide la generación de efectos de la norma en personas determinadas
Desaplicación	Revierte los efectos de la norma en casos determinados	Revierte los efectos de la norma en personas determinadas

5.2. La invalidez como sustento de la eliminación o expulsión de normas de carácter general

La invalidez puede sustentar la restauración con efectos generales del sistema jurídico a través de la eliminación o expulsión de la norma del sistema jurídico, lo cual deriva de una resolución jurisdiccional. A las autoridades encargadas de ejercer esta jurisdicción, Kelsen las denomina *legislador negativo*.⁵²

La eliminación consiste en la destrucción total de la norma; la expulsión no destruye la norma, porque no fue creada en el sistema jurídico que la expulsa, solo deja de ser parte de este —la norma seguirá existiendo en el sistema jurídico que le dio origen—.

La eliminación o expulsión de las normas es posible cuando la invalidez deriva de la transgresión de normas fundamentales. Si esas normas se modifican para dar cabida a la norma eliminada o expulsada es posible que, en algunos casos, se reintegren al sistema jurídico a través de la regeneración normativa.

La eliminación o expulsión de normas solo tiene sentido en las normas de carácter general. Una norma de carácter particular al cumplirse o aplicarse deja de tener abstracción. En el caso de las normas particulares lo que se puede eliminar son sus efectos: es un efecto particular de invalidez.

La eliminación o expulsión de las normas tienen efectos generales, porque estas dejan de pertenecer al sistema jurídico que las eliminó o expulsó. Cuando se mencionan los términos “efectos generales” de la invalidez se hace referencia a la eliminación o expulsión de normas en un sistema jurídico.

52 Al respecto, este autor 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 entre dos órganos que como una intrusión en el poder legislativo.” En *La garantía jurisdiccional de la constitución*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, sobretiro del Anuario Jurídico I, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1974, p. 130.

La eliminación o expulsión de normas vía jurisdiccional es el grado máximo del control normativo, es un efecto restaurativo del sistema jurídico. Mauro Cappelletti consideró que “el control constitucional sobre la legitimidad constitucional de las leyes” es la más importante de las manifestaciones de la justicia constitucional y representa “un encuentro entre la *ley* y la *sentencia*, entre la *norma* y el *juicio*, entre el *legislador* y el *juez*.”⁵³

Lo anterior se ha considerado como antidemocrático; Dworkin lo llama el “peligro escondido”.⁵⁴ No hay antidemocracia en esa función; tienen un propósito en el sistema jurídico estatal: ser el subsistema inmunológico.

6. La inaplicación o desaplicación de normas de carácter general

La inaplicación es la acción de impedir la producción de efectos de la norma que ha sido actualizada. La desaplicación es la acción de revertir la producción de efectos de una norma que ya fue actualizada y produjo efectos; es remediar la incorrecta aplicación de una norma.

La inaplicación o desaplicación de una norma la puede realizar cualquier persona, autoridades o particulares. Esas formas de desincorporación pueden ser legítimas o ilegítimas; las primeras tienen un sustento jurídico y las realizan autoridades competentes o particulares facultados; las segundas carecen de estos dos elementos.

Una norma puede ser inaplicada o desaplicada en los casos previstos por normas del sistema jurídico. Tratándose de antinomias evidentes entre reglas es viable que las autoridades distintas a las jurisdiccionales inapliquen o desapliquen la norma inferior o la anterior que sean contrarias a la superior o posterior, respectivamente. Por ejemplo, ante la existencia de una antinomia entre una norma legislativa que prohíba la circulación de los camiones de carga y otra norma reglamentaria que señale que sí pueden circular, un agente de tránsito debe preferir la norma prohibicionista prevista en la ley e inaplicar la norma reglamentaria. Retomando el ejemplo, si en una posterior norma

53 Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*, UNAM, México, 1987, p. 27.

54 Dworkin afirma lo siguiente: “Es, por tanto, un sistema que confiere a dichos jueces un poder político tan grande que parece ofender los principios en virtud de los cuales, en una democracia, los funcionarios son elegidos y responden al pueblo.” En “Igualdad, democracia y Constitución: Nosotros, el pueblo, en los tribunales” en *El canon neoconstitucional*, trad. Alfredo Stolarz, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Madrid, 2010, p. 118.

Al respecto Maurizio Fioravanti afirma: “...la existencia misma de un control de constitucionalidad... destruye el dogma liberal-estatalista de la fuerza absoluta de la ley, y crea así una situación, inconcebible para la doctrina decimonónica, en la que la validez de las normas del Estado está como suspendida, en el sentido de que depende de un juicio sobre su conformidad con la constitución y, en definitiva, con una cierta interpretación de la constitución y de los principios constitucionales.” En *Los derechos fundamentales: Apuntes de historia de las constituciones*, trad. Manuel Martínez Neira, 6ª ed. Trotta, Madrid, 2009, pp. 128 y 129.

legislativa del mismo rango jerárquico se permite la circulación de camiones de carga —sin que exista una derogación expresa determinada—, el agente de tránsito debe preferir la aplicación de la norma posterior permisiva e inaplicar la norma prohibitiva.

Las causas que generan la inaplicación o desaplicación de una norma son las siguientes:

1. Cuando se haya declarado la invalidez de una norma: esto deriva de una labor interpretativa sobre la antinomia para valorar la validez o no de la norma.
2. Cuando se haya declarado la derogación de una norma: resultado de una labor interpretativa sobre la antinomia para valorar la vigencia o no de la norma, debido a su derogación expresa indeterminada y la tácita.
3. Cuando se prefiere la aplicación de un principio sobre otro: no hay una antinomia que requiera ser valorada, pero sí una interpretación sobre cuál es el principio que merece ser aplicado para determinado caso o persona.
4. En los casos de prescripción negativa: cesan los efectos de determinadas normas para la persona que cumplió los supuestos normativos, y la norma ya no será aplicable para esa persona, pero la norma seguirá siendo válida y vigente para las demás personas.

En las dos primeras hay una labor interpretativa derivada de una antinomia para determinar qué norma prevalece y cuál se inaplica o desaplica. En los dos últimos supuestos no hay antinomia por resolver, sino la valoración sobre la inaplicación o desaplicación de una norma para determinado caso o persona.

7. LAS SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE INVALIDEZ Y DEROGACIÓN

La derogación no siempre deriva de una antinomia. La derogación expresa determinada no deriva de una antinomia. La derogación expresa indeterminada y la tácita derivan de antinomias.

En la derogación expresa determinada se puede establecer que quedan derogadas las normas de igual o menor jerarquía que se opongan a las nuevas. En la derogación expresa indeterminada y tácita la antinomia se origina entre normas del mismo nivel jerárquico, si hay contradicción con normas inferiores estas serán inválidas conforme a la norma de *lex superior*. Debido a que en ellas subyace una antinomia, la derogación expresa indeterminada y tácita se someten al siguiente análisis comparativo con la invalidez.

La invalidez siempre deriva de una antinomia entre una norma con normas superiores o fundamentales. La invalidez es una característica congénita de las normas, y que se reconoce a través de una declaratoria jurisdiccional. La derogación es un efecto posterior a la entrada en vigor de la norma.

En tanto no se declare la invalidez o la derogación expresa indeterminada o tácita las autoridades, por regla general, no están facultadas para inaplicarlas o desaplicarlas.⁵⁵ La facultad para hacerlo u ordenarlo corresponde a las autoridades jurisdiccionales competentes.

La antinomia que genera la derogación no da lugar a que la norma derogada deje de pertenecer al sistema jurídico. La invalidez con efectos generales sí da lugar a la expulsión o eliminación de la norma del sistema jurídico. La norma sin vigencia, por pertenecer al sistema jurídico, puede producir efectos jurídicos y es susceptible de ser invalidada;⁵⁶ la norma que es declarada inválida con efectos generales, al ser eliminada o expulsada del sistema jurídico, no puede producir efectos jurídicos. Hasta en tanto no haya una eliminación y expulsión, la norma puede ser inaplicada o desaplicada para casos o personas concretas.

Las resoluciones de invalidez o de derogación son declarativas al reconocer que estas son contrarias a las normas que les dan sustento o las posteriores, respectivamente. A su vez son constitutivas porque a partir de ellas se les deja sin efectos o vigencia.

BIBLIOGRAFÍA

Alchourrón, Carlos E, y Bulygin, Eugenio, “Sobre el concepto de orden jurídico”, en *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Baudrillard, Jean, *La transparencia del mal: Ensayos sobre los fenómenos extremos*, trad. Joaquín Jordá, Anagrama, Barcelona, 1997.

Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*, UNAM, México, 1987.

Celotto, Alfonso, *Teoría general del ordenamiento jurídico y la solución de las antinomias*, trad. Liliana Rivera Rufino, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, Querétaro, 2003.

55 La distinción que hace Riccardo Guastini entre normas existentes y válidas, permite comprender el por qué una norma inválida, pero vigente, puede ser aplicada por las autoridades competentes o cumplida por sus destinatarios, no obstante su vicio de validez. Guastini, Riccardo, “En torno a las normas sobre la producción jurídica”, *op. cit.*, pp. 84-86.

56 Las normas derogadas pueden ser invalidadas. También es factible que las normas transitorias derogatorias sean invalidadas y, con ello, se reavive la vigencia de las normas derogadas. Sobre este último supuesto la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los amparos directos en revisión 7117/2019 y 3254/2019, resolvió la inconstitucionalidad de una norma transitoria derogatoria prevista en el *Decreto 24121/LIX/12*, porque la norma derogada –artículo 23 de la *Ley para los Servidores Públicos en el Estado de Jalisco y sus Municipios*– establecía el pago de salarios caídos, por lo que se consideró una supresión regresiva en materia de derechos humanos. El efecto reavivó, para los quejosos, el pago de salarios vencidos, porque esta es una medida de reparación en el juicio laboral que busca restituir al trabajador los daños derivados de no haber recibido la remuneración que debió obtener y que no percibió como consecuencia de un despido injustificado.

Crisafulli, Vezio, “Lezioni di diritto costituzionale”, en *L’ordinamento costituzionale italiano*, CEDAM, vol. II, núm. 1, Padua, 1993.

Díez-Picazo, Luis María, *La derogación de las leyes*, Madrid, Civitas, 1990.

Dworkin, Ronald, “Igualdad, democracia y Constitución: Nosotros, el pueblo, en los tribunales” en *El canon neoconstitucional*, trad. Alfredo Stolarz, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Madrid, 2010.

Ferrajoli, Luigi, “La revisión de la teoría de las antinomias y de las lagunas impuestas por el constitucionalismo”, en *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, CAJICA, México, 2009.

—, *La democracia a través de los derechos: El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2014.

Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales: Apuntes de historia de las constituciones*, trad. Manuel Martínez Neira, 6ª ed. Trotta, Madrid, 2009.

García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 55ª ed., Porrúa, México, 2003.

García-Pelayo, Manuel, “La idea medieval del derecho”, en *Del mito y de la razón en el pensamiento político*, Revista de Occidente, Madrid, 1968.

Guastini Riccardo, “Cinco observaciones sobre validez y derogación”, en *Discusiones: institucional y derogación*, núm. 2, España, 2001, pp. 59-63.

—, “En torno a las normas sobre la producción jurídica”, en *Estudios de teoría constitucional*, trad. Miguel Carbonell, Fontamara, Ciudad de México, 2007.

—, *Las fuentes del derecho: Fundamentos teóricos*, trad. César E. Moreno More, Legales Ediciones-Legales Instituto, Lima, 2017.

Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social*, trad. Manuel Jiménez Redondo, Taurus, México, 2006.

Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos normativos*, 2ª ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2007.

Kelsen, Hans, “Derogation” en *Essays in jurisprudence in honor of Roscoe Pound*, Ralph A. Mewman, Bob Merrill Company, Neva York, 1962.

—, *La garantía jurisdiccional de la constitución*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, sobre-tiro del Anuario Jurídico I, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1974.

—, *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1979.

Nino, Carlos Santiago, “¿Da lo mismo omitir que actuar? (Acercas del valor moral de los delitos por omisión)”, en *Fundamentos de derecho penal*, Gedisa, Buenos Aires, 2008.

—, “El concepto de sistema jurídico y la validez moral del derecho”, en *Notas de introducción al derecho 3*, Astrea, Buenos Aires, 1974.

Pérez Bermejo, Juan Manuel, *Coherencia y sistema jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

Prieto Sanchís, *El constitucionalismo de los derechos: Ensayo de filosofía jurídica*, Trotta, Madrid, 2013.

Ross, Alf, *Lógica de las normas*, trad. José S.-P. Hierro, Tecnos, Madrid, 1971.

Roubier, Paul, “Les conflits de lois dans le temps (Théorie de la non-rétroactivité des lois)”, en *Reveu néo-scolastique de philosophie*, t. I, vol. 32, núm. 27, París, 1930.

Wright, Georg Henrik von, *Norma y acción: Una investigación lógica*, trad. Pedro García Terremos, Tecnos, Madrid, 1970.

DANIEL GALINDO. APUNTES BIOGRÁFICOS DE UN MINISTRO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN A INICIOS DEL SIGLO XX

JESSICA COLÍN MARTÍNEZ¹

RESUMEN: Esta investigación bosqueja la biografía de Daniel Galindo (1897-1937), jurista que durante los años que siguieron al movimiento revolucionario de 1910 desarrolló su carrera profesional en distintos espacios políticos y de la judicatura en México, destacando su designación como ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en 1934. Se trata de un perfil prácticamente desconocido de la abogacía mexicana, en particular de aquella que se formó y ejerció en los convulsos contextos de las primeras décadas del siglo pasado, período en el que la compleja realidad sociocultural y de transición posrevolucionaria orientó nuevos horizontes para el derecho, la educación jurídica y la abogacía en el país.

PALABRAS CLAVE: Daniel Galindo, derecho penal, abogacía, historia del derecho, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

SUMARIO: 1. NOTA INTRODUCTORIA. 2. FORMACIÓN EN EL DERECHO Y VIDA POLÍTICA. 3. JUEZ PENAL EN EL DISTRITO FEDERAL. 4. LA EXPERIENCIA EN LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. 5. CONSIDERACIONES FINALES. 6. REFERENCIAS.

1. NOTA INTRODUCTORIA²

A decir de François-Xavier Guerra, todo proceso revolucionario implica, en principio, un desquiciamiento del sistema político existente al que le siguen procesos de reconocimiento, negociación y compromisos entre numerosos actores y sectores sociales. Condiciones que pueden existir en ciertos momentos sin que necesariamente confluyan de manera armónica y donde los protagonistas cambian con igual dinamismo: aparecen unos y desaparecen otros.³ En México, la atomización del movimiento revolucionario durante las primeras décadas del siglo XX trajo consigo la desarticulación de

- 1 Becaria del Programa de Becas Posdoctorales en la UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ase-sorada por el Dr. Óscar Cruz Barney. Maestra y Doctora en Historia por el Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS). Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Cuajimalpa (UAM-C). Correo electrónico: jessica.colinmx@gmail.com
- 2 Agradezco a la Dra. Diana Alexis Galindo Sontheimer y al Mtro. Víctor Manuel Payró Galindo su con-fianza y generosidad para compartirme algunos detalles sobre la historia de su abuelo. La charla con el Mtro. Payró hizo posible enmendar la versión preliminar de este trabajo en relación con la formación académica del biografiado. Asimismo, mi agradecimiento a los doctores Antonio Nava García y Mario A. Téllez G. por su lectura y puntales comentarios en la preparación del texto.
- 3 Guerra, François-Xavier, «La revolución mexicana en una perspectiva secular: las mutaciones del libe-ralismo», en: Servin, Elisa y Reina, Leticia (coords.): *Crisis, reforma y revolución. México: historias de fin de siglo*, INAH, Taurus, México, 2002, p. 294.

un régimen, evidente más allá de la esfera política. La composición y reorganización social en entornos urbanos y del campo en los años que siguieron a la lucha armada, delinearon considerables cambios en los quehaceres y vida cotidiana de las personas a lo largo de todo el territorio nacional.

En este contexto, las clases medias desarrollaron una sustantiva movilidad social, mientras que en 1920 el 7% de la población podía considerarse parte de ese conjunto, hacia 1940 creció hasta alcanzar alrededor del 17%.⁴ Dicha movilidad encontró algunos de sus principales asideros en la expansión de las ocupaciones (especialmente las no manuales) y en el acceso a la educación superior que, en paralelo con otros procesos como las migraciones a las ciudades, incidieron en las condiciones materiales de vida de la población.⁵ Desde una perspectiva histórica, la inserción de las clases medias en las esferas políticas y de gobierno durante el período sugiere un aspecto cardinal para comprender características y anhelos asociados a la formación del Estado contemporáneo, rasgos distinguibles incluso en los albores del cardenismo, como observó Samuel Ramos en 1934: «por su calidad, la[s] clase[s] media[s] ha[n] sido el eje de la historia nacional y sigue[n] siendo la sustancia del país, a pesar de [ser] cuantitativamente una minoría».⁶

Más allá de los discursos, pronunciamientos, maniobras y movilizaciones políticas o sociales, resulta innegable el papel que tuvieron mujeres y hombres en la vida pública que en aquellos años accedieron por primera vez a espacios anteriormente vedados por condiciones de género o restringidos por los niveles de instrucción o desigualdad social. Cabe mencionar que fue hasta finales de la década de 1910 y en el trayecto de la década siguiente cuando la matrícula de mujeres que optaron por un título profesional en México registró un leve pero decidido incremento;⁷ asimismo, que puestos públicos destacados como el de gobernador, secretario de Estado, legislador, procurador, juez o ministro de la Suprema Corte, fueron desempeñados por hombres recién egresados

4 Coral, Emilio, «La clase media mexicana: entre la tradición, la izquierda, el consumismo y la influencia cultural de Estados Unidos (1940-1970)», en: *Historias*, n. 63, enero-abril de 2006, p. 104. Cueva Perus, Marcos, «Clase media, poder y mito en el México posrevolucionario: una exploración», en: *Estudios Políticos*, n. 20, mayo-agosto de 2010, p. 108.

5 Sigo las reflexiones de Benza, Gabriela, *El estudio de las clases medias desde una perspectiva centrada en las desigualdades en oportunidades de vida*, México, UNAM, 2014, pp. 74-88; y Loaeza, Soledad, *Clases medias y política en México*, México, El Colegio de México, 1988, pp. 65 y 66.

6 Ramos, Samuel, *El perfil del hombre y la cultura en México*, México, Colección Austral, 2001 (1934), p. 68.

7 Para el caso de la educación jurídica, la Escuela Nacional de Jurisprudencia registró a quince alumnas: Clementina Batalla (ingresó en 1914), Josefina Catalán (ingresó en 1914), María Guadalupe Eguíluz (ingresó en 1921), María Lugarda Ezeta (sin dato preciso de ingreso o egreso), Remedios Albertina Ezeta (sin dato preciso de ingreso o egreso), Raquel Fernández (ingresó en 1916), María Gil Méndez (ingresó en 1918), Carmen Jaime (ingresó en 1923), Lucila Manjarrez (ingresó en 1914), Ernestina Marín (ingresó en 1925), Dora Martínez (ingresó en 1925), Gloria Mejía (titulada en 1929), Ángela Quintana (ingresó en 1917), Guadalupe Rojas (ingresó en 1917) y María Luisa Santillán (titulada en 1929). Antes de ellas, María Asunción Sandoval fue la primera mujer en México con título en derecho (lo obtuvo en julio de 1898).

de universidades y que en la gran mayoría de los casos no contaban con antecedentes familiares en la obtención de un título profesional. De tal forma, la educación superior fue «el boleto que cambió la condición familiar y suya».⁸

Este texto da cuenta de la extraordinaria trayectoria de vida del abogado Daniel Galindo (1897-1937), un personaje inserto en la vertiginosa realidad mexicana de la revolución y posrevolución que, a través de los estudios en jurisprudencia, acreditó su acceso a un fragmento social distinto al de su origen familiar y logró ascender hasta la cima de puestos de poder y decisión. Un hombre con una formación profesional sólida y con una habilidad política sobresaliente que le redituó momentos de éxito y cuya historia entrevera el orden extenso de la sociedad donde se ancló.

2. FORMACIÓN EN EL DERECHO Y VIDA POLÍTICA

Daniel Galindo Esparza nació el 21 de septiembre de 1897 en Ciudad Guzmán, Jalisco. Sus padres se llamaron Lidia Esparza y Tirso Galindo; la primera fue hija de Juana Álvarez y Antonio Esparza; el segundo fue hijo de María Luisa Ramírez y José Galindo.⁹ Sus padres contrajeron enlace civil el 13 de septiembre de 1890 en Ciudad Guzmán, lugar en el que asentaron su hogar y vivieron durante los primeros años de matrimonio. Daniel Galindo tuvo seis hermanos, de nombres José (nació el 27 de agosto de 1891), Luis (nació 27 de agosto 1892),¹⁰ Josefina (nació el 2 de julio de 1893),¹¹ Elvira (nació el 7 de agosto de 1895),¹² María (nació en 1900)¹³ y Carmen (nació en 1912).¹⁴ A excepción de Carmen cuyo nacimiento se registró en Guadalajara, todos los hermanos fueron originarios de Ciudad Guzmán y bautizados en la iglesia de Zapotlán el Grande.

La documentación disponible indica que el padre era comerciante y también tenía por oficios la herrería y la mecánica; de su madre, como era habitual en los registros de la época, tuvo por ocupación el hogar, aun cuando también participara económicamente

8 Camp, Roderic A., «Quiénes alcanzan la cumbre. La élite política mexicana», en: *Foro Internacional*, Vol. XIX, 1 (73) julio-septiembre de 1978, p. 57.

9 Los abuelos maternos contrajeron nupcias en la parroquia de Mazamitla, Jalisco, el 31 de mayo de 1857. Juana fue hija de Antonia Cárdenas y José Guadalupe Álvarez; Antonio fue hijo de Rosalía Reyes y José Esparza. Los abuelos paternos contrajeron matrimonio en la iglesia de Tonila, Jalisco, el 24 de septiembre de 1853. María Luisa fue hija de Luz Cosío y Gabriel Ramírez; José fue hijo de María Salomé Solís y Nazario Galindo.

10 Se tituló como abogado de la Escuela de Jurisprudencia de Guadalajara el 29 de enero de 1921. Contrajo matrimonio con María Luisa Ornelas el 9 de febrero de 1923 en Guadalajara. Falleció el 27 de septiembre de 1948.

11 Fue profesora y perito calígrafa adscrita a la Procuraduría General de la República. Falleció el 7 de diciembre de 1985 a los 92 años.

12 Falleció el 19 de agosto de 1986, de 91 años.

13 Contrajo matrimonio con Ignacio Díaz de Salas y Verastegui el 30 de abril de 1932 en la Ciudad de México. Falleció el 11 de noviembre de 1990, de 90 años.

14 Contrajo matrimonio con Alfonso Aceves y Aceves el 8 de noviembre de 1935 en la Ciudad de México. En el acta se señaló que ella era profesora y él empleado federal.

en su sostenimiento. A excepción de estos datos, es escasa la información del entorno familiar e infancia del personaje. No obstante, en tanto observación amplia de análisis, se comprende que la familia Galindo Esparza durante la niñez y juventud de los hijos desplegó su ámbito de desarrollo entre Jalisco (Ciudad Guzmán y Guadalajara) y algunos estados del noroeste de México (Chihuahua y Sinaloa). La movilidad geográfica sugiere la búsqueda de oportunidades y de supervivencia en un contexto de cambio entre el ocaso del Porfiriato y los años del movimiento revolucionario. Avatares que entre 1909 y 1910 llevaron a la familia, o parte de ella,¹⁵ a establecerse en la capital de Jalisco, ciudad donde el joven Daniel realizó los estudios preparatorios y profesionales en derecho.

El Liceo de Varones del Estado fue la institución donde Daniel y su hermano mayor, Luis, realizaron los estudios preparatorios. Cabe señalar que desde la segunda mitad del siglo XIX este establecimiento fue esencial para la educación secundaria y preparatoria de los jóvenes del estado de Jalisco y del occidente mexicano, lo mismo que un importante espacio de acción política del gobernador quien centralizó diversas funciones de la vida académica e institucional, entre ellas, la designación de jurados para los exámenes, diversos permisos para los alumnos, aprobación de textos para las cátedras y la contratación y pago de profesores. Este modelo había sido replicado en las entidades federativas, por lo menos desde la década de 1860, en consonancia con las prerrogativas asignadas al presidente de la república en el orden federal quien ostentó potestades similares sobre la Escuela Nacional de Jurisprudencia en la Ciudad de México.¹⁶

En el orden del desarrollo educativo e institucional de Jalisco, el 17 de noviembre de 1907 se expidió un nuevo plan de estudios para el Liceo de Varones, currículo vigente al ingreso de los hermanos Galindo. Entre otros aspectos introducidos por tal disposición, destacó la supresión de un año escolar que redujo a cinco la temporalidad académica a fin de eliminar contenidos poco claros o de los que hubiera carencia de profesores, por ejemplo, canto, álgebra, geometría y sociología.¹⁷ De esta forma, las cátedras anuales fueron las siguientes: Primer año: Matemáticas I, Francés I, Lengua Nacional I, Dibujo y trabajos manuales. Segundo año: Lengua Nacional II, Matemáticas II, Francés II, Inglés I, Raíces Griegas y Latinas, Dibujo y trabajos manuales. Tercer año: Cosmografía y nociones de Mecánica, Inglés II, Física, Lengua Nacional III, Dibujo y trabajos manuales. Cuarto año: Química, Mineralogía y Botánica, Inglés III, Gramática General, Dibujo y trabajos manuales. Quinto año: Lógica, Psicología

15 El padre de Daniel Galindo, Tirso Galindo, falleció el 25 de julio de 1915 en la ciudad de Chihuahua a los 58 años. En el acta se asentó que el deceso ocurrió como consecuencia de una hemorragia cerebral (también se describió una escoriación en el antebrazo derecho). Lidia Esparza, madre de Daniel Galindo, tuvo una larga vida, murió en agosto de 1964 en la Ciudad de México, a la edad de 93 años.

16 Colín Martínez, Jessica, «La educación jurídica en México. Prácticas y saberes desde la Escuela Nacional de Jurisprudencia, 1867-1897», *en prensa*.

17 UDG, AH, IEJ, LICV, ADM, INF-00069.

y Moral, Literatura, Historia General, Historia Patria, Zoología y elementos de Anatomía y Fisiología Humanas. Además, los alumnos debían acreditar la asignatura de Ejercicios físicos.¹⁸

El expediente escolar de Daniel Galindo sugiere una trayectoria irregular en términos de asistencia y acreditación académica de manera ordinaria, sobre todo en los últimos años de instrucción. En mayo de 1912 el director de la escuela envió un escrito al gobernador del estado donde exponía el caso del joven Daniel quien solicitaba permiso para presentar diversos exámenes (Lengua Nacional III, Inglés II, Gramática e Historia General), solicitud que le fue aprobada.¹⁹ Una nueva petición llegó al año siguiente. En ella, Daniel expuso que «debido a las enfermedades de que fue víctima» no pudo asistir a clases y presentar los exámenes de Gramática, Inglés III, Historia Patria, Mineralogía, Química, Física, Mecánica y Cosmografía. A excepción de la materia de Química, donde registró 49 inasistencias, el ejecutivo accedió a la petición y se programaron los exámenes para el alumno.²⁰ No debe pasarse por alto que el álgido entorno revolucionario fue telón de fondo de dificultades que se sumaban a las ya precarias condiciones por las que atravesaban miles de personas y familias en el país. En términos de salud y sanitarios, los brotes epidémicos ocurrieron con regularidad durante el período como consecuencia de las migraciones y las movilizaciones militares.²¹ El paludismo, la malaria y la viruela tuvieron una importante propagación en Jalisco durante la década de 1910.²² Es posible que el joven Daniel padeciera alguna de ellas, en cuyo caso, se recuperó.

Hacia 1915, mismo año en que su padre falleció, Daniel Galindo había concluido la educación preparatoria e ingresaba en la Escuela de Jurisprudencia de Guadalajara. Con él, su hermano Luis también se matriculó en derecho. Ambos continuaron acompañándose en aquellos años formativos. Es probable que para los jóvenes resultara significativo contar con un antecedente familiar en la abogacía: su tío Marciano Esparza,²³ quien en 1885, con grandes dificultades económicas, concluyó los estudios de derecho en el Instituto de Ciencias del Estado (antecedente de la Escuela de Jurisprudencia de Guadalajara).²⁴ Es importante resaltar que si bien Luis era muy pequeño cuando su tío falleció y Daniel no llegó a conocerlo, la memoria familiar sugiere que Lidia Esparza, madre de ambos, fue una influencia determinante en la elección profesional.

18 UDG, AH, IEJ, LICV, DOC, ACT-00103.

19 UDG, AH, IEJ, LICV, ALU, EXP-01228.

20 UDG, AH, IEJ, LICV, ALU, EXP-01354.

21 Molina del Villar, América, Lourdes Márquez Morfín y Claudia Patricia Pardo (editoras), *El miedo a morir. Endemias, epidemias y pandemias en México: análisis de larga duración*, México, CIESAS, Instituto Mora, Conacyt, 2013.

22 VV.AA., «Breve reseña sobre las epidemias en Jalisco, México», en: *Revista Médico-Científica de la Secretaría de Salud Jalisco*, Año 8, n. 2, mayo-agosto de 2021, p. 127.

23 Vecindado en Ciudad Guzmán, Jalisco, murió en enero de 1896 a los 35 años. El registro de defunción indicó que fue sepultado en la fosa común del panteón Hidalgo, en la misma localidad.

24 UDG, AH, IEJ, JUR, ALU, EXP-00297.

El ingreso de Daniel Galindo a una institución de educación superior se dio en el orden de un proceso histórico determinado por la apertura de nuevos centros de estudios, modificaciones en los contenidos y perspectivas pedagógicas, y por el aumento de la matrícula que revitalizó el sistema educativo en todo el país.²⁵ Cabe señalar que si bien la formación profesional durante la época continuó siendo accesible solo para una pequeña parte de la población, predominantemente masculina, concentrada en las carreras de medicina, ingeniería y derecho (las profesiones liberales tradicionales), el incremento de la matrícula universitaria en México a partir de la década de 1910 fue sin duda un cambio que potenció la movilidad social a través del ascenso en la «pirámide educativa».²⁶ Entre 1914 y 1925 los proyectos impulsados en Jalisco fueron reflejo de dichas dinámicas.

Las expectativas asociadas al orden normativo impuesto por los diferentes actores que ostentaron el poder en aquellos años sugieren la importancia de la «cuestión educativa» en tanto eje articulador de un modelo político e ideológico en gestación. La Escuela de Jurisprudencia de Guadalajara no fue ajena a las tempestades de su tiempo.²⁷ Con el arribo del constitucionalista Manuel M. Diéguez al gobierno del estado se multiplicaron las disposiciones que pretendidamente buscaron definir renovados horizontes para la educación en términos generales. Uno de los primeros decretos concibió «de interés público la instrucción en el estado», por lo que el gobierno aseguró a lo largo del período su intervención en todos los establecimientos de enseñanza en Jalisco, incluidas las escuelas profesionales.²⁸ De esta forma, los programas de estudio y reglamentos de la Escuela de Jurisprudencia que se sucedieron durante aquellos años (incluso como proyectos) apuntaron los propósitos modernizadores de la educación jurídica en particular.

La discusión del proyecto de reglamento escolar de 1915, al comienzo de la enseñanza profesional de Daniel Galindo, indicó que los programas de estudio debían tener por objetivo «el conocimiento teórico-práctico de la legislación mexicana en vigor, los perfeccionamientos que ha tenido y de los que es susceptible».²⁹ Si bien puede observarse como un propósito poco novedoso respecto de la tradición pedagógica decimonónica,

25 La Universidad de Occidente (hoy Universidad Autónoma de Sinaloa), por ejemplo, buscó «establecer niveles más altos de cultura en la provincia» a través de una oferta educativa acorde con los ímpetus de los gobiernos federal y locales para abatir el rezago educativo y los altos índices de analfabetismo e impulsar la educación profesional. Estrada, Genaro, Héctor R. Olea y Julio Ibarra, *Don Eustaquio Buelna. La universidad de Sinaloa y su historia. Hacia una nueva Universidad*, México, Universidad de Sinaloa, p. 35; Becerra Juárez, Efraín, *Historia de las bibliotecas en Sinaloa*, México, CONACULTA, 1996, p. 58.

26 Peregrina, Angelica, *Ni universidad ni instituto. Educación superior y política en Guadalajara (1867-1925)*, México, Universidad de Guadalajara, 2006, p. 9.

27 La institución además tuvo que lidiar con las frecuentes ocupaciones militares y saqueos de sus instalaciones. UDG, AH, IEJ, JUR, ADM, INF-00052.

28 Con este decreto también se ordenó la incorporación de todas las escuelas privadas al esquema oficial, «sin cuyo requisito no podrán abrirse al público». Véase, Decreto núm. 24 (4 de septiembre de 1914).

29 UDG, AH, IEJ, JUR, DOC, REG-00002, f. 11.

la intención armonizó la gradual formación jurídica mexicana que encontraría su asidero en la Constitución Federal de 1917. Proceso en el que confluyó uno de los rasgos que a partir de la década de 1920 definió el eminente carácter escrito del derecho con la supresión de la oralidad procesal. La cátedra de Oratoria Forense y las denominadas academias, que décadas atrás habían permitido a los alumnos desarrollar habilidades en la práctica jurídica, desaparecieron. Con ello, la teoría y la práctica del derecho fueron enseñanzas exclusivas de las aulas, si bien se esperó que los alumnos por propia vocación asistieran a juicios y audiencias.

Nuevos proyectos de reglamentos se presentaron en 1917 y 1918. En ambos casos la disputa se centró en la defensa de contenidos que se realizó desde la dirección de la Escuela de Jurisprudencia para que se reincorporaran o no fueran suprimidos del plan de estudios, pero que desde el ámbito ejecutivo de gobierno se estimaban innecesarios en la formación de los abogados. Fue el caso de las cátedras de Economía Política, Sociología y Medicina Legal. En relación con esta última materia, la dirección escolar argumentó la pertinencia de conservarla aun cuando no formara parte de la enseñanza que se impartía en la Escuela Nacional de Jurisprudencia (modelo replicado en varios estados de la república durante buena parte del siglo XIX y principios del XX) puesto que «no existe en todos los pueblos del estado en que hay jueces de primera instancia médico legista, viéndose el juez en la necesidad de poseer conocimientos especiales sobre esta materia».³⁰ El tema no era un asunto menor, se trataba de definir, bajo concepciones aparentemente opuestas, aquellos saberes fundamentales que debía poseer un abogado para ejercer la profesión, en especial, de quienes se esperaba lo harían en Jalisco y el occidente mexicano. Es preciso advertir que la historia de la abogacía en México se ha construido no solo en términos de coincidencias éticas, intelectuales o pragmáticas, sino en gran medida a partir de las diferencias impuestas por realidades socioculturales diversas.

En este contexto, la trayectoria formativa de Daniel Galindo en la Escuela de Jurisprudencia fue sin duda destacada. Ingresó en 1914 y obtuvo el título de abogado en 1919, un año antes del tiempo previsto en el plan de estudios. Es importante mencionar que en aquel momento la carrera de derecho comprendía seis años de acuerdo con el Decreto 71 expedido por el gobernador interino, Manuel Aguirre Berlanga, el 3 de julio de 1915. Esta disposición si bien modificó parcialmente la Ley Orgánica de la Instrucción Pública de 1903, conservó el artículo 132 que establecía la distribución sexenal de las cátedras.

Con excepción de las materias prácticas ya suprimidas, Daniel Galindo acreditó los siguientes cursos: Primer año: Economía Política y Estadística, Primer curso de Derecho romano (Historia, personas y cosas), Prolegómenos de Derecho y Primer curso de Derecho civil (Historia, personas y cosas). Segundo año: Derecho constitucional, Segundo curso de Derecho civil (Contratos y sucesiones) y Segundo curso de Derecho

30 UDG, AH, IEJ, JUR, DOC, REG-00003, f. 1.

romano (Obligaciones, acciones y herencias). Tercer año: Derecho administrativo, Derecho mercantil y minero. Cuarto año: Derecho internacional privado, Procedimientos civiles (del estado y federales) y Derecho penal (del estado y federal). Quinto año: Derecho internacional público, Procedimientos penales, militares y mercantiles. Sexto año: Medicina legal y Filosofía del Derecho y Oratoria forense. El proceso de enseñanza comprendía, para cada materia, seis clases a la semana.

El expediente de Daniel Galindo indica que la conclusión anticipada de sus estudios se debió a la presentación de exámenes extraordinarios,³¹ posibilidad académica prevista en el artículo 200 del Reglamento de la Instrucción Pública de 1904: «Tendrá derecho a examen extraordinario en cualquiera clase o materia, los espectadores [oyentes] y personas extrañas al establecimiento que hayan obtenido cesión especial del Ejecutivo». Los alumnos que optaran por esta forma de evaluación debían, por supuesto, estudiar con el mayor rigor, puesto que había dos posibilidades de examinación: la primera consistía en responder un cuestionario (escrito); y la segunda, al parecer la más frecuente, era responder de manera oral las preguntas planteadas por dos examinadores (profesor propietario y adjunto de la materia que se presentara), quienes podían interrogar al estudiante todo el tiempo que estimaran necesario para juzgar sus conocimientos (artículo 202 del Reglamento).

La oralidad en la presentación de los exámenes fue un rasgo académico importante. La obtención del título de abogado, de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 14 expedido en agosto de 1914 que reformó el artículo 135 de la Ley Orgánica de Instrucción Pública, contempló la integración de un jurado compuesto por todos los profesores de la Escuela quienes tendrían por función examinar al aspirante en todas las materias del plan de estudios, interrogándole por lo menos durante dos horas. Daniel Galindo sustentó dicha evaluación el 8 de mayo de 1919, con aprobación unánime.³² Es importante resaltar que uno de los profesores y examinadores del joven Daniel fue Francisco H. Ruiz, destacado jurista jalisciense que, desde la lectura de las fuentes, sugiere una influencia decisiva en la trayectoria profesional del biografiado. Es probable que a H. Ruiz se deban tres momentos fundamentales en la vida de Galindo: su participación en la masonería (donde llegó a ostentar el grado 33), su incorporación al ayuntamiento de Guadalajara y más tarde su designación como ministro de la Suprema Corte. Ámbitos todos en donde el propio H. Ruiz destacó.³³

31 UDG, AH, IEJ, LICV, ALU, EXP-01517.

32 UDG, AH, IEJ, JUN, REG-00501.

33 Véase Zepeda Lecuona, Guillermo Raúl, *Semblanza biográfica de Francisco H. Ruiz*, México, El Colegio de Jalisco, 2020. Por otra parte, es posible que H. Ruiz también representara para Luis Galindo, hermano de Daniel, una figura de apoyo importante. En septiembre de 1920, incluso antes de titularse como abogado, Luis Galindo fue contratado como profesor de «Materias generales» en la Escuela Preparatoria de Varones (antiguo Liceo de Varones), y también en la Escuela de Jurisprudencia para dictar las cátedras de Educación cívica y 1er curso de Derecho usual. En ambas instituciones H. Ruiz se desempeñaba como docente desde años atrás. UDG, AH, IEJ, LVEPJ, ALU, ACTEXA, G2597, f. 102 y 106. UDG, AH, IEJ, LICV, ADM, PER-00290.

Una vez concluida su formación en derecho, Daniel Galindo se incorporó al ayuntamiento de Guadalajara como secretario, espacio laboral que, al corresponder a un encargo de designación política, sugiere las buenas relaciones que procuró el personaje. Vínculos forjados, sin duda, de manera brillante. Su antiguo profesor, Francisco H. Ruiz, fue también secretario y síndico durante varios periodos entre 1912 y 1918.³⁴ Bajo esta premisa, no pasa inadvertido que poco tiempo después se trasladara al territorio de Baja California Sur donde consolidó una carrera meteórica que lo llevó hasta la cúspide de las funciones políticas y de gobierno (periodo comprendido en 1924-1927).³⁵

Fue precisamente en aquel territorio peninsular donde asumió el cargo de gobernador, con el carácter de interino, entre el 19 de marzo y 20 de abril de 1926, con tan solo 29 años.³⁶ Un segundo periodo de gobierno ocurrió durante 1927, de ello da cuenta la hemerografía oficial que documentó en particular los recorridos que Galindo realizó en el territorio con motivo de un ciclón que asoló a varias comunidades en septiembre de 1927.³⁷ La estadía y ejercicio de gobierno en el territorio de Baja California Sur revela la indudable cercanía de Daniel Galindo con Carlos María Ezquerro (designado gobernador por Plutarco Elías Calles del 27 de octubre de 1925 al 31 de octubre de 1927), de quien fue su secretario de gobierno y suplió en sus ausencias asumiendo el cargo de gobernador interino.³⁸

Fue durante esta época que Daniel Galindo conoció y contrajo matrimonio civil con Eloísa Cephise Milhe, ceremonia celebrada el 2 de septiembre de 1926 en la ciudad de La Paz, Baja California Sur. Entre los testigos del enlace se encontró el gobernador Ezquerro. Eloísa Milhe, originaria de Naco, Sonora, nació el 10 agosto de 1903 y era hija

34 Zepeda Lecuona, Guillermo Raúl, *Semblanza biográfica de Francisco H. Ruiz*, México, El Colegio de Jalisco, 2020, p. 33.

35 El territorio de California se segmentó en Alta y Baja California en 1804. Desde 1824 y hasta 1975 Baja California Sur fue reconocido como territorio, después de esta fecha adquiere la condición de estado de la federación. El movimiento para instaurar al territorio de Baja California Sur en un estado había comenzado hacia 1919, intención que rápidamente transitó a un plebiscito con el propósito de designar a un gobernador nativo. Sin embargo, aun con el triunfo de aquel ejercicio que derivó en el nombramiento de Agustín Arriola (1920-1924), el ambiente político de la época hizo posible que entre 1924 y hasta 1945 gobernadores no nativos ostentaran el cargo, entre ellos, Daniel Galindo. Véase González Oropeza, Manuel y Cienfuegos Salgado, David, *Digesto constitucional mexicano. Baja California Sur*, México, SCJN, 2010, p. 14.

36 Miguel León Portilla y David Piñera al abordar la gestión de Abelardo Rodríguez como gobernador del territorio de Baja California entre 1923 y 1929, resaltan la juventud del personaje quien al asumir el cargo tenía 34 años, el gobernador más joven en la historia del estado. Véase *Baja California. Historia breve*, México, El Colegio de México, FCE, 2012, p. 135. Probablemente, para el caso de Baja California Sur, pueda considerarse a Daniel Galindo el gobernador más joven en su historia.

37 La historiografía refiere el cargo únicamente para el año 1926. No obstante, las referencias de archivo apuntan a un segundo periodo. Cfr. *Digesto constitucional mexicano. Baja California Sur*, p. 34; *Boletín Oficial de Información*, septiembre de 1927.

38 José María Ezquerro fue diputado del Congreso Constituyente de Querétaro (1916-1917). Algunas fuentes señalan su fecha de nacimiento en 1859, otras en 1863 y algunas más en 1866. En 1926 dijo tener 61 años.

de Gabriel Milhe (Riez, Francia) y de Guadalupe Saldierna. El matrimonio Galindo Milhe tuvo tres hijos: Lidia (nacida en 1927), María Guadalupe, (nació en Los Ángeles California, EE. UU. en octubre de 1928), y Daniel (nació el 5 de octubre de 1930 en la Ciudad de México).³⁹ Las fuentes documentales sugieren que Eloísa Milhe fue una mujer entusiasta e involucrada en las gestiones de gobierno de su esposo. Así lo deja ver, por ejemplo, su participación en el comité integrado para recolectar fondos que tendrían por destino ayudar a los damnificados por el ciclón de 1927 en la entidad,⁴⁰ trabajo de beneficencia acorde con los roles de género asignados o aceptados desde la política y la sociedad para las esposas de los gobernantes, pero del que no es posible negar mérito propio.⁴¹

3. JUEZ PENAL EN EL DISTRITO FEDERAL

Con esta boyante trayectoria política a cuestas, Daniel Galindo emprendió un nuevo viaje, esta vez al Distrito Federal para incorporarse en 1929 a la judicatura local como juez de primera instancia en Coyoacán. Este cargo, si bien no lo situó en el corazón del poder judicial de la Ciudad de México (como habría sido en caso de haber sido designado juez en una corte penal), sí lo ubicó dentro de la élite jurídica capitalina y operó a su favor en virtud de las relaciones que naturalmente acompañaron el cargo.

Su designación como juez del partido judicial de Coyoacán ocurrió en el marco de un proceso de transición jurídica de la mayor relevancia en la entidad. En diciembre de 1929 comenzó la vigencia del código penal y del código de procedimientos penales del Distrito Federal, ordenamientos sustentados en los principios de la escuela positivista y cuyo principal redactor fue José Almaraz.⁴² Este cambio en el orden jurídico tuvo especial impacto en el diseño jurisdiccional y de competencias locales, pues a partir de ese momento la justicia penal en el territorio fue impartida por jueces integrados en cortes penales (Ciudad de México) y por jueces mixtos de primera instancia (partidos judiciales foráneos). Así, el Distrito Federal se dividió en cuatro partidos judiciales:

39 La familia Galindo Milhe tuvo importantes períodos de estadía en EE. UU., incluso con residencias definitivas después del trágico fallecimiento de Daniel Galindo en 1937. Entre 1945 y 1948, Eloísa Milhe tramitó y obtuvo su residencia legal permanente en aquel país. En tanto, Daniel Galindo Milhe contrajo matrimonio con Marcia Jean Sontheimer el 25 de febrero de 1956 en Los Ángeles, California.

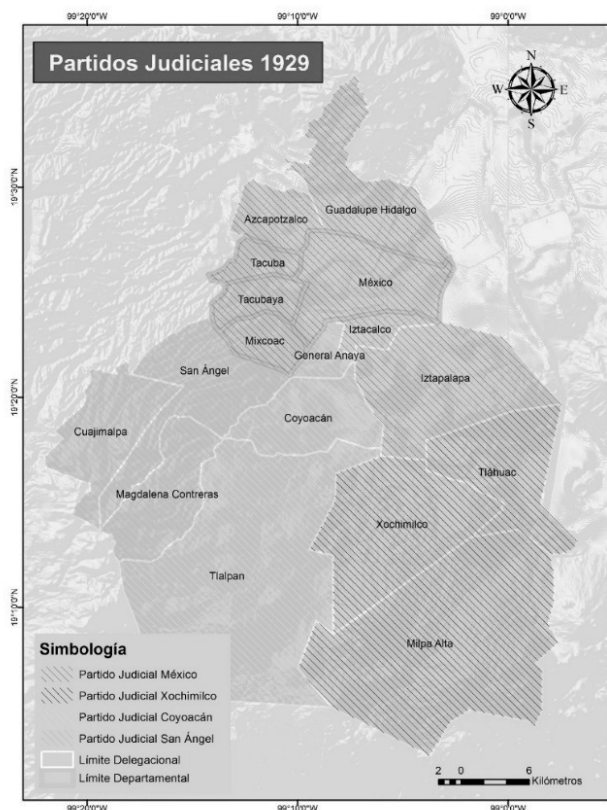
40 «Gira del C. Gobernador del Distrito, por las regiones azotadas por el ciclón», *Boletín Oficial de Información*, 28 de septiembre de 1927, pp. 7-8.

41 Sefchovich, Sara, *La suerte de la consorte. Las esposas de los gobernantes de México: historia de un olvido y relato de un fracaso*, México, Océano, 2017.

42 Colín Martínez, Jessica, «José Almaraz. Esbozo biográfico de un jurista de la primera mitad del siglo XX», en: Mayagoitia, Alejandro, Cruz Barney, Oscar, Téllez G., Mario y Colín Martínez, Jessica: *Estudios para la historia de la abogacía en México. Hombres de toga*, México, UNAM, IIJ, INCAM, UAM-C, en prensa.

México, San Ángel, Coyoacán y Xochimilco (mapa 1).⁴³ Además, con ello, desapareció el jurado popular para los procesos penales del orden común.

Mapa 1. Partidos judiciales del Distrito Federal, diciembre de 1929.



Fuente: *Código de Organización, de Competencia y de Procedimientos en Materia Penal para el Distrito Federal y Territorios y Plano del Distrito Federal hecho por la Dirección del Catastro* (1929). Análisis y elaboración cartográfica: Mtra. Erika Colín Martínez.

- 43 El 18 de abril de 1928 Álvaro Obregón presentó ante el Congreso de la Unión una iniciativa que buscó desaparecer los ayuntamientos del Distrito Federal y con ello centralizar aún más las funciones del gobierno local. Con la aprobación de esta reforma, se publicó una nueva Ley Orgánica del Distrito y de los Territorios Federales (31 de diciembre de 1928) que suprimió a los municipios y creó las llamadas delegaciones. El Departamento Central se conformó por las demarcaciones que hasta ese momento habían sido las municipalidades de México, Tacuba, Tacubaya y Mixcoac. Mientras que las delegaciones fueron las de Guadalupe Hidalgo, Azcapotzalco, Iztacalco, General Anaya, Coyoacán, San Ángel, Magdalena Contreras, Cuajimalpa, Tlalpan, Iztapalapa, Xochimilco, Milpa Alta y Tláhuac.

La designación de jueces si bien obedeció a una serie de requisitos formales, también es cierto que las fronteras entre el poder judicial local en relación con el ejecutivo federal eran ciertamente flexibles y se alinearon con frecuencia a los designios del poder presidencial. De acuerdo con la fracción VI, base cuarta, del artículo 73 constitucional, los magistrados del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (TSJDF) eran nombrados por el presidente de la república con aprobación de la Cámara de Diputados.⁴⁴ De tal forma, y según lo dispuesto por la Ley orgánica de los Tribunales del fuero común en el Distrito y Territorios Federales (publicada en el DOF el 31 de diciembre de 1928), el pleno del TSJDF se integraba por 22 magistrados propietarios (artículo 23) entre cuyas funciones se encontraba la designación de los jueces locales (artículo 29).

En términos formales, según lo previsto en el código de procedimientos penales de 1929, los requisitos para ser juez de una corte penal en la Ciudad de México eran los siguientes: ser mexicano, abogado con título oficial, cinco años de práctica profesional, buena conducta y comprobar (mediante un certificado) que era especialista en materia penal. En suma, honorabilidad, ecuanimidad y un alto grado de cultura, como lo resumió la prensa de la época.⁴⁵ Valores que por cierto no eran en absoluto una novedad, ya de tiempo atrás, con ligeros matices, se les exigían a los juzgadores desde el período novohispano.⁴⁶ A las tres cortes penales de la ciudad se integraron nueve jueces (tres por cada una).

¿Qué diferencias hubo entre estos requisitos y aquellos reservados para los jueces de los partidos judiciales foráneos? El redactor de 1929 señaló (artículo 8 transitorio del código de procedimientos) que mientras se creaban las cortes penales para dichas jurisdicciones seguirían operando los jueces mixtos de primera instancia como autoridades en materia penal, cuyas atribuciones había establecido la Ley orgánica de los Tribunales de 1928. De esta manera, cada uno de los tres partidos judiciales foráneos tuvo un juez mixto de primera instancia que conoció de los asuntos del orden civil y penal que se presentaron en sus jurisdicciones (artículo 74). Los requisitos para ser juez mixto correspondieron a los mismos que para ser juez civil en la Ciudad de México: ser ciudadano mexicano, tener 25 años cumplidos, ser abogado con título oficial, tres años de práctica profesional, notoria moralidad y buenas costumbres (artículo 56). Condiciones que debieron acreditar Daniel Galindo (juez mixto en Coyoacán), Alonso Aznar Mendoza (juez mixto en San Ángel) y Prisciliano Gómez Gutiérrez (juez mixto en Xochimilco).⁴⁷ Destaca que el conocimiento en materia penal no fue un elemento curricular exigido, como sí lo fue para los jueces en la Ciudad de México. Probablemente

44 Reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 20 de agosto de 1928.

45 Anónimo, «Hoy serán integradas las Cortes Penales. Honorabilidad y ecuanimidad como garantía», *Excelsior*, 5 de diciembre de 1929, 2ª secc., p. 1.

46 Téllez G., Mario A., *La justicia criminal en el valle de Toluca 1800-1829*, México, El Colegio Mexiquense, 2001, pp. 55 y ss.

47 Prisciliano Gómez obtuvo el título de abogado en junio de 1912. Estudió en el Liceo de Varones de Jalisco y en la Escuela de Jurisprudencia de Guadalajara, mismas instituciones donde Daniel Galindo cursó su trayectoria académica. UDG, AH, IEJ, JUN, REG-00924.

esta razón explique por qué Daniel Galindo fue adscrito a una jurisdicción foránea y no a alguna corte penal.

Estos requisitos formales se empataron con algunos otros no necesariamente previstos en la legislación. Emilio Portes Gil en su libro *Quince años de política mexicana*, refirió que durante el período que ostentó el cargo de presidente de la república (1928-1930) la integración de la judicatura federal y local del Distrito Federal había sido calificada por la opinión pública en términos favorables en virtud de la «actuación prestigiosa» de los juristas llamados a constituir el poder judicial:

Todos reconocen que los magistrados y jueces del orden penal y civil que formaron el Poder Judicial federal y del orden común, salvo dos o tres excepciones, que fueron públicas, cumplieron patrióticamente su cometido y ejercieron sus funciones con capacidad, dedicación y rectitud indiscutibles.⁴⁸

Siguiendo esta idea, el expresidente rememoró que durante su mandato el respeto del poder ejecutivo hacia el judicial fue «norma invariable de conducta», lo que aseguró, según su punto de vista, la libertad en el ejercicio de las funciones conferidas a cada órgano sin intromisiones:

No se dio nunca el caso de que yo o mis colaboradores interviniésemos en algún asunto judicial, ni mucho menos recomendásemos ningún asunto de orden lucrativo. La consecuencia natural de tal conducta fue la seguridad que siempre sintieron los ministros, magistrados y jueces en el desempeño de sus funciones, seguridad que les garantizaba no solo la independencia de criterio que necesitaban para obrar, sino muy principalmente la confianza de que no serían molestados ni removidos de sus cargos.⁴⁹

Por supuesto, estas afirmaciones deben confrontarse desde la investigación histórica para reconocer procesos formativos del Estado, de la división de poderes y de la cultura política y de la legalidad en contextos amplios. Luis Garrido, desde una postura menos halagadora, refirió lo siguiente en relación con la justicia penal para el período en que se desempeñó como juez penal en la Ciudad de México, misma época que Daniel Galindo:

Los funcionarios judiciales estaban mal retribuidos y su permanencia en el cargo guardaba relación con las amistades o influencias que pudieran tener en el Tribunal o en las altas esferas. En cada cambio de gobierno los jueces y magistrados pasaban verdaderas crisis, tratando de averiguar si continuarían en sus funciones. En tales circunstancias, no era posible organizar una carrera judicial [...] la administración de justicia era difícil por las interferencias de orden político y

48 Portes Gil, Emilio, *Quince años de política mexicana*, pról. Alfonso Teja Zabre, México, Ediciones Botas, 1954, p. 105.

49 *Ídem*, p. 106.

además porque las designaciones no se hacían con plena responsabilidad [...] No era cómoda la posición de los jueces.⁵⁰

En medio de los evidentes claroscuros de la administración e impartición de justicia local, los jueces del Distrito Federal debieron sortear y continuar en el desempeño de su encomienda resolviendo con la mayor diligencia cada uno de los procesos sometidos a su jurisdicción, todos pendientes de una sentencia apegada a los dictados de la ley y de esa aspiración, no solo individual sino también colectiva, llamada justicia.

Algunos rasgos destacables en la labor del juez Daniel Galindo los proporcionan en especial las sentencias que dictó en materia penal para el delito de homicidio. Lectura que brinda, entre otros aspectos, un acercamiento a concepciones doctrinarias como la de estado peligroso y peligrosidad de los infractores, las penas, el arbitrio judicial, así como de la función del juez. Observación de conjunto que sugiere puntos de coincidencia, por ejemplo, con los propósitos del órgano redactor de la legislación penal de 1929 en cuanto a que la motivación de las sentencias escapara a argumentos «lacónicos» y «estereotipados» que enredaban a los jueces en un cúmulo de presunciones no necesariamente orientadas a observar el estado subjetivo del delincuente.

De acuerdo con la información de archivo disponible, Daniel Galindo dictó 19 sentencias por homicidio entre 1929 y 1934. Un número bastante cercano a las sentencias emitidas por el juez Prisciliano Gómez Gutiérrez en el partido judicial de Xochimilco (14 casos), e incluso a las que dictó como ponente el juez primero de la primera corte penal de la Ciudad de México, Ángel Escalante (14 casos). Las sentencias del juez que ocupa esta biografía involucraron a 23 hombres y 2 mujeres. De ellas, diez fueron absolutorias y 15 con condenas que iban desde algunos meses y hasta los 20 años de reclusión.

Entre los aspectos que destacan por la profundidad y nivel de reflexión judicial plasmados por el juez, es posible citar aquellos relativos a las condiciones subjetivas del delincuente, por ejemplo, educación, empleo, hábitos y familia; nociones desarrolladas profusamente y que sugieren una postura intelectual y conocimiento de la doctrina penal en un horizonte mucho más analítico o reflexivo. Las obras de Ferri y Garofalo si bien no fueron citadas explícitamente, constituyeron una parte sustancial de sus decisiones jurisdiccionales. Las extensas sentencias dejan ver a un juzgador elocuente que, en las condiciones personales del individuo sometido a juicio, articuló y dio sentido procesal a expresiones del orden jurídico como el de estado peligroso y peligrosidad, conceptos eminentemente positivistas introducidos al orden jurídico mexicano por José Almaraz.

Entre los casos resueltos se encuentra el proceso contra Luz Flores, Julio Yescas, Rosario Estrada y Pedro Estrada por el crimen que cometieron en abril de 1933 en Tlalpan. Con el encabezado «Horrible crimen en Tlalpan. Dama muerta como la Srta. Aznar», el 2 de mayo de aquel año la prensa describió con gran detalle el homicidio y las la-

50 Garrido, Luis, *El tiempo de mi vida. Memorias*, México, Porrúa, 1974, pp. 201-203.

mentables circunstancias en que la policía encontró a una mujer mayor varios días después de haber sido asesinada en su casa. La noticia que circuló por aquellos días destacó algunos puntos coincidentes que este caso presentaba respecto del crimen de Jacinta Aznar (asesinada por Alberto o Pedro Gallegos a quien se encontró culpable en 1932),⁵¹ al señalar que «el torvo asesino Gallegos puede vanagloriarse de ser un maestro en el crimen y de que tiene discípulos que han igualado su odioso asesinato».⁵²

El columnista Xavier Sorondo escribió sobre los «Crímenes inútiles» en su columna *Cómo vamos viviendo*, donde arguyó una serie de premisas en torno a «un tipo de asesinos sórdidos, casi sin ambiciones, y que cometen el crimen por una tendencia mórbida», para sentenciar que la «imaginación popular» era el motor en la ejecución de crímenes como los citados. Es decir, aquellos donde el robo era el móvil de «actos absurdos». Con esas palabras, Sorondo azuzó la opinión pública y el debate respecto a qué tan severas debían ser las penas en el Distrito Federal: «¡Crímenes inútiles! El único medio de contener tales instintos, hasta cierto límite, es la sentencia de muerte. Las penas actuales, se puede comprobar, no amedrentan a los criminales».⁵³

Entre los días 4 y 6 de mayo, la prensa informó el éxito de la policía en la captura de quienes aparentemente habían cometido el homicidio: «son cuatro sujetos de la clase del pueblo, de tipo vulgar completamente»,⁵⁴ quienes al confesar los hechos adujeron que su único objetivo había sido entrar a la casa para robar, pues aseguraron que la dueña guardaba importantes cantidades de dinero. Cada uno de los inculpados coincidió en decir que el botín había sido menor, uno dijo haber recibido doce pesos, y otro únicamente 50 centavos. Con las pesquisas se aclaró que el monto total fue de 40 pesos; y a decir de la prensa, «por esa misérrima cantidad dieron muerte a una virtuosa anciana».⁵⁵ Por las declaraciones procesales se supo que Rosario Estrada trabajó como jardinero en casa de la víctima y que era el responsable de tramitar el plan para robarla, con tal objetivo, instó a su hijastro (Julio Yescas) para que en compañía de Pedro Estrada entraran a la casa, mientras Luz Flores en calidad de «aguadora» (la que da aviso) cuidara la entrada.

El juez Galindo instruyó el proceso contra estos cuatro individuos por los delitos de robo con violencia, ataque con arma blanca y homicidio calificado con premeditación, alevosía y ventaja. Si bien la acusación en un principio recayó por igual en todos los involucrados, los alegatos formulados por el ministerio público acotaron los grados de responsabilidad. De acuerdo con la petición ministerial, las pruebas aportadas en el pro-

51 Piccato, Pablo, «Los asesinos celebrados», en: *Nexos*, n. 453, vol. 37, México, septiembre de 2015, pp. 18-20.

52 Anónimo, «Horrible crimen en Tlalpan. Dama muerta como la Srta. Aznar», *Excélsior*, 2 de mayo de 1933, 2ª secc., p. 1.

53 Sorondo, Xavier, «Cómo vamos viviendo: Crímenes inútiles», *Excélsior*, 2 de mayo de 1933, 2ª secc., p. 5.

54 Anónimo, «Los asesinos de Tlalpan, presos», *Excélsior*, 4 de mayo de 1933, 2ª secc., p. 1.

55 Anónimo, «Todos los asesinos de la señorita Elizalde quedaron ya confesos», *Excélsior*, 5 de mayo de 1933, 2ª secc., p. 1.

ceso sugirieron que la comisión de los tres delitos señalados la habían efectuado todos los implicados a excepción de Luz Flores, a quien únicamente se le acusó por el delito de robo con violencia (sanción que podía alcanzar entre seis meses y tres años de prisión) puesto que se demostró su nula participación en el homicidio y desconocimiento de que éste hubiera sido efectuado. El pedimento del ministerio público respecto a los demás aludió a sanciones por acumulación, entre las que figuró la establecida en el artículo 320 del código penal de 1931 (trece a veinte años de prisión por homicidio calificado).

El 19 de octubre de 1934 el juez Daniel Galindo dictó la sentencia del proceso según la siguiente argumentación. Después de un repaso de las declaraciones rendidas por cada uno de los procesados y de las contradicciones derivadas de los careos, el juez señaló que la responsabilidad de Julio Yescas en el homicidio había sido demostrada por su propia confesión de los hechos y, si bien este había expresado no haber tenido intención de privar de la vida a la mujer a la que pretendieron robar «cooperó de manera importantísima en el homicidio». En virtud de ello, no podía sino imponerle la sanción correspondiente por dicho delito bajo las calificativas de premeditación y ventaja, misma sanción que era aplicable a Rosario Estrada, su padrastro.

Respecto a la responsabilidad de Pedro Estrada por el mismo delito, el juez concluyó que no obstante la acusación sostenida en su contra atribuyéndole una conducta en el desarrollo del crimen, quedó demostrado que éste no tuvo mayor intervención en los hechos que la de entrar en la casa y conocer de lo sucedido, por lo que dictó su inocencia, eximiéndolo al mismo tiempo del delito de robo. Respecto a este último delito, el juez del partido judicial de Coyoacán consideró probada la responsabilidad de los inculpados Flores, Yescas y Estrada.

Reuniendo estas reflexiones, el cómputo de las sanciones se apoyó en la valoración de la personalidad de los tres procesados considerados culpables. De acuerdo con el argumento del juzgador, Yescas era un hombre muy joven (de 22 años de edad), «analfabeta, de humilde condición social», asimismo, que «el carácter desalmado de su padrastro, si no disculpa sus delitos, por lo menos hace verosímil que no delinquiró por movimiento espontáneo suyo, sino por sugerencias de su padrastro», aspectos considerados como condiciones atenuantes.⁵⁶ Del tan aludido Rosario Estrada, el juez señaló que era «un ebrio consuetudinario y de sentimientos crueles aun con personas de su misma familia [...], por lo que es más odioso su delito cometido en compañía de un familiar a quien no debía dar tan penoso ejemplo», por lo que dichas condiciones se configuraban como agravantes. Finalmente, de Luz Flores aseveró «es tan ruda e ignorante como sus dos coacusados», pero consideró que su participación en el robo había sido secundaria al limitarse a vigilar y cuidar la entrada de la casa. Con base en lo señalado, el juez sentenció a Rosario Estrada a 16 años y un mes de prisión, a Julio Yescas a 13 años y un mes de prisión, mientras que a Luz Flores la condenó a diez meses de prisión y al pago de una multa de diez pesos o, en su defecto, diez días más de

56 AGN, TSJDF, AH. 1, Caja 2660, Exp. 542563, Foja 153.

prisión (condena que ya había sido cumplida al momento del fallo). La peligrosidad de los delincuentes fue una concepción del positivismo penal que emergió en la sentencia.

Garofalo argumentaba que «al juez solamente correspondería asignar la especie concreta de peligrosidad del reo, que previamente estaría clasificada y señalada por el legislador».⁵⁷ Para el autor de *La criminología*, existían rasgos biológicos y sociales que determinaban en los delincuentes distintos estados patológicos, anormales o de degeneración (congénita o por causas exteriores), sobre los que la sociedad debía reaccionar de manera racional (defensa social).⁵⁸ La idea cardinal en el planteamiento de Garofalo consistía en comprender que las circunstancias particulares del individuo eran «la piedra de toque para juzgar su carácter» y la consecuente sanción con base en un fundamento jurídico. A diferencia de lo planteado por la escuela clásica, la escuela positivista aspiró a sentar las bases para juzgar no la magnitud del delito en sí mismo, sino al delincuente, al individuo y las causas que lo habían impelido hacia el delito. La peligrosidad buscó expresar la evidencia empírica asociada a las condiciones del criminal y sostener un indicativo determinante para imponer la segregación o alguna otra medida de seguridad que el juez tendría por labor especificar. Es decir, la definición jurídica de la sanción como un fin de defensa social ante el estado peligroso del individuo significaba en términos prácticos que para su aplicación no debía atenderse a las consecuencias del delito, sino a las causas que lo produjeron, y cuyos efectos futuros había que impedir.

En las sentencias dictadas por Daniel Galindo se hallan estas reflexiones que sugieren la profunda influencia del positivismo y de la antropología criminal en su razonamiento jurisdiccional, aun cuando no citara referencias expresas. En tal sentido, es importante resaltar la idea de que un individuo construye su conocimiento junto a los libros, pero también frente a la experiencia ordinaria, como advierte Valero Pie.⁵⁹ Para el caso analizado en este texto, la formación jurídica y función judicial de Daniel Galindo en el contexto de la posrevolución revelan a un jurista imbuido no solo en una discusión doctrinaria particular, sino a un personaje sensible y reflexivo de la sociedad de su tiempo. Las alusiones explícitas al medio social, personalidad, vivencias, valores y motivos de las transgresiones en relación con los dictados de la ley, así lo apuntan. Por supuesto, en dichas observaciones también es posible conjeturar prácticas discursivas en torno a modelos sociales basados en estereotipos, roles de género y discriminación; interpretaciones complejas acerca de los sujetos criminales en un tiempo y espacio con particularidades inherentes.⁶⁰

57 Maneiro, Carlos, «La escuela criminológica positivista», en: *La Justicia. Revista mensual de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo XVI, n. 224, abril de 1946, pp. 8168-8169.

58 Garofalo, Raffaele, *La criminología*, trad. Pedro Dorado Montero, Madrid, La España moderna, p. 90.

59 Valero Pie, Aurelia, «Sobre la vida en rodajas o el (sin)sentido de la biografía intelectual», en: *Fractal*, n. 87, <https://www.mxfractal.org/articulos/RevistaFractal87Valero.php>, consultado el 20 de enero de 2022.

60 Pierre Bourdieu ha referido que «toda condena presupone la afirmación de la identidad por encima del tiempo de aquel que ha cometido el crimen y del que sufre el castigo», porque al tratarse de un acto nominativo, compromete un porvenir a largo plazo. En «La ilusión biográfica», *Acta Sociológica*, n. 56, septiembre-diciembre de 2011, p. 126.

La función de Daniel Galindo como juez mixto de primera instancia en Coyoacán concluyó en 1934. En su lugar se nombró al abogado Raúl Carrancá y Trujillo quien se desempeñaba como juez vigésimo segundo de la octava corte penal en la Ciudad de México, corte que para 1935 fue disuelta aparentemente por el número tan bajo de casos instruidos y resueltos. Sobre este trayecto cabría preguntarse si durante los años que Daniel Galindo estuvo al frente de la impartición de justicia en aquella localidad ¿pensó en algún momento que su juzgado era la «cloaca» la ciudad?, como aseguró sentir Luis Garrido en su propia experiencia.⁶¹ ¿La aparente precariedad del puesto (en salario y condiciones materiales del juzgado) lo hizo pensar en un ascenso en la estructura judicial?⁶² ¿Buscó ese ascenso en la Corte o fue una designación fortuita?

4. LA EXPERIENCIA EN LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

En México las decisiones políticas no necesariamente encuentran o han encontrado justificación en razones jurídicas. Los límites impuestos desde el orden jurídico a los distintos poderes y niveles de gobierno constituyen en los Estados democráticos de derecho una garantía de legalidad y funcionalidad institucional, cuyo aspecto formal o de derecho es la cimiento del entramado orgánico que solo a través de su reforma posibilita el cambio de funciones y atribuciones entre sus órganos.

Al analizar la Constitución Federal y las múltiples reformas desde su promulgación en 1917, se comprende que un número importante de cambios han operado precisamente para dotar de soporte jurídico a los deseos fraguados en especial desde el ámbito presidencial —con independencia de que éstos sean pertinentes, adecuados, coherentes e incluso necesarios para la funcionalidad orgánica estatal—. De acuerdo con Sergio García Ramírez, las propuestas para alterar el orden jurídico para servir al orden político han sido recurrentes a lo largo del tiempo. Desde la perspectiva histórica, la reforma constitucional de 1934 sugiere algunos de los dilemas en las formas, cuyas modificaciones se concretaron en particular para la Suprema Corte con implicaciones para un conjunto de actores. Pablo Mijangos ha denominado a este contexto como «la larga tormenta revolucionaria» (período entre 1910-1940), que significó para la Corte probablemente la época más inestable de su historia.⁶³

1934 fue un año electoral. Con el triunfo de Lázaro Cárdenas, la estructura legislativa se activó de inmediato con el propósito de dar cauce, por un lado, a los objetivos del plan sexenal del gobierno federal entrante (por ejemplo, con la reforma del artículo 3 constitucional para instaurar la educación socialista, lo mismo en relación con la

61 Garrido, Luis, *op. cit.*, p. 203.

62 Con frecuencia, Daniel Galindo incorporó en sus sentencias una nota para indicar que la transcripción del fallo había presentado retrasos por carecer de máquina de escribir. La precariedad de los juzgados en recursos materiales y humanos fue documentada por la prensa de la época.

63 Mijangos y González, Pablo, *Historia mínima de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, El Colegio de México, 2019, p. 104.

materia laboral y energética), y por el otro, de construir una hegemonía política (para centralizar el poder). De esta forma, y aun antes de asumir el cargo de presidente de la república, Lázaro Cárdenas desplegó la capacidad de su proyecto a fin de materializar la centralización del poder político y eliminar deliberadamente contrapesos que limitaran su presidencia.

Con una iniciativa presentada en septiembre de 1934 a través del Partido Nacional Revolucionario (PNR), Cárdenas planteó la reforma de los artículos 73, 94, 95 y 97 de la Constitución, relativos a la reglamentación de la función jurisdiccional e integración de los órganos del poder judicial de la federación y del Distrito y Territorios Federales. El 15 de diciembre se publicó en el DOF el decreto de reformas. Entre los efectos inmediatos figuró la supresión de la inamovilidad judicial, aspecto que condicionó a períodos de seis años los cargos de ministro de la Suprema Corte y también de jueces y magistrados. De esta forma, la voluntad presidencial derivó en la renovación de los miembros de la judicatura y la designación de nuevos ministros y magistrados.⁶⁴ En este escenario de gran efervescencia política fue que todos los ministros que hasta ese momento integraban la Corte presentaron su (exigida) renuncia. En palabras de Aurelio Bravo Izquierdo, «el presidente necesitaba su Corte y la organizó, después de darle un hachazo a la Constitución».⁶⁵

Entre los antecedentes inmediatos del cambio constitucional se observa que de acuerdo con la reforma de agosto de 1928 la Corte se integraba por 16 ministros, se dividía en tres salas de cinco ministros cada una y los nombramientos eran facultad del presidente de la república con aprobación del senado (artículos 94 y 96). El cargo era vitalicio, cuya remoción solo era posible en caso de mala conducta, previo juicio de responsabilidad. Por otro lado, el artículo 99 señalaba que la renuncia de ministros únicamente era procedente por causas graves, sometidas a valoración del ejecutivo que, en caso de aceptarlas, debía enviarlas al senado para su aprobación (esta última disposición continua vigente en el artículo 98 constitucional).

Con la reforma de 1934 estos presupuestos cambiaron de forma radical. La Corte creció en número de salas e integrantes: con 21 ministros, se dividió en cuatro salas con cinco ministros en cada una. Sin embargo, la modificación más comentada concernió a la temporalidad del cargo, el cual dejó de ser vitalicio y se acotó a un período de seis años (como el presidencial). Así, contra toda lógica constitucional y jurídica, el artículo segundo transitorio del decreto fijó la fecha del 31 de diciembre de 1934 para que los ministros de la Corte y los magistrados del TSJDF cesaran en sus funciones (aun cuando la renuncia de los ministros procedía solo por causas graves), pauta que a partir del 1 de enero de 1935 permitió a una nueva judicatura tomar posesión según los designios del presidente Cárdenas. En este orden de transición política y jurídica, Daniel Galin-

64 León y González, Samuel, «Cárdenas y la construcción del poder político», en: León y González, Samuel (coord.), *El cardenismo, 1932-1940*, México, FCE, 2010, p. 39.

65 *El Economista*, 15 de mayo de 1939.

do alcanzó la cima en la estructura judicial. De juez mixto de primera instancia del partido judicial de Coyoacán ascendió a ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (para el período comprendido del 1 de enero de 1935 al 31 de diciembre de 1940), nombramiento que indica la filiación y cercanía política del personaje con el titular del ejecutivo federal y el partido en el poder, sin excluir, por supuesto, los méritos que en trayectoria, capacidades y conocimiento pudo haber acreditado.

Los cambios descritos fueron abordados por la opinión pública sin caer en señalamientos negativos. *El Universal* sugería que los futuros jueces debían ser poseedores de grandes méritos «pues de otra suerte no estaría justificada la supresión de la inamovilidad».⁶⁶ Por su parte, el periódico *Excelsior* al resaltar el contenido de las iniciativas del ejecutivo subrayaba el grave problema de la justicia en México.⁶⁷ Por supuesto, el sistema de justicia federal y local se articulaba con grandes dificultades de forma y de fondo. En la víspera de cambio de la depuesta Corte, el ministro presidente, Francisco H. Ruiz, informó que aún con el trabajo incesante de los ministros no había sido posible poner al corriente el despacho de los asuntos, cuyo rezago acumulado a lo largo de once años era «copiosísimo». En sus palabras, los ministros eran las víctimas y no los causantes del rezago, motivo por el cual observó de manera favorable la integración de un mayor número de ministros y la creación de una nueva sala dedicada a resolver los juicios en materia laboral. Cabe mencionar que el ministro H. Ruiz, fue ratificado por Cárdenas para continuar en sus funciones, es probable que por esta razón sus palabras hayan sido más bien benignas ante tales cambios.

La designación de los nuevos ministros no fue ajena a las tensiones entre distintos grupos, voces y personajes que buscaron posicionar perfiles afines a sus intereses en el más alto tribunal. El Sindicato de Abogados del Distrito Federal opinó que las designaciones debían recaer en hombres capacitados, pero en especial «identificados con el sector más avanzado de la Revolución, para que la aplicación de las leyes se haga con amor y fidelidad de los postulados de nuestro movimiento social».⁶⁸ Por su parte, la Academia Mexicana de Legislación y Jurisprudencia, propuso una lista de candidatos entre los que se encontraban los juristas José Ángel Ceniceros, Paulino Machorro Narváez y Nicéforo Guerrero.

En esta tesitura, hacia mediados de diciembre de 1934 el presidente de la república estudiaba los perfiles y propuestas enviadas por agrupaciones profesionales del país, logias masónicas, legislaturas de los estados y numerosos particulares y políticos.⁶⁹ La

66 Anónimo, «Cómo debe elegirse a los funcionarios del nuevo poder judicial», *Excelsior*, 18 de diciembre de 1934, 1ª secc., p. 9.

67 Anónimo, «Grave problema de la justicia en México», *Excelsior*, 15 de diciembre de 1934, 1ª secc., p. 1.

68 Cabrera Acevedo, Lucio, *La Suprema Corte de Justicia durante el gobierno del general Lázaro Cárdenas (1935-1940)*, Tomo I, México, SCJN, 1999, p. 38.

69 Entre las comunicaciones de particulares sobresale la del señor José Aguilar, quien expresó al presidente Cárdenas su desacuerdo con la propuesta de que el juez penal en la Ciudad de México, Ángel Escalante, pudiera ser nombrado ministro de la Corte porque «no es de convicciones revolucionarias [...] es uno de los jueces que más injusticias ha cometido [pues en su juzgado] aquel que carecía de

toma de protesta de los ministros ocurrió el 27 de diciembre. Del grupo cabe destacar la experiencia que en el ámbito judicial acreditaban la mayoría de los perfiles como jueces locales, jueces de distrito, magistrados y tres de ellos incluso como ministros. Después de la ceremonia de protesta en la Cámara de Senadores, los nuevos funcionarios acudieron a una recepción con el presidente Cárdenas, reunión en la que el ministro Daniel Valencia expresó que «estaban animados de un anhelo de trabajar estrechamente unidos con el poder ejecutivo, para apoyar en todo la amplia labor revolucionaria». ⁷⁰ El 1 de enero de 1935 se instaló el pleno de la recién integrada Corte, a cuya sala penal se incorporaron José Ortiz Tirado, Rodolfo Asiain, Rodolfo Chávez, Hermilo López Sánchez y Daniel Galindo (imagen 1).

Imagen 1. Ministro Daniel Galindo Esparza.



Fuente: Casa de la Cultura Jurídica, Tlaxcala.

Una de las voces que contrarió la pertinencia de la reforma judicial e incluso descalificó la integración de la nueva Corte, fue la del jurista Eduardo Pallares. De acuerdo con su lectura sobre aquellos acontecimientos, advertía que la Corte se había convertido en «una institución política al servicio del partido dominante [...] la corte ha cercenado su jurisdicción con objeto de servir a los otros dos poderes y plegarse a los imperativos de la política». En consecuencia, acusaba a los ministros de desvirtuar la labor del alto tribunal que, en lugar de «proclamar la Constitución ante todo», lo hacían en el sentido de «la revolución ante todo». ⁷¹ Otra voz crítica fue la de Luis Cabrera quien cuestionó en particular la autonomía de la cuarta sala (en materia laboral), pues desde su perspectiva se trataba de un brazo más del ejecutivo en el poder judicial.

dinero era condenado». En la misiva también lo señalaban como «un elemento clerical». La presunta candidatura de Escalante no prosperó. AGN, Presidentes, Lázaro Cárdenas, Caja 543, Exp. 446.3/3.

⁷⁰ Anónimo, «Protestaron los ministros de la Corte», *Excelsior*, 28 de diciembre de 1934, 1ª secc., p. 3.

⁷¹ Cabrera Acevedo, Lucio, *op.cit.*, p. 75.

La sala penal tuvo su propio relieve. Por ejemplo, desahogó asuntos relativos al indulto, cuya procedencia avaló prácticamente en todos los casos limitando con ello la discrecionalidad de los gobernadores para otorgarlo según su juicio; también, en relación con el de abandono de personas, analizado como agravante en los delitos de lesiones y homicidio. En los informes de los años 1935 y 1936, el ministro presidente de la sala, José Ortiz Tirado, subrayó la buena marcha en el trámite de los asuntos, asimismo, que los criterios de la sala habían sido respetuosos con la jurisprudencia establecida con anterioridad, solo apartándose en lo que correspondía a las «nuevas teorías en derecho penal» de acuerdo con la codificación vigente.⁷² Una afirmación a la que se deben conceder ciertas reservas.

El ministro Daniel Galindo en varias discusiones emitió votos particulares apartándose del criterio de sus colegas, lectura que sugiere algunos aspectos fundamentales: el primero, en torno a su reflexión judicial y personalidad, colocándolo como un jurista con una posición individual relevante en la deliberación colegiada; y el segundo, relativo a la independencia institucional al articular votos y argumentos en tanto elementos por antonomasia de la labor jurisdiccional. Desde esta perspectiva, César Astudillo ha señalado que «el voto particular se encuentra claramente orientado a dar cabida al disenso de aquellos ministros que se encuentran en el grupo minoritario, o bien de algunos de ellos en lo individual. En este sentido, un voto particular es, en esencia, un *voto disidente* que hace patente la discrepancia de un ministro, o de un grupo de ministros, en torno al sentido de la decisión tomada por la mayoría, y, por consiguiente, de las razones, criterios o argumentos que la acompañan».⁷³

Uno de los asuntos con voto particular del ministro Galindo correspondió al *amparo a favor de un marido que mata a su esposa por adulterio e injurias* (sesión del 3 de agosto de 1935). La sentencia de primera instancia declaró absuelto al procesado por el delito de homicidio al considerar que había actuado en defensa legítima de su honor. En apelación, la sexta sala del TSJDF condenó al procesado a dos años y cuatro meses de prisión, sanción injusta en palabras de la defensa que alegó la indebida aplicación del código penal (el artículo 15 señalaba como circunstancia excluyente de responsabilidad obrar el acusado en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes). La primera sala de la Corte otorgó el amparo contra dicha sentencia, el voto disidente fue el de Daniel Galindo quien se apartó de tal razonamiento. Sin duda se trató de una postura reflexiva sobre la legislación penal de la época en relación con violencias de género escuchadas en motivaciones de aparente honor. En el sumario del asunto se lee:

las simples injurias verbales no constituyen una provocación suficiente para servir de excusa, alegando defensa del honor, al homicidio o a las lesiones que les han seguido, pues para que dicha defensa exista [...] se necesita que no se trate de una simple injuria cuya reparación pueda ser obtenida más tarde por la justicia,

72 Cabrera Acevedo, Lucio, *op.cit.*, p. 245.

73 Astudillo, César, «El voto particular. Tipología, regulación y significado», en: Astudillo, César y Cossío Díaz, José Ramón (coords.), *Organización y funcionamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Tomo II, México, Tirant lo Blanch, UNAM, IJ, 2020, p. 1162. Énfasis en el original.

sino cuando se trate de prevenir una afrenta tan grande que, en caso de suceder, perjudicaría irremediablemente al ofendido.⁷⁴

La esencia del asunto muestra un razonamiento mayoritario con gran influencia de la escuela clásica penal decimonónica. Con ello, es posible que la formación profesional y práctica del ministro Galindo en la escuela positivista fuera el asidero para sostener la disidencia de su voto e incluso aventurar una perspectiva institucional de su tarea con base en el cambio jurídico. El análisis de las voces de la Corte y de sus ministros es fundamental desde la perspectiva histórica para comprender la construcción interpretativa del derecho, de sus alcances y relevancia en la formación del orden y sistema jurídicos en México. Tarea pendiente para los estudios históricos del derecho.

Con una carrera de éxito y experiencias importantes en el plano profesional, personal y familiar, la tragedia terminó con la vida del ministro Daniel Galindo. La noche del 23 de noviembre de 1937, mientras transitaba sobre la carretera a Cuernavaca (Tlalpan), el coche en el que viajaba con algunas otras personas fue impactado por un camión de carga. El ministro fue el único con lesiones mortales.⁷⁵ Con ello quedaban atrás los días de sol en Coyoacán, los viajes en tranvía de la Colonia Roma (calle de Tlaxcala) al centro de la ciudad, las tardes de toros y las ovaciones en los juegos del Necaxa los fines de semana (equipo de fútbol del que era seguidor), las noches de trabajo y los desayunos en familia escuchando radionovelas y noticias.

El trágico evento conmocionó a la opinión política y jurídica de la ciudad y del país. La prensa hizo eco de las palabras de consuelo y homenajes a la trayectoria del jurista. Las condolencias remitidas a la Suprema Corte por los gobernadores, presidentes de los poderes judiciales locales, jueces, embajadores y demás funcionarios diplomáticos, así como por el presidente de la república, secretarios de Estado y legisladores, sugieren el lacónico velo de solemnidad que cubrió a la estructura institucional en la despedida del ministro. El 24 de noviembre, al día siguiente del fallecimiento de Daniel Galindo, el alto tribunal acordó suspender labores durante tres días y enlutar la tribuna del salón de acuerdos y los balcones del edificio «como manifestación de duelo».⁷⁶

5. CONSIDERACIONES FINALES

El análisis del personaje y de su tiempo es una preocupación historiográfica importante desde la perspectiva social y cultural del derecho. Tratar de reconocer al individuo en sus líneas más finas para comprender su devenir y circunstancias, posibilita

74 Cabrera Acevedo, Lucio, *La Suprema Corte de Justicia durante el gobierno del general Lázaro Cárdenas (1935-1940)*, Tomo II, México, SCJN, 1999, p. 315.

75 Anónimo, «Murió trágicamente anoche un ministro de la Suprema Corte», *Excélsior*, 24 de noviembre de 1937.

76 Mediante solicitud presentada en la plataforma nacional de transparencia tuve acceso al expediente del ministro Galindo. El documento enviado desde la Unidad General de Transparencia y Sistematización de la Información Judicial de la SCJN consta de 68 fojas, en su mayoría correspondencia de pésames.

el diálogo con voces y procesos históricos dinámicos, muchas veces atenuados por el paso inexorable del tiempo. El caso de Daniel Galindo, un abogado que durante la posrevolución fue parte de la élite política y jurídica mexicana constata la efectividad de la educación profesional en términos de movilidad social durante el siglo pasado. El indiscutible mérito en manos de quien pudo y supo aprovechar las oportunidades del momento, revela a un jurista con una sólida formación educativa y una evidente habilidad para leer el escenario en el que transitó. Así lo constatan las relaciones políticas cultivadas por Daniel Galindo a lo largo de su vida.

Estos apuntes biográficos aportan elementos para conocer a un abogado con relevancia para la historia del derecho mexicano. Su paso por la judicatura local del Distrito Federal se ubicó en un momento de cambio jurídico e institucional, cuyos avances y repliegues en materia penal trascendieron buena parte del siglo pasado, incluso con resabios hasta el presente. Con su arribo a la Suprema Corte de Justicia en 1934 (imagen 2), evidencia de la manipulación constitucional dirigida por el presidente Cárdenas, es posible identificar los alcances de la libertad jurisdiccional en voz de sus integrantes. A través de los votos particulares o disidentes que emitió Daniel Galindo siendo ministro se abre una ventana para profundizar en nociones sustantivas de la Corte y procesos constructivos del derecho en México.

Imagen 2. Ministro Daniel Galindo Esparza.



Fuente: Colección particular Víctor Manuel Payró Galindo.

6. REFERENCIAS

Archivo y hemerografía histórica

Archivo Histórico de la Universidad de Guadalajara

Fondo Instituciones Educativas de Jalisco, Escuela de Jurisprudencia (UDG, AH, IEJ, JUR)

Archivo General de la Nación

Fondo Presidentes (AGN, Presidentes)

Fondo Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (AGN, TSJDF)

Boletín Oficial de Información (1927)

El Economista (1939)

Excélsior (1929-1937)

Bibliografía

Astudillo, César, «El voto particular. Tipología, regulación y significado», en: Astudillo, César y Cossío Díaz, José Ramón (coords.), *Organización y funcionamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Tomo II, México, Tirant lo Blanch, UNAM, IIJ, 2020, 1600 pp.

Becerra Juárez, Efraín, *Historia de las bibliotecas en Sinaloa*, México, CONACULTA, 1996, 172 pp.

Benza, Gabriela, *El estudio de las clases medias desde una perspectiva centrada en las desigualdades en oportunidades de vida*, México, UNAM, 2014, 121 pp.

Bourdieu, Pierre, «La ilusión biográfica», en: *Acta Sociológica*, n. 56, septiembre-diciembre de 2011, 8 p.

Cabrera Acevedo, Lucio, *La Suprema Corte de Justicia durante el gobierno del general Lázaro Cárdenas (1935-1940)*, Tomos I y II, México, SCJN, 1999.

Camp, Roderic A., «Quiénes alcanzan la cumbre. La élite política mexicana», en: *Foro Internacional*, Vol. XIX, 1 (73) julio-septiembre de 1978, 38 pp.

Colín Martínez, Jessica, «José Almaraz. Esbozo biográfico de un jurista de la primera mitad del siglo XX», en: Mayagoitia, Alejandro, Cruz Barney, Oscar, Téllez G., Mario y Colín Martínez, Jessica: *Estudios para la historia de la abogacía en México. Hombres de toga*, México, UNAM, IIJ, INCAM, UAM-C, en prensa.

Coral, Emilio, «La clase media mexicana: entre la tradición, la izquierda, el consumismo y la influencia cultural de Estados Unidos (1940-1970)», en: *Historias*, n. 63, enero-abril de 2006, 24 pp.

Cueva Perus, Marcos, «Clase media, poder y mito en el México posrevolucionario: una exploración», en: *Estudios Políticos*, n. 20, mayo-agosto de 2010, 25 pp.

Estrada, Genaro, Olea, Héctor R. e Ibarra U., Julio, *Don Eustaquio Buelna. La universidad de Sinaloa y su historia. Hacia una nueva Universidad*, México, Universidad de Sinaloa, 46 pp.

Garofalo, Raffaele, *La criminología*, trad. Pedro Dorado Montero, Madrid, La España moderna, 474 pp.

Garrido, Luis, *El tiempo de mi vida. Memorias*, México, Porrúa, 1974, 440 pp.

González Oropeza, Manuel y Cienfuegos Salgado, David, *Digesto constitucional mexicano. Baja California Sur*, México, SCJN, 2010, 1172 pp.

- Guerra, François-Xavier, «La revolución mexicana en una perspectiva secular: las mutaciones del liberalismo», en: Servin, Elisa y Reina, Leticia (coords.): *Crisis, reforma y revolución. México: historias de fin de siglo*, INAH, Taurus, México, 2002.
- León Portilla, Miguel y Piñera, David, *Baja California. Historia breve*, México, El Colegio de México, FCE, 2012, 242 pp.
- León y González, Samuel, «Cárdenas y la construcción del poder político», en: León y González, Samuel (coord.), *El cardenismo, 1932-1940*, México, FCE, 2010.
- Loaeza, Soledad, *Clases medias y política en México. La querella escolar, 1959-1963*, México, El Colegio de México, 1988, 427 pp.
- Maneiro, Carlos, «La escuela criminológica positivista», en: *La Justicia. Revista mensual de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo XVI, n. 224, abril de 1946, 4 p.
- Mijangos y González, Pablo, *Historia mínima de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, El Colegio de México, 2019, 306 pp.
- Peregrina, Angelica, *Ni universidad ni instituto. Educación superior y política en Guadalajara (1867-1925)*, México, Universidad de Guadalajara, 2006, 266 pp.
- Piccatto, Pablo, «Los asesinos celebrados», en: *Nexos*, n. 453, vol. 37, México, septiembre de 2015, 3 p.
- Portes Gil, Emilio, *Quince años de política mexicana*, pról. Alfonso Teja Zabre, México, Ediciones Botas, 1954, 575 pp.
- Ramos, Samuel, *El perfil del hombre y la cultura en México*, México, Colección Austral, 2001 (1934), 145 pp.
- Sefchovich, Sara, *La suerte de la consorte. Las esposas de los gobernantes de México: historia de un olvido y relato de un fracaso*, México, Océano, 2017.
- Valero Pie, Aurelia, «Sobre la vida en rodajas o el (sin)sentido de la biografía intelectual», en: *Fractal*, n. 87, <https://www.mxfractal.org/articulos/RevistaFractal87Valero.php>, consultado el 20 de enero de 2022.
- VV.AA., «Breve reseña sobre las epidemias en Jalisco, México», en *Revista Médico-Científica de la Secretaría de Salud Jalisco*, Año 8, n. 2, mayo-agosto de 2021.
- Zepeda Lecuona, Guillermo Raúl, *Semblanza biográfica de Francisco H. Ruiz*, México, El Colegio de Jalisco, 2020, 76 pp.

LA IMPORTANCIA DE LA FILOSOFÍA EN EL DERECHO

JOSÉ ANTONIO DACAL ALONSO

RESUMEN: El texto pretende exponer la trascendencia de la filosofía en las ciencias jurídicas, para los profesionales y las personas interesadas en esa dimensión de la cultura.

También se propone desmitificar y señalar los límites de un solo modelo de conocimiento: el científico, en detrimento de otros igualmente legítimos y válidos, que se utilizan en el Derecho. Así mismo destacar la relevancia de la persona humana con sus derechos fundamentales e igualmente el significado del positivismo y el iusnaturalismo en el centro de la vida jurídica.

ABSTRACT: The text aims to expose the importance of philosophy in legal sciences, both for professionals and for people interested in this dimension of culture.

Likewise, it is proposed to demystify and point out the limits of a single model of knowledge: the scientific, to the detriment of others equally legitimate and valid, which are used in Law. Also highlight the relevance of the human person and their fundamental rights and the meaning of positivism and natural law at the center of legal life.

PALABRAS CLAVES: Ciencia, Filosofía, Derecho, Persona, Positivismo, Naturalismo.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. LA FILOSOFÍA Y LA SOCIEDAD. 2. LA CIENCIA Y SUS MODALIDADES. 3. LA DEFINICIÓN DE FILOSOFÍA Y SU DIVISIÓN. 4. LA ANTROPOLOGÍA FILOSÓFICA Y EL DERECHO. 4.1. La Epistemología y la argumentación jurídica. 5. LA LÓGICA JURÍDICA. 6. LA ONTOLOGÍA Y LA DEBITUD. 7. LA JUSTICIA Y LA NEGACIÓN DEL DERECHO. 8. LA ÉTICA Y LA AXIOLOGÍA JURÍDICA. 9. EL POSITIVISMO Y EL IUSNATURALISMO. 10. LOS DERECHOS HUMANOS. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Con motivo de la conferencia intitulada: “La importancia de la Filosofía en el Derecho”, pronunciada el día 26 de octubre de 2021 por el autor de este trabajo a la comunidad de la Escuela Libre de Derecho, por amable invitación de sus autoridades a través del Dr. Rodolfo Gómez Alcalá y la posterior sesión de preguntas por la distinguida audiencia, me fue solicitada esta colaboración.

El propósito es responder —con mayor claridad si es posible— a preguntas y temáticas que se reiteran en el campo jurídico y el papel que la filosofía pueda desempeñar para una mayor comprensión de esos tópicos y al mismo tiempo coadyuvar a entender mejor las problemáticas y las inquietudes que los profesionales de la abogacía viven cotidianamente.

1. LA FILOSOFÍA Y LA SOCIEDAD

La filosofía a diferencia de otras disciplinas, artes y oficios no goza a nivel social como actividad profesional o *modus vivendi*, de un amplio y claro reconocimiento como sucede en otros ámbitos *v.gr.* ingenierías en sus múltiples modalidades, medicina, química, arquitectura, abogacía, administración de empresas, comunicación, modalidades artísticas, entre otras formas de acciones humanas.

En el caso de la filosofía su contenido o materia escapa a una primera intuición o evidencia de sus contenidos a los observadores. Surge la pregunta: ¿qué es filosofía? No se percibe por una gran mayoría de personas el contenido de este saber. Lo habitual es que se generen comentarios como: “si vas a estudiar filosofía, te vas a morir de hambre”. En nuestra sociedad —y no es reproche— casi no falla tal comentario. Otro no menos infrecuente es: “que persona tan rara”, o “¿qué droga consume?”, entre otros calificativos sobre la personalidad del interesado en estudiar algo tan etéreo como la filosofía.

Por otro lado, es innegable que los seres humanos no estamos exentos de prejuicios, errores e incomprensiones respecto del ser y quehacer de otras profesiones y las expresiones verbales sobre abogados, médicos, contadores y un largo etcétera nos revelan esa dimensión de intolerancia hacia los demás en sus profesiones, oficios, artes y en otros múltiples aspectos de la vida.

Independientemente de lo anterior, resulta en principio —al menos potencialmente y no numéricamente— que requerimos de los bienes y servicios que producen y prestan otros para resolver nuestras necesidades, tan ingentes y agobiantes y esto nos debe hacer reflexionar sobre nosotros y los demás y la trascendencia de las actividades profesionales y la colaboración entre todos.

La situación de la filosofía no fue así de extraña como lo es hoy para la sociedad occidental. Como sabemos, los primeros filósofos surgieron en Grecia en el siglo VI antes de Cristo y los que siguieron fueron apreciados socialmente hasta el siglo XVIII de la era actual. Eran reconocidos socialmente porque los astrónomos, los físicos, los químicos, los botánicos, los zoólogos, los matemáticos, los médicos, los teólogos, los literatos, los artistas plásticos, los arquitectos, etc. eran considerados filósofos, además de diestros en sus ciencias. En otras palabras, durante muchos siglos no existía la separación —hoy tan drástica— entre la filosofía, las ciencias, las artes y los oficios como acontece actualmente.

La ruptura se hace derivar de la época histórica llamada Modernidad, que inicia convencionalmente con la caída de Constantinopla en 1453 después de Cristo. A finales del siglo XV y comienzos del XVI surge el Renacimiento entendido como una renovación en todos los órdenes de la cultura, abandonándose la visión *teocéntrica* medieval, sustituyéndola por otra *antropocéntrica*. Se realiza por España la circunnavegación del planeta tierra y con ella la primera globalización (viaje de Magallanes-El Cano 1519-1522).

A lo anterior, hay que sumar una renovación en las disciplinas científicas por obra del inglés Francis Bacon (1561-1626) y el francés Rene Descartes (1596-1650). El primero considerado padre del empirismo filosófico y el segundo estimado como el fundador de la filosofía moderna centrada en el sujeto y no tanto en el objeto o mundo. Con Descartes se inició la separación entre la filosofía y la ciencia y la propuesta del modelo matemático-geométrico para toda ciencia que se precie de tal calificativo.

Nombres ilustres como Nicolás Copérnico, Galileo Galilei, Issac Newton, Andrés Vesalio —entre otros notables visionarios— generan una transformación de las diferentes ciencias que llega hasta nuestros días con avances sorprendentes y beneficios innegables para la vida humana en la civilización urbano-industrial y que de alguna manera relegan el saber filosófico por estimarlo poco relevante, inútil e incluso como lo considera la filosofía neopositivista o analítica de cuño anglosajón (ámbito de la ciencia y tecnología actuales) como un discurso simplemente poético, aunque en su versión más actualizada este positivismo admite determinados campos filosóficos como el: ético, político, bioético, estético, religioso, entre otros.

La ciencia moderna ya no se ocupó de averiguar *propiedades* o *esencias* de los hechos de su reflexión; y si, en cambio, profundizó en las *relaciones* o *vínculos* entre los fenómenos captables y mensurables en los órdenes *cuantitativo* (físico, geométrico, matemático); *cualitativo* (químico, biológico, geológico) de manera preponderante o significativa.

El gran desarrollo de la ciencia y la tecnología no solo han beneficiado la vida humana en general, también han provocado otros problemas al medio ambiente y a las sociedades por abusos y malas decisiones de los hombres.

De todas formas, ambas expresiones culturales: la ciencia y la tecnología gozan de innegable prestigio tanto a nivel individual como social para sus cultivadores y no pasa lo mismo con los estudiosos de otros tipos de saberes como la filosofía y el derecho, o entre el arte y la teología.

2. LA CIENCIA Y SUS MODALIDADES

El filósofo Octavi Fullat (Barcelona, España, 1928) en torno al estado que guardan las relaciones entre la ciencia y la filosofía ha elaborado una tesis que me parece válida y que en síntesis presento en los términos siguientes:

Ciencias formales. Son las que se refieren a las leyes relativas a la cantidad en el orden matemático y geométrico e igualmente a las leyes del pensamiento: la lógica. Son ciencias exactas y realizan *juicios de coherencia*, es decir, que sus axiomas, teoremas o postulados mientras no se contradigan entre sí, aportan conocimientos *apodícticos* (*absolutamente* verdaderos).

Ciencias naturales. Se refieren al mundo físico: astronomía, geología, física, química, biología, etc. y estudian un ámbito que el hombre no ha creado y que le interesa co-

nocer. Formulan *juicios de verificación*, es decir, de comprobación o corroboración. Aportan conocimientos necesarios y sus resultados admiten excepciones a la regla general en algunos casos. Son conocimientos *asertóricos* (verdaderos casi siempre).

Ciencias sociales. Su objeto de estudio o materia o contenido se refiere a las acciones humanas, sean realizadas por grupos, comunidades mayores o colectividades todavía más amplias, en una palabra, por lo que se denomina la sociedad. Los juicios que se formulan son de carácter utópico, idealista, prescriptivo, axiológico, metafísico e ideológico. Aquí, el hombre no corrobora por el contrario *interpreta y significa o señala* un *sentido* a esos fenómenos colectivos. Son *juicios de valor*. Entre estas ciencias tenemos: sociología, politología, psicología, antropología, economía, derecho, comunicación, pedagogía, educación, entre otras.

Ciencias humanas. Aquí se encuentran: filosofía, historia, arqueología, etnología, antropología cultural, literatura, religiones, lingüística, teología, entre otras. Estas disciplinas tienen fuertes vínculos también con las ciencias sociales. Los juicios son eminentemente de *interpretación*, de *comprensión* y *sentido* para la vida humana. Son juicios de *transfenomenalidad*. Son saberes críticos, evaluativos, prescriptivos, metafísicos, axiológicos y en ocasiones utópicos.

El autor español escribe: “Si nuestras creencias y los fenómenos se abrazan, hablamos entonces de verdad. En caso contrario, es decir, si constatamos divergencias entre lo que creemos y lo que vemos, acostumbramos a hablar de error”¹.

Octavio Fullat nos dice que los saberes unos versan sobre el mundo y otros sobre el hombre y Dios. A los saberes de tipo matemático y referidos al mundo los llamamos *saberes científicos* y a los de las Ciencias Sociales y las Ciencias Humanas denominamos *no-saberes científicos*. Al respecto afirma: “Los enunciados no científicos no pueden ser observados ni directa ni indirectamente, por otro lado, tampoco son proposiciones *a priori*, lo cual no quiere decir que están desprovistas de toda validez: solamente carecen de validez científica”².

Conceptos como libertad, justicia, dignidad, persona, belleza, maldad y tantos otros fundamentales en las Ciencias Sociales y Ciencias Humanas, no se puede analizar con criterios físico-matemáticos o de verificación empírica como en esas disciplinas y no por eso carecen de validez. De mi parte agrego de condición científica, por cuanto se ha querido imponer el criterio de una ciencia unívoca en un solo sentido: el matemático-físico, y el de las ciencias naturales como los únicos modos de conocer, descalificando a otros tipos de saberes.

1 Fullat, Octavi, *Filosofías de la Educación*, Barcelona, CEAC, 1983, p.30.

2 Ibid, p.46.

Por eso insisto que tenemos ante nosotros la visión de un concepto de ciencia unilateral, avasallante, discriminatoria e intolerante para otros tipos de saberes que no siguen este modelo físico-matemático.

En lo personal estimo que no existen saberes o ciencias *supra* y otras *infra*, por el contrario, debemos aceptar una *coordinación* de saberes y ciencias para *distinguir* y *unir* de manera sabia y científica lo que estuvo unido en el origen.

El INEGI (Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Información) de México agrupa las áreas de conocimiento y su vinculación con actividades correlativas así:

- a) Área de Construcción, Diseño y Comunicación Visual;
- b) Área de Ciencias Biológicas y Ecológicas;
- c) Área de Ciencias de la Salud;
- d) Área de Ciencias Humanistas;
- e) Área de Ciencias Químicas;
- f) Área de Ciencias Sociales;
- g) Área de Ciencias Económicas-Administrativas;
- h) Área de Educación y Pedagogía;
- i) Área de Ingenierías;
- j) Área de Ciencias exactas;

Se trata de un catálogo muy completo de conocimientos. Cada uno de ellos conlleva otras ciencias y profesiones. En conclusión, podemos afirmar que todas estas disciplinas poseen sus ámbitos científicos, técnicos y filosóficos y estos últimos contienen dimensiones: ontológicas, epistemológicas, lógicas, metodológicas, éticas, axiológicas, estéticas e incluso metafísicas que remiten a un saber coordinado, complementario y de ninguna manera inferior al estatuto científico.

3. LA DEFINICIÓN DE FILOSOFÍA Y SU DIVISIÓN

Existen diversas definiciones de qué es filosofía. En lengua griega, como latina y española, se entienden como: “amor a la sabiduría”. Heródoto llamó *Sophos* o sabios a todos los que sobresalían de los demás en conocimientos, así como por la perfección y calidad de sus obras materiales. Este mismo autor emplea el verbo *philosophhein* en el sentido de: “filosofar”. Muy antigua tradición atribuye a Pitágoras la invención del vocablo: *filosofía*. Así, para Diógenes Laercio y Cicerón, aquellos que se ocupan de las cosas humanas y divinas buscando los orígenes y causas de las mismas son filósofos.

En el mundo actual guiado por fines estrictamente utilitaristas, económicos y de rentabilidad no se percibe la importancia y trascendencia para la vida humana del conocimiento y aplicación de la filosofía, bien entendido que no se rechazan los criterios económicos y de rentabilidad, pues son válidos y únicamente se sugiere restringir el sentido de que sean los únicos y totales sin concesión a otros criterios legítimos de valor para comprender la realidad.

El Derecho como ciencia social y humanista requiere de una visión filosófica que completa su conocimiento científico y técnico tanto en sus aspectos teóricos como prácticos.

Para fines operativos suscribo la definición que sobre filosofía establece Jacques Maritain: “La filosofía es el conocimiento científico que mediante la luz natural de la razón considera las primeras causas de todas las cosas”³.

Lo anterior significa que la filosofía estudia las causas más *remotas* o *mediatas* de las cosas (*últimas*) a diferencia de la ciencia que analiza o estudia las causas más *próximas* o *inmediatas* de las cosas.

Se trata de dos conocimientos que coexisten y se complementan respecto de lo que llamamos realidad y que pretendemos penetrar para obtener verdades evitando los errores, sofismas y falsedades para una vida mejor y más plena. Sabiduría y ciencia concurren al mismo fin que es iluminar la vida humana para alcanzar la verdad, el bien y la belleza, Todo esto son perfecciones o valores.

La división o partes de la filosofía también se ha discutido mucho. Aquí como en el punto anterior —esperando no ser considerado dogmático, intolerante o impositivo— para fines operativos voy a señalar las partes principales de la filosofía, en el entendido de que cada lector goza de la máxima libertad de aceptación, rechazo y crítica.

Las partes relevantes de la filosofía son:

- La *lógica*. Estudia las leyes del pensamiento con las modalidades formales o *predictivas*. Busca la verdad y evita la falsedad. Existe también la llamada *lógica proposicional* con múltiples variantes.

De la lógica derivan las *metodologías* y la *teoría de la argumentación* tan fundamentales en el Derecho.

- La *teoría del conocimiento*. Antiguamente llamada *lógica material* o *menor* y modernamente *epistemología*. Analiza el origen, fuentes, límites y facultades del ser humano para elaborar los conocimientos y justificarlos.

3 Maritain, Jacques, *Introducción a la Filosofía*, Trad. Leandro de Sesma, Buenos Aires, Club de Lectores, 1955, p.87.

- La *metafísica*. Originalmente llamada por Aristóteles: *Filosofía Primera* o fundamental que estudia al ser en general u *ontología*; el ser supremo Dios: *teología natural* o *teodicea*; el ser de la *naturaleza* o *cosmología* en sus modalidades de principios matemáticos, físicos, químicos y biológicos, que hoy algunos denominan *filosofía de la ciencia* y otros *filosofía de la naturaleza*. Esta última disciplina se tiene que construir con el conocimiento de los avances de las ciencias positivas.

Otra disciplina de la metafísica era el estudio del alma racional o humana y se denominaba *psicología racional* y que hoy ha perdido interés y se sustituye preferentemente por una *antropología filosófica*.

Frente a las anteriores disciplinas fundamentales o *teóricas* o *especulativas* de la filosofía existen las disciplinas *prácticas* o del *obrar* entre las que destacan:

- La *ética*. Reflexiona sobre los principios y normas en relación al bien o al mal que el hombre con el uso de su entendimiento y voluntad genera conductas sobre sí mismo o sobre los demás que pueden calificarse de buenas o malas, justas o injustas, correctas o incorrectas, entre otras denominaciones.
- La *bioética*. Analiza los problemas éticos y jurídicos que derivan de los avances tecnobiológicos sobre las plantas, los animales, los seres humanos y su repercusión en estos tres sectores de la vida en la tierra.
- La *axiología*. Entendida como una *relación* que se origina entre los seres humanos y los objetos naturales o creados por el hombre, a fin de extraer *virtualidades* o *potencialidades*, agregando bienes mediante *actos personales* o *elaborando cosas* o *entes* que denominamos valores.
- La *estética*. Trata de explicar qué es la belleza tanto natural como artística y fundamentar los juicios de apreciación de aquello que llamamos bello o feo y por qué puede gustar o desagradar, sean entes naturales, artificiales o artísticos.

Estas son entre otras, las principales expresiones de la filosofía práctica. Sin embargo, todos los fenómenos humanos o culturales portan además de su dimensión científica y técnica, al mismo tiempo una visión filosófica. Así, las Ciencias Sociales como la política, la economía, la sociología, el derecho, pueden ser analizadas bajo la perspectiva filosófica y tenemos una filosofía de la política, una filosofía de la economía, etc. Igualmente se afirma de las *Ciencias Humanas* y se puede proponer una filosofía de la historia, una filosofía de la religión, una filosofía del lenguaje, etcétera.

A continuación, voy a referirme en los apartados siguientes a temas vertebrales que a mi juicio contribuyen a una concepción sistemática de una Filosofía del Derecho. Será de forma sintética. Esta propuesta pretende servir tanto en el nivel teórico como en el nivel práctico al abogado y a otros interesados en las profesiones jurídicas.

4. LA ANTROPOLOGÍA FILOSÓFICA Y EL DERECHO

Las normas jurídicas en términos generales gravitan y acompañan a las personas —incluso antes de su nacimiento y después de su muerte— regulando diferentes momentos de la vida humana en las sociedades.

Es innegable que a los seres humanos se nos imponen diversos estatutos regulativos de nuestra conducta y así tenemos entre los principales los siguientes:

- *Reglas sociales.* También denominadas de cortesía, de buena educación, convencionalismos sociales, formalidades sociales o del trato social que con todos esos nombres se les conoce o identifica. Esas disposiciones pretenden hacer un poco más agradable la convivencia humana.
- *Costumbres.* Son las *formas* o *maneras* como una sociedad celebra o conmemora determinados acontecimientos individuales o colectivos sobre múltiples aspectos de la vida que pueden ser felices o desventurados. Se trata de sucesos personales, históricos, festivos, religiosos o culturales que merecen ser celebrados o conmemorados como aniversarios.
- *Derecho.* Conjunto de normas sobre múltiples aspectos de la vida en sociedad que regulan las relaciones externas entre los hombres.
- *Cívico-político.* Conjunto de reglas para una más armónica relación en los grandes conglomerados humanos a fin de tener una convivencia mínimamente correcta.
- *Ética o moral.* Disposiciones sobre lo que está bien o mal en las relaciones con las otras personas.
- *Valores.* Conjunto de acciones o actos personales o elaboración de objetos que *portan* unos y otros *bienes agregados* entendidos como valores.
- *Religioso.* Disposiciones de conducta en torno a una creencia en relación a Dios u otras entidades que deben guiar la conducta humana en la sociedad.

Estos son de manera muy general y breve los grandes estatutos regulativos de la conducta humana que en ocasiones pueden coincidir y las menos armonizarse respecto de un tema o asunto que importa a los seres humanos; pero también pueden confrontarse o mostrarse combativos o mezclados como resulta habitualmente.

Lo más importante será que ante las diversas conflictivas humanas que pueden derivar de esos estatutos, se busque la solución distinguiéndolos para ver hasta donde alcanzan sus pretensiones de validez o verdad, a fin de moderar controversias estériles e inútiles en muchas ocasiones, manteniéndose cada estatuto en sus límites de aplicación y validez.

Entre los estatutos regulativos destaca el Derecho como gran moderador y conductor de las relaciones externas entre los hombres en una sociedad. Por eso la necesidad de elaborar una antropología jurídica con una perspectiva filosófica que denomino *integrativa y sintética* bajo siete grandes *relaciones* del hombre en el mundo. Estas son las siguientes:

1. La relación de existir;
2. La relación de comprensión y conocimiento;
3. La relación del obrar: los órdenes de conducta;
4. La relación de hacer, haber y tener;
5. La relación lúdica;
6. La relación trascendente y
7. La persona humana y sus valores ⁴

Todas las disciplinas jurídicas encuentran su fundamento, base o anclaje en el ser del hombre como expongo en el texto de mi autoría.

Es la persona humana el centro del Derecho con todo lo que implica esta noción. En el momento que la personas es desconocida o vulnerada por otros elementos o conceptos v.gr.; la nación, el Estado, la sociedad, la comunidad, el avance científico-tecnológico, las leyes, las formalidades se genera el *transpersonalismo* dando paso a la represión, la dictadura o el totalitarismo y se aniquila a las personas físicas.

4.1. La Epistemología y la argumentación jurídica

Otro tema de reflexión filosófica para acceder al conocimiento del Derecho es el relativo a los métodos o caminos que nos conducen a dilucidar mejor la naturaleza del fenómeno jurídico. En este terreno como en otros de las Ciencias Sociales y de las Ciencias Humanas existe una gran diversidad de métodos tales como el fenomenológico, el histórico, el sociológico, el lingüístico, el estructuralista y otros más.

En la actualidad posiciones derivadas del positivismo como pueden ser la filosofía analítica o la teoría pura del derecho tienden a excluir otros caminos para el estudio y construcción del Derecho o descalifican otros que no sean los propuestos por estas corrientes que pretenden aplicar el modelo científico de las Ciencias Naturales o de las Ciencias Formales como ya se expuso anteriormente.

⁴ Dacal Alonso, José Antonio, *Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 2016, p.37-151.

La *epistemología jurídica* se ocupa de manera significativa en poner a nuestra consideración los elementos que generan, articulan y constituyen el Derecho. Estos factores son diversos: políticos, sociales, económicos, éticos, cívicos, costumbres, valores y de manera muy práctica derivan de la visión cultura de una sociedad.⁵

La *teoría de la argumentación* en el campo del Derecho se vio renovada por las figuras siguientes: Chain Perelman (1912-1984) nacido en Polonia y naturalizado belga; el inglés Stephen Toulmain (1922-2009); los alemanes Theodor Viehweg (1907-1988); Robert Alexy (1945-) y en México, Juan Abelardo Hernández Franco, entre otros autores.

Me voy a referir de manera breve a Theodor Viehweg, por ser pionero en la época contemporánea sobre los temas de la argumentación jurídica como medio eficaz para mostrar cómo se construye el conocimiento jurídico en vinculación con su ejercicio. Este pensador publicó en 1953 una primera obra intitulada: *Tópica y jurisprudencia*⁶

Destaca el tema de los *tópicos* en la tradición europea a través de las figuras venerables de Aristóteles, Cicerón, Tomás de Aquino, Raymundo Lulio, Gianbattista Vico y Godofredo Leibniz. A lo anterior se agrega la enseñanza del Derecho Romano, por impacto del humanismo según la forma, moda o manera como lo estudiaban y difundían los juristas franceses o sus rivales los italianos, según el énfasis fuera puesto en los componentes históricos como en la tradición francesa; o en la interpretación exegetica como en el caso de los italianos.

En ese origen romano del humanismo jurídico es donde los *tópicos* entendidos como el conjunto de ideas y argumentos que el orador judicial (abogado) utiliza para llevar a buen fin la defensa de su cliente, surge el interés por esos conceptos. En otras palabras, el *tópico* es el asunto, tema o problema a debatir y de esa forma se construyen los conceptos e instituciones en la ciencia del Derecho, entre otras maneras de argumentación.

En ocasiones los *tópicos* se identifican con una idea común, incluso trivial o vulgar (del pueblo) aunque no es ese el sentido que en el ámbito jurídico predomina; por el contrario, pueden ser temas o contenidos de la máxima complejidad e interés para la vida humana. Theodor Viehweg afirma: “Los *topoi* son justamente adecuados para iluminar esta situación del discurso que, de otra manera, es difícilmente aclarable”⁷

Del análisis de los *topois* y conversación con otros pueden surgir acuerdos sobre temas de interés común o problemas más o menos importantes. La *tópica* para Viehweg enlaza con la retórica para argumentar con profundidad sin caer en un dogmatismo, por el contrario, la *tópica* que propone es reflexiva y la denomina con el término griego:

5 Dacal Alonso, José Antonio, *Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 2016, pp.189-267.

6 Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, Trad. Luis Díez Picazo Ponce De León, Madrid, Taurus, 1964.

7 Viehweg, Theodor, *Tópica y Filosofía del Derecho*, Trad. Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1991. p.196.

“*cética*” que se opone a *lógica* y significa reflexión razonable: “La tópica intenta dar una respuesta al respecto. Aspira, podría decirse, a una creatividad controlable”⁸

El jurista español Francisco Puy Muñoz, ha trabajado el tema y lo dividió en tópicos lógicos, físicos, éticos, antropológicos y sociales entre otros temas relacionados.⁹ Se complementa este tema de los tópicos con otro libro del citado autor¹⁰

5. LA LÓGICA JURÍDICA

Las diversas controversias jurídicas que se presentan ante los organismos nacionales o internacionales por los opuestos contendientes conllevan junto con variados elementos contenidos lógicos y de otra naturaleza. Se habla en la actualidad de dos grandes formas de lógicas: la llamada *predictiva* o de *primer orden*, de tipo *formal* y la segunda denominada *proposicional* que se configura mediante —como el nombre indica— proposiciones u ofertas que pueden dar origen a otras mediante *conectores*. En consecuencia, se presentan múltiples modalidades de tipos o clases de lógica.

Al respecto entre los juristas puede decirse que existen dos principales posturas. La primera estima que las leyes de la *lógica formal* que estableció Aristóteles (384-322 a.c.) en su *Organon* son aplicables a las problemáticas que tienen que resolver los jueces y tribunales, así como el uso que puedan hacer las partes en un conflicto legal. A este tipo de lógica se le denomina por algunos *judicial* o *formal*.

La segunda postura es la que se llama: “lógica de la cosa”, de la “naturaleza” o “lógica de lo razonable”. En esta posición se señala que la lógica formal de inspiración aristotélica no es aplicable o resulta insuficiente ante la complejidad de los procesos judiciales por lo que se requiere establecer otro tipo de lógica.

Es pertinente señalar que Ulrich Klug (1913-1993) jurista alemán, fue uno de los primeros autores a mitad del siglo XX en ocuparse de esta problemática. En México, Eduardo García Máynez, dedicó cuatro notables libros sobre la lógica jurídica, con innegables aportaciones a la materia, que le valieron reconocimiento internacional y que se complementa con su trabajo sobre la ontología del Derecho.

Mi admirado profesor Luis Recaséns Siches, en su libro¹¹ aborda este tema de la lógica jurídica desde una perspectiva muy erudita con gran riqueza de autores y visiones filosóficas y jurídicas.

8 Viehweg, Theodor, Ibid, P. 201.

9 Puy Muñoz, Francisco, *Tópica jurídica, Tópica de expresiones*, México, Porrúa, 2006.

10 Puy Muñoz, Francisco, *Las trampas del lenguaje jurídico y político*, México, Porrúa, 2014. Revisa 60 tópicos de ambos campos del saber.

11 *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”*, México, FCE, UNAM, 1971.

El autor nos precisa que por *experiencia* no podemos entender únicamente algo percibido por los sentidos; también forma parte lo *dado* ante nuestra mente: “Ese algo dado puede ser un dato sensorial, un estado de conciencia, una idea o principio evidente, una realidad trascendente como Dios en la contemplación de los místicos, unas estructuras finalistas o cualquier otro objeto que se nos presente de manera directa” ¹²

Es evidente que esta concepción de la experiencia se aparta de la visión neokantiana de quienes fueron docentes de Recaséns Siches, como Georgio del Vecchio en Roma; Rudolf Stammler en Berlín; Hans Kelsen en Viena y Gustav Radbruch y otros que lo influyeron en su formación axiológica como Max Scheler y Nicolai Hartmann y sus mentores en España José Ortega y Gasset y Manuel García Morente y afirma Recaséns: “Relaciono íntimamente esa lógica de lo razonable con el análisis de la acción humana” ¹³

En otras palabras, la noción de “experiencia” es retomada por Recaséns Siches en el sentido originario y fenomenológico como *dato* que entra al torrente de las vivencias de la conciencia de la persona. Así, la experiencia es referida a la vida práctica como es el orden jurídico regulador de las relaciones externas de los hombres en sociedad.

El autor mencionado analiza las tesis de docenas de autores en torno a la experiencia de la justicia y de la injusticia y de la denominada “naturaleza de la cosa”. ¿A qué se refiere el jurista hispano-mexicano con “naturaleza de la cosa”? Esto se vincula con los ámbitos: físico, químico, biológico y psíquico de la vida humana como naturaleza y en especial con *propósitos, finalidades y juicios de valor* que se imponen a las personas en sociedad. El autor señala: “No se trata de una muda naturaleza, exclusivamente real, meramente fáctica. De lo que se trata es de un esquema teleológico, inspirado en un propósito condicionado o influido por la conciencia de una necesidad humana, de una carencia, de un problema” y agrega: “De nuestra constitución humana con sus necesidades, carencias y problemas buscamos resolverlas con diversos instrumentos entre ellos a través del Derecho. Es precisamente en esta experiencia jurídica como encontramos un punto de partida para una teoría del “logos de lo humano” o de “lo razonable”. ¿Qué significa lo anterior y qué se propone Recaséns Siches? El autor nos dice: “En suma, lo que propongo es lo siguiente: esforzarse en planear una nueva “crítica de la razón”, pero esta vez no de la “razón pura teórica”, ni de la “razón pura práctica”; sino de la “razón de los asuntos humanos” o de la “razón deliberante” o argumentativa o como prefiero yo llamarla, de la razón de lo razonable” ¹⁴

Este “logos de lo razonable” está relacionado con la lógica de los problemas humanos. En este punto es importante estima Recaséns Siches, el concepto que, sobre la dialéctica, la tópica y la retórica sostiene Aristóteles y su influencia a lo largo del tiempo en la cultura occidental.

¹² Ibid, p.31.

¹³ Ibid, p.35

¹⁴ Ibid. p.334.

Una es la *razón* que opera sobre el ámbito de la matemática y la física, estima Aristóteles, y otra es la *razón* que versa sobre los problemas humanos o lo llamado *razonable*. La primera es la *razón científica* y la segunda es la *razón calculadora*. La primera contempla los principios que no admiten ser de otra manera (la *razón científica*). En cambio, la segunda se refiere a otros principios que pueden funcionar y ser de otra manera (*razón calculadora*) ¹⁵ Así, en el Derecho se puede hablar de una lógica formal y de una lógica tópica o *ars inviniendi* (arte de la invención).

La *tópica* es aquella parte de la retórica que contiene ideas o argumentos con los cuales el orador o el abogado defenderán una tesis o una causa. Se trata de una lógica de lo razonable o calculadora para resolver problemas humanos con *prudencia*; ya que la lógica pura o formal es inadecuada. Es en este sentido un arte de inventar argumentos y soluciones a los problemas humanos e incluso aplicable al mundo físico. No olvidemos que los tratados de lógica de Aristóteles se denominan en lengua griega *Organon* (*Instrumento*) medio para razonar bien y se integra por los rubros siguientes.¹⁶

Para Aristóteles la *dialéctica* no es el único método de la filosofía, sino el camino más apropiado para tratar de las opiniones (*doxa*) en las materias o temas prácticos de la ética, la política, la jurisprudencia o el Derecho. La palabra *dialéctica* significa en lengua griega *conversación* entre personas con posturas o tesis que se contraponen en una búsqueda de la verdad o de los primeros principios en cualquier ciencia.

La *dialéctica* es una técnica para conversar (*dialektiké*) tanto en Platón como en Aristóteles. Ella va unida a la *retórica* disciplina que estudia las cualidades y propiedades del discurso oral y escrito para lograr persuadir o convencer a los que escuchan una conversación.

El pensar científico se fundamenta en las *causas* y *naturaleza* de las cosas; en cambio en la reflexión sobre los problemas humanos la *razón* calcula de manera prudente cómo encontrar un equilibrio entre tesis opuestas y Recaséns Siches precisa: “Aristóteles acentúa que las conclusiones que se buscan y se sacan mediante la *tópica* y la *retórica* son solamente conclusiones dialécticas, y no constituyen un pensamiento apodíctico”.¹⁷

Aristóteles afirma que las conclusiones que se derivan de la búsqueda de la verdad presentan las modalidades siguientes:

- I. *Apodícticas*. Se obtienen las conclusiones de proposiciones verdaderas y primarias; o de proposiciones o conocimientos que se han derivado de las anteriores respuestas.

15 Cfr. Recaséns Siches, Ibid, p.343.

16 *Categorías. Tópicos* (8 libros). *Sobre las refutaciones sofísticas*. Tomo I. *Sobre la interpretación. Analíticos primeros* (2 libros). *Analíticos Segundos* (2 libros). Tomo II. Ambos con introducción, traducción y notas de Miguel Candel Sanmartín, Madrid, Gredos, 1982 y 1988 respectivamente.

17 Ibid, p.341.

- II. *Dialécticas*. Las proposiciones en un discurso o conversación se extraen de opiniones fundadas.
- III. *Erísticas o sofísticas*. Las proposiciones se basan en simples *apariencias* de opiniones que no lo son efectivamente.
- IV. *Erróneas, equivocadas o deficientes*. Son aquellas conclusiones que no se sostienen desde el punto de vista de las proposiciones particulares de otras ciencias por su inconsistencia.¹⁸

La razón calculadora tiene que ver con los problemas humanos y opera no por deducciones rigurosas, sino por deliberaciones, buen juicio (*sindéresis*), por ponderación, prudencia y criterios axiológicos. Recaséns Siches, señala: “Esta segunda clase de razón es la que se podría e incluso se debería denominar el *logos de lo humano*, o mejor, de la acción humana, y, por lo tanto, de los juicios que deben presidir a esta”.¹⁹

La lógica de lo humano o razonable no excluye la verdad, aunque su énfasis se coloca en lo bueno, lo mejor, entre un más y un menos, lo permitido y lo prohibido, lo valioso o lo disvalioso, lo justo y lo injusto, en lo que atañe a las acciones humanas individuales o colectivas con fundamento en una calificación moral de esas acciones que repercuten en el ámbito jurídico.

El Dr. Recaséns Siches, a lo largo de esa obra ha defendido con vehemencia y erudición la tesis del *logos de lo humano*, como preponderante frente a la postura de la importancia de la lógica formal —que queda disminuida— en los juicios jurídicos.

Es evidente que las ciencias matemáticas y las mismas ciencias naturales tienen vinculación con múltiples aspectos en relación al Derecho. Pensemos, por ejemplo, en el derecho bancario, bursátil, comercial, marítimo, aéreo, de seguros, fiscal, laboral, pensiones, etc., que requieren de conocimientos en los campos de las matemáticas, la geometría, la estadística y otras ciencias que versan sobre la naturaleza y en consecuencia no todos los asuntos en materia jurídica se pueden resolver desconociendo las aportaciones de la lógica formal cuyos juicios y leyes se expresan en múltiples resoluciones jurídicas.

El Dr., Recaséns Siches, insiste que los predicados de “verdad” y “falsedad” no se pueden aplicar al Derecho y tampoco que este sea una ciencia y escribe: “El Derecho como realidad es un arte práctico, una técnica, un medio de control social. Por lo tanto, de ese utensilio, que el Derecho es, no se puede predicar ni el atributo de verdad ni el de falsedad, porque el Derecho no es un ensayo de conocimientos ni vulgares ni científicos”.²⁰

18 Cfr. Recaséns Siches, Ibid, p.341.

19 Ibid, p.343.

20 Ibid, p.500.

Ante una postura tan radical, el mismo autor a renglón seguido reconoce que si existen muchos elementos en el Derecho en relación a la verdad y la falsedad, sea en materia penal, fiscal, civil, entre otras, y podemos agregar que en todos los campos de las ramas jurídicas se reconoce que existe una dogmática y una aplicación de la lógica tradicional.

En lo personal estimo que, si bien la “lógica de lo razonable” es válida y complementaria por sus aportaciones a la complejidad de la vida humana, no excluye ni remotamente la lógica formal o estrictamente los elementos científicos de las matemáticas y de la geometría como de las aportaciones de las ciencias naturales y otras disciplinas auxiliares.

Baste señalar que todas las ramas jurídicas tienen elementos que operan con rigor y exactitud tanto lógica como científicamente, además de los componentes de prudencia y justicia, reflexión y ponderación en la resolución de problemas humanos.

6. LA ONTOLOGÍA Y LA DEBITUD

Se afirma que fueron Francis Bacon y Rene Descartes, los padres de la filosofía moderna en el siglo XVII al elevar el primero la visión empirista del mundo y el segundo al enfatizar la conciencia con menoscabo del ser del mundo y en consecuencia generando múltiples visiones subjetivas e individualistas sobre la realidad.

La interpretación cartesiana por su generalidad no es exacta y resulta discutible, por cuanto la expresión: “pienso, luego existo”, subraya la conciencia o interioridad frente al objeto o la exterioridad. Se olvida que la conciencia ya es un modo de ser y que tiene una entidad. En la época actual se han relegado los temas ontológicos generándose confusiones y errores en todos los órdenes al desconocerse las nociones correlativas del ser para la elaboración y aplicación de cualesquiera ciencias y el Derecho no es la excepción.

En efecto la conciencia es una forma de ser con diferentes grados de plenitud óptica o existencial, como igualmente resulta la noción de cosas u objetos exteriores elementos distintos que percibe la conciencia al corroborar otro *modo* de ser fuera de ella.

Un gran dilema en el mundo jurídico es el llamado: *ser y deber-ser (sein y sollen)* como algo opuesto y hasta contradictorio en el mundo normativo, pues, frente a las leyes naturales, se establecen leyes de otro tipo —particularmente las humanas— de carácter moral y jurídico y de otros rangos, que en general acusan un grado elevado de disminución ontológica o inferioridad de su ser frente a las naturales; por cuanto estas leyes humanas son desconocidas por los obligados, o estos las vulneran por error, ignorancia, mala fe, cínica deliberación, dolo o fraude. Esto para muchos comentaristas limita el valor y la plenitud de las leyes morales y jurídicas en su ser, pues son rotas o vulneradas frente a las leyes de la naturaleza que si son ignoradas o desconocidas las consecuencias para las personas pueden ser muy variadas: desde simples molestias, pasando por enfermedades genéticas, crónicas, degenerativas hasta incapacidades parciales o totales en el orden físico y psicológico hasta a causar la muerte.

El conocimiento de las leyes naturales es benéfico para los hombres y su desconocimiento dañino en grados variables según diversas circunstancias históricas. Ahora bien, tratándose de las leyes humanas el cumplimiento y observancia de las mismas puede ser también benéfico para el conjunto de los miembros de la sociedad o perjudicial al generar problemas de convivencia muy severos. Pensemos, por ejemplo, en la vulneración de las leyes penales y de otras que acarrearán problemas graves para la seguridad, la paz y la convivencia humana. En otras palabras, el desconocimiento o el desacato a los deberes jurídicos y morales genera sociedades con patologías múltiples que se manifiestan en una mala vida social llena de injusticias. Se vive en la anomia.

Las leyes morales y jurídicas tienen rangos y propósitos normativos diferentes a los rangos de inflexibilidad de las leyes naturales en estas últimas su desconocimiento, tiene costos económicos y psicológicos muy fuertes para las personas, pero algo similar acontece también en las leyes del —*deber ser*— al ser violadas o desconocidas.

En el ámbito de las leyes del deber ser-jurídico o moral no es infrecuente escuchar a nivel coloquial y con sus dosis de ironía, en ocasiones de burla y sarcasmo que las leyes se hicieron para ser violadas o eludidas. Por respeto a los lectores no quiero referirme a expresiones misóginas y machistas de la peor calaña y gusto. ¿Qué puede esperarse de este tipo de posturas contraculturales en una sociedad? Resulta que muchos individuos tienen esa visión de las normas morales y jurídicas en el sentido de una disminución ontológica y que por tanto pueden ser violadas sin consecuencias.

Quede claro que no se pretende una concepción idolátrica de las normas jurídicas positivas que constantemente requieren ser revisadas y actualizadas para una mayor eficacia y tampoco en una actitud condenatoria de tipo moralista, simplemente señalar que el *ser* del *deber ser* posee su propia dimensión de existencia que no es inferior a otras modalidades resolutivas ónticas de valores.

Se olvida que el deber-ser deriva —en el caso del hombre— de su naturaleza o humanidad y no es algo extraño e independiente de su libertad, sea que cumpla el deber por convicción o no cumpla por diversas razones o sin razones. Aquí los costos del desconocimiento de lo debido en el orden jurídico y moral impactan en la vida humana en múltiples aspectos que van desde lo físico, psicológico hasta lo económico, político y social.

El tema del deber-ser es fundamental en la elaboración de una ontología jurídica ya que existe lo que se llama la *debitud* que en el Derecho tiene el sentido de lo que se *deben* los hombres al vivir en sociedad. La Dra. María del Carmen Platas Pacheco, escribe: “Por esta razón, lo debido es término medio e hilo conductor del razonamiento jurídico es la causa primera del derecho”²¹

21 Platas Pacheco, María del Carmen, *Filosofía del Derecho. Analogía de proporcionalidad*, México, Porrúa, 2003, p.2.

Las cosas debidas entre los hombres derivan de un orden natural y ontológico, de un orden pactado entre ellos. Por esto en la medida que el Derecho es una ciencia práctica y la *debitud* es su núcleo esencial, su interpretación y aplicación va unida a la posesión y ejercicio de dos virtudes cardinales: la justicia y la prudencia.

7. LA JUSTICIA Y LA NEGACIÓN DEL DERECHO

Se afirma que el valor central, primario o nuclear del Derecho es la idea de justicia. Es curioso que en los variados tipos de legislación pocas veces se hace referencia al concepto de justicia. Sin embargo, los órganos encargados de resolver las controversias legales o las instituciones colegiadas se denominan: Suprema Corte de Justicia, Tribunal Superior de Justicia, Tribunal Federal de Justicia Administrativa, etcétera.

La impartición de justicia es una actividad difícil y compleja como otras fundamentales: educar, gobernar, curar, construir, fabricar, que requieren de cualidades intelectuales, morales y físicas especiales que no resultan sencillas de adquirir y aplicar.

En el caso de Derecho, si bien la justicia es el valor prioritario no es el único, pues la resolución sobre conflictos humanos conforme a una normatividad legal se acompaña de otros valores como pueden ser: la verdad de los hechos formal o históricamente; la ciencia, el consejo, la circunspección, la discreción, la probidad, la veracidad, entre otros elementos relativos a los hechos o materia de las disputas, como de las virtudes intelectuales y morales de los contendientes y de los juzgadores.

En este tema como en otros de la jurisprudencia se pone atención en los aspectos *formales* o de *contenidos* para pronunciar una resolución o sentencia conforme a las leyes aplicables. En ambas situaciones se precisa un análisis de los hechos objeto de la controversia y de la normatividad aplicable mediante una actividad hermenéutica.

Por eso en una Filosofía del Derecho es importante el análisis de diversas teorías sobre la justicia para comprender mejor los alcances de las legislaciones en la resolución de problemas.

Un tema relacionado con el anterior es el llamado —paradójicamente— derecho injusto como sostienen algunos estudiosos. Hablar de un derecho injusto resulta no solo perturbador, sino un tanto contradictorio y hasta absurdo, dicho sea, con todo respeto. Será difícil escuchar a los médicos referirse a una medicina insana; a los ingenieros de unas ingenierías inconsistentes, erróneas, y deficientes, a los arquitectos de una arquitectura fallida, etcétera. Es verdad que pueden darse terapias incorrectas, incluso iatrogénicas, pero los médicos buscan la salud física y mental y no se propone una psique enferma y un cuerpo deficiente. Los farmacobiólogos, como los químicos y otros profesionales tienen que revisar y corregir sus procedimientos para depurarlos de errores evitando más daños a los pacientes y usuarios.

En el campo del Derecho lo que podemos percibir y se escucha son diferentes afirmaciones como las siguientes: “esto es injusto”, “es una ley injusta”; “es una sentencia

injusta”, “es un juez injusto o arbitrario”. Se utiliza en las apelaciones por parte de los abogados el concepto: “expresión de agravios”, porque tal resolución es contraria a normas jurídicas o estimadas injustas.

Si identificamos el Derecho con las leyes es en parte entendible hablar de un derecho injusto. Si en cambio entendemos por Derecho una ciencia que se integra por concepciones teóricas doctrinales o dogmáticas, podemos hablar de doctrinas controvertibles, erróneas, deficientes o con limitaciones en sus alcances explicativos.

El Derecho también además de conceptos doctrinales se constituye por un cuerpo múltiple de leyes que se escalonan desde una Constitución, códigos, leyes generales, reglamentos, decretos, circulares y otras modalidades administrativas de legislación.

Las resoluciones o sentencias que integran la jurisprudencia forman parte de la ciencia del Derecho y lo van configurando en su ser.

A lo anterior se agregan las múltiples disciplinas y tecnologías que modelan el Derecho como ciencia social e incluso humanista. No podemos me parece con propiedad hablar de un derecho injusto pues resulta contradictorio a la constitución ontológica de dicha disciplina, por el contrario, podemos referirnos a leyes y sentencias injustas.

Alguien puede objetar esta opinión afirmando la contraria basándose en una *hipostización o sustancialización* del Derecho como una entidad física. Es evidente que no existe tal entidad, pues, las ciencias que elabora el hombre —y en sentido lato todas son ciencias humanas— por su *materia o contenido* pueden coincidir, pero por su *objeto formal* caben distinciones en cada una que les da su ámbito específico de estudio, pero las ciencias no son entidades sustanciales; en todo caso son entidades conceptuales con fundamento en lo real (fenómenos de contenido para su estudio).

En lugar de un derecho injusto si podemos hablar de la negación del Derecho, es decir, de su no aplicación por error, por mala fe, rechazo a sus reglas o por conductas abiertamente negativas y contrarias a los bienes y valores que tutela la norma jurídica.

Esta negación se manifiesta en la injusticia en general o en conductas que desde siempre el hombre ha juzgado como indebidas y que se expresa en *actos injustos en particular* como son las lesiones a los contenidos jurídicos, sea por dolo o culposamente (imprudencia) que genera la *culpa* y en consecuencia la *punibilidad*.²²

El Derecho como medio regulador de la conducta externa de los hombres en sociedad pretende que estos puedan desenvolver su vida en las mejores condiciones de desarrollo personal y colectivo. En otras palabras, la *causa final* en el orden jurídico es asegurar que las personas físicas y morales en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones logren los valores de: seguridad, certeza, tranquilidad, convivencia

22 Véase: Dacal Alonso, José Antonio, Ibid, p.601-622.

y que el progreso intelectual y moral se extiendan lo más posible a la sociedad. Cuando esto no sucede se habla de la injusticia o de los actos injustos que van a recibir diversos tipos de sanciones conforme a las modalidades de responsabilidad y esta puede ser de carácter civil, penal, administrativo, económico y político, principalmente.

8. LA ÉTICA Y LA AXIOLOGÍA JURÍDICA.

Una Filosofía del Derecho puede ocuparse de la ética profesional de índole jurídica, aunque esta asignatura sea impartida por separado. Lamentablemente en muchas instituciones no existe la asignatura de Filosofía del Derecho y la Ética Profesional y menos la Axiología Jurídica.

En el caso de la axiología si es fundamental incorporarla en la filosofía jurídica para darle mayor consistencia a la formación del abogado. La materia tiene como problemas significativos de estudio averiguar la naturaleza de los valores, su contenido; los llamados polos de carácter positivo y negativo que expresan en mayor o menor densidad los bienes alcanzados; su rango o jerarquía de prioridad en la vida social, entre otros aspectos.

En el Derecho existen valores vertebrales como la justicia, la seguridad, la paz y otros de carácter instrumental como los establecidos en los códigos procesales para lograr una mejor regulación de la vida humana.

La ética se ocupa de los principios y normas que se relacionan con la conducta personal, familiar, económica, social, política e incluso internacional con base en lo que se considera como un bien o un mal en las relaciones interhumanas; y que se sustenta, en la *libertad* y en el *principio de responsabilidad* de los sujetos activos o pasivos en los campos arriba mencionados.

Además, de las anteriores modalidades de la ética, existe la *ética profesional* relativa a las reglas o normas en el desempeño de una actividad con fundamentos en elementos científicos y técnicas específicas que rigen las profesiones, artes y oficios de quienes las desempeñan. Son principios generales para regir la conducta de personas que realizan una actividad como *modus vivendi*, las cuales inciden en el ámbito jurídico y social.

A lo anterior se suma en muchas profesiones como la medicina, el derecho, la psicología, entre otras, la denominada *deontología*. La palabra por su origen griego: *deon* alude a los deberes. Se trata de normativas que expiden los colegios o asociaciones de profesionales tanto a nivel nacional como internacional para regular una actividad en su ejercicio de una manera más precisa. En ocasiones los códigos deontológicos pueden chocar o estar en contradicción con la ética general y la ética profesional.

En la actualidad se habla de la bioética jurídica nueva disciplina auxiliar del derecho y que como toda gran especialidad requiere de un tratamiento por separado. Por eso no forma parte de una Filosofía del Derecho, pero si tiene que analizarse a la luz de la filo-

sofía y de la ética ante los avances de las nuevas biotecnologías, que se presentan para resolver necesidades humanas. Aquí es necesario hacer una referencia a las pretensiones de que la ciencia y sus investigaciones no pueden ser limitadas por principios jurídicos o morales, ya que eso además de ser retrógrado, es contrario a la libertad de investigación y del progreso científico.

Tales afirmaciones pueden discutirse, pero no vamos a entrar en dicha controversia por no ser este el lugar apropiado. Sin embargo, reafirmamos el principio siguiente: la persona humana y su dignidad no pueden ser vulneradas en nombre del progreso, la ciencia, la libertad de investigación, el bienestar de la colectividad o cualesquiera otra hipostización, es decir, darle entidad física o ideológica a un concepto, que va en contra de los derechos humanos. En otras palabras, todo proceso científico y actividad política tienen que estar en función del bienestar y el desarrollo de las personas sin distinción de ninguna especie. La persona es prioritaria y nada ni nadie está autorizado a vulnerar sus derechos fundamentales. El tema ético y axiológico en relación al Derecho lo he expuesto en mi libro.²³

Otro tema interesante y objeto de debate es el de las relaciones entre la moral y el Derecho. A través de las escuelas neokantianas del siglo XIX se difundió entre los juristas la tesis de que las normas morales presentan características muy diferentes a las jurídicas. En otro sentido nos percatamos de que las normativas legales protegen y tutelan muchos tipos de bienes tanto materiales como de carácter cultural o espiritual. Una enorme cantidad de bienes y valores de índole moral, social, político, histórico, artístico, religioso, son regulados y protegidos por disposiciones jurídicas.

Entonces nos parece que no puede ser la separación entre el Derecho y la ética tan tajante o radical como algunos tipos de *positivismo* o *formalismo* nos presentan. La tutela que ejerce el Derecho sobre gran número de bienes y valores con contenidos muy diversos no es razón para confundir uno y otro campo del conocimiento y si para reconocer relaciones o vínculos entre ambas.

Esta polémica de las diferencias entre el Derecho y la ética, me parece que se resume en estas tres grandes modalidades:

- a) *Autonomía*. Cada campo el jurídico o el moral tiene su contenido material y formal independientemente uno del otro y no se confunden y son independientes totalmente.
- b) *Subordinación*. En la vida social van a imperar las normas jurídicas sobre las éticas, en la medida que las últimas rigen para la vida privada y esto no interesa al orden público. O bien es el Derecho el que se subordina a la moral.

23 Dacal Alonso, José Antonio, *Filosofía del Derecho*, pp.623-688 y 689-800 respectivamente.

- c) *Coordinación jerarquizada prudencialmente.* Se distinguen por sus características cada uno de los dos sectores. Sin embargo, no son totalmente opuestos, ya que las conductas privadas si traspasan determinados límites morales, de hecho, caen bajo la jurisdicción del Derecho penal. Por ejemplo, la vida sexual privada, es irrelevante para el conjunto de la sociedad; si se producen ciertas acciones por los individuos que rebasen determinados límites, serán sujetos de sanciones de tipo penal e incluso civil. Esto se corrobora en los diversos ordenamientos que sancionan conductas que, si bien son de orden moral, traspasados ciertos límites o provocados otros efectos en la vida social serán motivo de sanciones jurídicas.

Lo anterior quiere significar que entre los estatutos regulativos, éticos y jurídicos se establece una correlación o coordinación entre sus contenidos que en ocasiones provocan repercusiones que causen daños y agravios a otras personas o al conjunto de la sociedad, tienen que ser valorados o jerarquizados en orden a su mayor o menor densidad jurídica o ética a fin de que prudencialmente se considere si esas conductas se mantienen en el ámbito de lo estrictamente personal y ético; o bien, caen por sus efectos negativos en la esfera legal por los agravios que causan a las víctimas y a los integrantes de la sociedad. No se olvide que la ética no nada más es personal, también se expresa en el ámbito de la familia, la economía, la política y en consecuencia se expiden leyes para controlar o moderar acciones que vulneren la base moral que daña a terceros, sea en el ámbito de la familia, la economía, etcétera y la norma legal busca subsanar o moderar consecuencias de conductas inmorales que repercuten en lo público.

En esta disputa entre los límites de la Ética y el Derecho Joseph Raz, el célebre jurista palestino-británico afirma que existen razones: "...para rechazar cualquier teoría del Derecho que asuma que la determinación de la validez jurídica de cualquier pauta de conducta implica un argumento moral"²⁴

Aquí el autor mencionado enfatiza la validez jurídica de una conducta, sin que ello implique un argumento moral. Es verdad que los contenidos materiales del Derecho y de la moral son diferentes en principio, más no son opuestos, por el contrario, se *complementan* para el desarrollo humano, de tal suerte que no se da una separación tajante y menos en la vida real y a la hora de juzgar conductas y efectos que han vulnerado o excedido uno u otro ámbito sea el ético o el jurídico. Existen convictos en materia penal pero no confesos y menos que admitan su delito; o deshonestos morales que cumplen con formalidades legales.

Los mismo podemos afirmar de otros estatutos regulativos de la conducta humana ya que cada esfera normativa no está radicalmente desvinculada de las otras, por tanto los integrantes del poder judicial, como las partes en un litigio también tienen que res-

24 Raz, Joseph, *La autoridad del Derecho. Ensayo sobre Derecho y Moral*, Trad. Rolando Tamayo y Salmerán, México, UNAM, 1972. p.9.

petar y las normas sociales, las costumbres, las disposiciones cívicas, valores, creencias en materia religiosa; pues, de lo contrario se hacen acreedores a sanciones y al reproche de los miembros de una sociedad por no respetar esos estatutos regulativos de la conducta humana. Incluso muchas medidas de apremio se utilizan para sancionar conductas que han vulnerado las normas de buena educación o de los convencionalismos sociales en un litigio o audiencia.

Por otro lado, es importante indicar que sin *talante* moral por convicción las mejores normas jurídicas, costumbres, valores o conductas éticas quedarían sin cumplimiento generando lo que se llama la *anomia social*, es decir, un desprecio a todo tipo de normatividad. El talante moral significa en el origen de la palabra griega *tálanton*: *genio*, *talento* o disposición natural para hacer algo. Las mejores disposiciones legales sin respuesta interna o de talante moral por convencimiento tanto en los sujetos activos como pasivos en una sociedad se perderán en la ilegalidad y la corrupción por quienes deben acatarlos. Sin talante moral impera la irresponsabilidad, la frivolidad, la corrupción y el cinismo en el mundo social.

Lo anterior no quiere decir que ante los estatutos regulativos de la conducta no seamos críticos, analíticos o combatientes cuando sus disposiciones sean deficientes, caducas, arbitrarias o injustas y se requieren sustituirlas por otras mejores. Por tanto, es indispensable desarrollar una educación con *talante moral* para generar una sociedad menos conflictiva y corrupta.

9. EL POSITIVISMO Y EL IUSNATURALISMO

a) El *iuspositivismo* o positivismo jurídico.

Es una corriente de pensamiento que centra su tesis en la plena *validez* y *eficacia* de las normas promulgadas por la autoridad competente a fin de regular las variadas relaciones entre los integrantes de una sociedad. Se afirma que en esta posición se hace una radical separación entre el Derecho y la ética y otras formas de regulación entre los seres humanos. A partir de esta última idea se transita del campo positivista al formalista o a la teoría pura del derecho como la propuso Hans Kelsen.

El inglés John Austin (1790-1859) es considerado como el fundador de la *Jurisprudencia Analítica* en los países de habla inglesa. Este concepto —Jurisprudencia— en ese medio cultural hace referencia al Derecho de vieja raigambre romana.

Hay diferentes versiones del positivismo jurídico en Inglaterra a través de las figuras de Thomas Hobbes, John Stuart Mill, Jeremy Bentham, este último fundador del *utilitarismo*. Igualmente acontece en los Estados Unidos de América y otros países de tendencias empiristas.

Entre las modalidades del positivismo encontramos análisis e interpretaciones que se orientan hacia concepciones ideológicas, metodológicas, psicológicas, sociológicas

y lingüísticas para criticarlas; por carecer de una base empírica, ya que se rechaza la ontología y la atención se pone en el estudio de las palabras para saber si se pueden verificar empíricamente en su contenido.

Alfred Ross (1899-1979) jurista danés, afirma: “De aquí se sigue que la filosofía del derecho o jurisprudencia no tiene un objeto específico coordinado y distinto del objeto de la “ciencia del derecho” —el estudio del Derecho— en sus variadas ramificaciones”²⁵

Curiosamente Ross que se inclina hacia el positivismo y el empirismo en el título de la obra citada hace referencia a un elemento metafísico: la justicia. Así, las visiones científicas, positivistas o formales del Derecho tropiezan con muchos conceptos que no son susceptibles de ser sometidos a un análisis empírico de laboratorio, tales como: persona, dignidad, libertad, justicia, validez, vigencia, norma, ley, legitimidad, entre otras múltiples tan utilizadas en el mundo jurídico. Son elementos metaempíricos, lo que no quiere decir que sean falsos o inexistentes, simplemente tiene otra naturaleza y se emplean para regular y resolver problemas humanos.

La concepción *falsacionista* a la manera de Karl Popper y otros epistemólogos operan en las Ciencias Naturales, pero no en las llamadas Ciencias Sociales y Ciencias Humanas de una manera radical, ya que no son ciencias puramente fácticas; por el contrario, son evaluativas, prescriptivistas y descriptivistas.

b) El *iusnaturalismo*.

La otra gran posición en el campo jurídico como sabemos surgió antes del cristianismo en Grecia y se desarrolló en Roma, con una pléyade de juristas creadores de sistemas cuyo legado prosigue hasta nuestros días. La corriente se vincula al tema de la justicia como fin esencial del Derecho.

La Iglesia Católica por obra de Tomás de Aquino (1225-1274) en la Edad Media y posteriormente por los textos de filósofos y teólogos españoles del Siglo de Oro, hizo suyo el tema del Derecho natural. Posteriormente en los siglos XVII y parte del XVIII, en los países anglosajones se desarrolló el llamado Derecho Natural Racional, colocando el énfasis no en una naturaleza (sustancia o esencia humana), como era en la tradición antigua, sino en la facultad de generar razonamientos o juicios por el hombre.

Finalmente, a raíz de las posiciones neokantianas y positivistas del siglo XIX el llamado *iusnaturalismo* fue combatido y desplazado de las escuelas de Derecho en los centros universitarios por el positivismo de Augusto Comte (1798-1857).

Las posturas científicas han combatido a la metafísica y la ontología por asociarlas al *iusnaturalismo* o bien a una visión teológica de inspiración católica.

25 Ross, Alfred, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Trad. Genaro R. Carrio, Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1963, p.25.

Para entender mejor el tema es necesario distinguir de entrada que existen *leyes naturales* que rigen para el *mundo o cosmo* en los órdenes: lógico, matemático, geométrico, físico, químico y biológico de manera primordial. El desconocimiento de esas leyes y otras del psiquismo humano tienen consecuencias diversas como ya se explicó.

Igualmente se habla de una *ley natural* o *recta razón* del *entendimiento* y de la *voluntad* humana que rige la conducta del hombre ante sí mismo y los otros —particularmente— en los ámbitos interno (ley moral) y externo (ley jurídica).

Es un hecho de experiencia que la razón humana genera juicios estimativos, de valores, de deberes (*deónticos*), lógicos o juicios de verdad y todo esto opera en el ámbito normativo.

Existen gran cantidad de valores que se generan en torno de los conceptos relativos al *bien* o al *mal*. Esto significa que algo *debe* hacerse y algo *debe* evitarse e incluso algo resulta indiferente y puede hacerse o bien omitirse.

Javier Hervada (1934-2020) iusfilósofo español, establece una definición descriptiva de la ley natural en estos términos: “...el conjunto de leyes racionales que expresan el orden de las tendencias o inclinaciones naturales a los fines propios del ser humano, aquel orden que es propio del orden como persona” ²⁶

El autor señala entre esas tendencias o inclinaciones las siguientes: conservar la vida y la integridad física y moral; a la unión conyugal de varón y mujer (familia, vida sexual, educación), tendencia al trabajo, al descanso y actividades lúdicas, a generar varias formas de apropiación, de vida política y social, de comunicación, al conocimiento y al arte entre otras tendencias básicas del ser humano. A lo anterior dice el autor se agregan la ley de *solidaridad* entre los hombres y la ley del *desarrollo* y perfección que cada uno busca. ²⁷

De lo señalado se desprende que existe un contenido de la acción humana en esas tendencias que se han indicado las cuales son anteriores a las leyes positivas e incluso al Estado y que hoy llamamos Derechos Humanos. Esas tendencias responden a los fines o metas que porta la naturaleza humana. Hervada, escribe: “Esta, la ley natural, es la regla racional de esas inclinaciones, no las inclinaciones mismas: es una prescripción de la razón, un precepto racional” ²⁸

Esta regla de la razón señala los *medios* para alcanzar el *fin* al que nos impulsan las inclinaciones y nos *prescribe* lo que debe hacerse a través de enunciados deónticos. Se trata de unas obligaciones o *deberes morales*.

Sabemos que posiciones positivistas o puristas del Derecho o de la filosofía analítica hablan sobre el anterior punto de una *falacia naturalista* o *naturalistic fallacy*, ya que

²⁶ Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, Pamplona, EUNSA, 1994. p.145.

²⁷ Cfr. Ibid. p. 145-146.

²⁸ Ibid. p.148.

de un hecho —la tendencia o inclinación—no puede hacerse un enunciado deóntico. Al respecto Hervada considera —y en lo personal me adhiero a su tesis— que la crítica de los analíticos carece de validez referida la finalidad: “...porque él debe no es la inclinación sino el fin; y el fin, en tanto no está conseguido y consecuentemente de él decimos que deber ser, aun no es. Porque aún no es, debe ser. La ley natural no expresa como deber-ser lo que ya es, sino lo que todavía no es. No hay, pues, tránsito de lo que es a lo que debe ser, sino al contrario”²⁹

El deber-ser jurídico es un *fin*, algo a realizarse en el futuro, no es un hecho, por lo tanto, no existe como tal, y por eso no es una falacia.

Las normas jurídicas positivas no pueden abrogar los mandatos y prohibiciones del Derecho Natural pues de hacerlo se incurre en actos injustos y violentos. Hervada y otros autores estiman que las normas positivas contrarias a ese derecho pueden llevar a la *desobediencia civil* y a la *resistencia activa o pasiva* e incluso a la *rebelión*.

Finalmente hemos de señalar que el Derecho Natural, sus principios y reglas son objeto en la actualidad de movimientos de *positivización* y de *formalización*. El primer momento deriva de los procesos histórico-sociales y las necesidades humanas que van expresando los medios o mecanismos para que en la solución de problemas humanos estos anclen en una dimensión jurídica. Estos problemas son los relativos a *inclinaciones básicas* de la naturaleza humana. Así, fueron surgiendo en el pasado las cartas, documentos y otros instrumentos para poner límites al poder de los reyes, la nobleza e incluso a la iglesia y a otros grupos de poder.

Las constituciones, las declaraciones y movimientos políticos de liberación indican aquellos derechos propios de la naturaleza humana que deben ser *positivizados*, es decir incluidos en una legislación para que se les reconozca; pero esto no indica que es la legislación la que los otorga, sino que son anteriores y se les reconoce y protege por el Estado y la sociedad.

El segundo momento es a través de la *formalización* y mediante la ley se les otorga a esos contenidos del Derecho Natural una precisa eficacia. Así, por ejemplo, el derecho a la salud puede estar mejor formalizado y al mismo tiempo realizado cuando un Estado lo asume y tiene los medios para hacerlo efectivo a la población y lo articula en leyes y recursos humanos y materiales.

Por eso en el Derecho con respecto a las leyes se distingue entre *validez* y *eficacia*. Esto significa que los derechos y las leyes producidos conforme a una normativa positiva tiene validez, es decir, rigen en un tiempo y espacio para quienes tengan la titularidad de esos derechos. Sin embargo, por diversos factores teniendo leyes con validez no se alcanzan los fines que se propuso el legislador y se requiere mediante un mecanismo legal más

29 Ibid. p.147-148.

detallado y preciso dotarlos de mayor eficacia, es decir, de un cumplimiento efectivo y certero. A esto algunos estudiosos lo denominan *garantismo* constitucional. En México en la Constitución Política se establecen las garantías individuales y sociales al respecto.

10. LOS DERECHOS HUMANOS

El tema de los derechos humanos es de la máxima actualidad a nivel global. Una filosofía del derecho tiene que señalar de manera muy puntual y específica que los mismos aluden a la persona humana en su naturaleza o esencia más profunda. De alguna manera el concepto de derechos humanos implica una visión metafísica de la condición humana, ya que reducirlos a una simple visión positivista no abarcaría lo más característico de la dignidad humana.

Ulrich Klug (1913-1993) iusfilósofo alemán, escribe: “Sin embargo, el texto, la génesis, y la interpretación jurídico-científica de los derechos humanos —al menos cuando son entendidos como normas del derecho natural-, no dejan ninguna duda en el sentido de que la mayoría de las veces su fundamentación es entendida en un sentido metafísico, no positivista”³⁰

La posición del autor alemán es que el tema de los derechos humanos lleva un planteamiento metafísico. Se genera de inmediato la dificultad con la palabra *metafísica* que puede resultar para muchos desquiciante, vaga, etérea, idealista y acientífica. El mismo Klug indica que ante la enorme variedad de interpretaciones del concepto metafísica, se requiere de algunas posiciones en el uso del lenguaje: “A menudo, en la filosofía se ha entendido por metafísica la teoría de las llamadas cuestiones últimas del ser y del sentido”.³¹

Klug, señala certeramente que la metafísica se ocupa de los temas últimos y profundos del *ser* (lo real, lo ideal, lo imaginario) y del *sentido* o *significado* de lo que llamamos realidad: mundo o naturaleza, hombre y Dios y son estos tres ámbitos los que nos convocan o llaman para saber qué *sentido* tienen para la persona en su vida.

Los opositores al planteamiento metafísico afirman que las preguntas de esa materia no se pueden responder. Esto se hace mal interpretando las tesis de Kant, de que no existe la metafísica de carácter científico; pero Kant no ha negado la existencia de una metafísica basada en la libertad como supuesto del orden moral, jurídico, estatal, histórico, social, religioso para la vida humana. Hay entonces respuesta metafísica en el ámbito de la libertad y de las acciones humanas en los órdenes arriba mencionados.

Klug, responde diciendo que esa objeción de la imposibilidad de la metafísica permite distinguir dos tipos de ella. Una es la *metafísica dogmática* y otra es la *metafísica crítica* o *pragmática*.

30 Klug, Ulrich, *Problema de la Filosofía y de la pragmática del Derecho*, Trad. Jorge M. Seña, México, Fontamara, 1992, p.21-22.

31 Ibid. p.22.

El primer tipo es la *metafísica dogmática* se elabora y avanza en la *trascendencia*. Klug no nos dice qué entiende por trascendencia, la cual en la tradición se entendería como un tercer grado de abstracción. El primer grado es el sensible o empírico; el segundo es el de tipo cuantitativo o matemático y el tercero se refiere a las dimensiones de esencia y existencia de otros entes espirituales y tiene su fundamento en la noción de un Dios Creador que es la Verdad y que permite a los hombres igualmente conocer y adquirir verdades. A este tipo de metafísica no se inclina el autor.

El segundo tipo es la *metafísica crítica o pragmática*, nos dice Klug, lo siguiente: “En cambio, en la metafísica crítica de lo que se trata es de intentar respuestas hipotéticas y proponer sistemas supremos de axiomas”.³²

A este tipo de metafísica pertenecen las metateorías de las ciencias empíricas y resultan ser conocimientos básicos que buscan encontrar explicación a los conceptos fundamentales y de operación de esas ciencias mediante los *axiomas*, pues, de otra manera requerirían de una fundamentación *ad infinitum* lo cual es absurdo e imposible. Los axiomas son verdades evidentes y universales. A este respecto resulta ilustrativo el artículo de Klug al que me refiero intitulado³³ En efecto, el iusfilósofo alemán, afirma que: “...los derechos humanos son derecho justo”³⁴

El concepto de justo o de justicia no tiene como tal verificación empírica o física, pues, en todo caso vemos conductas que nos parecen reprobables, incorrectas, deficientes, negativas, malvadas o similares y por esto se habla de una metafísica crítica que admite límites racionales y *relativiza* las normas (metasistemas) a diferencia de la metafísica dogmática que según Klug *absolutiza* las normas jurídicas. Esto último se puede discutir.

El autor citado afirma que los derechos humanos anclan en una metafísica crítica y pragmática en la medida que los contenidos y valores de estos derechos fundamentales se manifiestan en un contexto específico que se encierra en dos fórmulas: *In dubio pro ratione. In dubio pro libertate*. Estos aforismos responden a: *In dubio pro personae* o dicho de otra manera *In dubio pro homine*.³⁵

Lo anterior significa que es la persona humana como un ser sustancial en quien radican y anclan por su propia esencia o naturaleza esos derechos humanos, los cuales como sabemos tienen las características de universalidad, interdependencia, individualidad y progresividad.

Ulrich Klug con fundamento en esa concepción metafísica en relación a los criminales nazis sometidos a los juicios de Nuremberg y luego continuados por los tribunales

32 Ibid. p.22.

33 *Intento de fundamentación filosófica de los Derechos Humanos (punto de partida para una metafísica jurídica crítica)* Ibid, p.15-28.

34 Ibid, p.23.

35 Ibid, p.28.

alemanes a raíz del término de la Segunda Guerra Mundial, llega a la conclusión de que en los delitos de lesa humanidad, no aplica el *principio de no retroactividad* de la ley penal, pues tales conductas violan los derechos humanos y escribe: “Me refiero al fenómeno de la justicia legal acerca de la cual se habla desde Gustav Radbruch y que se produce cuando un legislador sanciona leyes contrarias a la ética, que violan los derechos humanos positivizados en una constitución o dejan de lado derechos humanos suprapositivos”³⁶

Hablar de derechos humanos *suprapositivos* implica desde luego una visión metafísica que linda con el concepto de Derecho Natural como ha sido mostrado en una larga tradición jurídica y al que ya nos referimos.

Finalmente, por lo que respecta a la *metafísica dogmática* que no sigue Klug esta puede operar siempre y cuando se mantenga en los límites de una razón que no excede sus alcances de reflexión o elaboración de conceptos y que generalmente tiene una raíz teísta. El entendimiento como: “pensamiento que se piensa a sí mismo” (Dios), que origina ese tipo de metafísica como lo señaló Aristóteles³⁷ y la estudia el *realismo crítico*. No es una metafísica desbordada por la fantasía o la imaginación humana como sucede en las corrientes gnósticas, teosóficas o de sincretismos religiosos y versiones similares.

El tema de los derechos humanos implica una metafísica crítica y pragmática en la medida que procede de hipótesis racionales (axiomas) relativas al ser y sentido del hombre en el mundo a la que se ha referido Ulrich Klug e igualmente a una *metafísica trascendente* o para otros llamada dogmática como lo plantea el mexicano Mauricio Beuchot, que sigue la escuela aristotélica-tomista³⁸.

CONCLUSIONES

No podemos admitir un solo modelo de conocimiento: el llamado científico (matemático-físico) y el de *verificación* aplicables a muchas disciplinas del mundo natural, independientemente de sus innegables ventajas y logros para la vida material de los seres humanos, con exclusión de otros modelos de saber cómo son los relativos a las Ciencias Sociales y a las Ciencias Humanas que formulan juicios de valor, de sentido, de significado para la vida humana y que no pueden ser reducidos a *juicios de coherencia* o *juicios de verificación* como se realizan en las ciencias exactas y las naturales.

El Derecho como ciencia pertenece al campo social e incluso humanista y sus elementos ontológicos, éticos, axiológicos, lógicos, epistémicos y otros no se pueden reducir a un factor de *verificación empírica* o de *contrastación* o *falsación* como pretenden

36 Ibid. p.170-171.

37 Metafísica XII, 7.

38 Beuchot Mauricio, *Filosofía y Derechos Humanos*, Siglo XXI, México, 1993.

corrientes que se autodenominan científicas y tienen un carácter totalitario, reduccionista, unívoco, hegemónico y excluyente de otros tipos de juicios o conocimientos.

Concepciones a la manera de distinguidos pensadores como Karl Popper, Mario Bunge y muchos otros de la corriente analítica o neopositiva no pueden dar explicaciones solventes o satisfactorias de los contenidos de la jurisprudencia y de otras disciplinas del saber.

Se propone una Filosofía del Derecho que articula las grandes partes del saber sapiencial para que los juristas puedan colaborar de manera más profunda y justa en la solución de los problemas de la convivencia humana, y esto en la medida que toda reflexión en este campo tiene como fin último el reconocimiento de la persona humana, su dignidad y su desarrollo libre en la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

Aristóteles, *La lógica*. Madrid, Gredos, 1982 y 1988. Dos tomos.

Aristóteles, *Metafísica*, Madrid, Gredos, 1994.

Beuchot, Mauricio, *Filosofía y Derechos Humanos*, México, Siglo XXI, 1993.

Dacal Alonso, José Antonio, *Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 2016.

Fullat, Octavi, *Filosofías de la educación*, Barcelona, CEAC, 1983.

Hervada, Javier, *Introducción crítica al Derecho Natural*, Pamplona, EUNSA, 1994.

Klug, Ulrich, *Problemas de la Filosofía y de la pragmática del Derecho*, México, Fontamara, 1992.

Maritain, Jacques, *Introducción a la Filosofía*, Buenos Aires, Club de lectores, 1955.

Platas Pacheco, María del Carmen, *Filosofía del Derecho. Analogía de proporcionalidad*, México, Porrúa, 2003.

Puy Muñoz, Francisco, *Las trampas del lenguaje jurídico y político*. México, Porrúa, 2014.

Puy Muñoz, Francisco, *Tópica jurídica. Tópica de expresiones*. México, Porrúa, 2006.

Raz, Joseph, *La autoridad del Derecho. Ensayo sobre Derecho y moral*, México, UNAM, 1972.

Recaséns Siches, Luis, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica "razonable"*, México, FCE, UNAM, 1971.

Ross, Alfred, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1963.

Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1964.



APORTACIONES RECIENTES DE LA IGLESIA CATÓLICA EN MATERIA DE LIBERTAD RELIGIOSA: LA MIRADA DE UN EMBAJADOR*

JAIME DEL ARENAL FENOCHIO
Embajador de México ante la Santa Sede

“Cuando este Concilio Vaticano declara acerca del derecho del hombre a la libertad religiosa, tiene su fundamento en la dignidad de la persona, cuyas exigencias se han ido haciendo más patentes cada vez a la razón humana a través de la experiencia de los siglos. Es más; esta doctrina de la libertad tiene sus raíces en la divina Revelación, por lo cual ha de ser tanto más religiosamente observada por los cristianos”.¹

En estas palabras se encuentran ideas fundamentales para comprender mejor la defensa de la libertad religiosa llevada a cabo por la Iglesia católica precisamente a partir de la publicación de la Declaración conciliar *Dignitatis Humanae* del 7 de diciembre de 1965; libertad que otrora fuera cuestionada por la propia Iglesia, y que por lo mismo fuera objeto en su momento de muchas controversias o de entusiasmos por parte de intelectuales, autoridades, clero y miembros de la Iglesia. Con la aceptación y ulterior defensa de dicha libertad, se ha dicho, la Iglesia aceptaba de alguna manera la Modernidad, si bien no en todos sus postulados ni consecuencias sino únicamente en aquello que se sustenta y deriva precisamente de la “dignidad de la persona”. Lo novedoso del caso es que la Iglesia aceptara como “derecho del hombre” –expresión propia de la Ilustración europea– a la “libertad religiosa”; que lo hiciera fundándose en la dignidad del ser humano y, en consecuencia, en la propia Revelación divina.

Sin embargo, a mi parecer, lo más trascendental del párrafo citado está en la afirmación de que las “exigencias” de la dignidad de la persona (razón de ser del reconocimiento de la libertad religiosa en 1965 por parte del Concilio Vaticano II) “se han ido haciendo más patentes cada vez a la razón humana a través de la experiencia de los siglos”. Y es que con estas palabras la doctrina católica reconocía una idea de indiscutible base tomista –y por ende medieval– que durante la influencia del iusnatura-

* Estas reflexiones fueron preparadas a principios de año 2018 cuando el autor era Embajador de los Estados Unidos Mexicanos ante la Santa Sede. Preparadas para un libro que nunca se publicó aparecen publicadas por vez primera.

1 Declaración *Dignitatis Humanae* sobre la Libertad Religiosa, punto 9. *Vid.* en http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_decl_19651207_dignitatis-humanae_sp.html consultado el 3 de diciembre de 2017.

lismo racionalista moderno de raíces protestantes –desde Grocio (1583-1645) hasta Pufendorf (1632-1694)— simplemente se desconoció o sencillamente se negó: que a la par del contenido inmutable de los principios universales del Derecho Natural (unos cuantos) de raíz teológica o racional (que esto no es realmente lo importante en este momento) el contenido del Derecho Natural puede modificarse según las exigencias de la razón ante el paso de los siglos; es decir, que puede haber un iusnaturalismo de contenido variable, histórico, precisamente porque la razón humana va descubriendo al paso del tiempo nuevas exigencias de la propia razón humana.²

Lo que el Vaticano II nos viene a decir en esta importante Declaración es justamente que hasta ese momento no habían sido evidentes (“patentes”) a la razón humana la exigencia de la dignidad humana a la libertad religiosa. Para la Iglesia católica ese momento llegó en diciembre de 1965, si bien para el racionalismo ilustrado europeo llegara al finalizar el siglo XVIII. Otra diferencia estaría señalada –ahora sí— en el fundamento último de dicha libertad: en la Revelación divina o en la simple razón natural.

En este fundamento teológico doctrinal, a la vez medieval y novedoso, quedó finalmente consagrado, sostenido, defendido, y proclamado el derecho a la libertad religiosa por parte de la Iglesia y la obligación de todos “los cristianos” a observarlo, sin merma alguna al derecho de la propia Iglesia de proclamarse depositaria última de la Verdad y del deber de todo hombre de buscarla y aceptarla una vez encontrada. A partir de la *Dignitatis Humanae* comenzó la lucha de la Iglesia católica por la defensa de la libertad religiosa en todos los países y foros nacionales e internacionales, ocupando en nuestros días un lugar muy destacado dentro de la misión evangélica tanto de la Santa Sede como de las iglesias locales, así como de los intelectuales, academias, universidades, foros y publicaciones católicas. En efecto, a la publicación de la declaración mencionada siguió la intensa y continua actividad desarrollada por el Magisterio de la Iglesia, principalmente en el largo pontificado de san Juan Pablo II (1978-2005), quien hizo precisamente de esta defensa uno de sus principales compromisos y tareas y en la cual, significativamente, obtuvo mayores éxitos: al finalizar su pontificado el derecho a la libertad religiosa se había extendido geográficamente y reconocido de una manera notable por un gran número de países, la mayoría hasta entonces caracterizados por gobiernos con fuertes y ancestrales sentimientos antirreligiosos, francamente anticatólicos u oficialmente ateos.

Documento toral para toda la Iglesia y en especial para todos los bautizados, es la edición típica latina del *Catecismo de la Iglesia Católica* promulgada por Juan Pablo II en la Fiesta de la Asunción de María, el 15 de agosto de 1997, por medio de la Constitución Apostólica *Laetamur Magnopere* y que en seis numerales –del 2104 al 2109— bajo el

2 Para este importante tema véase las obras del jurista español Francisco CARPINTERO, principalmente *Historia del Derecho natural*, México, UNAM, 1999; *Historia breve del Derecho natural*. Madrid, Colex, 2000, y *La ley natural. Historia de un concepto controvertido*. Madrid, Encuentro, 2008.

rubro “El deber social de la religión y el derecho a la libertad religiosa” repite y desarrolla los principios y postulados de la *Dignitatis Humanae*. Sin apartarse de la doctrina tradicional según la cual todo hombre está “obligado a buscar la verdad, sobre todo en lo que se refiere a Dios y a su Iglesia, y, una vez conocida, a abrazarla y practicarla” (2104); así como todo cristiano está obligado a “respetar y suscitar en cada hombre el amor a la verdad y el bien [que] les exige dar a conocer el culto de la única verdadera religión, que subsiste en la Iglesia católica y apostólica” (2105), el *Catecismo* tajantemente repite lo establecido en la *Dignitatis Humanae* en el sentido de que “en materia religiosa, ni se obligue a nadie a actuar contra su conciencia, ni se le impida que actúe conforme a ella, pública o privadamente, solo o asociado con otros” (2106); considerando este derecho como “un derecho natural de la persona humana a la libertad civil, es decir, a la inmunidad de coacción exterior, en los justos límites, en materia religiosa por parte del poder político”, exigiendo, en consecuencia, que este “derecho natural” sea reconocido “en el ordenamiento jurídico de la sociedad de manera que constituya un derecho civil” (2108).³

Una doctrina de tan alta importancia y de contenido tan trascendental y novedoso hubo por fuerza de acudir a la labor diplomática de la Santa Sede para difundirse y hacerse valer en todos los rincones de la Tierra, sobre todo porque la misma implicaba su reconocimiento como “derecho civil” por parte de los Estados de toda la comunidad internacional. A ello se abocó de manera significativa el propio papa durante los casi 27 años de su pontificado. En efecto, el libro de André Dupuy, *Juan Pablo II y los desafíos de la diplomacia pontificia*, publicado en 2004,⁴ un año antes del fallecimiento de Juan Pablo II, da cuenta en su capítulo IV del “derecho a la libertad religiosa” conforme al contenido de los diversos documentos, discursos, mensajes y cartas dirigidos a jefes de Estado o de gobierno, a la ONU, a los participantes de las jornadas mundiales de la paz, a los miembros de diferentes organismos o sociedades nacionales o internacionales, y, particularmente, al Cuerpo Diplomático acreditado ante la Santa Sede y a los distintos embajadores en las ceremonias de recepción de las cartas credenciales que los acreditan como embajadores de sus respectivas naciones, escritos o pronunciados por dicho pontífice. En cada uno de ellos se ratifica o se profundiza la doctrina católica sobre el derecho a la libertad religiosa; y de su lectura aparece que este derecho se ha ido constituyendo como uno de los más preciados por la Iglesia católica en el último cuarto del siglo XX y durante los años que lleva transcurrido el presente siglo, hasta verse identificado como el pilar o fundamento mismo de los demás derechos humanos.

A la manera de un moderno *Digesto*, Dupuy sistematiza los 66 textos seleccionados de una manera que la propia ordenación de los materiales elegidos revela un rico contenido argumental que permite continuar construyendo una verdadera doctrina pontificia

3 *Catecismo de la Iglesia Católica*. Nueva edición conforme al texto latino oficial. México, Coeditores Católicos de México, 1999, pp. 569-571.

4 André DUPUY. *Juan Pablo II y los desafíos de la diplomacia pontificia. Colección de textos (1978-2003)*. Ciudad del Vaticano, Pontificio Consejo “Justicia y Paz”, 2004.

de la acción alrededor de la necesidad, los instrumentos, las aspiraciones, las posibilidades y las dificultades de la libertad religiosa según el Magisterio Pontificio: Una introducción sobre *La libertad*, tres párrafos: I— *El derecho a la libertad religiosa* (1. Un derecho fundamental, piedra angular de la estructura de los derechos humanos, 2. El respeto del derecho a la libertad religiosa: una condición de la paz, 3. El concordato: un instrumento jurídico a favor del respeto del derecho a la libertad religiosa), II— *El contenido del derecho a la libertad religiosa* (1. En el plano personal y comunitario, 2. El derecho de los padres a dar una educación religiosa a los hijos, 3. La libertad de la Iglesia: ningún privilegio sino espacio para su misión), III— *Los llamados de la Santa Sede a favor del respeto del derecho a la libertad religiosa* (1. La Santa Sede reivindica el respeto del derecho a la libertad religiosa, 2. La Santa Sede denuncia el irrespeto de este derecho, 3. La situación de los cristianos en los países musulmanes), y una *Conclusión* (La libertad religiosa, una condición del Estado de derecho), integran el mencionado capítulo IV. En el conjunto de textos que se reúnen en el primer párrafo ha quedado plasmada la doctrina de que la libertad de religión es “base de todos los derechos humanos”⁵, y que el derecho que ella implica es “el más fundamental”⁶ de los derechos, que incluso sirve como un *test* “de la observancia de los otros derechos fundamentales”.⁷ En efecto, en reiteradas ocasiones el papa Juan Pablo II se refirió a esta suprema dignidad de la libertad religiosa y del derecho que implica en relación a otros derechos humanos:

“La libertad de conciencia y de religión...es, como se ha dicho, un derecho primario e inalienable de la persona; más aún, en la medida en que esta libertad atañe a la esfera más íntima del espíritu, se puede decir incluso que, por estar íntimamente anclada a cada persona, constituye la razón de ser de las otras libertades”.⁸

“La construcción de una sociedad justa y pacífica requiere de un compromiso total con el principio de la libertad religiosa, que es la piedra angular de toda la estructura de los derechos del hombre”, y su respeto, “una verdadera medida del compromiso de una sociedad a sostener y defender la dignidad y los derechos de sus miembros”.¹⁰

Por su especial referencia a México importa transcribir ahora parte del texto del discurso de Su Santidad al entonces embajador de México, Lic. Guillermo Jiménez Morales (1933), el 6 de abril de 1995, a menos de tres años de haberse reestablecido las relaciones diplomáticas entre México y la Santa Sede:

“La Iglesia no busca ni exige privilegios, sino que pide el reconocimiento de las condiciones necesarias que, por derecho nativo, le corresponden para cumplir su

5 Juan Pablo II, Discurso al embajador de Nigeria, 14 de diciembre de 2000, en DUPUY, *op cit.*, p. 161.

6 *Ibid.*

7 *Ídem*, Discurso al Cuerpo Diplomático, 9 de enero de 1989, *ídem*, p. 159.

8 *Ídem*, Carta a los Jefes de Estado, 1 de septiembre de 1980, *ídem*, p. 159

9 *Ídem*, Discurso al embajador de Singapur, 28 de octubre de 1993, *ídem*, p. 160.

10 *Ídem*, Discurso al embajador de Nigeria, *loc. cit.*

misión y que permiten *que los individuos y los pueblos ejerzan el inalienable derecho a la libertad, especialmente la religiosa*, y a la búsqueda de la verdad según los dictámenes de la propia conciencia.”¹¹

La labor en pro de la libertad religiosa –a través de su reconocimiento como “derecho civil” por parte del Estado— fue también fortalecida bajo el pontificado de san Juan Pablo II con la *Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones* proclamada por la ONU el 25 de noviembre de 1981¹², en la cual se establece que “la libertad de religión o de convicciones debe ser íntegramente respetada y garantizada”, toda vez que contribuye “a la realización de los objetivos de paz mundial, justicia social y amistad entre los pueblos y a la eliminación de las ideologías o prácticas del colonialismo y de la discriminación social” (Considerandos). Documento secular que, no obstante, ratifica mucho del contenido de la *Dignitatis Humanae* y del magisterio posconciliar de la Iglesia católica, en particular en el tema relativo a la obligación del Estado de establecer en la legislación nacional respectiva los “derechos y libertades enunciados en la presente Declaración”, con una no poca significativa y trascendental diferencia: mientras que en el Magisterio Pontificio la libertad religiosa se concibe como un derecho natural, según la *Declaración* de la ONU esos derechos y libertades “*se concederán* en la legislación nacional de manera tal que todos puedan disfrutar de ellos en la práctica” (art. 7). Mérito indiscutible de este documento internacional fue desglosar en forma específica el contenido del derecho a la libertad religiosa en diversas libertades particulares que van desde la de practicar el culto pública o privadamente, hasta la de “establecer y mantener comunicaciones con individuos y comunidades acerca de cuestiones de religión o convicciones”, pasando por las libertades a enseñar la religión, escribir y publicar, solicitar y recibir contribuciones voluntarias, observar días de descanso y celebrar festividades religiosas, etc. (art. 6).

Fallecido Juan Pablo II en abril de 2005, le correspondió a su sucesor, Benedicto XVI (2005-2013), continuar la tarea en favor del reconocimiento internacional del derecho a la libertad religiosa según es concebido por la Iglesia católica. Y el término elegido es el correcto: continuar, pues en éste como en otros muchos temas la Iglesia no variará la doctrina establecida en el Concilio Vaticano II.

En efecto, en el *Mensaje a los participantes en la Asamblea Plenaria de la Academia Pontificia de Ciencias Sociales sobre libertad religiosa*, pronunciado el 29 de abril de 2011, el papa alemán afirmó que fue “la cultura cristiana occidental” la que dio vida y espacio a la libertad religiosa, y la que sigue alimentando la libertad de religión y la libertad de culto”, las que, sin embargo, “de nuevo están amenazadas por actitudes e ideologías que impedirían la libre expresión religiosa”. Incluso recordó que la expresión

11 *Ídem*, p. 174. El subrayado es mío.

12 *Vid.* en <http://www.ohchr.org/sp/ProfessionalInterest/Pages/ReligionOrBelief.aspx> consultado el 6 de enero de 2018

latina *libertas religionis* había sido acuñada por Tertuliano (ca.160-ca.220), padre de la Iglesia, en su obra *Apologeticum*. Benedicto XVI, a la vez que afirmó que dicha libertad permitiría “alcanzar a la persona humana su plenitud, contribuyendo así al bien común de la sociedad”, y ratificar su naturaleza como derecho natural, hizo un llamado “para que todos los Estados *reconozcan* el derecho humano fundamental a la libertad religiosa”, instándolos “a respetar, y si fuere necesario, proteger a las minorías religiosas”.¹³

Después de la apertura del mundo hacia lo religioso que significó el largo pontificado de san Juan Pablo II –principalmente en los países la ex Unión Soviética y de la Europa del Este, México, Cuba, etc.-, la irrupción de los nuevos fundamentalismos religiosos, particularmente del islámico, el relativismo moral, el agnosticismo, el laicismo y el avance vertiginoso del secularismo-consumista (o, según Methol Ferre, del ateísmo libertino¹⁴) fueron las preocupaciones del papa Benedicto XVI, concebidas por él como verdaderas nuevas amenazas a la libertad religiosa y a las minorías religiosas. En efecto, los primeros años del nuevo milenio no aportaron mayores datos para ver con optimismo el disfrute de la libertad religiosa en la Tierra; por el contrario, los hechos que dieron comienzo simbólicamente el 11 de septiembre de 2001 en Nueva York determinaron todo tipo de restricciones a las tradicionales libertades consagradas en los países occidentales, e incrementaron la intolerancia religiosa en aquellos que nunca habían gozado de una plena libertad religiosa, afectando en forma manifiesta y en ocasiones cruel a las minorías religiosas. De aquí, entonces, que el papa alemán considerase indispensable dar una batalla decidida y clara en contra de dichas amenazas a la libertad religiosa no únicamente en Oriente sino también el Occidente; batalla no solo contra las restricciones impuestas por el poder político sino por la nueva cultura sin Dios, agnóstica y relativista. Razón por la cual reiteradamente reclamara un lugar para Dios y para la religión en la esfera pública, lo que le llevó a distinguir entre laicidad y laicismo donde la primera no niega, como el segundo, la “dimensión pública de la religión”. Particularmente interesantes son las palabras pronunciadas en la Jornada Mundial de la Paz de 2011, mensaje que constituye la más importante aportación del papa hoy emérito al tema que nos ocupa:

“en la libertad religiosa se expresa la especificidad de la persona humana, por la que puede ordenar la propia vida personal y social a Dios, a cuya luz se comprende plenamente la identidad, el sentido y el fin de la persona. Negar o limitar esa libertad, significa cultivar una visión reductiva de la persona humana, oscurecer el papel público de la religión; significa generar una sociedad injusta, que no se ajusta a la verdadera naturaleza de la persona humana; significa hacer imposible la afirmación de una paz auténtica y estable para toda la familia humana”.¹⁵

13 Vid. en http://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/es/messages/pont-messages/2011/documents/hf_ben-xvi_mes_20110429_social-sciences.html consultado el 4 de diciembre de 2017.

14 Alberto METHOL FERRE y Alver METALLI. *El papa y el filósofo*, Buenos Aires, Editorial Biblos, 2013, pp. 127-149.

15 *Mensaje de Su Santidad Benedicto XVI para la Celebración de la XLIV Jornada Mundial de la Paz. 1 de enero de 2011. La Libertad Religiosa, Camino para la Paz*. N. 1 Vid. en <http://w2.vatican.va/content/>

Para entonces la situación por la que pasaban los cristianos en Medio Oriente se estaba agravando, así como las restricciones a todo tipo de libertades se generalizaban en todos los países, particularmente en los europeos y en los Estados Unidos —que se convirtieron en los puntos de mira del terrorismo islámico— y habrían de restringirse aún más en los años siguientes. De aquí que el papa exhortara “a los hombres y mujeres de buena voluntad a renovar su compromiso por la construcción de un mundo en el que todos puedan profesar libremente su religión o su fe, y vivir su amor a Dios con todo el corazón, con toda el alma y con toda la mente”.¹⁶ Ni la “instrumentalización de la libertad religiosa para enmascarar intereses ocultos” ni el laicismo podrían contribuir al pleno desarrollo de la persona humana debido a que “ambos absolutizan una visión reductiva y parcial de la persona humana, favoreciendo en el primer caso, formas de integrismo religioso y, en el segundo, de racionalismo”.¹⁷ Para contrarrestar estas dos formas de totalitarismo ideológico contrario a la paz Benedicto XVI señala una tarea concreta tanto a la política como a la diplomacia: “contemplar el patrimonio moral y espiritual que ofrecen las grandes religiones del mundo, para reconocer y afirmar aquellas verdades, principios y valores universales que no pueden negarse sin negar la dignidad de la persona humana”, lo que, de alguna manera, “significa favorecer un compromiso constante para fundar la ley positiva sobre los principios de la ley natural”.¹⁸

Consumada la renuncia del papa Ratzinger al solio pontificio, le tocará al actual pontífice Francisco continuar trabajando en la líneas de sus predecesores en favor del reconocimiento y protección universales del derecho a la libertad religiosa, en un ambiente ya francamente hostil a éste en algunos países azotados por guerras con fuertes matices religiosos o por persecuciones abiertas a minorías religiosas, así como por el avance incontenible en Occidente del laicismo favorable a la exclusión de Dios del ámbito de lo público. En el caso concreto de la persecución a los cristianos el papa Francisco ha llegado a afirmar que “de hecho, hoy es más fuerte que en los primeros siglos de la Iglesia, y hay más cristianos mártires que en aquella época”.¹⁹

Como en el caso de los papas anteriores, el mensaje de Francisco puede conocerse a través de la lectura de sus múltiples escritos, entre otros, sus discursos y homilías como el que dirigió a los participantes del Congreso Internacional “La libertad religiosa según el derecho internacional y el conflicto global de los valores”, llevado a cabo en la Sala del Consistorio de El Vaticano en junio de 2014,²⁰ y donde afirmó que toda vez que “cada ser humano es un buscador de verdad del propio origen y del propio destino”

benedictxvi/es/messages/peace/documents/hf_ben-xvi_mes_20101208_xliv-world-day-peace.html consultado el 6 de enero de 2018

16 *Ídem.*

17 *Ídem*, n. 8

18 *Ídem*, n. 12

19 *Vid.* en http://w2.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2014/june/documents/papa-francesco_20140620_liberta-religiosa.html consultado el 7 de enero de 2018.

20 *Ídem.*

las interrogantes que se hacía al respecto tenían una naturaleza religiosa que requerían de “libertad religiosa para manifestarse plenamente”. De aquí que esta no fuera “sólo la de un pensamiento o de un culto privado” sino “la libertad de vivir según los principios éticos consiguientes a la verdad encontrada, sea privada que públicamente”. Por esta razón volvió a insistir en que “Las ordenanzas jurídicas, gubernamentales o internacionales, están llamadas, por lo tanto, a reconocer, garantizar, y proteger la libertad religiosa, que es un derecho intrínsecamente inherente a la naturaleza humana, a su dignidad de ser humano”, llegando a ser, incluso, “un indicador de una sana democracia y una de las fuentes principales de la legitimidad del Estado”. Casi seis meses después, en la homilía que pronunció el 14 de enero de 2015 en la ceremonia de canonización del beato José Vaz en Colombo, capital de Sri Lanka, volvió a afirmar que la libertad religiosa era un derecho fundamental y que ninguna persona podía ser constreñida o limitada a actuar o a expresarse, individual o colectivamente, conforme a sus “convicciones religiosas”.²¹

Destacable es el discurso papal pronunciado en el “Encuentro por la libertad religiosa con la comunidad hispana y otros inmigrantes” celebrado en el Independence Mall de Filadelfia, ciudad donde en 1776 se firmó la *Declaración de Independencia* de los Estados Unidos, el sábado 26 de septiembre de 2015. Aquí volvió a ratificar que dicha libertad implicaba un derecho que debía ejercerse individual o públicamente “de acuerdo a la propia conciencia”, y que la dimensión religiosa no constituía una subcultura sino “parte de la cultura de cualquier pueblo y de cualquier nación”, indispensable para recordarnos “nuestra libertad irreductible frente a la pretensión de cualquier poder absoluto”. Asimismo, aprovechó esta ocasión para subrayar el valor y la responsabilidad de la religión, amenazada por formas de instrumentalización dirigidas hacia “el odio y la brutalidad”, como por desgracia se ha podido constatar en muchas partes del mundo en los últimos años. Fundándose en su propia Exhortación Apostólica *Evangelii Gaudium* del 24 de noviembre de 2013, sostuvo que “las religiones tienen, pues, el derecho y el deber de dejar claro que es posible construir una sociedad en la que ‘un sano pluralismo, que de verdad respete a los diferentes y los valore como tales’, es un aliado valioso ‘en el empeño por la defensa de la dignidad humana...y un camino de paz para nuestro mundo tan herido’ por las guerras”. En el centro histórico mismo de los Estados Unidos el papa exhortó a todos los presentes a conservar y a cuidar la libertad, la de conciencia y la religiosa, la “de cada persona, de cada familia, de cada pueblo” por ser ésta “la que da lugar a los derechos”.²²

El contraste entre dos formas de entender y de usar la religión ha sido destacado por el papa Francisco en su último viaje a Bangladesh (diciembre de 2017), donde si bien volvió a advertir que en el mundo se está usando “escandalosamente” a la religión

21 Vid. en http://w2.vatican.va/content/francesco/es/homilies/2015/documents/papa-francesco_20150114_srilanka-philippine-omelia-canonizzazione.html consultado el 7 de enero de 2018.

22 Vid. en http://w2.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2015/september/documents/papa-francesco_20150926_usa-liberta-religiosa.html consultado el 3 de enero de 2018.

“para fomentar la división”, también subrayó la necesidad de contar con “su poder reconciliador y unificador”, como en forma patente lo demostraba la propia constitución política del país visitado, “conocido por la armonía que tradicionalmente ha existido entre los seguidores de las diversas religiones” y por crear una “atmósfera de respeto mutuo y un creciente diálogo interreligioso” que, obviamente, contrastaba con la situación del recién visitado vecino país de Myanmar donde se perseguía a la minoría religiosa musulmana de los rohingya. Francisco, a nombre de la Iglesia católica, agradeció a Bangladesh “la libertad que goza toda la nación de practicar su propia fe y realizar sus obras de caridad”.²³

La más reciente referencia del papa Francisco a la libertad religiosa la encontramos en el *Discurso* dirigido al Cuerpo diplomático ante la Santa Sede el día 8 de enero de 2018; ocasión que le permitió, a la vez, profundizar en el tema de los derechos humanos al conmemorarse durante el año que comienza el setenta aniversario de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* aprobada por la ONU²⁴; *Declaración* que, sin embargo, no ha impedido “constatar cómo muchos derechos fundamentales están siendo todavía hoy pisoteados”. Para la Santa Sede, afirmó el papa, “hablar de derechos humanos significa, ante todo proponer la centralidad de la dignidad de la persona, en cuanto ha sido querida y creada por Dios a su imagen y semejanza”; de aquí que el fundamento de estos derechos se encuentre “en la naturaleza que aúna objetivamente al género humano”, y no en “nociones controvertidas” acerca de los mismos que, sobre todo a partir de las “agitaciones sociales del sesenta y ocho”, han generado “nuevos derechos” que en ocasiones “contrastan con la cultura de muchos países” y permiten “instaurar formas modernas de colonización ideológica de los más fuertes y los más ricos en detrimento de los más pobres y los más débiles”, estableciendo de esta manera clara y contundente la distancia entre las dos concepciones acerca de los derechos humanos que hoy se debaten en los ámbitos académicos, constitucionales y legislativos, en particular en los países occidentales. En concreto, al referirse al derecho a la libertad religiosa el papa lamentó que “a menudo, no se respeta y la religión con frecuencia se convierte en un motivo para justificar ideológicamente nuevas formas de extremismo o un pretexto para la exclusión social, e incluso para la persecución en diversas formas de los creyentes.” Por esta razón volvió a refrendar el pensamiento del Magisterio Pontificio planteado desde la *Dignitatis Humanae* sobre el valor y la necesidad de la libertad religiosa: “La condición –dijo– para construir sociedades inclusivas está en una comprensión integral de la persona humana, que se siente verdaderamente acogida cuando se le reconocen y aceptan todas las dimensiones que conforman su identidad, incluida la religiosa”.²⁵

23 Vid. en http://w2.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2017/november/documents/papa-francesco_20171130_viaggioapostolico-bangladesh-autorita.html consultado el 7 de enero de 2018.

24 Se aprobó por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

25 Vid. en http://w2.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2018/january/documents/papa-francesco_20180108_corpo-diplomatico.html consultado el 8 de enero de 2018.

De la *Dignitatis Humanae* al *Discurso* de enero de este año; de Paulo VI a Francisco; del mundo bipolar a la crisis de la globalización; de “las agitaciones sociales del sesenta y ocho” al fundamentalismo cruel y despiadado de nuestros días; del ateísmo ideológico al ateísmo libertino; de la estabilidad de las fronteras nacionales a los movimientos migratorios que no conocen ni barreras ni muros, en poco más de cincuenta años se ha consolidado el Magisterio Pontificio sobre la libertad religiosa que comenzó en el Concilio Vaticano II; libertad que hoy, no hay duda, se encuentra amenazada por dos tipos de fundamentalismos: uno viejo y agresivo, el religioso; otro, más novedoso y aparentemente inocuo, el laicismo oficial que arroja el culto a Dios al rincón de la individualidad subjetiva. A ambos seguirá haciendo frente la Iglesia católica con su concepto de libertad religiosa fundado en la dignidad de la persona humana, dignidad que frente a los sorprendentes e impredecibles cambios que sufre la humanidad sería lo único que jamás debiera ser afectada.

CRÍTICA AL ESTADO, AL DERECHO Y A LA SOCIEDAD TECNOLÓGICA

APORTES DE ROBERTO OCHOA –SIGUIENDO LA TRADICIÓN DE IVÁN ILLICH—, DE JACQUES ELLUL Y DE RAYMUNDO ESPINOZA

JESÚS ANTONIO DE LA TORRE RANGEL¹

RESUMEN: Desde el pensamiento de Roberto Ochoa –siguiendo la tradición teórica de Iván Illich-, del singular personalista Jacques Ellul y del marxista Raymundo Espinoza, se hace la crítica del Estado y del Derecho, por la absolutización de la técnica que lleva a su maquinización; esto en detrimento del ser humano, por la conculcación de derechos y la injusticia que se produce.

PALABRAS CLAVE: Estado, Derecho, Técnica, Maquinización, Derechos Humanos.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. EL APORTE DE ROBERTO OCHOA, LA CRÍTICA AL ESTADO Y LA SOCIEDAD TECNOLÓGICA, SIGUIENDO LA TRADICIÓN DE IVÁN ILLICH. 2. CRÍTICA DE LA MODERNIDAD Y DE SU HERMENÉUTICA, DESDE EL PENSAMIENTO DE ELLUL. 3. LA NECESIDAD DE RESCATAR LA PROPORCIONALIDAD. 4. SOBRE LA MAQUINIZACIÓN DEL DERECHO: EL APORTE DE RAYMUNDO ESPINOZA, DESDE EL MARXISMO. 5. PALABRAS FINALES. 6. FUENTES DE CONSULTA

INTRODUCCIÓN

Desde el *iusnaturalismo histórico analógico*², entendemos que la raíz del Derecho es el ser humano; y que, por lo tanto, prioritariamente, el Derecho, el *ius*, es lo justo objetivo, esto es la cosa o conducta *debida* al *otro*. A ese *otro*, que en justicia se le deben cosas y conductas, se le debe su derecho –el respeto y cumplimiento de sus derechos humanos-; ese *otro* es cualquier persona, que por su sola dignidad y presencia interpela al pleno respeto; pero es también el *inequívocamente otro* –la persona negada, excluida, víctima, descartada– que padece, aquí y ahora, la injusticia. Entre el *otro* y el *inequívocamente otro*, existe una relación analógica: hay una base igualdad, los mismos derechos comunes, pero el *inequívocamente otro* es distinto, pues en el momento histórico concreto es víctima de la injusticia, padece la ausencia en la eficacia de sus derechos.

1 Profesor-Investigador de la Universidad Autónoma de Aguascalientes (UAA).

2 Cfr. De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *Iusnaturalismo Histórico Analógico*, Ed. Porrúa, México, 2011; *Derechos Humanos desde el Iusnaturalismo Histórico Analógico*, Ed. Universidad Autónoma de Aguascalientes, Aguascalientes, 2021. (Porrúa y la UAA publicaron una primera edición en 2001).

Desde esta visión, sostenemos que lo instrumental del Derecho debe estar al servicio del ser humano. Lo que significa que las normas (leyes), instituciones jurídicas y estatales, procedimientos, ejercicios de los poderes del Estado –políticas públicas, administración de justicia, aparatos de seguridad, etc.— deben estar al servicio del ser humano, esto es, de la justicia y de los derechos humanos de todos, pero especialmente de aquellos reclamantes de justicia, porque padecen la injusticia, ya que, son violentados en sus derechos en la realidad presente.

Lo instrumental del Derecho, que forma la *totalidad sistémica*, en muchas ocasiones, frecuentemente, *aliena* al *otro*: totaliza la exterioridad, sistematiza la alteridad, niega al otro como otro.³

Por eso hablamos de la necesaria crítica al Estado y al Derecho, así como a la sociedad tecnológica actual, que los utiliza en servicio del capital. A continuación, exponemos esa crítica, en favor del ser humano y la justicia, que hacen Roberto Ochoa, Jacques Ellul y Raymundo Espinoza.

1. EL APOORTE DE ROBERTO OCHOA, LA CRÍTICA AL ESTADO Y LA SOCIEDAD TECNOLÓGICA, SIGUIENDO LA TRADICIÓN DE IVÁN ILLICH

A continuación expongo algunas ideas centrales de su libro *Muerte al Leviatán*. En buena medida se basa en las tesis de Leopold Kohr, muy cercano teóricamente a Iván Illich. Ochoa, siguiendo a Kohr, Jean Robert y, por supuesto, al propio Illich, muestra una visión social y del Estado, desde la tradición illichiana.

No es ocioso decir aquí que Iván Illich, es el gran crítico de la sociedad económica y tecnológica⁴, del Estado y de las instituciones fundamentales de nuestra modernidad, como la escuela, el transporte y la medicina.⁵

Ochoa, basado en las tesis de Kohr, haciendo alusión a la idea de Bobbio de que los problemas de la paz en el mundo se solucionarían con un “Estado Mundial” o superestado, rechaza esta solución porque considera que multiplicaría los problemas, ya que frente al “imperialismo norteamericano” no queda sólo “la sedición” ni la “institucionalización de un poder superior”, sino que la vía pacífica “para salir del dominio imperial norteamericano sigue siendo, como bien lo señalan los movimientos reivindicativos de culturas locales, la construcción y fortalecimiento de las autonomías.”⁶

3 Cfr. Dussel, Enrique. *Filosofía de la Liberación*, Ed. Edicol, México, 1977, págs. 61-62.

4 Cfr. Sicilia, Javier, *La voz y las sombras. Artículos de Proceso*, selección y estudio introductorio de Jesús Antonio de la Torre Rangel, Ed. Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosí, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez y Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, San Luis Potosí, 2009, págs. 373-376.

5 Cfr. Sicilia, Javier, “Lo contraproduktivo”, en *Proceso* 2206, México, 10 de febrero de 2019, págs. 56-57.

6 Ochoa, Roberto, *Muerte al Leviatán. Principios para una política desde la gente*, Ed. Conspiratio, Ed. Jus y Universidad La Salle Cuernavaca, México, 2009, p. 17.

La obra de Ochoa es una crítica al Estado moderno y a las teorías que lo sustentan, especialmente al pensamiento de Thomas Hobbes. Nos dice Ochoa que “el Estado moderno comienza a existir a partir de la institucionalización de un poder soberano... consiste en una concentración tal del poder que su ejercicio se vuelve monopólico.”⁷ Pasa el autor a explicar las tesis del *Leviatán* de Hobbes. Según éste, los individuos temerosos pactan entre sí por miedo a la muerte, y así dan vida, por supuesta seguridad, al superpoder. Ese poder entre más grande y más temor cause, será más eficaz para sus propósitos de crear seguridad. Señala Ochoa que el Estado tiene en el proceso histórico de conformación “como principal matriz la concepción de una visión técnica del poder”⁸, que es lo institucional; por eso se habla de “la maquinaria del Estado”, el “aparato del Estado”, los “mecanismos institucionales”. Exterior a la sociedad, la técnica garantiza su “neutralidad”.

A mediados del siglo XVII, la revolución que da lugar a la modernidad está en su apogeo; para Ochoa, Descartes y Hobbes son sus padres: “tienen como punto de partida la noción de un yo humano individual que afirma su soberanía, concepto este último que implica autonomía y poder absolutos con respecto al mundo.”⁹ Sin embargo, esa supuesta autonomía de los individuos se diluye por el Leviatán que creó la propia modernidad.

Después nuestro autor dedica un apartado a hablar de la *Ley Natural*. Hobbes es un pionero en la teoría moderna de la ley natural. Ochoa hace una distinción muy importante, precisamente la que nos permite distinguir entre *iusnaturalismo clásico* y *iusnaturalismo moderno* o racionalista; nos dice:

“La expresión ‘ley natural’ que viene del Medievo, habla de una naturaleza que manda. Esta expresión muestra, por un lado, una nobleza humana que pretende buscar en la naturaleza a su maestra y señora. Sin embargo, por otro lado, la aguda distinción entre la naturaleza y el hombre, propia de los inicios de la modernidad, pone en entredicho la supuesta armonía entre ambos. Hombre y naturaleza se hablarán, durante los siguientes siglos, en una tensión aparentemente insoluble, que sólo conducirá a la tremenda confusión de nuestros días.”¹⁰

Va distinguiendo así, como decía, entre uno y otro modo de entender la naturaleza; entre uno y otro iusnaturalismo.

Tratando sobre la llamada *Ley Natural*, se refiere al “estado de naturaleza”, en el cual el ser humano, según Hobbes, en el estado de simple naturaleza se coloca por arriba de todo, de los animales por supuesto. En esto consiste el derecho natural según Hobbes. Pero esa soberanía del individuo humano sobre todo, se complica, porque los indivi-

7 *Ibidem*, p. 33.

8 *Ibidem*, p. 49.

9 *Ibidem*, págs. 52-53.

10 *Ibidem*, p. 59.

duos no están solos; el ejercicio real del derecho natural se complica por “la presencia de ese otro yo con el mismo derecho que el mío”¹¹, de tal modo “que mi derecho natural a todo, pronto se reduce a nada”.¹²

Ochoa explica que Hobbes distingue entre *jus* y *lex*, derecho y ley; “derecho natural” y “ley natural”, entre estado de naturaleza y sociedad civil. Cita a Hobbes, que dice en el Leviatán: “el derecho consiste en la libertad de hacer o de omitir, mientras que la ley determina y obliga a una de las dos cosas.”¹³

“Esta distinción permite a Hobbes desarrollar dos campos absolutamente abiertos para la especulación; el campo de la libertad natural y el derecho por un lado, y el de la obligación natural y la ley por el otro. El primero es propio del estado de naturaleza, mientras que el segundo, de las condiciones que permitan el inicio de la sociedad civil. El único puente que hallarán entre sí será el del ejercicio humano a una racionalidad típicamente instrumental y utilitaria.”¹⁴

El autor explica que en la disquisición sobre derecho y ley natural, Hobbes ha dejado listo el terreno para la aparición del monstruo: el soberano. Su función se encaminará hacia la justicia. Pero esta idea de justicia es una nueva invención, ya no es la virtud cumbre, nada que ver con el sentido más profundo del Derecho según el iusnaturalismo clásico. La justicia ahora, explica Ochoa, será “el mecanismo necesario por el cual se hace posible la convivencia pacífica civilizada entre los hombres.”¹⁵

El poder común constituido es el Estado. El ser humano, por naturaleza, es individual. Se relaciona con sus semejantes por medio de pactos, de contratos. La validez de un pacto la sanciona el poder común (Estado); por lo tanto, la justicia sólo puede descansar en las manos del Estado. Ochoa concluye:

“Esto produce el efecto típico de la modernidad por el cual, mientras la noción de justicia queda presa dentro del poder del Estado, las relaciones humanas se subsumen bajo su sanción. Los seres humanos quedan bajo el poder del Estado, quien determina, en última instancia, el lugar que a cada uno corresponde dentro del cuerpo social.”¹⁶

La ley es mandato de la única voluntad que tiene capacidad para dictarla; a quien se dirige, está obligado a obedecer. Como soberano, el Estado es el único legislador y todos los hombres se le subordinan. “Lo que conocemos hoy como positivismo jurídico encuentra su lugar en la historia: la justicia es simple y llanamente el cumplimiento de la ley.”¹⁷

11 *Ibidem*, p. 61.

12 *Idem*

13 *Ibidem*, p. 65.

14 *Ibidem*, págs. 65-66.

15 *Ibidem*, p. 76.

16 *Ibidem*, p. 80.

17 *Ibidem*, p. 83.

Ochoa explica que Hobbes tomó el nombre bíblico del *Leviatán* –una bestia de agua parecida al cocodrilo– del libro de Job, para titular su obra. Ese modelo hobbesiano encuentra un nuevo impulso en la actualidad, en la era de los sistemas. “Esto se debe a que con las nuevas tecnologías que se colocan al alcance de la mano, la ética racionalista propia de la modernidad no ve más que un incremento de sus potencialidades.”¹⁸

Ochoa contrasta la filosofía de Aristóteles con la de Hobbes. Y resalta la diferencia entre lo causal y lo contingente. Para Aristóteles la naturaleza es causal, no contingente. La naturaleza para la modernidad es materia bruta que debe ser domada, no es fuente de ningún orden. Para el aristotelismo, en cambio, es principio de equilibrio y balance, es orden.

El autor recuerda las causas que propone la filosofía aristotélica, para explicar cada objeto: causa material, la materia de que está hecho; causa formal, su forma o acomodo de las partes; causa eficiente, la fuerza que lo mueve; y causa final, el propósito o fin último para el cual el objeto existe. “Dos dan cuenta del objeto (causas material y formal), dos corresponden a su relación con el cosmos (causa final y eficiente) y dan cuenta de su movimiento o reposo.”¹⁹ Ochoa explica que la conclusión de Aristóteles es que la naturaleza “siempre se ordena, se dirige, se inclina, hacia la actualización de sus potencialidades, que es su fin; lo que la atrae.”²⁰

Estableciendo las diferencias entre la física de Aristóteles y la de Newton, a partir de aceptar las *causas* según lo propone el primero, Ochoa escribe:

“Así, la teoría física de la modernidad tiene como principal propósito cancelar el principio de teleología natural, por medio del cual los elementos se inclinan por simpatía hacia “su” lugar que es su fin. Al prescindir de la teleología quedan conculcadas las causas formal y final y, por ello, la teoría física moderna consistirá en el desarrollo exclusivo de las causas material y, preponderadamente, eficiente.”²¹

Esto lleva al mecanismo. Hacia el frente del movimiento sólo está el efecto, no una causa final.

2. CRÍTICA DE LA MODERNIDAD Y DE SU HERMENÉUTICA, DESDE EL PENSAMIENTO DE ELLUL

Después de hacer este análisis, Roberto Ochoa nos muestra como la modernidad perdió el sentido de la *proporción*. Llevada esta afirmación a lo jurídico, decimos que el Derecho Moderno, con su tecnicismo totalitario, aniquiló a la equidad –la justicia en lo

18 *Ibidem*, p. 90.

19 *Ibidem*, p. 141.

20 *Ibidem*, p. 142.

21 *Ibidem*, p. 143.

concreto— que es un ejercicio virtuoso proporcional; y en la llamada “administración de justicia”, suprimió el sentido común.

Como hemos visto, en la modernidad el Derecho se entiende reducido a la ley; Derecho es igual a ley y ley es igual a Derecho. Los derechos subjetivos, base de los derechos humanos, sólo valen en cuanto que están en la ley; éstos y la equidad, quedan fuera de la juridicidad, no se entienden como parte del Derecho. Además, la interpretación del Derecho, consiste en una mera operación *técnica* de subsunción de la norma (ley) al hecho que se pretende aplicar. De tal modo que la ley se aplica por medio de una técnica deshumanizada, como una abstracción desencarnada, sin arraigo en la realidad. Llega a tal el cuidado de seguir la forma técnica por parte de los operadores de justicia, que me atrevo a afirmar que la razón o *sentido judicial mata sentido común*; es decir, la técnica formal, va contra la razón que surge de la naturaleza de las cosas y del conocimiento de la realidad.

Para tratar de entender esto, recurramos a una tradición de pensamiento crítico de la tecnificación, que nos permita clarificar cómo *el Derecho se ha reducido a la ley y a la técnica para aplicarla*. Esto de acuerdo con la propuesta crítica de Ochoa, en la tradición de Iván Illich. A continuación vamos a hacer algunas consideraciones críticas a la modernidad y sus expresiones tecnológicas, siguiendo el singular pensamiento de Jacques Ellul (1912-1994) —“inclasificable” para algunos²² — pero de profunda raíz personalista.

El centro del pensamiento de Ellul es la crítica de la técnica moderna, que es guiada sólo por criterios instrumentales. Lo central del pensamiento de Ellul lo sintetizan Sbert y Schwarzbeck:

“Desarraigada del conjunto de relaciones culturales y éticas, ajena a cualquier otro criterio que no sea ella misma, la técnica en el mundo moderno se ha convertido en un sistema autónomo que, obedeciendo a la lógica implacable de la eficiencia, tiende a colonizar progresivamente todos los ámbitos de la vida.”²³

En términos de Traude —Chastenet, lo sustancial del pensamiento de Ellul es esto:

“La técnica, es decir, la búsqueda del medio absolutamente más eficaz en todos los ámbitos, constituye la clave de nuestra modernidad. En sustancia, el hombre cree servirse de la Técnica y es quien la sirve. El hombre moderno se convirtió en el instrumento de sus instrumentos, para hablar como Georges Bernanos. El medio se transformó en fin, la necesidad se erigió en virtud, la cultura técnica no tolera ninguna exterioridad.”²⁴

22 Cfr. Troude-Chastenet, Patrick, “Jacques Ellul o ¿El pensamiento inclasificable?”, en *Ixtus: Espíritu y Cultura* N°.36, Cuernavaca, 2002, págs.13-18.

23 Sbert, José María y Schwarzbeck, Humberto, Editorial de *Ixtus: Espíritu y Cultura* No. 36, *Op. cit.*, p.5.

24 Troude – Chastenet, *Op. cit.*, p.15.

“...la técnica penetra en todos los campos, incluso en el hombre mismo, que se convierte para ella en un objeto...”²⁵

Estas ideas de Ellul las podemos aplicar al Derecho, a la hermenéutica jurídica, y al Estado. La técnica se ha erigido en el lugar de Dios en la sociedad económica. La tecnificación ha invadido todo; el mismo Derecho ha sido reducido a la técnica; técnica, en el mejor de los casos, para regular relaciones entre personas, y en el peor –no poco frecuente–, como técnica de dominación política y económica de las mayorías. El Derecho no se enseña, no se piensa y no se ejercita, en su sentido más profundo de servicio a las personas como respeto de sus derechos y cumplimiento de la justicia. Dice Iván Illich que somos herederos de Newton, sólo atendemos a la causa eficiente de las cosas: “[...] la idea de una Causa Final primera o primigenia, una razón última [...] es completamente ajena a nuestro siglo”.²⁶ Y eso tiene también que ver con el Derecho; se busca su eficiencia, no su justicia.

Jacques Ellul, como historiador del Derecho que también es, dice que en Roma se llega a una perfección de la técnica social, tanto civil como militar, precisamente con el Derecho Romano.

El periodo de apogeo del Derecho Romano se da del siglo II a. C. al siglo II d. C., y se caracteriza, según Ellul, por un equilibrio entre el Derecho y la técnica, que tiene las siguientes características.

- I. En primer lugar, la técnica de ese Derecho “no es el fruto de un pensamiento abstracto, sino de *una visión exacta de la situación concreta*, que es afrontada con los menores medios posibles.”²⁷

Y agrega:

“Un realismo que no es desprecio de la justicia, sino atención, reconocimiento de la historia y de la necesidad. La técnica administrativa y judicial se desarrolla a partir de esta determinación concreta experimental, que es un fenómeno muy consciente en los romanos.”²⁸

- II. En segundo lugar, el desarrollo de la organización “fue la *búsqueda de un equilibrio entre el factor puramente técnico y el factor humano*: la técnica jurídica no apareció como un medio de sustitución del hombre. No se trataba de eliminar la iniciativa y la responsabilidad, sino al contrario, de permitirles actuar y afirmarse.”²⁹

25 Ellul, Jacques, *La Edad de la Técnica*, Ed. Octaedro, Barcelona, Barcelona, 2003, págs. 10-11.

26 Illich, Iván, *El viñedo del texto*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2002, p.24.

27 Ellul, *Op. Cit.* p. 35.

28 *Idem*

29 *Ibidem*, p. 36.

Explica Ellul que es a partir del siglo III d. C., que la técnica jurídica intentará penetrar en los detalles, reglamentándolo todo, en contraste con la gran época jurídica que se caracteriza por el *equilibrio*.

III. En tercer lugar, esta técnica jurídica “*está ordenada a un fin preciso*: la coherencia interna de la sociedad.”³⁰

Nos dice Ellul que se trata de una técnica que no se justifica por sí misma, ni su razón de ser es desarrollarse, ni imponerse desde el exterior. Y agrega que lo que caracteriza al sistema jurídico romano es que puede aplicarse siempre y en todas partes.

Pero la técnica jurídica, de estar al servicio del ser humano, se transformó de tal manera, que puso al ser humano a su servicio.

Explica Ellul que la técnica jurídica moderna, no es sólo de adaptación, sino de creación total del Derecho.

Ellul acepta la definición de Haesaert de la técnica jurídica, y la complementa

“Creo que Haesaert ha definido excelentemente esta técnica jurídica como <<el conjunto de medios por los cuales los sujetos de Derecho son llevados a adoptar, en el sistema social al que pertenecen, la actitud jurídica>>, el comportamiento activo o pasivo que se considera necesario. Se trata, por consiguiente, en realidad, de una cuestión de obediencia, y a esto es a donde debe conducir la técnica jurídica.”³¹

Para el técnico, el Derecho depende de su eficiencia, de su aplicación, de su obediencia.

Esta creación técnica, adquiere todo su alcance, por dos operaciones a las que se ha sometido al Derecho: la disociación del elemento judicial del elemento jurídico.

“El elemento judicial, que es principalmente organización, no está ya encargado de perseguir la justicia ni de crear el derecho, de cualquier manera que lo consideremos. Su misión es aplicar las leyes.”

“Este papel puede ser perfectamente mecánico. No es necesario para ello ser filósofo ni tener sentido de la justicia. Basta con ser un buen técnico que conozca los principios de la técnica, las reglas de interpretación, el vocabulario, las maneras de sacar las consecuencias y de encontrar las soluciones. El hecho de separar el derecho de lo concreto supone un gran paso hacia la tecnificación. El elemento judicial está encargado de las cuestiones prácticas, pero no de construir el derecho. Entonces puede volverse minuciosamente técnico, porque la cuestión de la justicia ya no concierne: no tiene por qué juzgar las reglas que recibe para aplicarlas.”³²

30 *Idem*

31 *Ibidem*, p. 296.

32 *Ibidem*, p. 297.

El otro elemento del Derecho que ha sido disociado es el jurídico, que es totalmente técnico. El marco legal se endurece y se desplaza la justicia del Derecho, lo jurídico se desembaraza de lo justo. “La técnica jurídica, para ser precisa, exige que se deje de lado la justicia.”³³

El Derecho, entonces, adquiere otro sentido; la idea de justicia es sustituida por la idea de orden y de seguridad, como fin y fundamento del Derecho, cuando la técnica se desarrolla. “Más vale una injusticia que un desorden”, se dice. Orden y seguridad son fácilmente reducibles a técnica, lo que no puede hacerse con la justicia; derecho y policía se confunden, ya que la técnica jurídica reduce al Derecho a instrumento del Estado. Así que, dice Ellul:

“Cuando se afirma que no hay derecho sin eficacia, se enuncia implícitamente el sacrificio de la justicia y del hombre a la eficacia”³⁴

“Hasta aquí hemos hablado de técnica del derecho, aunque formando parte todavía del mundo jurídico. El jurista, aunque técnico, conservaba cierta línea general que impedía la hegemonía de la técnica. En el momento en que una neutralidad técnica pura, una técnica intrínseca penetra en el mundo jurídico desde fuera, sin raíces ya en el derecho, sino más bien en las ciencias físicas, por ejemplo, o en la biología, se producen alteraciones decisivas en la vida social. El técnico rechaza lo mismo la escuela histórica que la escuela del derecho natural. El derecho no es ya sino un conjunto de normas técnicas (Jünger).”³⁵

El técnico prevé, no puede soportar lo indeterminado. Esto explica la multiplicidad de las leyes. El derecho antiguo, al contrario, consideraba esto un defecto. Hoy, todo lo que el técnico cree verdadero, debe transformarse en ley. El derecho tradicional establece sólo principios, líneas generales, “confía al juez la tarea del derecho viviente... Esto es imposible para el técnico, porque siempre queda el temor de lo arbitrario, lo personal, lo fortuito.”³⁶

Ya en el siglo XVI, Juan Luis Vives hacía una crítica análoga a la de Ellul, al sostener que era indispensable que las leyes fueran pocas y claras, ya que se habían multiplicado, obscurecido y embrollado por sus intérpretes y los gobernantes. Para Vives el abogado no era un técnico, ya que más bien ese perfil lo da el que llama “leguleyo”, sino que el abogado era el “perito de la equidad”, el cual no tiene que aprender de memoria tanta ley, sino que le bastaba el criterio interpretativo que da el uso de la razón de equidad.³⁷ Digo esto por la oposición que nos presenta Ellul, entre una técnica jurídica

33 *Ibidem*, p. 298.

34 *Idem*

35 *Ibidem*, págs. 298-299.

36 *Ibidem*, p. 300.

37 Cfr. Vives, Juan Luis, *De la corrupción del Derecho Civil*, Introducción, adaptación y notas de Ricardo García López, Ed. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, San Luis Potosí, 2008.

equilibrada y aquella que disuelve el Derecho, al convertirse simplemente en un instrumento del Estado.

La dogmática jurídica de la jurisprudencia de conceptos, buena parte de la filosofía analítica del Derecho y la corriente neoexegética del funcionalismo sistémico de Luhmann, con su interpretación univocista, cientificista del Derecho, reducen lo jurídico a técnica. El método de la subsunción como técnica jurídica depurada, permite el funcionamiento eficiente del sistema. Es la racionalidad del sistema aplicada al Derecho.

Ellul relaciona la técnica, con la propaganda y la política. Considera que el “Estado técnico es por esencia totalitario, poco importa su forma jurídica y su cobertura ideológica...”³⁸

La técnica jurídica, al volverse totalitaria, lleva a una concepción hermenéutica univocista, de corte absolutamente legalista. Lleva razón Marés cuando dice: “Procedimiento mata Derecho”.³⁹

Volviendo a la cuestión de la interpretación jurídica, podemos decir que de algún modo la técnica se ha convertido en la clave hermenéutica del derecho moderno, entendido como sistema jurídico. Para Ellul la técnica misma se ha transformado en un sistema; y el sistema “es un conjunto de elementos que tienen entre sí relaciones tan estrechas que un cambio en uno solo de los elementos repercute en todos.”⁴⁰ Por lo que, según explica Ellul, el sistema técnico no es una combinación de partes independientes, sino una integración que incluye al hombre. “En cierta medida, el hombre es excluido del sistema en tanto *sujeto*, pues, el sistema exige que sólo esté en relación con él como objeto.”⁴¹ De acuerdo al funcionalismo sistémico de Luhmann, la razón se traslada de las personas —seres humanos— al sistema. Así el sistema jurídico tiene una racionalidad propia que se autorreproduce; y el propio sistema de derecho se integra con la técnica jurídica como sistema; y surge así una racionalidad sistémica que en lo propiamente jurídico y lo que se refiere a su técnica, excluye al ser humano, a la persona como sujeto y viene a ser éste sólo parte del engranaje sistémico.⁴²

Lo que vivimos, entonces, en el sistema global, en el técnico y en el jurídico, “es la negación del sujeto” dice Hinkelammert⁴³. Recuerda a Goya que decía que el sueño

38 Troude-Chastonet, *Op. cit.* p.17.

39 Expresión utilizada por el jurista brasileño Carlos Federico Marés, en una conversación informal con alumnos, durante la celebración del II Seminario Internacional de Administración de Justicia, en la Universidad Autónoma de Aguascalientes, el 3 de noviembre de 2008.

40 Citado por Pieter Tijmes, “Jacques Ellul, entre el pesimismo sociológico y la esperanza bíblica”, en *Ixtus: Espíritu y Cultura* N°.36, *Op. cit.* p.33.

41 Tijmes, *Op. cit.* p.33.

42 Cfr. Luhmann, Niklas, *Teoría de los Sistemas Sociales (artículos)*, Ed. Universidad Iberoamericana, México, 1998; y De Giorgi, Raffaele, *Ciencia del Derecho y Legitimación*, Ed. Universidad Iberoamericana, México, 1998.

43 Hinkelammert, Franz, “El sujeto negado y su retorno”, en *Pasos* N°.106, Departamento Ecuaménico de Investigaciones (DEI) San José-Costa Rica, marzo-abril, 2003, p.6.

de la razón produce monstruos; Hinkelammert modifica: “El soñar de la razón instrumental-calculadora produce monstruos. Efectivamente, la irracionalidad de lo racionalizado se torna invisible por la fabricación de monstruos que representan en forma invertida el sujeto negado.”⁴⁴

Urge, entonces, “la rebelión del sujeto”⁴⁵. El sujeto está negado en los sistemas, pero irrumpe reclamando justicia y respeto de sus derechos con fundamento más allá de todo sistema; es el grito rebelde del sujeto, del otro, del prójimo, que reclaman⁴⁶ otra hermenéutica jurídica.

Por eso Ellul llama “a una revolución de inspiración libertaria”⁴⁷, pero previniendo siempre contra los ídolos o monstruos que podemos construir creyendo estar edificando la justicia.⁴⁸

3. LA NECESIDAD DE RESCATAR LA PROPORCIONALIDAD

Como veíamos, Roberto Ochoa, nos hace ver que la modernidad perdió el sentido de la proporción. Propone rescatarla, no sólo como idea o concepto, sino como toda una experiencia del propio ser, del otro y del mundo, como se encuentra en las culturas premodernas. Siguiendo a Illich, recuerda que proporción es lo apropiado de una relación. “La noción de proporción se refiere a la bella liga por la cual los elementos se corresponden entre sí.”⁴⁹

Esa unión en armonía de los diferentes, fue lo que se extravió. El mundo moderno emerge bajo el régimen de la igualdad. Para Illich, explica Ochoa, la paz sólo puede florecer en una sociedad armoniosa; la igualdad, es el enemigo de la paz, “implica la idea del hombre universal como consumidor uniforme de bienes globales”⁵⁰; la igualdad tiende a contraponer los intereses de todos. “La armonía, por el contrario, es una condición muy particular bajo la cual cada persona y cada cultura florecen a su manera, recibiendo el abono de la proporcionalidad como nutrimento de belleza y bondad en las relaciones, que más que igualdad, proporciona la sabiduría del complemento, el equilibrio, la consonancia, la justicia y la paz.”⁵¹ La igualdad proporcional –o geométrica diría Maritain⁵²– es la que lleva a la justicia, no la “pura y simple”.

44 *Idem*

45 Hinkelammert, Franz J., “La guerra de Iraq: el asalto al poder sobre el mundo”, en *Pasos* 107, Departamento Ecueménico de Investigaciones, San José-Costa Rica, mayo-junio, 2003, pág.30.

46 Cfr. Dussel, Enrique, “Sujeto, actor y sistemas”, en *Pasos* 106, *Op. cit.* p.60-63.

47 Traude-Chastenot, *Op. cit.* p.18.

48 Cfr. Schwarzbeck, Humberto, “La subversión del cristianismo”, en *Ixtus: Espíritu y Cultura* 36, *Op. cit.* p.59.

49 Ochoa, *Op. Cit.*, p. 155.

50 *Ibidem*, p. 163.

51 *Idem*

52 Maritain, Jacques, *Tres reformadores*, Ed. Difusión, Buenos Aires, 1968, p. 148.

Ochoa explica que el mecanicismo vio la naturaleza como muerta y a la materia como pasiva, por lo tanto es legítimo explotarla, manipularla o dominarla. Como buen mecanicista, Hobbes concibe el estado de naturaleza como un campo de batalla; y la paz es el orden impuesto desde afuera y desde arriba por un poder que desprende su fuerza a partir de la ley. Es el Estado productor de leyes; es el Estado de Derecho, de la modernidad.

Ochoa nos dice que “lo más complicado es tratar de comprender la lógica de una justicia que pueda prescindir del Estado moderno.”⁵³ Explica que para la tradición aristotélica “la justicia se entendía al interior de un tejido de relaciones sociales, no instituidas por la ley, sino por la inclinación natural de asociación. En un tejido social constituido de esa manera la ley no era fundamento y la justicia era más la coronación de las virtudes que el producto de una ley que se cumple o que se hace cumplir... la justicia era mucho más amplia de lo que la ley puede abarcar.”⁵⁴

Es importante recuperar la noción de *proporción* como guía para la teoría social y política, esto nos permitirá penetrar en la esencia de “una justicia que no dependa del Leviatán para existir”⁵⁵, ya que, dice Ochoa, el “molde de las certidumbres modernas nos hace pensar que fuera del Estado está la nada; pura anarquía y, peor, violencia y que cualquier posibilidad alterna a la lógica del Estado moderno es una quimera.”⁵⁶ Precisamente, el pluralismo jurídico trata de mostrar lo contrario. Derecho y justicia son posibles al margen del Estado. El Derecho es producido en las entrañas sociales. Y florece y da fruto el Derecho que nace del pueblo.

“La justicia, armonía y paz existieron antes del Leviatán y existirán cuando éste muera”⁵⁷, dice Ochoa.

Las propuestas de Ochoa, constituyen una crítica certerísima al Estado moderno y la sociedad económica; quizás las soluciones que propone quedan reducidas, por lo pronto, a lo pequeño, pero es lo que la realidad nos da. Se rescatan la prudencia, la equidad y la proporcionalidad, pero ¿podemos matar al Leviatán? Lo que sí es cierto, es que se vislumbra como necesario y posible el pluralismo jurídico, que produzca “un mundo de múltiples culturas y gobiernos, autónomos”⁵⁸ que resistan con éxito al Leviatán y a aquellos a quienes sirve.

53 Ochoa, *Op. Cit.*, p. 198.

54 Ochoa, *Op. Cit.*, p. 198.

55 *Ibidem*, p. 230.

56 *Idem*

57 *Ibidem*, p. 245.

58 *Ibidem*, p. 333.

4. SOBRE LA MAQUINIZACIÓN DEL DERECHO: EL APOORTE DE RAYMUNDO ESPINOZA, DESDE EL MARXISMO

Raymundo Espinoza, es uno de los alumnos más brillantes del gran abogado y jurista argentino-mexicano, Óscar Correas. Conocí a Raymundo plenamente integrado al grupo de jóvenes que, al lado de Correas, aprendían a hacer la crítica marxista del Derecho.

En su libro *La maquinización del Derecho*⁵⁹, Raymundo Espinoza se revela como profundo conocedor de la Filosofía del Derecho en general, especialmente de las nuevas corrientes de diverso signo, y, por supuesto, del marxismo jurídico también contemporáneo y de algunos autores clásicos de esta corriente, especialmente Pashukanis. Y al asimilar el marxismo jurídico, él mismo se afianza como un autor importante en esta corriente iusfilosófica.

Es el capítulo IV el que da nombre al libro de Espinoza. En esta parte, el autor trata “del papel que desempeña el sistema jurídico en el dominio que ejerce el capital sobre el conjunto de la sociedad, mediante aparatos y dispositivos tecno-informáticos automatizados de regulación, disciplina y control.”⁶⁰. Es decir, el Derecho reforzando el dominio de la técnica de la sociedad capitalista y el propio Derecho convertido en parte de esa máquina de enajenación.

Considera que la racionalización del ejercicio del poder público a través de normas, para garantizar su legitimidad democrática y el goce de los derechos fundamentales “no debe confundirse con el torcimiento tecnológico de los procedimientos democráticos, la maquinización enajenada del aparato jurídico del Estado burgués ni con la imposición de mecanismos masivos de disciplina y control social.”⁶¹

Al igual que Roberto Ochoa, Espinoza ve en el *Leviatán* de Hobbes, el origen del Estado moderno como un “artefacto” “que posee alma, cuerpo, razón y voluntad... esta imagen del ‘autómata que gobierna’, del ‘artefacto gobernante’, creado por los seres humanos para regir sobre ellos, se mueve entre siglos: de los mitos pasa a ser filosofía, de utopía a historia, de la literatura a la política, de la esperanza de libertad al autoritarismo del terror.”⁶² Es el mundo del capital el que impone una “racionalidad práctica instrumental”, la cual “se objetiviza en el dominio de la naturaleza y la sociedad, incluidos los seres humanos y la vida cotidiana con la mediación tecnológica de las máquinas, el conocimiento científico y el desarrollo de la informática como factores de optimización de beneficios económicos.”⁶³

59 Espinoza Hernández, Raymundo. *La maquinización del Derecho. Elementos para una crítica del fetichismo jurídico tecno-informático*, Ed. Itaca, México, 2021.

60 *Ibidem*, p. 249.

61 *Ibidem*, p. 255.

62 *Ibidem*, p. 255 y 256.

63 *Ibidem*, p. 258.

Raymundo Espinoza nos hace ver que la maquinización del Derecho es producto de la “jurisprudencia analítica”, esto es, el positivismo jurídico racionalista normalológico, con Bentham, Hart, Kelsen, Raz y otros, destacando la “perspectiva cibernética de Luhmann”⁶⁴. Y, aplicando la crítica jurídica que incorpora a la crítica de la economía política; el autor dice:

“En un escenario así el Derecho queda configurado como una maquinaria automática controlada cibernéticamente por el capital, un poder que lo domina todo en la sociedad burguesa”⁶⁵.

Agrega:

“No se trata simplemente de un nuevo entendimiento subjetivo del fenómeno jurídico desde la visión de la cibernética y la teoría de sistemas, sino de la consolidación objetiva de formas jurídicas añoradas por el capital, donde el fetichismo tecno-informativo propio de la economía burguesa actual, manifiesta en una racionalidad nihilista basada en algoritmos supuestamente autónomos, objetivos, neutrales, se apropia de la dimensión normativa de la sociedad y se proyecta hasta someter por completo la sustancia de lo jurídico, postulando incluso la banalidad de las teorías, de los abogados y de los principios.”⁶⁶.

5. PALABRAS FINALES

En el fondo de la crítica al Estado, al Derecho y a la sociedad tecnológica, que hemos visto en los aportes de Ochoa, Ellul y Espinoza, cada uno desde su tradición teórica, está el reclamo del *otro*. Y es que, más allá de la totalidad sistémica –incluso la jurídica–, está la exterioridad, el ámbito del *otro*, como sujeto de derechos que demanda justicia.

6. FUENTES DE CONSULTA

De Giorgi, Raffaele, *Ciencia del Derecho y Legitimación*, Ed. Universidad Iberoamericana, México, 1998.

De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *Iusnaturalismo Histórico Analógico*, Ed. Porrúa, México, 2011.

De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *Derechos Humanos desde el Iusnaturalismo Histórico Analógico*, Ed. Universidad Autónoma de Aguascalientes, Aguascalientes, 2021.

Dussel, Enrique, “Sujeto, actor y sistemas”, en *Pasos 106*, Departamento Ecuménico de Investigaciones, San José-Costa Rica, mayo-junio, 2003.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 259.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 271.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 274.

- Dussel, Enrique. *Filosofía de la Liberación*, Ed. Edicol, México, 1977.
- Ellul, Jacques, *La Edad de la Técnica*, Ed. Octaedro, Barcelona, Barcelona, 2003.
- Espinoza Hernández, Raymundo. *La maquinización del Derecho. Elementos para una crítica del fetichismo jurídico tecno-informático*, Ed. Itaca, México, 2021.
- Hinkelammert, Franz J., “La guerra de Iraq: el asalto al poder sobre el mundo”, en *Pasos* 107, Departamento Ecuménico de Investigaciones, San José-Costa Rica, mayo-junio, 2003.
- Hinkelammert, Franz, “El sujeto negado y su retorno”, en *Pasos* 106, Departamento Ecuménico de Investigaciones (DEI) San José-Costa Rica, marzo-abril, 2003.
- Illich, Iván, *El viñedo del texto*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2002.
- Luhmann, Niklas, *Teoría de los Sistemas Sociales (artículos)*, Ed. Universidad Iberoamericana, México, 1998.
- Maritain, Jacques, *Tres reformadores*, Ed. Difusión, Buenos Aires, 1968.
- Ochoa, Roberto, *Muerte al Leviatán. Principios para una política desde la gente*, Ed. Conspiratio, Ed. Jus y Universidad La Salle Cuernavaca, México, 2009.
- Pieter Tijmes, “Jacques Ellul, entre el pesimismo sociológico y la esperanza bíblica”, en *Ixtus: Espíritu y Cultura* N°.36, Cuernavaca, 2002.
- Sbert, José María y Schwarzbeck, Humberto, Editorial de *Ixtus: Espíritu y Cultura* No. 36, Cuernavaca, 2002.
- Schwarzbeck, Humberto, “La subversión del cristianismo”, en *Ixtus: Espíritu y Cultura* 36, Cuernavaca, 2002.
- Sicilia, Javier, “Lo contraproducente”, en *Proceso* 2206, México, 10 de febrero de 2019.
- Sicilia, Javier, *La voz y las sombras. Artículos de Proceso*, selección y estudio introductorio de Jesús Antonio de la Torre Rangel, Ed. Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosí, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez y Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, San Luis Potosí, 2009.
- Troude-Chastenot, Patrick, “Jacques Ellul o ¿El pensamiento inclasificable?”, en *Ixtus: Espíritu y Cultura* N°.36, Cuernavaca, 2002.
- Vives, Juan Luis, *De la corrupción del Derecho Civil*, Introducción, adaptación y notas de Ricardo García López, Ed. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, San Luis Potosí, 2008.



LA GOBERNANZA ELECTORAL EN MÉXICO: REFORMA ELECTORAL 2022-2023 Y LA DESCOLONIZACIÓN DE LA JUSTICIA ELECTORAL

GONZALO FARRERA BRAVO¹
STHEFANY VARGAS AVILÉS

RESUMEN: La reforma político-electoral del año 2022-2023, promete ser una de las más relevantes y más destacadas, ya que, a nuestro juicio, ha replanteado muchos de los principios base de la materia político-electoral en México, así como la adecuación de nuevos paradigmas de la administración pública, que buscan sobre todo hacer más eficiente y a su vez busca economizar los recursos humanos y materiales con los que cuenta la autoridad electoral en el ámbito federal como en el ámbito local. Desde los años 90's, cuando nació el IFE no se habían replanteado de manera tan radical las facultades y funciones de dicha autoridad federal. Por otra parte; los OPLES son consecuencia, del fracaso de los órganos autónomos electorales locales, que, a la luz de la reforma, no contribuyeron en algunos casos a la consolidación democrática ni establecieron estándares de calidad de la democracia.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN Y JUSTIFICACIÓN. II. CONTEXTO. III. EL COSTO DE LA DEMOCRACIA EN MÉXICO. IV. Facultades del INE y la política pública en materia electoral. V. GOBERNANZA ELECTORAL EN MÉXICO. VI. LA PROPUESTA PRESIDENCIALMDE LA REFORMA ELECTORAL 2022-2023. VII. ELECCIONES Y LOS PUEBLOS INDÍGENAS: LA DESCOLONIZACIÓN DE LA JUSTICIA ELECTORAL. VIII. CONCLUSIONES. IX. BIBLIOGRAFÍA.

Desde la época del Amparo Morelos², en donde las autoridades electorales no daban confianza a los ciudadanos y se procuraba acudir a las autoridades federales, los actuales comicios locales representan parte de los denominados virreinos por parte de

1 Profesor e investigador de la Escuela Libre de Derecho/ Postgrado UAM Azcapotzalco.
Correo: farrerabravo25@gmail.com
vargas89000@gmail.com

2 El amparo "Morelos" fue presentado por algunos hacendados del Estado de Morelos que buscaban protegerse en contra de la Ley de Hacienda promulgada en Morelos el 12 de octubre de 1873, fundamentándose en que tanto la Legislatura Estatal como el Gobernador del Estado, el General Francisco Leyva eran autoridades ilegítimas debido a que el diputado Vicente Llamas fue elegido diputado cuando era jefe político de uno de los distritos y a que el general Leyva fue reelecto Gobernador del Estado a pesar de que la Constitución de Morelos expresamente prohibía esta reelección.⁴ Así, la autoridad de las figuras mencionadas era ilegítima y, por lo tanto, las leyes y acciones que tomaron mientras ostentaban éstos títulos, también lo eran.

los gobernadores quienes han instaurado cuotas y cotos de poder en las autoridades electorales locales. Provocando que las oposiciones electorales busquen judicializar ante las Salas Regionales los asuntos comiciales ante la desconfianza de los fallos locales,

I. INTRODUCCIÓN Y JUSTIFICACIÓN

El presente ensayo tiene como finalidad analizar los cambios y la amplitud de facultades del INE, y cómo esta autoridad ejercerá nuevas atribuciones conferidas por la reforma electoral del año 2014. El cambio de paradigma en la materia electoral implica la adecuación de la estructura administrativa y financiera del entramado institucional mexicano, conceptos como políticas pública y gobernanza deben ser pensados en torno a cómo pueden ayudar a mejorar la calidad y la gestión democrática de nuestro país.

Atendiendo a las diversas tendencias globales que propugnan el adelgazamiento y procurar generar mayor eficiencia de las estructuras administrativas de los Estados, movimientos dentro de la administración pública como *Reinventig Government* y *New Public Management* se han convertido en tendencias globales que buscan maximizar el gasto público (König/Füchter, 1999). En el caso particular de los organismos electorales en México, representan un importante parte del gasto público de índole federal y estatal, pero a pesar de esto la función que desempeñan ha sido cuestionada severamente por la opinión pública como una de las más costosas en el mundo y en ese sentido la reforma político-electoral busca realizar un ajuste para hacer más eficiente el gasto público (Delon, 2000).

La Suprema Corte de Justicia, en una sentencia dictada el 11 de abril de 1874, decide en favor de los hacendados, estableciendo que, dado que se trataba de una autoridad incompetente, todos los actos llevados a cabo que ocupaban algún cargo público sin haberlo obtenido por los procedimientos establecidos eran también ilegítimos, incluyendo la Ley de Hacienda del 12 de octubre de 1873.²

Como consecuencia de lo decidido en el Amparo “Morelos”, surge un importante debate en la Suprema Corte de Justicia, debido a que algunos ministros, dentro de los cuales se encontraban José María del Castillo Velasco y Ignacio Luis Vallarta, no están de acuerdo con la Incompetencia de Origen y creen que al decidir en el sentido en que lo hicieron, la corte se había excedido en sus facultades.

Los argumentos más fuertes sostenían que la atribución de la Corte de poder decidir sobre la legitimidad de ciertas autoridades, si era llevada a un extremo llevaría a que esta revisara cualquier tipo de elecciones.

Dentro de las declaraciones de Castillo Velasco se encontraban las siguientes:

Lo único que resulta en este género de cuestiones es el más completo trastorno en el Estado: Un caos verdadero y tal vez hasta la perturbación del orden público [...] la Constitución no estableció el recurso de amparo para los casos en que haya violación de los derechos políticos, sino para los casos en que haya violación de garantías individuales.

Las discusiones y problemas prácticos continuaron a lo largo de 1874 y, Ignacio Luis Vallarta, cuando asume la presidencia de la Corte en mayo del 1878, lucha por suprimir la Incompetencia de origen, cosa que logra con una sentencia dictada el 6 de agosto de 1881 en el Amparo “Dónde”, estableciendo así que la Suprema Corte de Justicia no puede meterse en la legitimidad de las autoridades de cualquiera de los tres poderes

Véase la brillante de nuestro estimado colega Javier Moctezuma Barragán: “José María Iglesias y la Justicia Electoral”, IIJ UNAM, 1994.

Desde la perspectiva académica, los Organismo Electorales, son una de las tantas dimensiones de los estudios de las transiciones democráticas, pero realmente poco estudiadas, y destacando que, en el caso de gobierno no democráticos, es a un más relevante su estudio. Además, el Estado mexicano ha entrado en un importante periodo de “reformas estructurales” que tratan de ponerlo al día al Estado mexicano, siendo la reforma de la administración pública un tema prioritario y también dentro del Plan Nacional de Desarrollo, se establece la importancia del ahorro para destinarlo a los que menos tienen.

II. CONTEXTO

Para entender a la *democracia* en sus diversas aristas, es importante destacar el rol que juega la autoridad electoral en los procesos democráticos, en caso particular de nuestro país la antigua autoridad electoral (IFE), ayudo a consolidar en los tres niveles de gobierno la transición del poder y a dinamizar al sistema de partidos mexicano. Como señala John Ackerman³, los órganos autónomos como el INE y otras autoridades electorales son producto de la desconfianza ante el gobierno y sus numerosos fraudes nacionales y estatales, en donde el Partido Revolucionario Institucional ganaba todas las elecciones y tenía a su merced el poder público.

Las transiciones democráticas han sido caracterizadas por ser consecuencia de diversos factores: 1) La negativa del partido el poder a dejar el gobierno, 2) El boicot, resistencia y cuestionamiento de la autoridad electoral por parte de los partidos de oposición, 3) Se presume que la autoridad electoral está a favor del partido en el poder y 4) el país tiene un fuerte rezago en materia de cultura política (Zapf, 1986).

En este sentido, EL IFE ayudo a institucionalizar el tránsito de las autoridades políticas, así como a concientizar a la ciudadanía de la importancia del voto en la vida pública.

Después de la elección presidencial del año 2012 y el regreso del Partido Revolucionario Institucional al gobierno, los partidos de oposición propusieron al debate público la necesidad de reformar las reglas electorales, buscando mayor equidad, imparcialidad en las autoridades electorales de índole federal y local, así como replantear el paradigma de la institución que hasta entonces organizaba a las elecciones: EL IFE.

Por otra parte, la triada electoral mexicana, representanta un importante gasto dentro del presupuesto federal y a su vez, sus respectivas replicas estatales, buscando en los mejores casos que tanto a nivel municipal como en el local transiciones ordenadas y pacíficas, del poder, en algunas entidades federativas se logró una importante evolución ya que de ser gobernadas originariamente por el PRI, han pasado a ser ahora gobernadas

3 Ackerman John (2007), Organismos Autónomos y Democracia. EL caso de México. IIJ UNAM-Siglo XXI Editores, México.

por los partidos de oposición, pero eso sí con una bajísima institucionalización de las fuerzas de oposición. De alguna manera solo el PRI tiene representación partidista en todos los estados, dándose una especie de bipartidismo en donde el PRI es la constante.

Tanto en el año 2000 como en 2006, la credibilidad y la parcialidad de las instituciones electorales ya sea IFE y Tribunal Electoral quedo en duda frente a la ciudadanía al no aclarar debidamente los topes de campaña, la propaganda velada y las innumerables irregularidades del proceso electoral federal que prácticamente se atribuyen a nuestra idiosincrasia electoral⁴.

Con la llegada de la 4T y la materialización del primer gobierno de centro-izquierda, el presidente Obrador se enfrentó directamente contra el Consejo General del INE, este último liderado por el colega Lorenzo Cordova Vianello, un choque de visiones acerca de la democracia procedimental basada en Bobbio y Kelsen versus la idea democracia popular encabeza por el actual presidente.

Debido a estos constantes roces entre la presidencia del INE y el primer mandatario, la idea de una reforma electoral ha estado en los titulares de los medios de comunicación masiva y en las columnas de analistas políticos.

Por su parte el PRI-PAN-PRD⁵ (Va por México), en la cual proponen los siguientes puntos:

- Eliminar subrepresentación legislativa (plurinominales) y segunda vuelta
- Anular elecciones por participación del crimen organizado (Nulidad electoral)
- Voto electrónico
- Elecciones primarias y gobiernos de coalición.
- Lista B diputados plurinominales
- Vicepresidencia en México que iría en la formula del candidato presidencial.
- Libertad de Expresión ampliada en campañas electorales
- Reducción de financiamiento público a partidos
- Ampliación de financiamiento a candidaturas independientes

4 Véase mi análisis de la sentencia que declaro a Enrique Peña Nieto presidente de la República, en general las causales de nulidad no tienen una explicación clara y concisa el por qué no fueron valoradas plenamente para una posible nulidad de elección y esto género en la opinión pública una gran desconfianza de la actuación del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Véase. Farrera Bravo Gonzalo, *La Judicialización de la Política, El caso de México en perspectiva comparada*, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, N.-30, año VI. Julio-diciembre 2012.

También disponible en línea: <http://www.redalyc.org/>

5 política.expansion.mx consultado el día 20 de junio de 2022

Para el politólogo alemán Wolfgang Merkel, las instituciones de carácter democrático no funcionaron debido a un fenómeno que él ha conceptualizado como *defekte demokratie*: ¿Cómo se llegó a esta Democracia Defectuosa? Una explicación histórica fue el prolongado periodo de disturbios políticos que provocó la desintegración del imperio español, México quedó sin instituciones capaces de absorber y regular los conflictos. Estas instituciones solo podían ser creadas por medio del triunfo militar de ciertas fuerzas políticas o de un acuerdo de élites armadas, y a estas les llevó un tiempo construirse (Merkel/Busch, 1999).

Cuando finalmente lo hicieron estas instituciones políticas tendieron a ser sumamente excluyentes “oligárquicas” (Louth Joaquin, 2011). No obstante, en la medida en que las élites fueron capaces de procesar sus conflictos en paz; en el caso más típico la forma de ejercer el poder tuvo una variante un tanto anómala.

Otras de las causas que atribuye Merkel para la *Defekte Demokratie*:

- a) El inicio de la Modernización: Es una de las causas para el surgimiento de las democracias defectuosas, partiendo de la transición del Estado semi-moderno teniendo como referencia a élites que concentraban intereses económicos y políticos (Przeworski/Curvale, 2006)
- b) El Nivel de la Modernización: Esta es otra de las causas en que las democracias defectuosas sientan su base, es decir un crecimiento económico-social bajo en grandes cantidades de los habitantes de estos estados. Con una distribución asimétrica de lo económico, cultural e intelectual, esto provocando una notable inequidad social en la manera en que se ejerce el poder, complicando el ejercicio de los derechos consagrados en las Constituciones y de los estándares democráticos.
- c) La Crisis Económicas: Este es otro de los indicadores fuertes de esta taxonomía, ya que promueve la institucionalización defectuosa, sobre todo en sistemas presidenciales y semi-presidenciales.
- d) El Capital Social: Otro factor es la baja inversión en el capital social que realizan las democracias defectuosas, provocando la marginación de las clases sociales además de la concentrar los dineros públicos en pocas manos, en palabras de Alexis de Tocqueville, el capital social trabaja en contra de las tendencias monopólicas tanto en lo político y lo económico.
- e) La Sociedad Civil: Es otro de los grandes factores para la formación de un sistema de partidos bien institucionalizado, así como de grupos de interés y organizaciones de la sociedad civil. Sin la institucionalización de la interacción de la ciudadanía, se evita la intervención de la misma como intermediarios con el Estado, promoviendo el ejercicio de los derechos políticos, la protección de los derechos fundamentales y la representación política en el Parlamento. Cuando una sociedad civil está organizada provoca la interacción de las opiniones y de los diferentes puntos de vista consagrados en las diferentes cosmovisiones de la Sociedad, fomentando la diversidad y la libre expresión de los miembros de la ciudadanía.

- f) Un Régimen Autoritario Predecesor: Un régimen autoritario que causó un impacto trascendental en la cultura política de la sociedad, institucionalizando las prácticas de corte corporativo y patrimonialista, en donde la idea de *checks and balances* fue sustituido por un liderazgo carismático conjugado con un partido político de corte hegemónico.
- g) Las Instituciones Políticas: Una de las herencias del autoritarismo son el clientelismo, patrimonialismo y corrupción, estos se convierten en los ejes de la interacción política de la sociedad civil y las élites que concentran el poder en dicho Sistema Político.

La institucionalización de las prácticas políticas anómalas provoca que la institucionalización de la praxis democrática basada en el Estado de Derecho, sean anormales y mal aceptadas por el sistema político en cuestión, eligiendo la manera deformada y en cierto sentido habitual en dicha sociedad como un patrón de conducta que se puede encontrar en todas las capas sociales.

III. EL COSTO DE LA DEMOCRACIA EN MÉXIC.

En México, los recursos públicos asignados a las autoridades electorales abarcan la mayor parte del costo de nuestra democracia electoral. Este conjunto de autoridades está integrado por el INE (antes IFE), el TEPJF, los 32 Ople y los tribunales electorales de cada entidad federativa. De acuerdo con la normatividad vigente, estas autoridades abarcan todas las atribuciones administrativas y jurisdiccionales de la democracia electoral. En otras palabras, son las encargadas de garantizar, organizar, vigilar y validar la vida política electoral en nuestro país.

Esto significa que en sus manos está que todos los ciudadanos puedan ejercer su derecho a votar y ser votados, que la política partidista se desarrolle conforme a derecho y que haya transiciones pacíficas y democráticas en todos los órdenes de gobierno. De todas estas autoridades, el órgano con mayor presupuesto es el INE.

El INE es uno de los órganos constitucionales autónomos que más se ha reformado. Desde su creación en 1990, esta autoridad electoral ha aumentado considerablemente sus atribuciones. Durante más de dos décadas, sus acciones se limitaban —aunque crecientemente— al ámbito federal. Por ejemplo, el IFE solamente organizaba las elecciones de presidente, senadores y diputados federales, así como el registro de partidos a nivel nacional. Después de la reforma electoral de 2014, su ámbito de acción se modificó y amplió sustancialmente. Desde su última reforma, el INE también obtuvo nuevas atribuciones en el ámbito local. Dentro de las más relevantes se encuentran: 1) la fiscalización de todas las campañas locales; 2) el nombramiento de los consejeros de los Ople, y 3) la facultad de atracción de la organización de procesos electorales locales.

Tan sólo la fiscalización de las campañas locales implica que la burocracia del INE tiene que revisar decenas de miles de informes de campaña. Para 2018, el INE tuvo que revisar 594 mil operaciones de casi 18 mil fórmulas y candidatos.

En más de una ocasión, se ha señalado que el INE tiene un presupuesto excesivo. Por ejemplo, en 2015 algunos representantes de partidos dentro del mismo Consejo General del INE criticaron que su presupuesto no se apegaba a la realidad y que era desmedida la cantidad que solicitaba para un año no electoral. Una diputada de MC llegó incluso a cuestionar que se pidieran 65 millones de pesos para emitir la credencial de elector de mexicanos residentes en el extranjero (Saldierna 2014), lo cual es obligación del instituto. En 2017, la Arquidiócesis Primada de México, criticó el presupuesto que solicitó el INE para el 2018, lo llamó “desorbitado” e “inmoral” y sobre el Consejo General aseguró que “se ha convertido en una especie de entidad omnímoda capa de sojuzgar, sin compromiso mínimo con la austeridad y la imparcial democracia” (Miranda 2017). En ninguna de las ocasiones se explicó por qué ni respecto a qué era excesivo este presupuesto

Para discutir el costo presupuestario del INE hay que tomar en cuenta el contexto internacional, donde es el único órgano de estas características que existe a nivel nacional. En primer lugar, no todas las democracias del mundo, independientemente de sus beneficios y desventajas, cuenta con un órgano administrativo electoral como el INE. Hay países que carecen por completo de una institución electoral permanente.

Funciones del INE en los 3 niveles de gobierno

NACIONAL	ENTIDADES FEDERATIVAS	MUNICIPIOS Y ALCALDIAS
• Fiscalizar los ingresos y egresos de todos los partidos políticos y candidatos. • Dar capacitación electoral • Determinar la geografía electoral (distritos y circunscripciones). • Gestionar el padrón electoral y lista nominal. • Establecer la ubicación de casillas y designación de los funcionarios de sus mesas directivas. • Emitir los lineamientos para resultados preliminares, conteos rápidos y encuestas. • Organizar consultas populares y garantizar los demás mecanismos de política pública.	• Registrar a los partidos políticos a nivel nacional. • Distribuir las prerrogativas de partidos y candidatos. • Organizar la jornada electoral. • Realizar los cómputos distritales. • Validar y dar constancia de mayoría diputados federales.	• Elegir y remover a los consejeros de los Ople. • Asumir directamente las funciones electorales de los Ople. • Delegar funciones a los Ople. • Atraer cualquier asunto de la competencia de los Ople.

IV. Facultades del INE y la política pública en materia electoral.

Al día siguiente de comenzar su sexenio, el presidente Peña Nieto participó en la firma del acuerdo llamado “Pacto por México” entre presidencia de la República y los tres principales partidos mexicanos: PRI, PAN y PRD. Las negociaciones para alcanzar dicho pacto se llevaron a cabo desde octubre de 2012 encabezadas por el equipo de transición del presidente electo y representantes de los partidos políticos. Hacia finales de noviembre se acordó un texto definitivo para los acuerdos, firmándose en el Castillo de Chapultepec el 2 de diciembre de 2012, signando el presidente y los presidentes de los partidos: Jesús Zambrano Grijalva, María Cristina Díaz Salazar y Gustavo Madero Muñoz.

El pacto estaba dividido en cinco secciones que enumeran el tipo de acuerdos tomados en cada uno:

1. Acuerdos por una sociedad de derechos y libertades;
2. Acuerdos para el crecimiento económico, empleo y competitividad;
3. Acuerdos para la seguridad y la justicia;
4. Acuerdos para la transparencia, rendición de cuentas y combate a la corrupción; y
- 5) Acuerdos para la Gobernabilidad Democrática.

De estos acuerdos la reforma política planteo una importante transformación de hasta entonces exitoso Instituto Federal Electoral, quién fue uno de los artificios de la denominada transición del año 2000 y que introdujo en la sociedad mexicana algunas pautas simples de participación democrática.

En este sentido una de las importantes transformaciones del IFE al INE es la posibilidad de que este último establezca las políticas públicas en la materia tanto a nivel federal como local, en el sentido de que la política pública en materia electoral implica la intervención de una autoridad investida de poder público en un campo específico de la sociedad⁶. Para el Instituto Nacional Electoral a través de la emisión de política pública buscara mejorar el desarrollo de los principios electorales que se encuentra en la Constitución Federal.

Estas nuevas facultades permitirán al INE la posibilidad de corregir fallas que la propias cultura(s)política(s) de cada entidad y del modelo personalista de la política mexicana ha dado una distorsión de la función administrativa electoral en donde los gobernadores violan constantemente los principios constitucionales y legales de la materia dando paso a las denominadas *elecciones de estado*, además de otorgar a los

6 “Staatliche Politik,” Drechsler Hanno, Hilligen Wolfgang, *Gesellschaft und Staat: Lexikon für Politik*, kindle edition, 2013.

partidos de oposición verdaderas condiciones de competitividad que permitan que las diversas transiciones políticas se pueda ir madurando, ya que a pesar de los avances en la materia, aún existen entidades federativas que continúan siendo gobernadas por el mismo partido político, prueba fehaciente del mediano desarrollo y maduración de los sistemas políticos locales.

El INE como máxima autoridad en la materia, ejercerá a través de sus nuevas facultades como la atracción de los procesos locales, para poder garantizar la equidad en los comicios de las diversas fuerzas políticas federales o locales participen en la justa electoral, esta medida tendrá un importante impacto en materia de justicia electoral ya que se busca que en esta primera instancia exista una conformidad en los resultados electorales, evitando la judicialización de la política y que esto implica el despliegue de mayores recursos económicos para el país.

En este sentido el INE a través de sus políticas⁷ puede influir directamente con la construcción de la cultura democrática que modifique paulatinamente la cultura política de los ciudadanos en una primera dimensión y de los funcionarios públicos que desarrollan su labor en el organismo electorales locales. Se ha entrado en discusión si esta reforma afecta la soberanía estatal, desde esta perspectiva las políticas del INE pueden ayudar a mejorar los entornos sociales y a romper la denominada feudalización de los estados federales.

Una política pública toma la forma de un programa específico llevado a cabo por una autoridad gubernamental u organismo autónomo y actúa de dos maneras (Muller, 2003): Por prácticas materiales reconocibles (*controles, construcción, subsidios financieros, prestación de servicios materiales*), y por practica inmateriales (*campañas de comunicación institucionales, discursos, difusión de las normas jurídicas a la ciudadanía marcos cognitivo*).

Para el INE, como articulador de política pública, genera interacciones no solo internas, ya que es la autoridad mediante la cual el Estado entrega el dinero público para la manutención de los partidos políticos, y de estos últimos marca su actuar y es garante su interacción con la ciudadanía, estas podrían ser consideradas como prestaciones de índole material y en el segundo caso las inmateriales: como las campañas publicitarias en que el INE promueve la tramitación de la credencial de elector, aquellas que

7 Para Edward Page, el Estado o sus Órganos facultados producen políticas públicas que tiene las siguientes formas: aquellas que viabilizan contenidos que se traducen en prestaciones que generan efectos, movilizan las actividades y unos procesos de trabajo y se despliegan a través de relaciones con otros actores sociales colectivos o individuales. Además, sus acciones no solamente se ajustan a lo que dice la legislación, sino que implica una serie de acciones que encaminan a materializar ese propósito haciendo uso de los recursos propios y capital humano que se dispone con el objetivo de alcanzar la meta. Esta facultad se desprende del propio concepto de gobierno, que implica desde su sentido etimológico, “direccionar o marcar una dirección”.

Cfr. “The origins of Policy” in *The Oxford Handbook of Public Policy*, United Kingdom, OUP, 2006.

exaltan los valores cívicos y la cultura democrática, los materiales y libros que ponen a disposición de la ciudadanía en el *web site* del instituto, y por último podría hacer una importante aporte a la cultura cívica de las escuelas de educación básica en la formación de los futuros ciudadanos. En este sentido la política pública en materia electoral tiene como principales destinatarios a los ciudadanos mexicanos ya sea en el territorio nacional como en el extranjero, a los partidos políticos nacionales y locales, a las instituciones electorales en el ámbito local, a las cuales se les aplicaran nuevos lineamientos que permitan garantizar su imparcialidad y apego a los principios constitucionales en materia electoral.

Las herramientas elegidas por la autoridad electoral para actuar no son de carácter neutras, imponen una lógica que puede tener una dimensión política fuerte. Este es el caso cuando se examina la coerción percibida por los destinatarios. Por ejemplo, en la materia las conductas más graves y lesivas a los valores democráticos son sancionadas por el Código Federal Penal, y la dimensión coercitiva menos coercitiva, serían aquellas campañas destinadas a los niños para que recuerden a su padre la importancia de tener la credencia para votar.

Las realizaciones que se hacen posibles gracias a la movilización de recursos públicos inducen unos efectos y unos impactos sobre el medio que lo rodea. Se supone que van a gestionar un problema, sea eliminado las situaciones consideradas como poco deseables. Esto provoca en el seno de la población juicios en cuanto a su éxito o fracaso, y la autoridad política quiéralo o no, es considerada como responsables.

IV. GOBERNANZA ELECTORAL EN MÉXICO

Para autores como Steven Levitsky y Lucan Way (2010), los regímenes que combinan elecciones con una serie de violaciones a los procesos democráticos, desde un punto de vista académico y empírico deben ser considerados como regímenes de *corte autoritario o semi-autoritario*, en sentido a esta definición el sistema mexicano, tuvo importantes rasgos de autoritarismo, que fue diluyéndose a raíz de las diversas reformas electorales en sus dos dimensiones: en el ámbito jurídico y el factico. El caso mexicano no es el único que se dé entre la democracia electoral mínima y la autocracia electoral.

La gobernanza⁸ electoral abarca la interacción de las reglas constitucionales, legales e instituciones, prácticas organizativas que determinan:

8 Por el termino gobernanza viene utilizándose desde los años noventa para designar la eficacia, la calidad y buena orientación de la intervención del Estado, que proporciona a este buena parte de su legitimidad en lo que se define como un nuevo estilo de gobernar en la globalización posterior a la caída del muro de Berlín, en el caso particular, el sentido de la gobernanza implica las interacciones del Estado en sus distintos niveles, sobre todo cuando se producen grandes sesiones de competencia hacia arriba (organismos internacionales) y hacia abajo (descentralización territorial, así como la interacción del Estado con otros factores de poder y la sociedad civil.

- Las reglas básicas de los procedimientos por utilizar en las elecciones y la contienda electoral.
- la organización de campañas, registro de los votantes, y el escrutinio de los votos el día de la jornada electoral,
- la resolución de las disputas y la certificación de resultados.

En este sentido las nuevas facultades consecuencia de la reforma política 2013-2014, dan al INE, un cumulo de herramientas para ir modificando la estructura de los órganos electorales locales, en el sentido de ayudar a institucionalizar una independencia formal-legal de los gobernadores, en ese sentido los partidos de oposición tendrán mejores condiciones de competencia, en este sentido se revalorizaría el rol de estas instituciones locales, no como correa de transmisión de los intereses del gobernante en turno, sino como aquellos organismos que garantizan la credibilidad y certeza de los comicios, la tarea del INE es de carácter relevante, ya que esta intromisión, si se quiere ver desde este punto de vista, sería un excelente insumo elevar la calidad de la democracia en los comicios estatales. En este sentido y como praxis institucional se busca replicar los mecanismos de blindaje y de consenso entre los partidos políticos que legitimen la actuación de las autoridades electorales.

Por otra parte, la gobernanza electoral del INE implica ir modificando paulatinamente el comportamiento de los partidos políticos para cometer fraude, ya que este último se llega a considerar como un ingrediente a la cultura política del mexicano. El apostar por instituciones electorales solidas ha desmostado tanto en nuestra propia historia política como en la internacional un paso importante para que las transiciones políticas sean pacíficas y ordenadas. Los organismos electorales, son uno de los grandes obstáculos al autoritarismo en los regímenes de corte presidencial como el nuestro, debido a que evitan en la mayoría de los casos, trampas e imposiciones gubernamentales, pero en la dinámica de las elecciones competitivas y con resultados electorales ampliamente cerrados, la gobernanza electoral debe dar los elementos esenciales para creer que, si la diferencia fue un voto, ese voto legitima el triunfo del candidato que lo obtuvo.

El presidencialismo de Andrés Manuel López Obrador ha impulsado una regresión en términos administrativos, buscando la centralización en vez de la desconcentración, así como regresar a las lógicas unipersonales del antiguo régimen, aunado también, de la política pública estrella en su gobierno: el combate a la corrupción. A nuestro juicio hace falta política pública que relacione el combate a la corrupción, transparencia y rendición de cuentas en el mundo electoral sobre todo en el lavado de dinero en la compra de insumos electorales y en el caso de narcotráfico.

Cfr. Pipa Norris, "Measuring Governance" in Bevir Mark (edit), *SAGE handbook of Governance*, Sage Publisher, Epub, 2013.

Otra dimensión de la gobernanza electoral son las elecciones municipales en las cuales los resultados comienzan también a ser cerrados, y en este nivel de gobierno, los denominados partidos emergentes o pequeños pueden acceder al poder, y la autoridad electoral debe dar todas las garantías a estos para acceder al poder, a pesar de la clientela y las prácticas clientelares de los partidos ya consolidados.

La gobernanza electoral del INE, debe generar una especie de *círculo virtuoso* entre las instituciones estatales, la sociedad civil, el Estado de Derecho y partidos políticos dispuestos a apegarse a las reglas institucionales que implican la democracia liberal.

En el caso chileno⁹, su reforma constitucional-electoral 2022, se enfatizó el aspecto de la corrupción de los partidos políticos y los procesos electorales, considerando el aspecto clave para que la sociedad chilena pudiera hacer el salto democrático, la llegada del presidente Boric, representa romper con el pasado y la posibilidad de que un presidente de centro-izquierda dirija al país andino. En este sentido la reforma mexicana electoral deja de lado uno de los aspectos más relevantes,

V. LA PROPUESTA PRESIDENCIALMDE LA REFORMA ELECTORAL 2022-2023

Desarrollada en 10 puntos, la iniciativa es una miscelánea; toca el modelo de financiamiento vigente, reforma a las autoridades electorales, tanto administrativas como jurisdiccionales a nivel nacional, modifica las reglas vigentes en materia de propaganda electoral, cambia el mecanismo de elección de representantes populares en el Congreso de la Unión, los congresos locales y los ayuntamientos e incluye otros asuntos varios, como reducir el porcentaje de votación necesaria para la validez de la revocación de mandato o un guiño al voto electrónico. Los ejes discursivos son los ya conocidos: la austeridad republicana y la mayor participación popular.

La selección de puntos a modificar es llamativa primero, por la claridad de la dedicatoria y los objetivos; segundo, porque ninguna de las propuestas responde a la demanda de alguno o algunos de los partidos políticos en los últimos ejercicios electorales. Vale recordar que la construcción de nuestro entramado electoral siempre ha partido de la identificación práctica de problemas, lagunas y necesidades que han conllevado a una posterior reforma para subsanarlos.

De los 10 puntos destacan principalmente cuatro:

- Las modificaciones a las reglas de financiamiento;

9 El borrador de esta constitución data del 14 de mayo de 2022, se presentó el primer borrador y en breve estará lista. En el aspecto de la reforma electoral se enfatiza el combate a la corrupción. Véase <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-57080145> consultado el 21 de Julio de 2022.

- La transformación de las autoridades electorales en todos los ámbitos;
- Los cambios en los métodos de elección de diputados,
- Senadores y regidores tanto a nivel federal como local y;
- Las modificaciones al modelo de comunicación político electoral.

Respecto del financiamiento, en nombre de la austeridad y apoyados en una media verdad —esto es, que el modelo actual de financiamiento público se estableció porque “buscaba detener las transferencias subrepticias de dinero público a favor del partido oficial”—, la iniciativa propone la eliminación del financiamiento público ordinario para los partidos políticos que tendrían que sostenerse de las cuotas y aportaciones de sus militantes y simpatizantes.

El financiamiento público buscaba ponerle un límite al uso del dinero público por parte del partido oficial, el establecimiento de un financiamiento en parte proporcional y en parte igualitario para todos los partidos políticos tenía como objetivo primordial mejorar las condiciones de la competencia entre los partidos minoritarios y el partido hegemónico que, además de contar con las arcas públicas, mantenía un apoyo visible y notorio de parte los sectores campesino, sindical, clerical, así como de las grandes fortunas de México.

la iniciativa parece ignorar que los partidos políticos no son única y exclusivamente vehículos de campaña, sino que, al ser entidades de interés público, tienen obligaciones de transparencia, de formación política y de desarrollo de ciertas actividades de forma permanente. Tales obligaciones no son prerrogativas de los partidos, sino garantías para los ciudadanos, quienes serían los afectados en caso de que éstas tuvieran que suspenderse o, bien, se generarían situaciones de inequidad entre los partidos que sí pueden garantizar estos derechos a sus militantes y simpatizantes y los que no. En dicho escenario, tendríamos ciudadanos militantes o simpatizantes de primera y de segunda, nada menos democrático.

En esta reforma se debe empoderar a las candidaturas independientes, ya que como vía alternativa al sistema de partidos ha quedado en el rezago, consideramos relevante el poder ajustarlas a situaciones reales para los ciudadanos puedan utilizarlas para llegar al Gobierno. La sociedad civil algo relegada en este gobierno debe apuntar a su uso como alternativa anti-establishment partidista que no permite el acceso al poder público a los verdaderos liderazgos sociales.

En segundo lugar, la iniciativa propone una transformación sustantiva a las autoridades electorales de todo el país, tanto administrativas como jurisdiccionales. Primero, desaparece al Instituto Nacional Electoral (INE) y a los institutos electorales locales (los llamados OPLES) y los fusiona en un nuevo órgano denominado Instituto Nacional de Elecciones y Consultas (INEC). Consideramos muy relevante el destacar la noción de las consultas que rompe con la democracia liberal (del votas y te vas) permi-

tiendo otras formas de democracia directa, la experiencia de las consultas presidenciales para juzgar a expresidentes y la revocación de mandato como primeros ejercicios de esta visión de la democracia directa.

La judicialización de las elecciones se piensa a nivel federal, y como consecuencia desaparecerían a los tribunales electorales estatales, para concentrar todo en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), en particular en sus Salas Regionales. Por si fuera poco, se establece un nuevo mecanismo de designación de los integrantes de ambos órganos colegiados: el voto popular. Países como Bolivia consecuencia de la corrupción político-electoral llevo a experimentar esta modalidad recogemos la experiencia de la investigadora boliviana Ollantay Itzamná:

“Fueron varios los factores que obligaron a las y los bolivianos a dar este salto teórico e histórico desde la praxis política. Primero, la sistemática corrupción del órgano Judicial convirtió a la “justicia” boliviana en una serpiente que sólo muerde a las y los descalzos. Segundo, los dueños de los partidos políticos imponían a sus allegados en las diferentes funciones judiciales para blindar todos los actos de corrupción en la administración pública. Tercero, el excluyente sistema judicial mestizo, fue y es altamente racista con las y los indígenas. Recordemos que, en Bolivia, para el 2001, el 62% de la población ya se asumía como indígena.

Estas transformaciones estructurales, Bolivia los hace en el marco del proceso constituyente refundacional que ahora se encuentra en la etapa de la implementación de la nueva Constitución Política redactada de manera participativa y aprobada el año 2009. En dicha Constitución el pueblo boliviano se reservó la potestad y el derecho de ejercer justicia mediante la elección por voto popular de los magistrados/as del Tribunal Supremo de Justicia, Tribunal Constitucional, Tribunal Agroambiental y Consejo de la Judicatura. Además, está la revocatoria de mandato como mecanismo de control y sanción sobre funcionarios electos”

Consideramos que tanto en Bolivia como en México la corrupción judicial, y la participación son también similares, casos como el del ministro Medina Mora en la Corte, y otros casos relevantes de magistrados electorales en funciones con enriquecimientos patrimoniales exorbitantes, puede ser una alternativa para buscar una nueva salida a estos problemas que tanto la justicia electoral y la constitucional presentan en estos momentos.

En la reforma política de 2014, donde se creó el INE y donde éste absorbió una parte de las funciones realizadas por los institutos locales, se puso sobre la mesa una posible nacionalización de toda la organización electoral y sus resoluciones jurisdiccionales dejando al INE operar en el ámbito local a través de sus juntas distritales y sus representaciones estatales y al TEPJF con sus salas regionales. Los argumentos a favor expuestos en ese entonces no distan mucho de los actuales; la supuesta duplicidad de funciones y el ahorro que tendría la eliminación de las autoridades electorales locales.

La propuesta presidencial propone una reducción en la estructura interna del INE, donde se incluye la eliminación de los distritos electorales y la creación de órganos

temporales, también argumentando un ahorro. En este punto, la iniciativa ignora mucho del trabajo del INE, de la necesidad de especialización por parte del personal en rubros tan complejos como la fiscalización o el modelo de comunicación político electoral o, bien, que el trabajo del INE va más allá de la organización de la jornada electoral.

Además de la “construcción de un ámbito nacional electoral”, la iniciativa modifica radicalmente los mecanismos de designación de los integrantes de los colegiados electorales y, siguiendo el ejemplo de países como Bolivia, busca elegirlos mediante el voto popular.

En cuanto a las razones prácticas porque justamente la experiencia comparada demuestra que este tipo de selecciones de los integrantes de los órganos garantes de un sistema electoral aseguran una mejor calidad de los perfiles, independencia, y legitimidad de éstos.

El ajuste de los diputados plurinominales tiene importantes elementos históricos y de cultura política desde la reforma de la LOPEE de Reyes Heróles en 1976 con la inclusión de los partidos políticos minoritarios al PRI. Con la expansión de los partidos políticos desde el año 2000, ha provocado un ajuste dentro la propia representación política en el Congreso Mexicano, que como sistema multipartidista comienza a generar dinámicas de *Blockbildung* (alianzas de bloque) que los sistemas plurales como el alemán presentan, *Va por México*, la alianza del PRI-PAN y PRD es una muestra de la compactación de la representación política en México.

En la comunicación político electoral, se constitucionalizará la interpretación que intentaron realizar los diputados de Morena en el proceso de revocación de mandato mediante la cual se permitía a servidores públicos participar activamente en el proceso, este cambio trastoca la columna vertebral del modelo: la equidad.

VII. ELECCIONES Y LOS PUEBLOS INDÍGENAS: LA DESCOLONIZACIÓN DE LA JUSTICIA ELECTORAL

En materia de pueblos indígenas, el antecedente clave fue el proceso de usos y costumbres pionero en México: El caso Cherán que data del año 2012, que el de la voz tuvo a bien ser participe intelectual de dicho fallo. Las constantes reformas han venido generando importantes pasos como el reconocimiento de acciones afirmativas en la materia; así como reformas constitucionales locales que reconocen en términos relevantes la dualidad del sistema político local: elecciones con partidos políticos y el uso y costumbres por el otro. Así como también la especialización de la Sala Xalapa del Poder Judicial de la Federación, que pertenece a la tercera circunscripción electoral; en asuntos de usos y costumbres atendiendo a la naturaleza pluriétnica de la quinta circunscripción electoral. Pero al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación se la ha olvidado que otros estados también tiene en sus constituciones esta dualidad política: elecciones vía sistema de partidos y el uso de costumbres. Nos hacemos

la pregunta si en Michoacán que corresponde a la quinta circunscripción electoral, no podría conocerlo la sala que se especializa en la materia, ya que le corresponde Toluca como sala que judicializa los problemas político-electorales.

Por eso venimos a proponer, que como en la reforma de 2014, que se creó una sala especializada en comunicación política y libertad de expresión y conoce los asuntos en este rubro a nivel nacional. Una sala que conozca a nivel nacional *los asuntos de los pueblos indígenas y de los pueblos afrodescendientes* los cuales deben tener el apoyo de las autoridades electorales para poder llevar a cabo sus procesos democráticos. Otro ejemplo sería si los pueblos afrodescendientes de Guerrero hacen suyo los instrumentos del Convenio 169 de la OIT, la sala que conocería su conflicto electoral sería la de Toluca, la cual no tiene la especialidad en la materia de asuntos indígenas y pueblos afrodescendientes.

De manera oficial, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que la Nación Mexicana es única e indivisible. Sin embargo, en el Artículo 2º reconoce su naturaleza multicultural. La ideología identitaria del Estado mexicano ha definido a México como una nación mestiza, o en palabras de José Vasconcelos Calderón, como el crisol de todas las razas, tanto cultural como étnicamente. Esta idea es ampliamente debatida por expertos en la construcción de la identidad racializada. México tal y como lo conocemos no se puede entender sin los momentos históricos que ha tenido, los cuales tienen una repercusión importante en la manera en la que se organiza y piensa la sociedad.

El Instituto Nacional de Estadística INEGI reveló en 2005 que el 5.4% de la población de México era indígena, basándose en el porcentaje de personas que hablaban lenguas indígenas. Con un criterio enteramente étnico (es decir si una persona se considera indígena independientemente de que no tenga cultura indígena o no viva en una comunidad de estos) la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI) reportó que la población indígena mexicana es de unos quince millones de personas, que corresponden aproximadamente al 14% de los 120 millones de Mexicanos que se registraron en el 2010.⁶⁷ Mientras que en 2017 estimó el porcentaje de mexicanos indígenas en 23%, esta vez clasificando como indígenas a mexicanos que se consideraron netamente como indígenas y mexicanos que se consideraron parte indígenas.

Los grupos indígenas de México pertenecen básicamente a cinco grandes familias lingüísticas:

- Familia yumano-cochimi, a la cual pertenecen los kiliwas, los paipai, los cucapá, los cochimíes (mti'pai) y los kumai.
- Familia utoazteca, a la cual pertenecen los siguientes grupos étnicos son: nahuas, yaquis, huicholes, pápagos, mayos.
- Familia otomangue, a la cual pertenecen los siguientes grupos: zapotecas, mixtecas, otomíes, mazatecos, mazahuas, etc.

- Familia totonaqueana, a la cual pertenecen los totonacas, los mixes, etc.
- Familia mayense, a la cual pertenecen los mayas, los tsotsiles, los tseltales, los huastecos, o los kakchikeles.

Además, existen otras familias con menos grupos diferentes (chontales de Oaxaca, tequistlatecos, kikapús), e incluso etnias que hablan lenguas aisladas como los purépechas, Guarajío, seris y huaves.

Estos pueblos siguen siendo partícipes de numerosas luchas por la reivindicación y reconocimiento legal de los derechos de sus comunidades, a pesar de que muchos siguen sufriendo la pobreza, el abandono del campo, la marginación, el racismo y la falta de oportunidades de desarrollo educativo, político y social, han sabido integrarse a una sociedad plural y globalizada, los pueblos indígenas han empezado a adquirir mayor autonomía, lo que les ha permitido valorar su propia cultura ancestral y comunitaria.

En México habitan casi 2 millones de afrodescendientes. Los estados con mayor proporción de afrodescendientes son: Guerrero (6.5%), Oaxaca (4.9%) y Veracruz (3.3%).

Las personas afromexicanas son descendientes de personas que fueron traídas a México en calidad de esclavos durante la época de la Colonia. De manera general se les da la denominación de afrodescendientes a las personas con antepasados africanos traídos en calidad de esclavos y que ahora viven en zonas donde se llegaron a asentar esas comunidades. En los últimos años se ha logrado un avance significativo en las políticas federales para reconocer los derechos de estas comunidades, sobre todo en la Ciudad de México. Ahora falta que estos cambios se traduzcan en el ámbito institucional y en políticas públicas que permitan reducir las brechas de desigualdad y hacer efectivos los derechos humanos de las personas afrodescendientes y afromexicanas, en igualdad de condiciones y sin discriminación ni racismo por cualquiera de las condiciones de la diversidad humana.

Con casi el 7.4% de la población total del país, la población multiétnica ha sido olvidada y rezagada en términos de justicia electoral, ya que no se contempla la resolución de sus conflictos político-electorales desde la óptica de la justicia occidental.

En este escenario, la descolonización, discurso e ideología de reivindicación política, significa, que el Estado y sus instituciones deben deconstruirse desde la matriz civilizatoria del México prehispánico, lo que significa que el Tribunal Electoral debe interpretar la Constitución desde los derechos de la lógica de los grupos indígenas y afrodescendientes respectivamente. Este escenario político de cambio no se puede explicar sin mirar lo que significó el proceso de construcción de la justicia constitucional a nivel internacional, considerando componentes históricos, sociológicos y políticos que incidieron en la expansión del modelo constitucional de matriz eurocéntrica hacia el tercer mundo y la transición hacia un nuevo modelo constitucional fundado en la descolonización, interculturalidad y el pluralismo jurídico.

VIII. CONCLUSIONES

Un régimen electoral democrático es una condición básica para la consolidación de una sociedad democrática, aunque no suficiente, para la existencia de un gobierno democrático, México ha sido uno de los países que en esta tendencia ha llegado tarde en adoptar la dinámica de sistemas de partidos de corte competitivo.

La posibilidad de participación política, entendida más allá de la mera acción de votar, implica un cambio paulatino en la cultura política mexicana, el INE como máxima autoridad en la materia, debe promover un conjunto de políticas públicas encaminadas a ir cambiando los hábitos de los ciudadanos, funcionarios electorales y partidos políticos.

El INE debe optar por una política pública que encumbre a los derechos políticos como derechos humanos, con un Estado de Derecho garante de los mismos que reconozca, a su vez, la limitación del ejercicio de su poder. El derecho de participación en los asuntos políticos es el derecho político por excelencia, los demás derechos políticos pueden considerarse concretizaciones o modalidades de este derecho general. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no explica explícitamente, como principio, un derecho general de esta naturaleza, sino que enumera, en su artículo 35 una serie prerrogativas del ciudadano, entre las cuales se encuentra los que llamamos “derechos políticos”, pero el derecho general puede considerarse implícito en estas y en otras disposiciones constitucionales.

En el plano internacional, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, así como también, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los cuales están ratificados por México, establecen de manera expresa respectivamente, el derecho de todo ciudadano a participar en la dirección de asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos.

Por otra parte, la Convención Americana de los Derechos Humanos, dispone, además que el ejercicio de los derechos políticos puede ser reglamentado por ley, exclusivamente por edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción capacidad civil o mental, condenada por juez competente en el proceso penal”. Se trata pues, de los conceptos generales por los cuales se pueden limitar legítimamente estos derechos a través de la ley en sentido formal y material (reserva de ley). Aunque son muy amplios, también son excluyentes, es decir, que no admiten otros además de los señalados de manera explícita.

La gobernanza electoral es consecuencia del status de órgano constitucional autónomo, esto rompe con la división clásica de poderes, teniendo serias implicaciones en las nuevas facultades del Instituto en los estados y municipios, en este sentido el INE debe irradiar de prácticas democráticas y que encumbre los valores constitucionales de la materia electoral en el cada día, romper con la estructura *feudal* será uno de los mayores retos del Instituto, debido que en la praxis ningún actor político renunciara voluntariamente a sus canonjías y a considerar a los mismos órganos estatales como parte de su propiedad.

La consolidación de la gobernanza electoral permitirá gobernar de manera efectiva a los representantes políticos, los cuales no deben estar sometidos a presiones externas por otras fuerzas. En aquella democracia en cuya estructura se respeten estas condiciones que se han bosquejado en este ensayo, al menos internamente, sería el suelo común para una democracia enraizada con unas condiciones favorables que la alejarían de la democracia defectuosa en sus diferentes versiones: la democracia exclusiva, la democracia tutelada, la democracia iliberal o la democracia delegativa

Debemos abandonar la idea según la cual la mera celebración de elecciones cada periodo electoral es un requisito suficiente para hablar de una democracia en sentido pleno, pues, aunque este proceso sea necesario no es, ni mucho menos, suficiente. En línea tenemos varias dimensiones que trabajando juntas puedan dar insumos para materializar el ideal paulatinamente: Real división real de poderes, el respeto a los derechos humanos y la capacidad de que la ciudadanía participe en la política a través de la sociedad civil y la esfera pública son otras condiciones básicas por las que se debe seguir luchando en el siglo XXI para que el ideal de la democracia se expanda de manera real a nivel a los tres niveles de gobierno.

IX. BIBLIOGRAFÍA

Camp Ai Roderic (Edit), *the Oxford Handbook of Mexican Politics*, OUP, 2012.

Delon Linda/ Denhart Robert, *The political Theory of Reinvention* in *Public Administration Review*, Vol 60, N.-2, 2000, p. 536

Farrera Bravo Gonzalo, La Judicialización de la Política, El caso de México en perspectiva comparada, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, N.-30, año VI. Julio-diciembre 2012.

Glauber Gert J, *Politik in Deutschland*, VS verlag, 2006.

Jänike Martin “Der Staat as umweltpolitischer Probleme ger un Problemlöser” Petschow Ulrich/ Schmidt Eberhard (Hrsg.) *Staatliche Politik als Umweltzerstörung*, IÖW Verlag, Berlin 2012.

Lauth Hans Joachim, “Rechtsstaat, Rechtssysteme und Demokratie” in BECKER/LAUTH / GERT Pickel (eds.) *Rechtsstaat und Demokratie*, Wiesbaden, 2001.

Levitsky Steven & Lucan A Way, *Competitive Authoritarianism: Hybrid Regimes after the Cold War*, CUP, Kindle edition, 2010.

Mayer-Serra Carlos, “Sobornar magistrados”, Excelsior, viernes, 23 de mayo de 2014.

MERKEL Wolfgang, “Defekte Demokratie” in MERKEL/BUSCH Andres (Hrgs). *Demokratie in Ost und West*, Frankfurt Mein, UTB, 1999.

Miller Pierre, *Les polituiques publiques*, Paris, puf, col (¿Que saisje?), 2003.

PRZEWORSKI Adam y CURVALE Carolina; “¿Explica la política la brecha económica entre Estados Unidos y América Latina? FUKUYAMA Francis, (Comp), en *La Brecha entre América Latina y Estados Unidos: Determinantes Políticos e institucionales del desarrollo económico*, Buenos Aires, Arg. FCE-Fundación Grupo Mayan, 2006.

Weinstein Michelle, *The Democracy Advantage: How Democracies Promote Prosperity and Peace*, Carnegie Council, 2005

Zapf Wolfgang, “Zur Diskussion um Krise und Innovationschance in westlichen Demokratie” in Kase Max Hrsg. *Politische Wissenschaft und Politische ordnung. Analysen zu Theorie und Empire demokratischer Regierungsweise*. Opladen. Westduetscher Verlang, 2011.

EMILIO RABASA Y EL *DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO* DE MIGUEL LANZ DURET. ORIGEN Y PROYECCIÓN DEL MÉTODO RABASIANO

MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ DELGADO¹

RESUMEN: El interés principal del trabajo consiste en estudiar el origen y desarrollo del método de análisis constitucional de Emilio Rabasa, la forma en que fue transmitido desde su cátedra a los alumnos, y el primer tratado de uno de ellos, Miguel Lanz Duret. Finalmente, se hace un repaso sobre las obras literarias de Rabasa, para descubrir en ellas los elementos que integraron su método.

ABSTRACT: The main interest of the article is to study the origins and development of Emilio Rabasa's method of constitutional law exam, the way it was transmitted in the classroom to his students, and the first constitutional law treatise by one of them, Miguel Lanz Duret. Finally, we review Rabasa's literary works, to uncover in them the elements that made up his method.

PALABRAS CLAVE: Emilio Rabasa, Miguel Lanz Duret, historia del derecho constitucional en México, relaciones derecho-literatura

SUMARIO: I. LA CÁTEDRA DE EMILIO RABASA. I.1. El personaje. I.2. La clase. I.3. El método. II. MIGUEL LANZ DURET Y SU TRATADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL. II.1. El personaje. II.2. La clase. II.3. El tratado. II.3.1. Su contenido. II.3.2. Las fuentes. II.3.3. La escuela de Rabasa y los desapegos de Lanz Duret. II.3.4. Los capítulos de doctrina constitucional. II.4. El método. III. ORIGEN DEL MÉTODO DE EMILIO RABASA. III.1. Los inicios de la carrera literaria y la formación positivista-evolucionista. III.2. Los cuentos y artículos de crítica literaria. III.3. El quinteto de novelas. III.4. La visión del novelista en la obra del jurista. CONCLUSIÓN FINAL. OBRAS DE REFERENCIA.

Y de la obra de Rabasa, ¿qué pasará al porvenir? Como toda notable aportación a la cultura, pertenece al caudal del progreso humano, en el que nada se pierde y, quizá, también nada se crea. Toda doctrina lleva consigo el germen de la doctrina de mañana. Aunque hoy neguemos la doctrina de ayer, ¿no es cierto que la misma negación fue suscitada por la tesis que negamos? Así la planta dio frutos imprevistos, pero triunfó como siempre la fe del sembrador, que puso su afán en el surco y su confianza en la cosecha futura.—Felipe Tena Ramírez²

1 Investigador del Centro de Investigación e Informática Jurídica de la Escuela Libre de Derecho. Todas las traducciones del inglés a lo largo del texto son nuestras.

2 Serra Rojas, Andrés (ed.), *Antología de Emilio Rabasa*, México, Ediciones Oasis, 1969, t. II, p. 333.

A poco más de un siglo del regreso de Emilio Rabasa a la Escuela Libre de Derecho, al término de su exilio voluntario en los Estados Unidos, entre 1914 y 1920, para retomar su cátedra de Derecho Constitucional y su labor en la Junta Directiva, deseamos regresar a él y su pensamiento jurídico, pues no parece concluir la huella de sus enseñanzas ni la impronta que dejó en otras personas y textos jurídicos.

Aunque se presta para indagar sobre el tema y será necesario mencionar nombres de posibles sucesores, directos e indirectos, no es el propósito que nos motiva enumerarlos ni especular demasiado sobre ellos. El mayor interés consiste en aportar algo sobre uno de los textos que trató de utilizar su método de estudio constitucional y ahondar un poco en el origen, tradición y proyección del mismo; al mismo tiempo, indagar si solamente estaba en los libros o también en la cátedra, y si ésta fue un adecuado semillero para continuarlo.

Iniciaremos revisando lo que fue su cátedra y lo que logró transmitir a los estudiantes, a partir de los primeros testimonios que sobreviven de sus clases. A continuación, nos enfocaremos en uno de sus primeros discípulos.

Es posible que el campechano Miguel Lanz Duret escuchara al menos el nombre del chiapaneco Emilio Rabasa desde su adolescencia, cuando el segundo fue gobernador de su estado natal, entre 1891 y 1894. Más probable es que Lanz Duret conociera a Rabasa como estudiante, en un salón de clases de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, a principios del siglo XX. Si no fue así, sin la menor duda, Lanz Duret fue su alumno a través de su obra jurídica impresa, pues así lo demostró al escribir la propia.

Finalmente, trataremos de explicar que su método no comenzó a desarrollarse a la par de la redacción de los libros y ensayos jurídicos que le dieron renombre, sino a mediados de la década de 1880, cuando el joven abogado, funcionario y docente decidió incursionar en la literatura.

También deseamos recordar que hace poco más de treinta años, en 1991, Martín Díaz y Díaz, en una obra por demás significativa, pero apenas recordada, *Emilio Rabasa: teórico de la dictadura necesaria*, describió el método de Rabasa como un continuo juego sobre los vínculos dialécticos entre los órdenes político, jurídico y social, que conforman “un solo tronco” o fase exterior, a la que se añaden los aportes de la historia, la antropología y ciertos elementos de economía, los que, en conjunto, generan una ciencia de la sociedad con rasgos integrales³. Esperamos que este trabajo nos ayude a comprenderlo mejor.

3 Díaz y Díaz, Martín, *Emilio Rabasa: teórico de la dictadura necesaria*, México, Miguel Ángel Porrúa, Escuela Libre de Derecho, Varia Jurídica de la Escuela Libre de Derecho, 1991, pp. 55 y 78-79.

I. LA CÁTEDRA DE EMILIO RABASA

[Debemos abordar] *los problemas jurídicos de frente, con serenidad que raye en indiferencia científica, con la falta de escrúpulos meticulosos y la supresión del pudor con que el médico manosea el cadáver desnudo y abre las entrañas en busca de una verdad útil para el hombre.* — F. Jorge Gaxiola, al recordar las enseñanzas de Emilio Rabasa⁴.

Cuando comenzó a impartir la clase de derecho constitucional, en el quinto año de la Escuela Libre de Derecho, Rabasa contaba ya con una experiencia docente aproximada de dos décadas, impartiendo al menos cuatro disciplinas, además de la materia por la que más se le recuerda. No existe ningún registro fidedigno de las mismas, salvo ciertas referencias aisladas ofrecidas por quienes han estudiado su obra jurídica y literaria. Entre los años 1881 y 1882, en el Instituto de Ciencias del Estado de Chiapas, Rabasa impartió derecho natural y romano⁵. En los años inmediatos, 1882 y 1883, derecho civil, en el Instituto de Ciencias y Artes de Oaxaca, en las mismas aulas en las que había estudiado una década atrás⁶. Sus diversas ocupaciones lo alejaron de la cátedra hasta 1888, cuando dictó economía política dos años en la Escuela Nacional de Comercio de la Ciudad de México⁷.

Aproximadamente una década después, comenzó la cátedra de derecho constitucional en la Escuela Nacional de Jurisprudencia. Sobre los años en los que esto sucedió, trataremos al hablar de la biografía de Lanz Duret.

No es aquí el lugar para referir la decisiva labor de Rabasa en la fundación de la Escuela Libre de Derecho⁸. Basta con referir que su clase de derecho constitucional en dicha institución comenzó en 1912, aunque en forma irregular, pues el año inaugural los profesores solamente dictaron un curso lectivo de cinco meses⁹. El único testimonio que conocemos sobre éste proviene de su alumno Manuel Herrera y Lasso, el cual se limita a señalar que fue “un curso rico en enseñanzas”¹⁰. No obstante, puesto que lo

4 Serra, *op. cit.*, p. 182.

5 Fernández Delgado, Miguel Ángel, *Emilio Rabasa. Teórico de la evolución constitucional*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, p. 51; Hakala, Marcia Ann, *Emilio Rabasa, modern Mexican novelist*, Bloomington, Doctor of Philosophy in the Department of Spanish, University of Indiana, 1970, pp. 10-11.

6 Fernández, *idem*, pp. 37 y 51; Hakala, *idem*, p. 17.

7 Serra, *op. cit.*, t. I, p. 92.

8 Puede leerse en del Arenal, Jaime, “Un rector y una escuela liberales: Emilio Rabasa y la Escuela Libre de Derecho”, *Hombres e historia de la Escuela Libre de Derecho*, México, Escuela Libre de Derecho, 1999, pp. 355-372; Hale, Charles A., *Emilio Rabasa and the survival of Porfirian liberalism*, Stanford, Stanford University Press, 2008, pp. 62-64; Villalpando, José Manuel, *Los colores lejanos del recuerdo. Crónica de la Escuela Libre de Derecho, 1912-1933*, México, Porrúa, 2018, pp. 10-13.

9 Villalpando, *idem*, p. 19.

10 Arteaga Nava, Elisur, “Tres grandes constitucionalistas de la Libre de Derecho”, en Munive Páez, Manuel, y Juan Pablo Pampillo Baliño (eds.), *Un siglo de aportaciones de la Escuela Libre de Derecho*, México, Escuela Libre de Derecho, 2013, p. 160.

anterior tuvo lugar el mismo año que Rabasa publicó *La Constitución y la dictadura*, es muy probable que en sus exposiciones diera énfasis a los temas tratados en el libro.

Rabasa prosiguió con una cátedra ordinaria desde 1913, pero la interrumpió en mayo de 1914, cuando fue nombrado oficialmente para encabezar la delegación mexicana en las negociaciones de Niagara Falls¹¹, de las que prefirió no volver, sino optar por el exilio en la ciudad de Nueva York, a la caída del régimen de Victoriano Huerta.

A pesar de la distancia, no olvidó su paso por las aulas de su país de origen, sin importar la institución. Por lo mismo dedicó *El Juicio Constitucional* (1919): “[a] los estudiantes de Derecho en las escuelas mexicanas”¹².

I.1. El personaje

Rabasa se reincorporó a la Escuela Libre de Derecho, y a su cátedra, en mayo de 1920¹³. La década que transcurre entre esta fecha y el 25 de abril de 1930, día de su muerte, es el periodo del que contamos más noticias sobre lo que fueron sus clases y sus labores en la Junta Directiva de la misma.

El gobierno de la Libre de Derecho fue, estatutariamente, un cuerpo colegiado hasta 1932. Rabasa fue uno de los rectores fundadores y volvió a incorporarse en la misma calidad al regresar a la Ciudad de México¹⁴. En este periodo hizo tanto y quizá más por la escuela que en sus primeros años. Defendió la libertad de cátedra, hizo propuestas para mejorar el nivel académico de los estudiantes y tomó medidas disciplinarias al respecto; dictó conferencias sobre temas jurídicos para los estudiantes y el público general¹⁵; trabajó hasta conseguir, con ayuda de algunos exalumnos, el reconocimiento oficial de los títulos expedidos por el plantel y, sobre todo, mantuvo en alto la moral de estudiantes y autoridades escolares en los momentos más difíciles¹⁶.

De acuerdo con testimonios de sus estudiantes y otras personas que lo conocieron, la presencia de Rabasa nunca pasaba inadvertida, pues su aspecto y personalidad resultaban imponentes¹⁷. Basta con observar cualquiera de sus fotografías o retratos para constatarlo. Sin embargo, como siempre ocurre, había quienes, quizá porque lo cono-

11 Hale, *op. cit.*, p. 68.

12 Rabasa, Emilio, *El Artículo 14 y El Juicio Constitucional*, 6ª ed., México, Porrúa, 1993, p. 131.

13 Villalpando, *op. cit.*, p. 69.

14 Del Arenal, *op. cit.*, pp. 358-359.

15 En el primer semestre de 1923, por iniciativa de los alumnos, algunos de los más reconocidos docentes del plantel dictaron una serie de conferencias, abiertas también al público, dedicadas a repasar la trayectoria en el tiempo de sus materias. Rabasa dictó entonces una “Historia sinóptica del Derecho Constitucional”. Villalpando, *op. cit.*, p. 96. El texto de la conferencia aparece en Serra, *op. cit.*, t. II, pp. 267-283.

16 Villalpando, *idem*, pp. 363-368.

17 Arteaga, *op. cit.*, pp. 156-157.

cían un poco mejor, se atrevían a expresarse sobre él con menor reverencia. Así, uno de sus estudiantes, Enrique Torroella, lo recuerda en los siguientes términos: “Mi padrino me recomendó con don Miguel Macedo, el cual me consiguió ser pasante o barrilete de don Emilio Rabasa, el gran constitucionalista: ‘Papaíto piernas largas’. Era un hombre proporcionado, pero las piernas eran de gigante, parecía que andaba en zancos”¹⁸.

Tal cual aparece en la caricatura que le hizo Juan López Moctezuma en 1924, para la publicación periódica *Jus Vacillare* creada con otros estudiantes, y en donde aparecen igualmente representados otros maestros de mediados de la década de los veinte¹⁹. De las mismas se hicieron reproducciones en la sala de alumnos. Aunque las conocía, pues circularon libremente por la institución, tres años después, Rabasa pidió que fueran eliminadas de sus paredes, pues le parecían grotescas y en ellas aparecían incluso maestros ya fallecidos, pero la mayoría del personal docente se opuso, “porque son un motivo de unión entre profesores y alumnos”²⁰, y Rabasa, a pesar de pertenecer a la Junta de Gobierno de la escuela, tuvo que acatar el voto de la mayoría de la Junta General de Profesores.

Otro alumno, del último grupo al que Rabasa tuvo en el aula, Salvador Abascal, recién salido del seminario, respetaba el saber del maestro, pero se expresaba jocosamente sobre su aspecto personal y dificultades ocasionales al exponer: “Don Emilio... con su traje siempre nuevo y sus enormes orejas de papalote me parecía un niño castigado haciendo esfuerzos inauditos por recitar su lección”²¹. Abascal, como Torroella, era una persona de profundas convicciones religiosas, y quizá su moderada animadversión se debía a la percepción de cierto anticlericalismo por parte de Rabasa. El maestro, tolerante, ante todo, respetaba las prácticas religiosas de los demás, pero prefería que se mantuviera separado el ámbito religioso del educativo y que cada quien conservara en su fuero interno las convicciones religiosas²². Aunque, a veces, ese “anticlericalismo silenciado” de Rabasa, como lo denomina Hale, no pudiera ocultarse. Así ocurrió cuando Torroella renunció al despacho de Rabasa, enterado de su oposición a la defensa de la Iglesia sobre la que había escrito su tesis²³. Sin embargo, es justo recordar que, al promulgarse la Ley Calles (21 de junio de 1926), que prohibía, entre otras cosas, a las instituciones educativas revalidar los estudios realizados en los seminarios, Rabasa, como autoridad escolar, defendió su postura para que no dejaran de reconocerse en el plantel, pues la legislación, señaló, atentaba contra la libertad de educación²⁴.

18 Torroella de la Estrada, S. J., Enrique, “Apuntes de historia de la Escuela Libre de Derecho”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 9, no. 9, 1985, p. 446.

19 Villalpando, *op. cit.*, pp. 108-109.

20 *Idem*, p. 129.

21 Villalpando, *op. cit.*, p. 122; del Arenal, “Los años del estudiante Felipe Tena Ramírez”, *cit.*, pp. 337-338.

22 Hale, *op. cit.*, pp. 20, 155 y 176.

23 Villalpando, *op. cit.*, p. 115.

24 *Idem*, pp. 122-123.

I.2. La clase

Alrededor de 1913, Rabasa empezó a padecer degeneración macular. Aunque conservaba la visión periférica, le fue disminuyendo progresivamente la vista central, que todavía conservaba en un ojo, mientras utilizara gruesas gafas. Cuando vivió en Nueva York, consultó a médicos especialistas, pero ninguno logró corregir el problema²⁵. En sus últimos años de vida, debió estar al borde de la ceguera total, de acuerdo con testimonios de sus allegados²⁶, y le resultaba indispensable la compañía de un guía en las instalaciones escolares. En clase, debió recurrir a menudo a su memoria para la exposición de los temas correspondientes y a la lectura de textos, bajo su guía, por parte de los alumnos. La fotografía, tomada en 1927, del alumno Eduardo Trigueros Saravia leyendo la Constitución en un aula de la casona de Puente de Alvarado 58, mientras Rabasa, de perfil, escucha atentamente con los codos sobre el escritorio, los dedos entrecruzados y la cabeza reclinada en actitud reflexiva, resulta un perfecto testimonio visual.

A otro alumno de la misma generación, Juan José González Bustamante, futuro ministro de la Suprema Corte y también profesor de derecho procesal penal en la Escuela Libre de Derecho, debemos los apuntes de 1928 de la clase de Rabasa²⁷. Gracias a que casi siempre anotaba al principio la fecha de cada sesión, sabemos que su curso comenzó el 15 de febrero y concluyó el 30 de octubre, repartido en unas setenta clases. La primera parte la dedicó principalmente a la ciencia política (treinta clases) y el resto al derecho constitucional (poco más de cuarenta clases, pues en las últimas dejó de anotar la data), si bien el tramo inicial solía entremezclarlo con temas vinculados al segundo e incursionaba, en diferentes oportunidades, en el derecho constitucional comparado y en temas de la historia del derecho nacional, porque “[e]sta materia tiene que estudiarse bajo un doble sentido: el comparativo y el histórico”²⁸.

Para el apartado de la ciencia política se apoyaba en un texto²⁹ que seguramente descubrió durante su residencia en Nueva York, los *Elementos de Ciencia Política* de

25 Hale, *op. cit.*, pp. 75-76.

26 Arteaga, *op. cit.*, p. 156.

27 Existen dos versiones impresas de los apuntes: la primera, transcripción literal de la versión taquigráfica de González Bustamante, aparece en Serra, *op. cit.*, t. II, pp. 339-627, y la más reciente, Rabasa, Emilio, *Cátedra de Derecho Constitucional*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 2015, con corrección de estilo, aunque esta última se limita a la primera parte del curso, en la que Rabasa exponía la ciencia política, y omite la segunda, donde abordaba, propiamente, el derecho constitucional.

Hale (*op. cit.*, p. 219 n. 76) menciona otros apuntes de la cátedra de Rabasa, escritos por Alejandro Gamboa, que perteneció a la misma generación de González Bustamante, pero que no hemos podido localizar.

28 Serra, *idem*, p. 340.

29 Fernández, *op. cit.*, p. 131.

Stephen Leacock³⁰, profesor de la Universidad de McGill, en Montreal, Canadá. El tratado fue muy popular en diversas universidades desde su aparición, en 1906, y llegó a traducirse a 19 idiomas³¹. Rabasa bien podría haberse encargado de la versión a nuestra lengua y ordenado su impresión para los alumnos, pues, hasta finales de la década de los ochenta, todavía se encontraban varios ejemplares en las bodegas de la Libre de Derecho³². Casi al inicio de su libro, Leacock dedica un capítulo a las relaciones existentes entre su materia y otras disciplinas³³. Aquí, en primer término, destaca su vínculo con la historia, pues “la Ciencia Política es el fruto de la Historia” y ésta “es la raíz de la Ciencia Política”, subrayando que la historia aporta “la tercera dimensión de la Ciencia Política”³⁴.

Según explicó al inicio del curso el constitucionalista, “la Ciencia Política es, en realidad, un conjunto de teorías, de doctrinas emanadas, más que nada, de la historia, de la experiencia de los pueblos, de la observación de su desenvolvimiento político y que ha dado con esto las bases fundamental [*sic*] del Derecho Constitucional”³⁵. Exponía, enseguida, la finalidad de esta última disciplina y el beneficio que lograba al apoyarse en aquélla:

El Derecho Constitucional tiene por objeto la organización de un pueblo, de sus poderes públicos; trata de los órganos de su gobierno, y fija a éstos los límites necesarios dentro de las facultades que se le otorgan. Previamente se hace el estudio de la Ciencia Política para que el constitucionalista se apoye en ideas fundamentales y no simplemente lea el artículo de la Constitución y lo aplique literalmente, sin el conocimiento de las relaciones con otras disposiciones de la misma Constitución y, sobre todo, para que el abogado pueda hacer el comentario, el análisis de un artículo, de una disposición constitucional, fundado en conocimientos superiores y en ideas de justa amplitud; qué alcance puede tener un artículo preceptivo o prohibitivo³⁶.

La ciencia política, según advirtió, la debían estudiar también en sentido comparado e histórico³⁷. En la primera parte, con el método señalado, habló de temas de historia del derecho patrio, el origen del Estado, la organización constitucional y parlamentaria, el equilibrio de los poderes públicos desde la Edad Media, las constituciones de Francia

30 Leacock, Stephen, *Elementos de Ciencia Política*, México, Imprenta Victoria, 1924. Puesto que Leacock era también un escritor y conferencista renombrado, es probable que Rabasa lo escuchara personalmente en alguna ocasión durante las frecuentes visitas a Nueva York de aquél.

31 “Stephen Leacock (1869-1944). A biographical sketch”, en línea: <https://web.archive.org/web/2007052183555/http://www.collectionscanada.ca/leacock/t5-211-e.html>. Consultado el 30-VI-2022.

32 Del Arenal, Jaime, “Los años del estudiante Felipe Terna Ramírez en la Escuela Libre de Derecho”, *Hombres e historia de la Escuela Libre de Derecho*, cit., p. 349

33 Leacock, *op. cit.*, pp. 8-13.

34 *Idem*, p. 9.

35 Serra, *op. cit.*, p. 339.

36 *Idem*, pp. 339-340.

37 *Ibid.*, p. 340.

y los Estados Unidos, el poder judicial en diferentes naciones, los sistemas electorales, los gobiernos coloniales, y otros.

No soy el primero en destacar la amplitud del repertorio de tratadistas, sistemas constitucionales y de cultura política de diversas naciones, incluyendo la antigua Roma, que podía abordar en su exposición³⁸.

El derecho constitucional, en la segunda parte del curso, aunque enfocado en el estudio de la Constitución mexicana de 1917, no era muy diferente. Valga como ejemplo el argumento para exponer la historia de las constituciones nacionales y sus vínculos con otras previas y foráneas:

la Constitución de 1917... si no acudimos a la de [18]57, no tenemos base ninguna para aplicarla y para entenderla; la de 57 necesita el conocimiento de la de [18]24, y como la de 24 está inspirada en la Constitución americana, tenemos que ver la Constitución americana. Es necesario ver cómo se produjo... si se produjo por su historia, hay que acudir a la historia de los Estados Unidos; iremos a la Constitución de [17]89 que formó simplemente la Confederación de Estados y vamos hasta la primera Constitución. Para entender nuestras leyes de hoy, necesitamos ir a su antecedente; necesitamos primero conocer las primitivas leyes; iremos a la Constitución inglesa y luego a la Constitución americana, y cómo influyeron los principios de la revolución [de independencia estadounidense]. Vamos a hacer comparaciones entre la Constitución inglesa, la americana y la Constitución francesa³⁹.

Como lo había prometido, comenzó la segunda parte con la historia de las leyes fundamentales de la nación mexicana y prosiguió con introducciones generales a ciertos temas, como el territorio nacional, las controversias sobre límites de los estados —que ilustró contando su experiencia de 1911, cuando intervino como árbitro, mientras formaba parte del senado, en la disputa de límites entre Chiapas y Tabasco⁴⁰—, la nacionalidad y los derechos individuales, como solía llamarlos, para evitar la denominación derechos humanos o “derechos del hombre”, como se llamaban en la Constitución de 1857, que siempre le disgustó.

El resto de las clases del curso de 1928, que hemos seguido, consistían en la lectura del articulado constitucional, por parte de los alumnos, acompañado del comentario de Rabasa. En el curso de 1928, comenzó por los artículos de la parte orgánica, hasta llegar al juicio de amparo, que explicó profusamente. De aquí pasó a la parte dogmática, y finalizó con los comentarios a los artículos restantes de la parte orgánica.

38 Enumeran a los principales autores: Arteaga, *op. cit.*, p. 159; González Oropeza, Manuel, “Prólogo” a Rabasa, Emilio, *Cátedra de Derecho Constitucional*, *cit.*, pp. xxi.

39 Serra, *op. cit.*, p. 343.

40 Serra, *idem*, t. I, pp. 226-246; Hale, *op. cit.*, pp. 55-56.

La década de los veinte fue la época en que la escuela creció, tanto en alumnos como en reconocimiento. Se inscribían cada vez más estudiantes, procedentes de casi todos los estados del país, formados en diferentes sistemas educativos y no en pocas ocasiones en ideologías contrapuestas. Sobre esto último, Tena Ramírez dejó testimonio de otra valiosa enseñanza de Rabasa, que lamentablemente no se registra en la versión taquigráfica: “Y es lo cierto también que Rabasa hizo de su magisterio cátedra de tolerancia. Su mejor lección fue aquella en que elevó a norma de educación la regla de la tolerancia. Su mejor actitud, aquella en que afirmó sus ideas y respetó las ajenas”⁴¹.

No cabe duda de que la lucidez de Rabasa, a los 72 años, era indiscutible. Ni el peso de la edad ni la ceguera, “que parecía iluminarle el interior”, a decir de Tena⁴², significaban una limitación para cumplir con plenitud su papel en el aula y en la dirección institucional. Varios son los testimonios, pero, particularmente sus acciones, que dan fe de haberse mantenido con la misma firmeza e integridad intelectual hasta el final de sus días.

En febrero de 1930, un par de meses antes de la muerte del constitucionalista, Luis Mier y Terán, de la generación 1924-1928, a la que también perteneció Tena, propuso a la Junta de Gobierno que el nombre de Emilio Rabasa se añadiera al de la escuela, con lo cual demostraba la gratitud que, en su concepto, le debía la institución, y de paso aportó más datos sobre el nivel de su compromiso con ella, porque “la asiduidad a sus clases no se ha interrumpido ni amenguado en fuerza de lo delicado y arduo de los negocios que han ocupado su atención, ni por su avanzada edad”⁴³. Seguramente tuvo que ver en esto el papel vital que jugó el constitucionalista para obtener el decreto-concesión por el que, finalmente, se concedió validez a los estudios realizados en la Libre de Derecho, el 17 de enero 1930, cuyo borrador bien pudo redactar él mismo⁴⁴.

Vale la pena preguntarse si el curso de Rabasa de 1928, el penúltimo que dio completo y el que mejor conocemos, fue representativo de los anteriores.

Gustavo R. Velasco, de la generación 1921-1925, futuro rector de la Libre de Derecho y profesor por muchos años de derecho administrativo dejó registro de una peculiaridad de la cátedra de Rabasa en un artículo que publicó, en 1945, junto con otros dos egresados de sus aulas, cuyo objetivo era referir, ante la Federación Interamericana de Abogados, cómo eran las clases, en su *alma mater*, en sus primeras décadas:

En la Escuela Libre de Derecho... La base de la enseñanza está constituida por las conferencias del profesor, cuando éste no designa un texto, o por una obra de doctrina, complementada y comentada por el catedrático. Como regla general, el profesor interroga a sus alumnos con relación a las ideas que ha expuesto en clase

41 Del Arenal, “Los años del estudiante Felipe Tena Ramírez”, *cit.*, pp. 351-352.

42 *Idem*, p. 336.

43 *Ibid.*, p. 359.

44 Del Arenal, “Un rector y una escuela liberales”, *cit.*, pp. 367-368.

o a la parte del texto que señala para estudio, aclara sus dudas y corrige errores. Menos frecuentemente se encomienda a los alumnos la preparación de un tema escrito o la investigación de algún punto particularmente interesante o que no ha sido posible profundizar en el transcurso de la clase. Algunos catedráticos han usado, asimismo, con éxito, el método caso, aunque en una forma simplificada, como, por ejemplo, el eminente escritor de Derecho Constitucional, don Emilio Rabasa⁴⁵.

No sabemos si el método caso consistía en exposiciones o casos que debían resolver los alumnos. A falta de mayores datos, solamente podemos especular sobre los ejemplos que Rabasa podría haber seleccionado. En los apuntes del curso de 1928 no aparecen casos y controversias de la Suprema Corte de los Estados Unidos, ni de la de México (salvo el resumen de la tesis de la incompetencia de origen, hecho por Rabasa, durante su larga explicación del artículo 16 constitucional⁴⁶). No obstante, el mismo alumno de la fotografía de la cátedra de Rabasa en 1927, Eduardo Trigueros, cuando ya era profesor de derecho internacional privado, en una conferencia señaló que gracias a los textos y a la clase del autor de *La Constitución y la dictadura* “se profundiza el estudio del derecho constitucional norteamericano a través de la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos”⁴⁷. Por resultar paradigmáticos, los casos y controversias debieron ser, principalmente, los que aparecen en *El Juicio Constitucional*, en los capítulos relativos a la supremacía judicial en los Estados Unidos y a la doctrina Marshall⁴⁸.

Los casos ejemplares de la Corte mexicana pudieron seleccionarse entre los mencionados por Juan de la Torre, en su *Guía para el estudio del derecho constitucional mexicano* (1886, con varias ediciones posteriores), que aparece recomendada por el propio Rabasa desde el primer día de clases, al menos en la versión taquigráfica de 1928⁴⁹.

En algunos momentos Rabasa podía obsesionarse o elogiar ciertos temas. Germán Fernández del Castillo, de la generación 1919-1923, futuro rector de la Libre de Derecho y primer historiador de la misma recuerda que “era sobrio, se limitaba siempre a la materia de estudio y no la abandonaba siquiera fuera para tocar puntos conexos”⁵⁰. Un ejemplo de ello lo menciona Francisco Javier Gaxiola, Jr., de la generación 1917-1921, al recordar la entusiasta defensa que hizo en el aula del artículo 3º constitucional⁵¹. Las

45 Velasco, Gustavo R., Manuel Sáinz Larrañaga, y José Arce Cervantes, “La enseñanza del derecho en la Escuela Libre de Derecho”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 9, no. 9, 1985, pp. 460-461.

46 Serra, *op. cit.*, t. II, pp. 595-598.

47 Trigueros Saravia, Eduardo, “Cultura jurídica”, *Evolución del Derecho Mexicano (1912-1942)*, México, Editorial Jus, 1943, t. II, p. 245.

48 Rabasa, Emilio, *El Artículo 14 y El Juicio Constitucional*, 6ª ed., México, Porrúa, 1993, capítulos VI a VIII, pp. 188-219.

49 Serra, *op. cit.*, p. 339.

50 Fernández del Castillo, Germán, “Noticias históricas sobre la Escuela Libre de Derecho”, *Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho*, t. IV, nos. 1-12, ene.-dic., 1928, p. 141.

51 Villalpando, *op. cit.*, p. 80.

razones de esto último quizá se deban al positivismo de Rabasa, pero también a que, según su propia explicación, lo que prohibía dicho artículo era la enseñanza simultánea científica y religiosa, como puede leerse en los apuntes del curso de 1928:

En alguna ocasión en que un prominente católico me consultaba esto [la supuesta intolerancia religiosa prescrita por el artículo], le dije: Anuncie usted la escuela, diciendo en sus programas, que habría enseñanza de instrucción primaria los cinco primeros días de la semana, y separado del anuncio de la escuela, advierta usted que los sábados y domingos se dará enseñanza religiosa. No obligue usted a ninguno de los alumnos a que vaya, pero tampoco cierre usted la puerta a todo el que desee asistir. Procediendo de esa misma manera como yo aconsejé, creo que no se contraviene en nada la disposición constitucional⁵².

Otra característica de su cátedra, que se repite entre los alumnos, es que el maestro, aunque muy erudito y experto en su materia, tenía mayor facilidad para expresarse por escrito que de palabra, lo cual sorprendía a más de uno, que conocía su pasado como novelista. En este aspecto coinciden F. Jorge Gaxiola⁵³ (generación 1922-1926), Roberto Hernández Santamaría⁵⁴, Felipe Tena Ramírez⁵⁵ (ambos de la generación 1924-1928), y Salvador Abascal⁵⁶ (generación 1926-1930).

Quizá esto se relacione con otra de sus obsesiones, el deseo de hallar siempre el término correcto para expresar de la mejor forma posible las ideas al hablar y las palabras para escribir. Tena Ramírez lo explica así: “ello se debió a mi entender a que, en lugar de emplear la palabra gris, buscaba difícil y ahincadamente la palabra selecta, la que precisa e inviolada expresa la idea mejor que ninguna otra”⁵⁷; por su parte, Gaxiola recuerda: “Había momentos en que suspendía la exposición para encontrar el vocablo justo. Nos daba la impresión de que en español no había sinónimos, porque cada término tiene un matiz especial. Esclavizaba la palabra para ponerla al servicio del pensamiento, del pensamiento libre, pero ilustrado”⁵⁸.

Rabasa se había obstinado con el uso preciso del lenguaje desde su etapa como literato. En 1888, publicó una reseña sobre los tercetos de Justo Sierra, celebrando su belleza al comienzo, pero remató reprobando su empleo de neologismos que no aparecen “en los diccionarios autorizados”⁵⁹. En su primer ensayo jurídico, *El Artículo 14* (1906), dedicó un breve capítulo a “El idioma en la Constitución”, cuyo fin fue demostrar “que nuestra

52 Serra, *op. cit.*, p. 565.

53 Gaxiola, F. Jorge, “Prólogo”, Rabasa, Emilio, *El Artículo 14 y El Juicio Constitucional*, 6ª ed., México, Porrúa, 1993, p. x.

54 Del Arenal, “Los años del estudiante Felipe Tena Ramírez”, *cit.*, p. 337.

55 *Idem*, pp. 336-337.

56 *Ibid.*, pp. 337-338.

57 *Ibid.*, p. 338.

58 Gaxiola, *op. cit.*, p. x.

59 Rabasa, Emilio, “Los tercetos del señor Sierra”, Serra, *op. cit.*, t. I, pp. 139-140.

Constitución [de 1857] está bastante mal escrita”⁶⁰. Gracias a la versión taquigráfica de los apuntes de 1928, sabemos que no opinaba diferente de la de 1917. Por ejemplo, sobre el artículo 27 señaló: “tiene un inconveniente que no... puede pasar desapercibido. El artículo no es un artículo; es un tratado de la propiedad; no tiene forma legal”⁶¹.

Por lo mismo sorprende el elevado concepto en que lo tenía Manuel Maples Arce (generación 1920-1924), el más extravagante de sus alumnos. Al término de su segundo año escolar, fundó el estridentismo, una vanguardia artística multidisciplinaria inspirada en el futurismo de Marinetti. Aunque no llamó mucho la atención en su época, el movimiento ahora es objeto de estudio y exposiciones museísticas a nivel nacional e internacional⁶². En el manifiesto de Maples Arce del que derivó el estridentismo, denominado *Comprimido estridentista*, publicado en la revista mural *Actual No. 1, Hoja de Vanguardia*, alrededor de diciembre de 1921, y que el propio autor se encargó de distribuir y pegar en los muros del barrio de las facultades —en los alrededores de la calle de Justo Sierra, en el Centro Histórico—, podían encontrarse afirmaciones como la siguiente:

Mi locura no está en los presupuestos. La verdad no acontece ni sucede fuera de nosotros. La vida es sólo un método sin puertas que se llueve a intervalos. De aquí que insista en la literatura insuperable en que se prestigian los teléfonos y diálogos perfumados que se hilvanan al desgaire por hilos conductores. La verdad estética es tan sólo un estado de emoción incoercible desenrollado en un plano extrabasal de equivalencia integralista. Las cosas no tienen valor intrínseco posible, y su equivalencia poética florece en sus relaciones y coordinaciones, las que sólo se manifiestan en un sector interno, más emocionante y más definitivo que una realidad desmantelada...⁶³

En otro lugar del manifiesto, retrató despectivamente a los académicos en general, pero con una clara referencia a los que había encontrado en su nueva escuela:

¿quién es más sincero?, ¿los que no toleramos extrañas influencias y nos depuramos y cristalizamos en el filtro cenestésico de nuestra emoción personalísima, o todos esos ‘poderes’ ideocloróticamente diernefistas, que sólo tratan de congraciarse con la masa amorfa de un público insuficiente, dictatorial y retardatario de cretinos oficiosos, académicos fotofóbicos y esquiroles traficantes y plenarios?⁶⁴

60 Rabasa, Emilio, *El Artículo 14*, cit., pp. 19-25.

61 Serra, *op. cit.*, t. II, p. 607.

62 Ver, por ejemplo: González Mello, Renato y Anthony Stanton (coords.), *Vanguardia en México, 1915-1940*, México, Museo Nacional de Arte, Instituto Nacional de Bellas Artes, 2013; Salaris, Claudia, *Futurismi nel mondo. Collezione Echaurren Salaris*, Pistoia, Gli Ori, 2015; y Gallo, Rubén, *Mexican Modernity. The avant-garde and the technological revolution*, Cambridge, London, The MIT Press, 2010.

63 González Mello y Stanton, *idem*, p. 198.

64 Zurián de la Fuente, Carla, “Estridentismo: la generalogía de sus manifiestos”, González Mello y Stanton, *ibid.*, p. 58.

Al mencionarlos como “académicos fotofóbicos”, es decir, con intolerancia a la luz, surge la duda si intentó referirse a Rabasa y a su enfermedad ocular. Lo más probable es que redactara metafóricamente, pues entonces sólo conocía al constitucionalista como autoridad escolar y sobran los ejemplos de su afición por emplear términos ostentosos y ocurrentes. En su madurez, Maples Arce reconoció que no había logrado escapar al magnetismo de la persona ni al saber adquirido en el aula de Rabasa, pues ejerció “mu-cha influencia sobre los alumnos”; “era un hombre de espíritu liberal y en su juventud escribió una serie de novelas entre las que destaca *La bola*, que podría considerarse una precursora de la novela de la Revolución; Rabasa era alto, de voz grave, la mirada un tanto apagada”. Además, como a Tena Ramírez, lo fascinó su apertura intelectual: “para calificar, ponía más atención en la índole de nuestros argumentos, a la inteligencia, valor y claridad del razonamiento, que a la misma fidelidad con que siguiéramos sus teorías constitucionales”⁶⁵.

Rabasa, que siempre estaba atento a la disciplina de los alumnos en el plantel, debió conocer el *Comprimido estridentista* por referencia de terceros. No sabemos lo que opinó sobre él. Probablemente lo tomó como broma de mal gusto o solamente le despertó una carcajada. La tesis de Maples Arce, *La cuestión agraria*⁶⁶, tampoco debió leerla, bien le valía estar ciego⁶⁷.

I.3. El método

A falta de apuntes y testimonios de su cátedra en la Escuela Nacional de Jurisprudencia, debemos ceñirnos únicamente a los que sobreviven de la Escuela Libre de Derecho. En el repaso de estos últimos hemos visto que no se limitaba a la exégesis jurídica constitucional, sino que abordaba temas de la ciencia política –igualmente en sentido comparado e histórico–, el derecho constitucional comparado, la historia del derecho nacional, incluso el derecho público romano.

Aunque en sus últimos cursos dividió la clase en una primera parte de ciencia política y una segunda de derecho constitucional, los temas de ambas se entreveraban, sin llegar a confundirse, en la medida en que le resultaba posible. En raras ocasiones, el maestro mencionaba sus textos jurídicos, pero llegaba a exponer las tesis desarrolladas en ellos, sin mencionar sus títulos.

65 Villalpando, *op. cit.*, pp. 104-105.

66 Maples Arce, Manuel, *La cuestión agraria*, tesis que para su examen profesional de abogado presenta el alumno..., México, Escuela Libre de Derecho, 1925.

67 En el fondo, la tesis carece de originalidad, pero en la forma de redactar aparecen vulgarismos como “cábula”, y una miríada de neologismos como “hipervitalismo”, “porveniristas”, “deshiciencia”, “materialismo infilosófico”, “concesionarista” y, nuestra favorita: al deseo desmedido de hacer teorías, lo denomina “anhelo teorizal”. *Idem*.

En suma, podemos decir que enseñó a sus alumnos el método para el estudio de nuestro proceso constitucional desarrollado a lo largo de varios años, y sobre el que volveremos en los siguientes apartados.

II. MIGUEL LANZ DURET Y SU TRATADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Porque ya es tiempo de convencerse de que nuestro país no puede vivir a la vez dentro de la teoría literaria de una bella Constitución inaplicable y la práctica brutal de los hechos consumados, práctica que ha podido mantenerse a pesar del ambiente de protestas, malas voluntades y rencores contenidos, pero que no permite confianza en nuestra estabilidad política por el temor continuo a los estallidos populares. —Miguel Lanz Duret⁶⁸

A la muerte de Rabasa, se sabía que no sólo su cátedra quedaría vacía. Nadie aspiraba a igualarlo. Si acaso, tanto sus ex alumnos de la Escuela Nacional de Jurisprudencia como de la Libre de Derecho pensaban en convertirse en discípulos dignos de sus enseñanzas.

Algunos autores han especulado sobre los genuinos continuadores del análisis constitucional de Rabasa. Los nombres que más se repiten, entre sus discípulos directos, son los de Manuel Herrera y Lasso, Felipe Tena Ramírez, Gustavo R. Velasco, Francisco Javier Gaxiola Ochoa, Eduardo Trigueros, F. Jorge Gaxiola y Alberto G. Salceda⁶⁹; entre los posteriores, Víctor Manuel Ortega, Elisur Arteaga Nava y Fernando Alejandro Vázquez Pando⁷⁰. Estrada Sámano es el único que menciona adeptos o partidarios de sus ideas no egresados de la Libre de Derecho: Antonio Martínez Báez, Juventino V. Castro y Raúl González Schmal⁷¹.

No discutiremos más sobre el tema, pues ya advertimos que no es nuestro objetivo, sino buscar la supervivencia de Rabasa en los textos de sus discípulos, aunque sea el primero de ellos. Para hacerlo, hay que recordar la obra de un constitucionalista egresado de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, cuyo tratado se publicó justo al año siguiente de la muerte de Rabasa, y que pocas veces se menciona al tratar el tema de sus discípulos.

68 Lanz Duret, Miguel, *Derecho constitucional mexicano y consideraciones sobre la realidad política de nuestro régimen*, México, UNAM, 1931, p. 131.

69 Arteaga, *op. cit.*, p. 155; Díaz y Díaz, *op. cit.*, p. 30; Estrada Sámano, Rafael, “La influencia de la Escuela Libre de Derecho en el desarrollo del derecho constitucional mexicano”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 35, no. 35, 2011, p. 188; Ruiz Massieu, José Francisco, “Prólogo”, Arteaga Nava, Elisur, *Derecho constitucional*, 4ª ed., México, Oxford University Press, 2014, p. xvi.

70 Arteaga, *idem*; Estrada, *idem*; Ruiz, *idem*.

71 Estrada, *ibid.*

II.1. El personaje

Miguel Lanz Duret nació en el Puerto de Campeche, Campeche, el 16 de julio de 1878. Procedía de una familia de arraigo en el Estado, emparentada con Andrés Quintana Roo. Sus estudios elementales los realizó en su lugar de nacimiento, al igual que el bachillerato, en el Benemérito Instituto Campechano, en cuyos muros, actualmente, adorna su nombre “los cuadros de honor de alumnos distinguidos”⁷².

Al concluir el bachillerato, Lanz Duret se mudó a la Ciudad de México, donde se convirtió en un alumno sobresaliente de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, recibiendo el título respectivo en 1904⁷³.

No conocemos los años en los que Emilio Rabasa impartió la cátedra de derecho constitucional en la Escuela Nacional de Jurisprudencia⁷⁴. Lucio Mendieta no lo menciona en su *Historia de la Facultad de Derecho*, salvo en el capítulo que le dedica a la fundación de la Escuela Libre de Derecho⁷⁵. Tampoco aportan datos concretos sus biógrafos ni hemos tenido la suerte de encontrar algún registro documental. A partir de sus datos biográficos, consideramos que esto debió ocurrir después de su llegada a la Ciudad de México, en 1894, y antes de la fundación de la Escuela Libre de Derecho, el 24 de julio de 1912.

De acuerdo con Hakala⁷⁶, Rabasa se incorporó al plantel docente de la Escuela Nacional de Jurisprudencia a poco de llegar a la capital mexicana; mientras que Stratton⁷⁷ opina que debió suceder a la vuelta de siglo. Esto último parece más probable, tomando en cuenta las razones por las que cambió de domicilio –ocupar un escaño en la Cámara Alta y abrir un despacho con Nicanor Gurría Urgell⁷⁸– trabajos que le dejaban poco tiempo para dedicarse *ipso facto* a la docencia. Por lo tanto, si Lanz Duret obtuvo su título en 1904, es probable que hubiera cursado derecho constitucional con Rabasa. Según el *Diccionario de la Revolución Mexicana*, Rabasa renunció a su cátedra en la Escuela Nacional de Jurisprudencia el mismo año en que se fundó la Escuela Libre

72 Noriega, Alfonso, “Prólogo” a Lanz Duret, Miguel, *Derecho constitucional mexicano y consideraciones sobre la realidad política de nuestro régimen*, 5ª ed. revisada y anotada por el Lic. Roberto Castrovido Gil, México, Norgis Editores, 1959, p. ix.

73 *Diccionario Porrúa de historia, biografía y geografía de México*, 6ª ed. corregida y aumentada, México, Porrúa, 1995, t. III, p. 1956.; Musacchio, Humberto, *Diccionario Enciclopédico de México Ilustrado*, 3ª reimp., México, Andrés León Editor, 1990, t. II, p. 1005.

74 Fernández, *op. cit.*, p. 71.

75 Mendieta y Núñez, Lucio, *Historia de la Facultad de Derecho*, 2ª ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1975, pp. 211-217.

76 Hakala, *op. cit.*, p. 35.

77 Stratton, *op. cit.*, p. 47.

78 Hale, *op. cit.*, p. 33.

de Derecho⁷⁹, ya por voluntad propia o ya porque el director de aquélla, Luis Cabrera, negó la posibilidad de dar clases en ambas instituciones al mismo tiempo⁸⁰.

Retomando la biografía de Lanz Duret, practicó algún tiempo la abogacía y, hacia 1910, fue nombrado diputado al Congreso de la Unión, luego ocupó el cargo de presidente de la Barra Mexicana de Abogados. Otra de las profesiones que más lo distinguió fue el periodismo. Dirigió la Compañía Periodística Nacional, editora del diario *El Universal*⁸¹, entre 1922 y 1940. Sus últimos años los dedicó al periodismo independiente⁸².

Al inicio de su carrera magisterial impartió la materia de derecho mercantil⁸³, quizá desde mediados de la década de 1910, pues fue reconocido muy pronto como docente, y no sólo en la Escuela Nacional de Jurisprudencia. En 1918, se le ofreció la cátedra de derecho civil en la Escuela Libre de Derecho, pero rechazó la oferta⁸⁴.

En 1926, fue designado catedrático de derecho constitucional en su *alma mater*, la disciplina de su preferencia⁸⁵, con la que más destacó y perduró en el recuerdo de los estudiantes, colegas docentes y lectores de su tratado sobre el tema, que fue seguramente el más utilizado en las escuelas de leyes al menos hasta la década de 1950, según veremos.

II.2. La clase

Por fortuna, nos fue posible localizar el testimonio de uno de sus alumnos en la Escuela Nacional de Jurisprudencia, ya integrada en la Universidad Nacional Autónoma de México, Jorge H. Marín, de la generación 1930-1934⁸⁶, que recuerda su fisonomía “de tez clara, mondo completamente el cráneo (en 1932 cuando fue nuestro maestro), la mirada de halcón, la nariz aguilina, las orejas algo sobresalientes, el conjunto trascendía firmeza y energía”, su rostro era fiel reflejo del vigor de su carácter. Su exposición era clara y para ello gozaba de “una voz categórica y rotunda, plena de vigor y de vehe-

79 Rico Moreno, Javier, “Rabasa, Emilio”, Torres Parés, Javier y Gloria Villegas Moreno, *Diccionario de la Revolución Mexicana*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, p. 586.

80 Mendieta, *op. cit.*, p. 217.

81 En México han existido tres diarios con este mismo nombre. El primero, fue una publicación de ideología conservadora, que apareció entre 1848 y 1855, dirigido por Rafael de Rafael y apadrinado por Lucas Alamán; el segundo, que circuló entre 1888 y 1901, fue fundado y dirigido por Rafael Reyes Spíndola, con la colaboración de Emilio Rabasa, clausurado por criticar al gobierno; el tercero, creado por iniciativa de Félix F. Palavicini, en circulación desde 1916, es al que nos referimos, presidido por Lanz Duret, desde marzo de 1922 hasta su muerte. Musacchio, *op. cit.*, t. IV, p. 2098.

82 Musacchio, *idem*, t. II, p. 1005; *Diccionario Porrúa*, cit., p. 1956.

83 Noriega, *op. cit.*, pp. ix-x.

84 Villalpando, *op. cit.*, p. 60.

85 Lanz Duret, Miguel, *Derecho constitucional mexicano y consideraciones sobre la realidad política de nuestro régimen*, México, UNAM, 1931, p. viii.

86 Marín, Jorge H., “Miguel Lanz Duret (1878-1940)”, *Generación de Abogados 1930-1934, 50 Maestros, semblanzas biográficas*, México, Imprenta Zavala, 1988, pp. 121-124.

menencia que llenaba el ámbito del salón de clases sin dejar resquicio para el más leve murmullo”.

Alfonso Noriega Cantú también lo conoció, y quizá cursó la materia con él. Asegura que la actividad que Lanz Duret más disfrutaba, entre todas sus ocupaciones, era la docencia. “Gustaba de la enseñanza y sentía hondamente la trascendencia del Derecho Constitucional. En la cátedra su palabra fácil, cálida, insinuante y su exposición brillantísima, son recordadas con cariño y admiración por quienes fueron sus alumnos”⁸⁷.

En la época de estudiante de Marín, la Escuela Nacional de Jurisprudencia les concedió el derecho de elegir a los catedráticos y los horarios para cursar las materias. Aunque la clase de Lanz Duret se dictaba a las incómodas 15 horas, por sus diversas ocupaciones, los alumnos solían llenar el aula para escucharlo⁸⁸.

Y es que el magnetismo que sabía imprimir a sus lecciones, y la sonoridad vocal que le servía de sugestivo vehículo para externar sus ideas, fijaban el ánimo de todos nosotros en la elocuencia de su discurso, de una elegancia austera y concisa, de corte ático, que entrañaba un completo dominio de la materia en cada una de sus conferencias, que eso eran sus clases: verdaderas conferencias por la precisa estructuración [y] fluida organización de sus elementos⁸⁹.

Marín recuerda, asimismo, el “sólido arsenal de conocimiento” con el que respaldaba sus exposiciones, sobre todo sus referencias a la historia jurídica y política nacional de los siglos XIX y XX⁹⁰.

Un lustro después de comenzar la cátedra de derecho constitucional llegó inesperadamente la oportunidad de escribir el tratado que tiempo atrás tenía planeado. En el primer trimestre de 1931, cuando tuvo que suspender sus actividades periodísticas e industriales, a raíz de uno de los atentados contra la libertad de prensa del Maximato, le dictó a su hija el texto de lo que, básicamente era su curso, entre mayo y octubre, saliendo de la imprenta en diciembre del mismo año⁹¹. Marín, su exalumno, apunta que la holgada posición económica de Lanz Duret le concedió la autonomía ideológica y moral para poder decir todo lo que pensaba de los gobernantes, “sin temor a repri-mendas o desagradados oficiales, en un tiempo –el del maximato callista– en que hablar recio tenía muchos bemoles”⁹².

El tratado de Lanz Duret fue uno de los primeros en examinar la Constitución de 1917. Solamente se le adelantó el *Tratado elemental de derecho constitucional mexicano*

87 Noriega, *op. cit.*, p. x.

88 Marín, *op. cit.*, pp. 121-122.

89 *Idem*, p. 122.

90 *Ibid.*, p. 122.

91 *Ibid.*, pp. iii, vii-xiv.

92 Marín, *op. cit.*, p. 122.

(1928) de otro egresado de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, Aurelio Campillo Camarillo, publicado en Jalapa⁹³, pero sin lograr la distribución de aquél.

El curso de Lanz Duret debió apegarse en gran medida al libro, y viceversa, pues Marín cita cuatro párrafos dispersos de la segunda edición (1933) del propio tratado, como ilustrativos de la cátedra⁹⁴. En el primero, a la explicación de la teoría de la democracia le sigue el apunte de la desgraciada realidad nacional, por la falta de compromiso y corrupción de las autoridades, salvo excepciones siempre transitorias, la escasa educación cívica del pueblo y la pobreza acarreada desde tiempos virreinales, que han impedido su desarrollo⁹⁵. En el segundo, se refiere al malestar ocasionado por el sistema de gobierno del Porfiriato que desató la Revolución, la cual momentáneamente mejoró las condiciones de vida, pero, en cuanto a la cultura cívica de gobernantes y gobernados, quedó igual o peor que antes⁹⁶. El siguiente está relacionado con la cultura o, más bien, la falta de ella para ejercer el sufragio en México, porque es mucho mayor el número de las “masas ignaras” que los ciudadanos conscientes del significado del voto, lo que impide el gobierno democrático y representativo, dando pie a gobiernos patriarcales “cuyos resultados dependerán de la honestidad, del patriotismo, o del valor moral de los hombres que los representen y que los dirijan”⁹⁷. La última proviene del capítulo final del tratado de Lanz Duret, su aportación más valiosa, sobre las relaciones Estado-Iglesia a partir de la Constitución de 1917, que Marín resume brevemente con las palabras de su maestro: “En este respecto, se confirma el viejo y reconocido apotegma de que sólo cuando las leyes son humanas y racionales y no atentan contra la conciencia humana, pueden ser respetadas y cumplidas”⁹⁸.

II.3. El tratado

Lanz Duret, una generación menor que Rabasa, publicó su *Derecho constitucional mexicano y consideraciones sobre la realidad política de nuestro régimen*, en 1931, un año después de la muerte de aquél. En casi medio siglo la obra alcanzó siete ediciones, entre 1931 y 1979, a saber:

Primera edición: *Derecho constitucional mexicano y consideraciones sobre la realidad política de nuestro régimen*, México, UNAM, 1931, 359p.

Segunda edición: *Derecho constitucional mexicano y consideraciones sobre la realidad política de nuestro régimen*, México, s. d., 1933, 433p.

93 Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 22ª ed., México, Porrúa, 1987, p. 78.

94 Marín, *op. cit.*, pp. 122-124.

95 Lanz Duret, *op. cit.*, p. 49.

96 *Idem*, p. 50.

97 *Ibid.*, pp. 83-84.

98 *Ibid.*, p. 359.

Tercera edición: *Derecho constitucional mexicano y consideraciones sobre la realidad política de nuestro régimen*, corregida, José Porrúa e Hijos, 1935, 445p.

Cuarta edición: *Derecho constitucional mexicano y consideraciones sobre la realidad política de nuestro régimen*, prólogo de Alfonso Noriega, Jr., México, Imprentas L. D., 1947, 427p.

Quinta edición: *Derecho constitucional mexicano y consideraciones sobre la realidad política de nuestro régimen*, revisada y anotada por el Lic. Roberto Castrovido Gil, prólogo de Alfonso Noriega, Jr., Norgis Editores, 1959, xxvi+419p.

Sexta edición: *Derecho constitucional mexicano y consideraciones sobre la realidad política de nuestro régimen*, México, Editorial Continental, 1972, 419p.

Séptima edición: *Derecho constitucional mexicano y consideraciones sobre la realidad política de nuestro régimen*, prólogo de Alfonso Noriega Cantú, México, Compañía Editorial Continental, 1979, xxvi+419p.

Roberto Castrovido Gil, abogado español expatriado por la Guerra Civil⁹⁹, se encargó de revisar y actualizar la obra, a partir de la quinta edición, y de añadirle unos muy útiles “Índice temático” y “Tabla de los artículos de la Constitución citados en el texto”.

Algunos años luego de la muerte de Lanz Duret, ocurrida en la Ciudad de México, el 21 de noviembre de 1940¹⁰⁰, el catedrático y funcionario de la Facultad de Derecho de la UNAM, Alfonso Noriega Cantú, redactó un largo prólogo a la obra, el cual apareció desde la cuarta edición, en 1947. A partir de entonces destacó “el raro privilegio”, en nuestro medio editorial, que una obra de derecho constitucional alcanzara su quinta edición –de las siete que tendría–, y apuntó que, en su opinión, la Constitución de 1917 solamente había tenido dos comentaristas sistemáticos: Miguel Lanz Duret y Felipe Tena Ramírez¹⁰¹.

De acuerdo con la conferencia sobre “Cultura jurídica”, dictada en 1942 por Eduardo Trigueros, en la clase de derecho constitucional de la Escuela Libre de Derecho se utilizaban como texto los *Estudios de Derecho Constitucional* (primera serie) de Manuel Herrera y Lasso, apenas publicados en 1940¹⁰², y el tratado de Lanz Duret¹⁰³, por entonces en su tercera edición (1935). La primera edición del también libro clásico de Tena Ramírez, *Derecho constitucional mexicano*, se publicó en 1944¹⁰⁴, pero fue hasta 1955, a decir de Arteaga, que apareció el que podría llamarse su texto definitivo¹⁰⁵.

99 Musacchio, *op. cit.*, t. I, p. 325.

100 Noriega, *op. cit.*, p. xiv.

101 *Idem*, pp. viii-ix.

102 Fernández Delgado, Miguel Ángel, “Obras clásicas sobre la Constitución de 1917 en vísperas de su centenario”, *Quórum Legislativo*, no. 115, julio, 2015, p. 152.

103 Trigueros, *op. cit.*, p. 245.

104 Fernández, *op. cit.*, p. 164.

105 Arteaga, *op. cit.*, p. 168.

Las siete ediciones que alcanzó el *Derecho constitucional mexicano* de Lanz Duret, parecen sugerir, por su número y los años de su tiraje, que siguió vigente en los salones de las escuelas de leyes al menos hasta la década de 1980.

II.3.1. Su contenido

El libro se divide en 8 títulos y 31 capítulos, esquema que no cambió en ulteriores ediciones. El primer título incluye siete capítulos introductorios; el segundo, una breve historia de las constituciones mexicanas con una explicación sobre la legitimidad de la Constitución de 1917; el tercero lo dedica a la nacionalidad y la ciudadanía; el cuarto, al poder Legislativo (en nueve capítulos); el quinto, al Ejecutivo (tres capítulos); al Judicial el sexto (cinco capítulos); el séptimo a los estados federales (dos capítulos); y el octavo, a las disposiciones de carácter general, con tres capítulos dedicados, respectivamente, a la responsabilidad de los funcionarios públicos, la legislación federal sobre trabajo, y a las relaciones Estado-Iglesia.

Llama la atención, por la distancia temporal con la que repasamos estos hechos, que Lanz Duret tuviera que explicar, en 1931, que la Constitución de 1917 era legítima. Recordemos que, sobre todo en el mundo jurídico y político, se cuestionó algunos años si el Congreso de Querétaro, cuya convocatoria excluyó deliberadamente a facciones revolucionarias o gobiernos enemigos de los constitucionalistas, podía considerarse una asamblea representativa del país e integrar un congreso constituyente conforme a lo dispuesto en la Constitución de 1857. Ante la duda, la mayoría prefirió esperar a que el tiempo diera una respuesta¹⁰⁶; a esto se debió, seguramente, que tardaran más de una década en aparecer los tratados de derecho constitucional que la estudiaron. También hubo autores, como Jorge Vera Estañol, que se declararon en contra de su legitimidad y escribieron al respecto¹⁰⁷.

Solamente en la primera edición (1931) del *Derecho constitucional mexicano* de Lanz Duret –el ejemplar que utilizamos lleva el *ex libris* de Gustavo R. Velasco, donado a la biblioteca de la Escuela Libre de Derecho– aparece una presentación del autor, en la que se declara “partidario del liberalismo democrático”¹⁰⁸ y explica las circunstancias en las que redactó la obra, que ya hemos mencionado, y su propósito general para ella:

una obra pequeña, pero documentada, pensada, sincera, que pueda servir de auxiliar a los alumnos de las Escuelas de la República, facilitando y orientando sus estudios hacia las buenas fuentes, y también a los ciudadanos que deseen conocer sus obligaciones y derechos, y las características políticas del Estado que habitan y de las autoridades que las gobiernan¹⁰⁹.

106 Fernández, *op. cit.*, p. 138.

107 *Idem*, p. 169. Vera redactó en Estados Unidos, *Al margen de la Constitución de 1917* (1920), cuya primera edición, en inglés, llevaba por título *Carranza and his Bolshevik Regime*.

108 Lanz Duret, *op. cit.*, p. xiv.

109 *Idem*, p. viii.

Resumiremos el resto de las páginas de dicha presentación que tituló “Origen y objeto de este libro”, porque ofrecen una idea muy completa de la totalidad de la obra y el particular enfoque que Lanz Duret le dio a la materia.

El autor concibe el derecho constitucional como algo “tan preciso, tan concreto y tan apegado a lo real que las discusiones abstractas y el examen de problemas jurídicos de índole universal no le son apropiados ni dan ocasión para su estudio como sucede con el Derecho Internacional y el propio Derecho Público”¹¹⁰. Esta precisión y el realismo de los preceptos constitucionales desaniman las aproximaciones abstractas o filosóficas y, por el contrario, invitan a realizar

estudios positivos sobre hechos concretos, tales como la crítica de su adaptación y conveniencia para satisfacer las necesidades políticas y sociológicas del pueblo que rigen; el examen comparativo de nuestra organización constitucional y del éxito de su funcionamiento con los de otros países; y el estudio de las reformas o adiciones para ajustarlo a las exigencias diarias de la vida social y política de la Nación organizada en Estado¹¹¹.

Para cumplir el propósito, parte de la exposición de las características del régimen de gobierno nacional y del Estado federal, la evolución de sus instituciones políticas desde la Independencia, “haciendo hincapié en todo aquello en que el buen éxito haya coronado la obra legislativa de los constituyentes nacionales, a fin de que se mantengan y perfeccionen las instituciones que han resultado benéficas para el desarrollo económico y moral del pueblo mexicano”¹¹²; y no olvida subrayar su contraparte, los tan comunes desaciertos, ya por copiar “organizaciones estatales o leyes inadaptables a nuestro país, o ya impidiendo el franco y legal ejercicio de las instituciones que han arraigado en el alma popular, lo que sólo el despotismo crónico de los gobernantes ha contrarrestado y anulado de hecho”¹¹³. Con el fin de realizar semejante análisis, se apoya en opiniones de juristas nacionales y extranjeros, jurisprudencia de la Corte y antecedentes de otras instituciones políticas¹¹⁴.

Termina la presentación con un detallado y pesimista diagnóstico de la situación actual de nuestras instituciones y de los gobernantes, cuyo origen remonta y explica brevemente desde la sociedad virreinal. Enseguida apunta su deseo de demostrar que esto no se debe a una mala selección de las instituciones, leyes y procedimientos de gobierno, sino a la deficiente educación política del pueblo, a la incompetencia y a la deficiencia moral y patriótica del común de nuestras autoridades, aunque asegura no

110 *Ibid.*, p. x.

111 *Ibid.*, pp. xii-xii.

112 *Ibid.*, p. xii.

113 *Ibid.*, p. xi.

114 *Ibid.*, p. xi.

perder la esperanza de que la situación cambie con las nuevas generaciones¹¹⁵, pues es, claramente, uno de sus principales móviles para redactar la obra.

A partir del capítulo II vuelve a insistir en el último tema, al tratar del principio de legalidad, lamentando que no seamos un verdadero Estado de derecho, sino “un sistema de arbitrariedad o de abuso, fuera de las normas de la legalidad y constituyendo verdaderos gobiernos de facto, apoyados en la necesidad o en la fuerza”¹¹⁶. En el capítulo V, referente al funcionamiento del sistema federal, insiste en que el arraigado caciquismo, la adulación y el “borreguismo” han obstaculizado las iniciativas de cambio creadas por la Revolución, por eso escribe, sin ambages:

Exceptuando los primeros Congresos después de promulgada la Constitución de 1917, durante los gobiernos de Carranza y del General Obregón, en los cuales estuvieron como representantes muchos de los hombres más prominentes de la Revolución, por su cultura y prestigio, con posterioridad y de Congreso en Congreso el nivel cultural y mental de los diputados y senadores ha venido descendiendo de manera progresiva¹¹⁷.

Opina que el problema se debe a considerar como ciudadanos de una “República representativa y democrática” a dos o tres millones de analfabetos, “ignorantes en absoluto del medio en que viven y de las instituciones que los rigen, y lo más triste, carentes por completo de aspiraciones e ideas políticas”¹¹⁸. Para cambiar esta realidad, porque está convencido, y repasa como sustento la historia de nuestro siglo XIX, que el voto de los ignorantes conduce a la dictadura¹¹⁹, propone una reforma, sin entrar en detalles, que sólo le conceda el voto a la gente con cierta educación¹²⁰. En este sentido y bajo el mismo argumento, es partidario del sufragio femenino, no sólo porque las mujeres han demostrado su valor en los campos de batalla –menciona la Guerra Cristera como ejemplo–, sino porque la Revolución concedió igualdad de derechos a todos los nacionales, sin distinción¹²¹. En la edición de 1959, el Lic. Castrovido advierte sobre la reforma constitucional del 17 de octubre de 1953, que lo hizo realidad¹²².

A la forma en la que Lanz Duret escribe le conviene la misma denominación que Díaz y Díaz aplicó a la obra de Rabasa, con lenguaje “medido y tremendista”: en el primer caso, porque explica con claridad y prudencia las instituciones constitucionales; y, en el segundo, al resaltar con toda crudeza la realidad y los múltiples desaciertos con que se llevan a la práctica las mismas¹²³.

115 *Ibid.*, pp. xi-xii.

116 *Ibid.*, pp. 11-12.

117 *Ibid.*, p. 50.

118 *Ibid.*, p. 51.

119 *Ibid.*, p. 83.

120 *Ibid.*, p. 51.

121 *Ibid.*, pp. 88-89.

122 Lanz Duret, Miguel, *Derecho constitucional mexicano y consideraciones sobre la realidad política de nuestro régimen*, 5ª ed., México, Norgis Editores, 1959, p. 96n. 14.

123 Díaz y Díaz, *op. cit.*, p. 8n. 3.

También en el “Origen y objeto de este libro”, Lanz Duret apunta, como lo hará en repetidas ocasiones a lo largo del tratado, que la situación nacional actual solamente se comprende y podrá mejorar a través de un análisis sereno y preciso de los hechos actuales y de la historia del país, de sus instituciones y gobiernos¹²⁴.

No cree que la estabilidad política dependa solamente del sufragio universal, ni le causan alarma los cambios radicales en la estructura jurídica estatal ni de la forma de gobierno si con ello se logran mejoras morales y económicas en el país, y las autoridades actúan de buena fe, con principios éticos y dentro del entramado constitucional y legal¹²⁵.

Concluye recordando que la Revolución mexicana triunfó, “y ha penetrado en la conciencia del pueblo por lo que toca a las reformas de carácter social y económico”; sus promesas se han convertido en preceptos constitucionales, pero las instituciones políticas continúan ineficientes como siempre, los procesos electorales no son la excepción, y la legalidad de las prácticas gubernamentales sigue siendo cuestionada. “En una palabra, la Revolución políticamente ha fracasado hasta hoy, y el pueblo mexicano en materia de derechos políticos está tan privado de ellos como en 1910 al iniciarse aquella”¹²⁶.

Para Lanz Duret la Revolución mexicana es la mejor prueba de que el pueblo sólo sabe ejercer su soberanía a través de movimientos revolucionarios, motines, rebeliones, cuartelazos o golpes de Estado, es decir, por medios extralegales¹²⁷, como lo había dado a entender Rabasa a partir de *La bola* (1887), su primera novela.

También coinciden al advertir el predominio *de facto* del poder Ejecutivo, a pesar de que la Constitución le concede preponderancia al Legislativo, mismo fenómeno que se repite, a decir de Lanz Duret, en los países latinoamericanos, por sus raíces históricas y sociales tan parecidas, y su conformación por pueblos acostumbrados a recibirlo y esperarlo todo del Estado¹²⁸. Al tratar sobre la desaparición de los partidos liberal y conservador, advierte sobre los peligros del recién formado partido oficial y de la concentración, también de hecho, de todas las facultades constitucionales en el Ejecutivo, porque prevé llegará a controlar la totalidad de las actividades de un partido único, ya convertido en Congreso de la Unión¹²⁹.

Es digna de mención su parquedad al hablar del artículo 27 constitucional, que “modifica el concepto jurídico de la propiedad privada y plantea y resuelve conforme al programa reformista de 1915 el problema agrario, dotando de tierras a los pueblos,

124 Lanz Duret, *Derecho constitucional mexicano...*, 1931, *cit.*, p. xii.

125 *Idem*, pp. xiv-xv.

126 *Ibid.*, p. xv.

127 *Ibid.*, pp. 29 y 38.

128 *Ibid.*, p. 104.

129 *Ibid.*, p. 140.

rancherías y pequeñas colectividades rurales, fraccionando los latifundios y creando la pequeña propiedad¹³⁰, y nada más. Al artículo 123 y a la legislación laboral les dedica el penúltimo capítulo del tratado¹³¹.

Lanz Duret, todavía educado en la escuela del positivismo, recurre a términos como “estudios positivos”¹³², menciona “la marcha evolutiva de la Nación”¹³³, y sugiere que si se logran introducir ciertas reformas constitucionales y otros cambios políticos y jurídicos, estaremos en el camino indicado para marchar en el mismo sentido que el “pueblo francés, el inglés y el americano, y especialmente los escandinavos, los más felices del mundo”¹³⁴; lo que parece sugerir su creencia en cierto evolucionismo, como muchos otros autores del último tercio del siglo XIX. Escribir sobre “nuestros defectos de educación, de raza y de medio”¹³⁵, delatan la lectura de Gustave Le Bon y su influyente obra, *La psicología de las multitudes* (1895), con elementos de darwinismo social. Esta forma de redactar y de pensar empezó a desaparecer en las primeras décadas del siglo XX, al extinguirse sus cultores y aumentar el desprestigio del positivismo y otras ideologías científicas, porque las nuevas generaciones las identificaban con el *ancien régime*¹³⁶.

II.3.2. Las fuentes

El autor del *Derecho constitucional mexicano* no utiliza notas bibliográficas al pie ni referencias bibliográficas al final, solamente menciona los nombres de los escritores en los que se apoya en el párrafo respectivo y, en ocasiones, ofrece los títulos de las obras citadas. De este modo constatamos que recurre a un nutrido número de tratadistas y autores clásicos¹³⁷, alemanes¹³⁸, argentinos¹³⁹, estadounidenses¹⁴⁰, franceses¹⁴¹ (los más numerosos), ingleses¹⁴², además de mexicanos, a los que nos referimos en seguida; al papa Pío X¹⁴³ y, a partir de la edición de 1935, al alemán-estadounidense experto en derecho comparado Rudolf Schlesinger¹⁴⁴.

130 *Ibid.*, p. 339.

131 *Ibid.*, pp. 339-349.

132 *Ibid.*, p. x.

133 *Ibid.*, p. xii.

134 *Ibid.*, p. 51.

135 *Ibid.*, p. xiii.

136 Krauze, Enrique, *Caudillos culturales en la Revolución mexicana*, México, Tusquets Editores México, 2014, p. 59.

137 Aristóteles.

138 Georg Jellinek y Georg Meyer.

139 José Nicolás Matienzo.

140 Thomas M. Cooley, John Marshall, W. W. Willoughby y Woodrow Wilson.

141 Joseph Barthélemy, Henri Capitant, Raymond Carré de Malberg, Léon Duguit, Adhémar Esmein, François Gény, Maurice Hauriou, Léon Michaud, el barón de Montesquieu y J.-J. Rousseau.

142 Walter Bagehot, James Bryce, John Locke y Sidney Lowe.

143 Lanz Duret, *op. cit.*, p. 358.

144 *Idem*, *Derecho constitucional mexicano...*, *cit.*, 1959, pp. 12-13.

Entre los personajes y autores nacionales, menciona presidentes de México, en primer lugar, a Porfirio Díaz, al que admiraba¹⁴⁵, sin olvidarse de señalarlo, junto con Benito Juárez y Sebastián Lerdo de Tejada, por violar “frecuentemente la Constitución, y sobre todo las leyes electorales, para reelegirse y conservar el poder”¹⁴⁶. También era partidario del político y militar Santos Degollado, “una de las figuras más grandes y puras de nuestra historia”¹⁴⁷. En ocasiones cita a diputados de los congresos constituyentes de 1856-1857 y de 1916-1917, y algunos de los debates de los que fueron partícipes para dar forma a nuestras instituciones políticas.

Se apoya, igualmente, en algunos de sus colegas y maestros en la Escuela Nacional de Jurisprudencia¹⁴⁸, como Eduardo Ruiz, profesor de derecho constitucional y administrativo, y su *Curso de Derecho Constitucional*; Rafael Ortega, titular de procedimientos civiles; y de Jorge Vera Estañol y sus *Cuestiones jurídico-constitucionales*. Otros juristas nacionales que se dan cita en su libro son Aurelio Campillo, Ricardo Couto, José María Lozano, Ignacio Mariscal, Mariano Otero, Jacinto Pallares, Ignacio L. Vallarta y, desde luego, Emilio Rabasa, cuya influencia señalamos adelante. En el capítulo sobre la Iglesia y el Estado, copia algunas palabras del filósofo y político Vicente Lombardo Toledano¹⁴⁹.

En el capítulo dedicado a la historia de las constituciones mexicanas es el único lugar en el que revela la totalidad de sus fuentes: el *Derecho Público Mexicano* (1871-1882) de Isidro Montiel y Duarte; las *Leyes constitucionales de México durante el siglo XIX* (1901) de José María Gamboa; *La Constitución y la dictadura* (1912) de Emilio Rabasa; y el *Derecho Constitucional* (1875) de Ramón Rodríguez¹⁵⁰.

II.3.3. La escuela de Rabasa y los desapegos de Lanz Duret

La influencia de Rabasa en el tratado de Lanz Duret la advirtió Noriega desde su prólogo de 1947¹⁵¹. Incluso el subtítulo del mismo: *Consideraciones sobre la realidad política de nuestro régimen*, apunta el mismo autor, le fueron sugeridos por el título y el subtítulo de *La Constitución y la dictadura. Estudio sobre la organización política de México*¹⁵².

145 Lanz Duret, *Derecho constitucional mexicano...*, cit., 1931, p. 198: “¿se ha podido acaso negar que haya sido el primero de los que han gobernado México?”

146 *Idem*, p. 335.

147 *Ibid.*, p. 119.

148 *Ibid.*, pp. 267 y 268.

149 *Ibid.*, p. 357.

150 *Idem*, op. cit., 1931, p. 61.

151 Noriega, op. cit., p. xv.

152 *Idem*.

En siete ocasiones¹⁵³ menciona por su nombre a “el Licenciado Emilio Rabasa”, señalándolo como “uno de los más reputados con toda justicia”¹⁵⁴, y a lo largo del tratado transcribe pasajes tanto de *La Constitución y la dictadura*¹⁵⁵ como de *El Juicio Constitucional*¹⁵⁶.

Lanz Duret no tenía la pluma ni la experiencia jurídica y política de Rabasa, pero su tratado –que él, humildemente, denomina manual¹⁵⁷, aunque no lo es– tiene el enorme mérito de la concisión y la claridad expositiva, que lo hacen muy adecuado para la enseñanza a nivel universitario. También aquí debió residir otra de las claves de su éxito, sin olvidar las aportaciones originales de Lanz Duret.

El jurista campechano no está de acuerdo con los autores que niegan la jerarquía de auténtico poder político al Judicial, como Rabasa¹⁵⁸ y algunos autores europeos¹⁵⁹, por objeciones que le parecen “de mayor apariencia que valor jurídico”¹⁶⁰. Pero el aspecto más notorio de desacuerdo, en el que reside, probablemente, la aportación de mayor originalidad de Lanz Duret, se encuentra al tratar sin rodeos, en un capítulo específico, el tema de las relaciones Estado-Iglesia creado a partir de la Constitución de 1917.

En otro lugar critica a los “clerófobos, que se nutren todavía con doctrinas gastadas, pasadas de moda y peligrosas para la tranquilidad pública [que] pueden provocar nuevas contiendas o agitaciones religiosas”¹⁶¹, sin dar nombres, pero aludiendo, sin duda alguna, al conflicto religioso conocido como Guerra Cristera, aunque las palabras podían convenir a otros que no simpatizaban con la Iglesia católica, aunque no lo expresaran abiertamente.

II.3.4. Los capítulos de doctrina constitucional

Algunos de los últimos capítulos del tratado de Lanz Duret, el estudio pionero que le dedicó a “El Municipio”¹⁶², y “El Estado y la Iglesia. Intervención de los poderes federales en materia de culto religioso”, fueron incluidos en la antología de *Doctrina constitucional mexicana*, recopilada y editada por Imer B. Flores en 2016¹⁶³, como parte de las conmemoraciones por el centenario de la Constitución de 1917.

153 Lanz Duret, *op. cit.*, pp. 61, 64-65, 232-233, 236, 289, 291-293 y 306.

154 *Idem*, p. 232.

155 *Ibid.*, pp. 64-65.

156 *Ibid.*, pp. 291-293 y 306.

157 *Ibid.*, p. 84.

158 Rabasa, Emilio, *La Constitución y la dictadura*, 7ª ed., México, Porrúa, 1990, pp. 188-190.

159 Lanz Duret, *op. cit.*, p. 232.

160 *Idem*, p. 233-238.

161 *Ibid.*, p. 118.

162 *Ibid.*, pp. 329-334.

163 Flores, Imer B. (ed.), *Doctrina constitucional mexicana*, México, Senado de la República, Secretaría de Cultura, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2016, pp. 467-472 y 491-501.

Acerca del municipio, Lanz Duret celebra su novedad, puesto que la Constitución de 1857 no lo ordenaba en forma imperativa. Apunta que su libre gobierno y organización ayudarían a desaparecer los cacicazgos¹⁶⁴.

Pero la crítica que hace a la nueva relación entre el Estado y la Iglesia no es en absoluto celebratoria:

Si el Constituyente de Querétaro no hubiese incluido en el artículo 130 de la Ley Suprema ciertas restricciones injustas e impregnadas de un espíritu sectario que ofende y lastima los intereses mayoritarios de la colectividad, podría decirse que en México se había llegado a reconocer y garantizar de un modo absoluto la libertad religiosa. Nada más alto y más noble que los principios consignados en el artículo 24 de la Constitución que sancionan como derecho inviolable del hombre su libertad de profesar la creencia religiosa que más le agrada y de practicar las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo en los templos o en su domicilio particular, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley¹⁶⁵.

Para Lanz Duret las declaraciones teóricas o equívocas de respeto a la libertad religiosa carecen de valor si un Estado o un gobierno no amparan el derecho de practicar las ceremonias vinculadas con los dogmas religiosos; además, la Constitución de 1917 ordena no una separación sino una verdadera ruptura entre el Estado y la Iglesia, al negarle a esta personalidad jurídica y subordinarla, *de facto*, al Estado. Por eso pide que se reforme el artículo 130, pues sólo así volverá la paz al país, sin tener que retroceder a conflictos ya superados en el pasado nacional¹⁶⁶. Aquí es donde inicia el repaso del decurso temporal de sus relaciones, desde el constituyente de 1856-1857, para explicar que nunca se había llegado a una situación jurídico-política como la actual¹⁶⁷.

A pesar de todo, augura que, sin importar su carácter de mandatos constitucionales, nunca podrán cumplirse “normal y pacíficamente mientras la mayoría del pueblo mexicano sea católica y mientras exista en el mundo con su organización actual esa institución internacional, universalmente centralizada y jerarquizada al mismo tiempo y reconocida por todos, que se denomina la Iglesia Católica”¹⁶⁸.

No se limita a expresar su indignada opinión, sino que trae en su auxilio a Duguit, autor “incrédulo, indiferente en materias religiosas”, para subrayar la importancia del fenómeno religioso: “Los hombres de estado que se niegan a reconocerlo y a tomarlo en cuenta cometen una grave falta y se exponen a crueles desengaños”¹⁶⁹; y recuerda unas palabras del diputado constituyente de 1856-1857 Ponciano Arriaga: “Los eclesiásticos, dice un obispo católico, le causaron a Napoleón más embarazos que los ba-

164 Lanz Duret, *op. cit.*, pp. 329-330.

165 *Idem.*, p. 350.

166 *Ibid.*, pp. 351-352.

167 *Ibid.*, pp. 352-254.

168 *Ibid.*, p. 354.

169 *Ibid.*

tallones austriacos de Wagram y Austerlitz; ignoraba él que uno se desembaraza más pronto de un ejército que de las controversias religiosas”¹⁷⁰.

Enseguida propone soluciones, como la celebración de un concordato o el reconocimiento de la separación total de las dos esferas, civil y religiosa, aceptando la completa libertad de cada uno en su ámbito de competencias. Acepta que el Estado, conforme al laicismo en boga, tiene facultad para restringir la capacidad y actividades políticas de los ministros de los cultos, pero escapa a la lógica que, luego de negarle personalidad jurídica a las iglesias y tratar de ignorar su existencia, le imponga disposiciones indudablemente intolerantes y represivas¹⁷¹.

Otras reformas son necesarias, pero “cuando los ánimos se seren en y apacigüen”, como los permisos de la Secretaría de Gobernación para dedicar al culto nuevos locales abiertos al público y otros que prescribía el artículo 130 en su redacción original¹⁷².

A pesar de todo, el supuesto predominio del Estado “no excluye ni podrá menoscabar en lo más mínimo las actividades religiosas y la influencia espiritual de la Iglesia Católica, ni de las demás que se pudieran establecer en México, sobre la conducta moral y la fe de sus miembros”¹⁷³.

II.4. El método

Para Alfonso Noriega, el principal mérito del tratado de Lanz Duret consistía en

haber enfrentado el estudio de nuestro Derecho Constitucional, desde el punto de vista de la realidad política de nuestro régimen, analizando por medio de una crítica estricta la verdad y la mentira de nuestro sistema institucional y planteando las bases para su depuración y vigencia efectiva; labor que en el gobierno de los Estados equivale a luchar por la realización de la justicia en la comunidad política¹⁷⁴.

Noriega, que conocía la obra de Rabasa¹⁷⁵, en el mismo prólogo a Lanz Duret que hemos citado, indaga el método empleado por éste en su tratado, y no duda en afirmar que es el mismo “método histórico crítico” del autor de *La Constitución y la dictadura*¹⁷⁶, cuya utilidad y posible desarrollo explica de este modo:

170 *Ibid.*, p. 355.

171 *Ibid.*, pp. 355-356.

172 *Ibid.*, p. 358.

173 *Ibid.*, p. 359.

174 Noriega, *op. cit.*, p. xxiv.

175 Dictó, por parte de la Facultad de Derecho de la UNAM, la primera de las conferencias con motivo del homenaje a Rabasa por el centenario de su nacimiento, haciendo un resumen de su vida y su obra. Noriega, Jr., Alfonso, “Conferencias dictadas en la sesión solemne en homenaje al maestro Emilio Rabasa organizada por la Facultad de Derecho”, Serra, *op. cit.*, t. II, pp. 84-99.

176 Noriega, *op. cit.*, p. xv.

Creemos que el único método en verdad fecundo para el estudio del Derecho Constitucional es el adoptado por Rabasa en México y continuado gallardamente por Lanz Duret, sin que desconozcamos que la evolución de los principios sobre la materia ha llegado a depurar los conceptos y a afinar los elementos dialécticos, creando el método técnico jurídico para el estudio de las doctrinas del Estado. Pero creemos que esta depuración del método, verdadero avance en el tratamiento científico del Derecho Público puede y debe hacer sentir su benéfica influencia en otras disciplinas jurídicas de especificidad bien definida, que representan un grado de unificación más perfecta de los principios; nos referimos, sobre todo, a la teoría general del Estado¹⁷⁷.

Apunta que el método de Rabasa y Lanz Duret no ha sido superado en nuestro país. Sin embargo, sugiere, para mejorarlo, un método parecido al de Jellinek, que combine el histórico político con el método técnico jurídico puro, o el de Carnelutti y otros juristas alemanes e italianos, pero parece más bien decantarse por separar la doctrina del Estado de sus vínculos con disciplinas como la sociología, la política y la economía¹⁷⁸, tendencia doctrinal en boga al momento de redactar su prólogo, en la posguerra, temas sobre los que no abundaremos, porque darían pauta a otro trabajo.

III. ORIGEN DEL MÉTODO DE EMILIO RABASA

No se piensa más que con la imagen. Si quieres ser filósofo, escribe novelas.
— Albert Camus¹⁷⁹

El Imperio de la Ley, oficial del Estado, destinado a elogiar a su gobierno; no lo vea, ya sabemos lo que dice. *El Orden Constitucional*: revistas de banquetes, brindis, versitos de Miguel Labarca a la hija de Gavilán; tírele... *El Ciudadano*: me gusta su papel grueso y pesado que nos da provecho en la venta, pero... — Comentarios sobre la prensa de Pepe Rojas, *raisonneur* (voz) de Emilio Rabasa en la novela *El Cuarto Poder*¹⁸⁰.

Tan importante como conocer la prosecución del método de análisis constitucional de Rabasa, nos parece indagar sobre su origen. En *La Constitución y la dictadura* (1912), su obra mayor, se encuentra en su forma más acabada, pero aparece en germen desde *El Artículo 14* (1906). La falta de testimonios sobre sus clases anteriores a 1912, también dificulta la tarea. Por otro lado, la revisión de sus escritos jurídicos en orden

177 *Idem*, p. xvi.

178 *Ibid.*, pp. xvi-xxiv.

179 Ruiz, Hugo, "Albert Camus o el exilio y el reino", Camus, Albert, *El extranjero*, México, Círculo de Lectores, 1984, p. xx.

180 Rabasa, Emilio, *El cuarto poder y La gran ciencia*, México, Porrúa, Colección de Escritores Mexicanos, 1948, p. 111.

cronológico tampoco es de gran ayuda, pues su tesis de licenciatura, en la Escuela de Jurisprudencia de Oaxaca, sobre la Comisión Permanente en la Carta Magna de 1857¹⁸¹ (1879), se encuentra perdida.

Hacia 1914, en una carta a José Yves Limantour, Rabasa, desde Nueva York, al referirle sus problemas de la vista, le confesó que acostumbraba a reflexionar con un lápiz en la mano, es decir, anotando sus pensamientos, y para él no escribir al hacerlo –por su creciente debilidad visual– era como pensar a medias¹⁸², por lo mismo, pronto tuvo que cambiar el lápiz por una máquina de escribir¹⁸³. Si lo anterior es cierto, los escritos de Rabasa, quizá desde los muy tempranos, podrían reflejar una más o menos precisa autobiografía intelectual, y ofrecernos pistas sobre el origen del método.

Hasta ahora, las personas que han estudiado las obras jurídicas de Rabasa pasan por alto sus escritos juveniles. Si acaso mencionan las novelas que escribió entre 1887 y 1891, las que le dieron un lugar en las letras nacionales al introducir el realismo en nuestra literatura¹⁸⁴. Pero la costumbre es no mezclar al literato con el jurista, como si se tratara de dos personas diferentes¹⁸⁵. El primero en caer en dicho equívoco, o en disuadir al respecto, fue el propio Rabasa, al decir que sus escritos tempranos eran “un pecado de juventud”¹⁸⁶.

Para indagar en los “pecados” juveniles de nuestro autor, recurrimos a un par de tesis doctorales con énfasis en su trayectoria literaria, obra de Marcia Ann Hakala, de la Universidad de Indiana (1970) y de Lorum H. Stratton, de la Universidad de Arizona (1971)¹⁸⁷.

III.1. Los inicios de la carrera literaria y la formación positivista-evolucionista

Las primeras publicaciones de Rabasa fueron los versos que, por mediación de su padre, aparecieron en un periódico chiapaneco, en 1872, cuando tenía dieciséis años¹⁸⁸. Prosiguió escribiendo poemas, bajo el modelo de Gustavo Adolfo Bécquer¹⁸⁹, sin mayores pretensiones, salvo su propio entretenimiento, y leyendo con avidez literatura española y francesa, sobre todo en sus años de estudiante en Oaxaca¹⁹⁰. Otra de sus

181 Arteaga, *op. cit.*, p. 156.

182 Hale, *op. cit.*, p. 75.

183 *Idem*, p. 202n. 3.

184 Stratton, *op. cit.*, p. vii; Hakala, *op. cit.*, p. 274.

185 Díaz y Díaz (*op. cit.*, pp. 7-8 y n. 2) se acercó al apuntar, brevemente, que “[e]l antiidealismo de Rabasa fue primero probado en su obra literaria”, y luego comenta sus obras en una nota, sin profundizar en ellas.

186 Stratton, *op. cit.*, p. 101.

187 Agradezco a mi colega Rachel Haywood, de la Universidad de Iowa State, por haberme ayudado a conseguirlas.

188 Stratton, *op. cit.*, p. 103.

189 *Idem*, p. 113.

190 *Ibid.*, p. 214.

lecturas favoritas, a lo largo de su vida, fue el *Quijote*, al que hará varias referencias en sus novelas y que le inspiró el seudónimo Sancho Polo. También confesó en una entrevista, “lo que más he leído es el *Quijote*... no hay año que no lo lea”¹⁹¹.

Hacia 1880, su amigo en la escuela de leyes, Antonio Vigil, que admiraba su trabajo y a veces lo recitaba de memoria, hasta llegar a importunarlo, le comentó sobre cierta experiencia que había adquirido en la imprenta y lo convenció de reunir sus poemas para publicarlos. Aunque se resistió al principio, finalmente los preparó, pero su interés comenzó a desvanecerse cuando le pidió escribir otros para que la obra fuera más voluminosa y, finalmente, se terminó del todo cuando Vigil murió en un desafortunado accidente¹⁹².

A pesar de no reunir su poesía en un volumen, lo que ocasionó la pérdida de varias de ellas, Rabasa preparó, unos años después, una antología con los mejores poetas locales, desde la época colonial hasta la suya, que tituló *La musa oaxaqueña* (1886), donde prefirió no incluir nada de su pluma. En el prólogo señaló un defecto común entre los vates nacionales al imitar modelos europeos, y de los provincianos al hacer lo mismo con los capitalinos, sin acudir a imágenes evocadas por sus propios paisajes, naturaleza y costumbres¹⁹³.

Es digno de nota que el escritor sevillano Bécquer, un poeta romántico o, más bien, posromántico¹⁹⁴, fuera el modelo poético de Rabasa, considerando el realismo que lo haría famoso después. Esto quizá se relacione con la fecha en la que entró en contacto con la filosofía positiva.

Se había dado por hecho la aproximación de Rabasa con los principios del pensamiento positivo, en virtud de la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Instrucción Pública (1867), preparada por Gabino Barreda, en sus años de estudiante en el Instituto de Ciencias y Artes de Oaxaca¹⁹⁵. Sin embargo, Hale demostró después que no sucedió así, porque en dicha institución se aplicó el nuevo modelo educativo hasta 1885¹⁹⁶.

La primera vez que, en opinión de Hale, Rabasa se aproximó al pensamiento de Comte y las doctrinas de política científica, fue en 1878, a los veintidós años, cuando estaba por concluir los estudios de leyes, en las páginas del diario *La Libertad*¹⁹⁷, dirigido por Justo Sierra, que era también uno de sus principales colaboradores y en el cual aparecieron las primeras críticas del propio escritor campechano contra la Constitución de 1857¹⁹⁸.

191 *Ibid.*, p. 24

192 Hakala, *op. cit.*, pp. 7-9.

193 Stratton, *op. cit.*, pp. 23 y 105.

194 Merriam Webster's *Encyclopedia of Literature*, Springfield, Merriam-Webster, 1995, p. 118.

195 Serra, *op. cit.*, t. I, p. 42.

196 Hale, *op. cit.*, p. 13.

197 *Idem.*

198 Fernández, *Emilio Rabasa, cit.*, pp. 42-50.

No obstante, el inicio tardío en el positivismo comtiano, Rabasa lo absorbió muy pronto, como reflejan los escritos que publicaría en lo sucesivo. De acuerdo con este modelo pedagógico, según se aplicó en México, la educación debía abarcar la totalidad de las disciplinas científicas, partiendo de las matemáticas, seguidas por las ciencias naturales, y culminando con la lógica. Al mismo tiempo debían estudiarse lenguas vivas, en particular francés, inglés y alemán.

La lógica se dejaba al final porque antes era necesario demostrar sus principios en la práctica, al estudiar las demás ciencias, y sólo al final su teoría. Hacerlo al revés violaría la prohibición de enseñar a través del principio de autoridad, pues todo debía ser conocido únicamente por medio de la experiencia, la observación y sus bases científicas. Huelga decir que, bajo dicho modelo, a la ciencia se le llegaba a considerar el único conocimiento válido y a los hechos verificables, el objeto exclusivo de conocimiento. Las cuestiones metafísicas, aunque no estaban expresamente proscritas, no solían discutirse.

De este modo se explican ciertas posturas de Rabasa, como la que guardó respecto al derecho natural. Al exponer en clase los derechos individuales, iniciaba repitiendo las ideas iusnaturalistas de José María Lozano, para luego señalar

la expresión de Lozano es como todo lo relativo a derecho natural, tan vago, tan discutible, tan mutable, por otra parte, cuando el derecho natural imperaba, se sostenía que... daba verdades absolutas, y hoy, no es posible admitir que haya verdades absolutas en el derecho, puesto que hemos convenido... que el derecho es esencialmente evolutivo y que depende del estado de desarrollo de la sociedad¹⁹⁹.

En la pedagogía positivista, luego del descubrimiento de los principios científicos generales comunes a todas las disciplinas, éstos se aplicaban como guías para la conducta humana y fundamento de la organización social²⁰⁰.

Otra doctrina que dejó huella en el pensamiento de Rabasa fue el evolucionismo. El término evoca el nombre de Charles Darwin, que también se hizo popular en la época, pero su evolucionismo biológico y luego el darwinismo social concebido por su primo, Francis Galton, a partir de *El carácter hereditario del genio* (1869), tuvieron un impacto limitado en México²⁰¹. El pensamiento evolucionista tanto de Justo Sierra, su principal expositor en el país, como de Rabasa, que seguramente lo aprendió de aquél, procede del filósofo inglés Herbert Spencer²⁰².

El evolucionismo metafísico y de alcance universal de Spencer es anterior a *El origen de las especies* (1859). En *La hipótesis del desarrollo* (1852) y *Los principios de psico-*

199 Serra, *op. cit.*, t. II, p. 549.

200 Zea, Leopoldo, *El positivismo en México: Nacimiento, apogeo y decadencia*, 5ª reimp., México, Fondo de Cultura Económica, 1988, pp. 124-126.

201 Moreno de los Arcos, Roberto, *La polémica del darwinismo en México: Siglo XIX*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Históricas, 1985.

202 Zea, *op. cit.*, pp. 303-307.

logía (1855), desarrolló una teoría evolucionista que asemeja un devenir similar a un progreso continuo e imparable, y considera la vida como una adaptación continua de las condiciones interiores a las exteriores. Sus características principales son: 1) el paso de una forma de menor a otra de mayor cohesión, como el sistema solar, que primero fue una nebulosa; 2) el tránsito de lo homogéneo a lo heterogéneo, por ejemplo, la flora y la fauna que se desarrollan por una diferenciación de tejidos y órganos diversos; y, 3) el paso de lo indefinido a lo definido, similar a una tribu salvaje que se transforma en un pueblo civilizado, con tareas y funciones claramente especificadas²⁰³. Cuando Darwin publicó su obra capital, el evolucionismo de Spencer se integró con el suyo como un par de engranajes hechos a medida.

Podría pensarse que el evolucionismo spenceriano era una simple metáfora o un principio de autoridad, pero en la época no se le consideraba así, en especial porque la teoría de Darwin parecía ofrecerle el necesario soporte científico. De aquí que las alusiones relativas a la evolución de las instituciones o de los pueblos en la obra rabasiana deban tomarse en forma literal. Sirvan de ejemplo estas palabras de la iniciativa que presentó, junto con Miguel S. Macedo, en el Senado de la República, el 9 de octubre de 1911: “Tales son las dificultades invencibles a que nos trajeron los legisladores del 57 cuando se proponían facilitar el sufragio de un pueblo ignorante y con grandes resistencias a la evolución”²⁰⁴.

III.2. Los cuentos y artículos de crítica literaria

Aunque existen testimonios de las colaboraciones de Rabasa en diarios como *El Liberal* de Oaxaca y *El Porvenir* de Chiapas²⁰⁵, no resulta fácil hacer un registro de ellas, porque solía publicarlas en forma anónima o bajo seudónimo. Entre los últimos, los más conocidos son los de Pío Gil y Sancho Polo, pero es probable que utilizara otros, a la usanza de la época²⁰⁶.

Sin importar que la pedagogía positivista le diera mayor valor a la razón y a los datos científicos, Rabasa nunca perdió su gusto por la literatura ni otras disciplinas humanísticas, en particular el derecho; empero, las doctrinas positivista y evolucionista le darían un matiz peculiar a sus escritos.

La extensa variedad de actividades que desempeñó a partir de la década de 1880²⁰⁷, lo alejaron un tiempo de la literatura, pero pronto regresó a ella, seguramente motivado pues la suya fue una época de florecimiento en las letras nacionales.

203 Reale, Giovanni, y Darío Antiseri, *Historia del pensamiento filosófico y científico. III. Del romanticismo hasta hoy*, Barcelona, Herder, 1988, pp. 298-303.

204 Serra, *op. cit.*, t. I, p. 365.

205 Fernández, *op. cit.*, pp. 51 y 53.

206 Stratton, *op. cit.*, pp. 26-27.

207 Hale, *op. cit.*, pp. 13-21.

Los cuentos y artículos que publicó, a partir de 1888, en *El Universal*, diario que fundó con su colega y amigo Rafael Reyes Spíndola²⁰⁸, son menos conocidos que las novelas, pero no por ello menos reveladores de sus inquietudes.

Con el seudónimo de Pío Gil, apareció “Mejoras materiales” (23 de agosto, 1888), que refiere, en tono irónico y humorístico, la historia de una fuente averiada en un barrio cualquiera de la provincia mexicana, la cual surte de agua a los vecinos. Silenciarlo, el protagonista, informa sobre lo sucedido al síndico, al presidente del Consejo ciudadano, incluso al hijo del gobernador, con la esperanza de que la noticia llegue a oídos del “primer Magistrado”. Transcurren algunos meses, hasta que aparecen cuatro prisioneros de la cárcel local, vigilados por diez soldados y un teniente de infantería para resolver el problema, aunque sólo lo agravan. La fuente se agota del todo y sólo tiene agua cuando se la proporciona la lluvia.

Transcurren nueve años en los que Silenciarlo forma una sociedad para que la fuente vuelva a brotar. Aparecen otros prisioneros para llevar a cabo las reparaciones, que se inauguran el día del onomástico del gobernador. La fuente entonces se descubre adornada con flores y el evento se engalana con un orador cuyo discurso agradece la valiosa labor del funcionario y sus autoridades superiores, ignorando mencionar a Silenciarlo. Al surgir un chorro de agua, comienzan los fuegos artificiales. Aunque el gobernador no asiste a la ceremonia, “por modestia”, la prensa refiere el evento, mismo que aparece en la *Memoria* de labores que recibe el Congreso, pero la fuente, sin importar el alboroto, se volvió a secar²⁰⁹.

El 1 de noviembre, en las mismas páginas, publicó “La vocación”, inspirado, a decir de Stratton, en un artículo que también apareció en *El Universal*, el 27 de octubre, “Los tinterillos”²¹⁰, sobre unos estafadores expertos en engañar a la gente interesada en adquirir terrenos. “La vocación” trata de un viejo peluquero que ayuda a su hijo, Lupe, a encontrar una profesión, al ver que no le interesa continuar el negocio de familia. Pero Lupe, que fracasa en los primeros intentos, opta por explorar por el camino fácil, como merolico de feria, embustero y tahúr. Luego se casa con la hija de una autoridad municipal, fingiendo proceder de una importante familia capitalina. Lee un libro para convertirse en un buen abogado, y aprende, desde entonces, a la letra, el diario oficial local. Así descubre su vocación, tornándose un exitoso picapleitos: “Lupe atacaba con brío, se agazapaba, se erguía, tachaba testigos, urdía pruebas, compraba escribientes, recusaba jueces, apelaba, se desistía, y a su sabor y gusto alargaba o acortaba un incidente”²¹¹. Llega a engañar a su propio suegro y a despojarlo de sus bienes, y en forma parecida se hace con la propiedad del vecino. Su renombre crece y continúa de la misma forma, hasta envejecer, cada vez más rico y gordo²¹².

208 *Idem*, p. 16.

209 Hakala, *op. cit.*, pp. 62-69.

210 Stratton, *op. cit.*, p. 130.

211 Hakala, *op. cit.*, p. 73.

212 Stratton, *op. cit.*, pp. 129-130.

El último cuento o, más bien, anécdota, se titula “Copias simples de documentos vivos; Juan B. Pérez”²¹³ (6 de septiembre de 1891). Está inspirado en la novela *Miau* (1888) de Benito Pérez Galdós, que Rabasa también reseñó. Cuenta, en forma de monólogo, la experiencia de Juan, un abogado honesto pero desempleado, que acude a un funcionario de gobierno a solicitar trabajo. Éste, viejo conocido de la familia, llegó a su puesto por la oportunidad que le dio el padre de Juan. Empero, de nada le sirve rogarle ni mover sus sentimientos para conseguir algo, salvo la promesa de que hará lo posible cuanto tenga oportunidad.

En el estudio *Cien años de novela mexicana* (1947), Mariano Azuela apunta, al referirse a Rabasa, que su “mérito indiscutible consiste en la autenticidad del medio que está descrito”²¹⁴; mientras Stratton sugiere que “el mejor aspecto de estas historias no son los personajes; sino el conocimiento y el retrato realista de la situación política y social en México”²¹⁵.

Solamente haremos un comentario general acerca de la crítica literaria de Rabasa. Reyes Spíndola lo asignó a dicha sección de *El Universal*, donde firmó sus colaboraciones bajo el seudónimo de Pío Gil, y confesó, desde el inicio: “Nadie me ha dado título de crítico literario, ni yo me lo tomo...”²¹⁶ A pesar de dichas palabras, las críticas que publicó jamás temieron expresar su verdadero sentir, quizá porque quería aportar algo para ayudar a elevar la calidad de las letras nacionales, como alguna vez expresó: “Envidio a España su literatura, y quisiera yo que la nuestra la igualara”²¹⁷.

Era común que no disimulara su preferencia por el realismo literario ni el desencanto que le provocaba el romanticismo, sobre todo el desenfreno sentimental de autores como Chateaubriand, St. Pierre, Isaacs y otros²¹⁸. Lo que más le disgustaba era su falsa representación de la realidad²¹⁹.

En el artículo “La cosa juzgada. Herejías literarias”²²⁰ (13 de septiembre de 1888), define las corrientes en boga de este modo: en el realismo el “hombre... está pintado como es”; y en el idealismo, “como debe ser”²²¹, distinción que debe resonar entre quienes recuerdan otra que apuntó, veinticuatro años después, en *La Constitución y la dictadura*: “La Constitución ‘literaria’ de un pueblo, es lo que los legisladores quisieron que fuesen las instituciones; la Constitución ‘real’ es lo que resulta en la práctica...”²²²

213 Serra, *op. cit.*, t. I, p. 152-155.

214 Stratton, *op. cit.*, p. 133.

215 *Idem*.

216 Hakala, *op. cit.*, p. 75.

217 Stratton, *op. cit.*, p. 120.

218 *Idem*, p. 120.

219 *Ibid*.

220 Serra, *op. cit.*, pp. 147-152.

221 *Idem*, p. 151.

222 Rabasa, Emilio, *La Constitución y la Dictadura*, *cit.*, p. 179.

III.3. El quinteto de novelas

La costumbre de pensar y escribir al mismo tiempo era una costumbre antigua en Rabasa. Sobrevive otro testimonio sobre la forma en que se gestaron sus novelas que lo confirma: se levantaba algunas horas antes del comienzo de su jornada laboral y empleaba su mente en imaginar y tomar notas para escribir historias desarrolladas en escenarios de la vida cotidiana²²³. El quinteto (*quintette*) de sus novelas, como lo denomina Hakala, fue inspirado por sucesos locales de la provincia o del pasado nacional. En palabras de Hale, las cuatro primeras las concibió en San Cristóbal; la última, en la Ciudad de México²²⁴. Todas aparecieron por entregas en *El Universal*, antes de publicarse en forma de libro.

Por ser las obras más conocidas de su producción literaria, no haremos resúmenes detallados de ninguna, limitándonos a los aspectos de interés fundamentales para nuestro estudio.

La primera de la serie, *La bola* (1887), cuenta aspectos de la vida y el inicio de la carrera política de Juan Quiñones en el imaginario poblado chiapaneco de San Martín. Aquí se enamora de la sobrina del comandante Mateo Cabezudo, hombre violento, ignorante y ambicioso que lo considera un don nadie, pero lo utiliza para cumplir sus ambiciones políticas. Surge un levantamiento local, popularmente llamado bola, dirigido por Cabezudo, en contra del jefe político. Juanito es forzado a participar como escribano, encargado de redactar las peticiones y resoluciones, cayendo en cuenta que el movimiento no tiene pies ni cabeza, y la masa de seguidores también ignora los motivos de su lucha. Cabezudo finalmente derroca al gobierno de San Martín, asumiéndolo como nuevo jefe. Juanito se incorpora a la recién creada administración, pero se sorprende al encontrar personas que trabajaban en el anterior gobierno, los que ahora dirigen sus elogios a Cabezudo. Juanito concluye con un largo soliloquio sobre el daño que ocasionan estos levantamientos en el país:

Nosotros conocemos muy bien las revoluciones, y no son escasos los que las estigmatizan y calumnian. A ellas debemos, sin embargo, la rápida transformación de la sociedad y las instituciones. Pero serían verdaderos bautismos de regeneración y adelantamiento, si entre ellas no creciera la mala hierba de la miserable *bola*²²⁵.

La gran ciencia (1887) salió el mismo año, otra vez con Juan Quiñones en el papel protagonista, pero ahora en la capital chiapaneca, porque Cabezudo ha sido electo diputado local, cargo que lo obliga a salir un poco de su rusticidad. Juanito logra conseguir empleo como ayudante del secretario del gobernador, y se adentra en el arte de gobernar, aunque más de lo que esperaba, pues le enseñan las formas de manipular, chantajear, adular, prometer, y mentir para llegar a ser experto en “la gran ciencia de

223 Fernández, *op. cit.*, pp. 58-59.

224 Hale, *op. cit.*, p. 18.

225 Rabasa, Emilio, *La bola y Moneda falsa*, México, Porrúa, 1948, p. 168.

ganar siempre, que en mi tierra se llama política”²²⁶. Para sacarlo de su desconcierto, Pepe Rojas, un estudiante de leyes que es su compañero de habitación, le sirve de guía. Al mismo tiempo, un enemigo del gobernador, enterado de sus malos manejos, inicia un movimiento para derrocarlo. Juanito cree que se aproxima el fin para Cabezudo y trata de prevenirlo, pero descubre que él forma parte del mismo. Otros políticos cambian a tiempo de partido para ajustarse el nuevo gobierno, que finalmente derroca al anterior y toma su lugar.

Se ha dicho que la segunda novela del quinteto está inspirada en un breve pasaje de la vida de Rabasa, cuando fue secretario personal (1884-1885) del gobernador de Oaxaca, general Luis Mier y Terán, cargo que desempeñó por poco tiempo, al no soportar su mal carácter²²⁷.

Las desventuras de Juanito continúan en *El cuarto poder* (1888), pero ahora en la Ciudad de México, pues Cabezudo ha sido nombrado diputado federal, viviendo a todo lujo y trabajando lo menos posible, mientras Juanito apenas tiene con qué pagar la renta. Un amigo lo convence de seguir sus pasos en las oficinas de un periódico con el mismo nombre de la novela. Aunque se resiste al principio, pues cree que el periodismo requiere estudios y experiencia, su amigo le explica que solamente necesita escribir bien del gobierno y mal de sus contrarios, recurriendo a la invención de historias o a la distorsión de la realidad, y crear escándalos o polémicas para cumplir su cometido, pues los gobernantes subsidian a la prensa que los favorece, aunque la competencia es mucha. Si conviene atacar al gobierno en turno, así se hace, señalando sus defectos, pero si no, se le vuelve a ensalzar hasta el ridículo.

Moneda falsa (1888) prosigue con el mismo protagonista, empleado entonces de la prensa de oposición al régimen y en dominio de los gajes del oficio, haciendo de su pluma un arma temible. Sus ataques están dirigidos al gobierno en general, y particularmente contra Cabezudo, pues se le menciona como candidato al gobierno. La vida de Juanito va cuesta abajo, pero se descarrila por completo cuando se entera que el propio gobierno paga por las críticas del diario. Cabezudo luego cae en desgracia, pues lo perjudicaron las notas periodísticas de Juanito y uno de sus socios lo desfalcó. Pepe Rojas, amigo de ambos, trata de reconciliarlos, lo cual logra con muchas dificultades.

La última pieza del quinteto, *La guerra de tres años* (1891), no tiene que ver con los personajes de las anteriores novelas, pues transcurre dentro de la Guerra de Reforma. El conflicto entre liberales y conservadores es representado a escala en la pequeña población de El Salado. De acuerdo con el análisis de Stratton, “la trama no es comprometida ni complicada y simplemente provee el escenario para que Rabasa examine la vida política y social en México”²²⁸.

226 Rabasa, Emilio, *El cuarto poder y La gran ciencia*, México, Porrúa, 1948, p. 286.

227 Hale, *op. cit.*, p. 14.

228 Stratton, *op. cit.*, p. 154.

Rabasa confesó el gozo que le provocó escribir sus cuentos y novelas, que le dieron fama casi de inmediato, pero, asimismo, y lo que creía más importante, estaba convencido de su valor como instrumentos para llamar la atención sobre los problemas socio-políticos de la nación²²⁹.

Entre las influencias del autor se enumeran las de los españoles José María de Pereda y Pérez Galdós²³⁰, cuyos *Episodios nacionales* dieron la pauta para que las novelas reunidas de Rabasa se publicaran, por decisión de los editores y no suya, como *Novelas mexicanas*. También señalan, como precursores nacionales del realismo y de la literatura del futuro constitucionalista, a Fernández de Lizardi²³¹ y José Tomás de Cuéllar, sobre todo su empleo de personajes comunes en nuestra historia, como los generales que se corrompen al entrar en la vida política, y por ser el primero en utilizar “la bola” como tema literario en la novela *Ensalada de pollos* (1871)²³².

Sin embargo, nadie puede discutirle a Rabasa el título del primer autor en utilizar conscientemente los principios del realismo en la literatura mexicana²³³. Stratton recuerda que el cientificismo en boga permitió que los autores de esta corriente asumieran una posición que veía al mundo como un laboratorio, donde el novelista era el científico y los personajes sus objetos de estudio. También enumera sus principales características: 1) un estudio documental, de observación y experimentación; 2) énfasis en los conceptos de herencia, evolución e influencia del entorno; 3) inclinación por el estudio de los elementos enfermizos o inadaptados de las personas y la sociedad²³⁴.

Fue el mismo caso de Rabasa, que, además, gustaba de participar en algunas novelas a través de ciertos personajes, llamados en francés *raisonneur*, es decir, un *alter ego* o personificación del autor, como Pepe Rojas, el estudiante de leyes que acompaña a Juanito, “[h]ombre razonador y juicioso, generoso y sin egoísmo”²³⁵, que lo instruye en la política y el derecho como son y no como él quisiera que fueran, igualmente lo aconseja para controlar sus impulsos y hasta lo rescata de la cárcel en un par de ocasiones²³⁶. Hakala descubre también elementos autobiográficos en Miguel Labarca, el secretario del gobernador en *La gran ciencia*, otro estudiante de leyes, y en el propio Juanito Quiñones, que tiene que aprender por las malas a hacer lo correcto²³⁷.

Hay críticas al régimen porfiriano en su literatura, en términos generales, pues Rabasa señala aspectos o situaciones políticas, económicas y sociales a la espera de reformas,

229 Hakala, *op. cit.*, p. 136.

230 Hakala, *idem*, p. 8; Stratton, *op. cit.*, p. 156.

231 Stratton, *idem*, p. 156.

232 Hakala, *op. cit.*, pp. 276-278.

233 Stratton, *op. cit.*, p. vii.

234 *Idem*, p. 167.

235 Rabasa, *El cuarto poder y La gran ciencia*, *cit.*, p. 41.

236 *Idem*, pp. 181-183.

237 Hakala, *op. cit.*, pp. 236-238.

que la fachada de estabilidad y progreso no podían ocultar²³⁸. Si bien el autor fue un hombre afín al gobierno, hay que recordar que la primera edición de todas las novelas, por entregas, se imprimió bajo el nombre de Sancho Polo.

En ciertos pasajes la crítica a la *pax porfiriana* es más específica, por ejemplo, al sugerir la existencia de rumores sobre malestar generalizado en ciertas zonas marginales o comentarios sobre el encarcelamiento de periodistas. Por algún motivo, en *La gran ciencia* aparecen más claramente, pues se alude a la censura de la prensa²³⁹; la represión a las libertades personales²⁴⁰; y la preferencia hacia los inversionistas extranjeros, principalmente estadounidenses, sobre lo que Pepe Rojas reflexiona: “tengo la creencia de que la patria suele ser una mala madre, pero que es siempre una excelente nodriza”²⁴¹.

En cuanto a los temas sobre los que Rabasa marca el acento, Hakala ofrece una detallada lista de los problemas tratados en los cuentos y las novelas²⁴², que ofrecemos, en resumen:

1) Problemas sociales:

Los principales son el analfabetismo (no sólo en zonas rurales, sino incluso en las ciudades, que convierte a cualquiera que sepa leer en una persona “ilustrada”) y la cuestión indígena.

Otros problemas menores: la incongruencia entre las leyes de Reforma y las prácticas religiosas tradicionales; servicios urbanos deficientes; fuerzas policíacas incompetentes; necesidad de reformas en las prisiones.

2) Problemas políticos:

Autoridades incompetentes en todos los niveles de gobierno; abuso del cargo (acoso sexual, soborno y corrupción, enriquecimiento ilícito; nepotismo; tráfico de influencias).

3) La prensa:

Falta de honestidad y de objetividad; patrocinio del gobierno (en cuyo caso harán elogios de todas sus actividades) u oposición a él (en cuyo caso condenarán todas las acciones oficiales gubernamentales y buscarán sumergir a los funcionarios públicos en escándalos); inconsistencia de lealtades políticas; editores que venden sus servicios al mejor postor.

238 *Idem*, p. 150.

239 Rabasa, *El cuarto poder y La gran ciencia*, cit., p. 176.

240 Hakala, *op. cit.*, p. 189.

241 *Idem*, p. 183.

242 *Ibid.*, pp. 137-150.

En México, la suma total de las anteriores condiciones de opresión política y social originan el fenómeno de “la bola”²⁴³, el cual Rabasa estudió y condenó no sólo en la primera de sus novelas, sino a lo largo de su vida. Aunque sin darle su nombre vulgar, alude a ella desde el primer párrafo de *La Constitución y la dictadura*:

En los veinticinco años que corren de 1822 adelante, la nación mexicana tuvo siete Congresos Constituyentes, que produjeron, como obra, una Acta Constitutiva, tres Constituciones y una Acta de Reformas, y como consecuencia, dos golpes de Estado, varios cuartelazos en nombre de la soberanía popular, muchos planes revolucionarios, multitud de asonadas, e infinidad de protestas, peticiones, manifestos, declaraciones y de cuanto el ingenio descontentadizo ha podido inventar para mover al desorden y encender los ánimos²⁴⁴.

En su último libro, *La evolución histórica de México* (1920), volvió a recordar la bola²⁴⁵. Por eso llegó a declarar, irónicamente, que en México el sistema electoral era la revolución²⁴⁶.

Hakala explica el pormenor con el que Rabasa estudió la bola en su obra escrita, detallándola en sus diferentes fases²⁴⁷:

Primera etapa, preparación: préstamos forzosos que exigen las facciones en disputa; imposición de tributos extraordinarios; la leva; armamento escaso y obsoleto.

Segunda etapa, desarrollo: desconocimiento de los oficiales y participantes en el movimiento sobre el bando que defienden; ambigüedad de los planes políticos; promociones autoasumidas en el rango militar; falta de estrategias de combate; insubordinación y total falta de disciplina de la soldadesca; violencia y brutalidad; muy señaladamente, el cambio constante de banderas políticas y carencia absoluta de ideales entre los líderes militares, soldados y participantes.

Tercera etapa, resultado: *statu quo ante* o regreso a la situación anterior, es decir, ningún cambio.

Rabasa sugirió su oposición a que dicho fenómeno se confundiera con las revoluciones creativas o correctivas, bien planeadas, aunque nunca ofreció los mismos detalles para diferenciarlas. Así se lee en la digresión final de Juanito, al término de *La bola*:

243 *Ibid.*, p. 149.

244 Rabasa, Emilio, *La Constitución y la Dictadura*, cit., p. 3.

245 Rabasa, Emilio, *La evolución histórica de México*, 4ª ed., México, UNAM, Miguel Ángel Porrúa, 1986, p. 51: “De 1824 a 1857, más de veinticinco personas figuraron como presidentes, varias de ellas más de una vez; de modo que no tiene cada período una duración media de un año. Cuando una elección designa a un hombre, un cuartel se rebela y lo derriba, y cuando el general victorioso ocupa la presidencia, antes de ser reconocido por todo el país, otro cuartel lo derroca. El cuartelazo y el golpe de Estado se turnan, sin apoyo de la opinión pública...”

246 Fernández, *op. cit.*, p. 60.

247 Hakala, *op. cit.*, pp. 149-150.

...La revolución se desenvuelve sobre la idea, conmueve a las naciones, modifica una institución y necesita ciudadanos; *la bola* no exige principios ni los tiene jamás, nace y muere en corto espacio material y moral, y necesita ignorantes. En una palabra: la revolución es hija del progreso del mundo, y ley ineludible de la humanidad; *la bola* es hija de la ignorancia y castigo inevitable de los pueblos atrasados²⁴⁸.

Al parecer, para él la Revolución mexicana no se apegó a estos principios, y por eso nunca fue partidario de ella. Según expresó en su obra escrita y en la cátedra, siempre prefirió la evolución pacífica a las revoluciones armadas.

III.4. La visión del novelista en la obra del jurista

El nombramiento como gobernador de Chiapas, entre 1891 y 1894, fue el comienzo del distanciamiento de Rabasa de la literatura, pues, desde entonces, al parecer²⁴⁹, solamente redactó obras relacionadas con sus labores políticas, docentes y jurídicas.

Llama la atención que los autores señalados entre los más influyentes de su pensamiento jurídico y político, el inglés Walter Bagehot y el canadiense Stephen Leacock, fueron también destacados escritores. Bagehot, periodista y ensayista, autor, entre otras obras, de *The English Constitution* (1867), original intento por mirar detrás de la fachada del sistema de gobierno británico para descubrir la forma en que realmente se desenvuelve y el lugar en el que reside el poder; fue un afamado escritor y editor de *The Economist*, donde publicó gran parte de sus ensayos sobre la banca, economía, política, historia, psicología, antropología y literatura²⁵⁰. Leacock también fue autor de ensayos sobre economía política e historia, pero sobre todo se recuerdan sus bocetos humorísticos de las costumbres cotidianas y la incongruencia entre las apariencias y la realidad de las personas²⁵¹.

En la serie de conferencias que dictó sobre la novela en Trinity College, Cambridge, a mediados de la década de 1920, E. M. Forster destacó la importancia de la investigación y documentación de los aspirantes a novelistas: “Nadie es más triunfador que el hombre que elige un tema valioso y domina todos sus hechos y los hechos importantes de los eventos contiguos. Podrá hacer entonces lo que guste”²⁵².

248 Rabasa, Emilio, *La bola y Moneda falsa*, cit., p. 167.

249 Hakala (op. cit., p. 24n.73) y Stratton (op. cit., p. 143n. 9), apuntan que José Fernández Arias-Campana, en su estudio *Novelistas de México* (1952), refiere que Rabasa publicó otras dos obras literarias, *Cuentos y narraciones* (1908) y *Nobles y plebeyos* (1910), pero los dos coinciden en que debe tratarse de una confusión, puesto que nadie más las ha visto ni vuelto a mencionar.

250 Lujambio, Alonso, y Jaime Martínez Brown, “Walter Bagehot y Emilio Rabasa”, en Lujambio, Alonso, *La influencia del constitucionalismo anglosajón en el pensamiento de Emilio Rabasa*, México, Escuela Libre de Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2009, pp. 95-152.

251 Merriam Webster’s *Encyclopedia of Literature*, cit., pp. 664-665.

252 Forster, E. M., *Aspects of the Novel*, Londres, Edward Arnold, 1927, p. 19.

En el apartado anterior vimos cómo Rabasa se documentó sobre los asuntos que le interesaban, sin ideas preconcebidas, observando en forma sistemática y recopilando datos como un científico, para formular, años después sus hipótesis, ajustarlas y verificarlas, presentando finalmente los resultados en concierto con el pensamiento positivista y evolucionista que aprendió en su juventud²⁵³.

En las mismas conferencias, Forster explicó algo más sobre la visión del escritor, agregando una pertinente hipérbole al final: “el investigador, como el filósofo, puede contemplar el torrente del tiempo. No lo contempla como un todo, porque es capaz de mirar los hechos, las personas, flotando frente a él, e imaginando las relaciones entre ellas, y si sus conclusiones pueden ser tan valiosas para nosotros como lo son para él, tiempo ha que podría haber civilizado a la raza humana”²⁵⁴. En opinión de Stratton, convencido de la honda huella que dejó la literatura en la obra jurídica de Rabasa, a la cual trasladó las mismas técnicas estilísticas, tanto sus análisis e interpretaciones sobre el pasado, como los personajes políticos y las ideas se desplazan en sus obras como personajes de una novela. Si fue realista en sus novelas, aprendió a serlo también en sus ulteriores trabajos²⁵⁵.

CONCLUSIÓN FINAL

Marcia Ann Hakala, profesora de español en la Universidad Estatal de Illinois, recuerda a los escritores con los que frecuentemente se compara a Rabasa, Federico Gamboa, José López Portillo y Rojas y Heriberto Frías²⁵⁶. Sin negar los puntos en común con el autor de *La bola*, para ella ninguno de los tres logró, ni literaria ni filosóficamente, el avance tan relevante hacia una literatura más moderna en México, como lo hizo Rabasa. Cumplieron un papel más próximo a lo que fue su quinteto en las letras nacionales, en su época respectiva, Mariano Azuela, Agustín Yáñez, Juan Rulfo y Carlos Fuentes, lo cual explica con amplitud²⁵⁷, aunque nosotros no nos detendremos en sus razones. Únicamente deseamos que el símil valga en la busca de discípulos y herederos jurídicos de Rabasa. Resulta perfectamente válido mencionar nombres, pero se deben explicar con razones y argumentos la forma y los aspectos en los que se aproximaron al maestro, como esperamos haberlo hecho con Miguel Lanz Duret.

Emilio Rabasa supo transmitir su ambicioso método de análisis constitucional, de palabra, en la cátedra, y por escrito, en sus libros, a lo largo de su carrera docente. Al cumplir treinta años, comenzó a recopilar los datos de lo que sería el experimento intelectual de su vida, primero a través de sus obras literarias, con las que dio origen al realismo literario; y cuando cumplió cincuenta, en 1906, año en que publicó *El Artículo*

253 Stratton, *op. cit.*, p. ix.

254 Forster, *op. cit.*, p. 20.

255 Stratton, *op. cit.*, pp. 8, 77-78.

256 Hakala, *op. cit.*, p. 280.

257 *Idem*, pp. 281-291.

14, inició la presentación gradual de sus resultados, que siguió ajustando y mejorando a lo largo de su vida, tanto en los textos como en sus clases.

Rabasa fue realista en la literatura, pero también en el estudio del derecho constitucional. Exigió la mayor precisión en el lenguaje tanto en el aula como en las leyes fundamentales y, en estas últimas, evitar al máximo las formulaciones filosóficas, idealizadas o románticas, porque ofrecían una falsa representación de la realidad que sólo daba pie a confusiones o a que sus mandatos se tornaran letra muerta.

Todavía a principios de la década del noventa, Martín Díaz y Díaz, que murió a los 45 años, aguardaba a un jurista capaz de retomar y continuar la doctrina de Rabasa. El aumento de los datos disponibles en las materias que comprende y el grado de especialización de las mismas, sugieren que su deseo será irrealizable. Un trabajo así sería, más bien, una labor de equipo que no podría limitarse al análisis jurídico exclusivamente, pues otra de las enseñanzas de Rabasa consistió en enseñarnos el valor del estudio interdisciplinario, en el que también fue pionero entre los juristas, porque puede rendir mayores y más excelentes frutos.

OBRAS DE REFERENCIA

Arteaga Nava, Elisur, “Tres grandes constitucionalistas de la Libre de Derecho”, Munive Páez, Manuel, y Juan Pablo Pampillo Baliño (eds.), *Un siglo de aportaciones de la Escuela Libre de Derecho*, México, Escuela Libre de Derecho, 2013, pp. 155-169.

Del Arenal, Jaime del, “Los años del estudiante Felipe Tena Ramírez en la Escuela Libre de Derecho”, *Hombres e historia de la Escuela Libre de Derecho*, México, Escuela Libre de Derecho, Fondo para la Difusión del Derecho, 1999, pp. 311-353.

—, “Un rector y una escuela liberales: Emilio Rabasa y la Escuela Libre de Derecho”, *Hombres e historia de la Escuela Libre de Derecho*, México, Escuela Libre de Derecho, Fondo para la Difusión del Derecho, 1999, pp. 355-372.

Díaz y Díaz, Martín, *Emilio Rabasa: teórico de la dictadura necesaria*, México, Miguel Ángel Porrúa, Escuela Libre de Derecho, Varia Jurídica de la Escuela Libre de Derecho, 1991.

Diccionario Porrúa de historia, biografía y geografía de México, 6ª ed. corregida y aumentada, México, Porrúa, 1995, t. III.

Estrada Sámano, Rafael, “La influencia de la Escuela Libre de Derecho en el desarrollo del derecho constitucional mexicano”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 35, no. 35, 2011, pp. 187-207.

Fernández del Castillo, Germán, “Noticias históricas sobre la Escuela Libre de Derecho”, *Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho*, tomo IV, nos. 1-12, ene.-dic., 1928, pp. 14-32 y 133-155.

Fernández Delgado, Miguel Ángel, *Emilio Rabasa. Teórico de la evolución constitucional*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006.

—, “Obras clásicas sobre la Constitución de 1917 en vísperas de su centenario”, *Quórum Legislativo*, no. 115, julio, 2015, pp. 137-169.

- Flores, Imer B. (ed.), *Doctrina constitucional mexicana*, México, Senado de la República, Secretaría de Cultura, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2016.
- Forster, E. M., *Aspects of the Novel*, Londres, Edward Arnold, 1927.
- Gaxiola, F. Jorge, “Prólogo”, Rabasa, Emilio, *El Artículo 14 y El Juicio Constitucional*, 6ª ed., México, Porrúa, 1993, pp. ix-xxi.
- González Oropeza, Manuel, “Prólogo”, Rabasa, Emilio, *Cátedra de Derecho Constitucional*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Apuntes de las clases impartidas por ilustres juristas del siglo XX, 2015, pp. xix-xxxi.
- Hakala, Marcia Ann, *Emilio Rabasa, modern Mexican novelist*, Bloomington, Doctor of Philosophy in the Department of Spanish, University of Indiana, 1970.
- Hale, Charles A., *Emilio Rabasa and the survival of Porfirian liberalism. The man, his career, and his ideas, 1856-1930*, Stanford, Stanford University Press, 2008.
- Krauze, Enrique, *Caudillos culturales en la Revolución mexicana*, México, Tusquets Editores México, 2014.
- Lanz Duret, Miguel, *Derecho constitucional mexicano y consideraciones sobre la realidad política de nuestro régimen*, México, UNAM, 1931. Para conocer las diferentes ediciones empleadas de esta obra, ver el capítulo II.
- Leacock, Stephen, *Elementos de Ciencia Política*, México, Imprenta Victoria, 1924.
- Lujambio, Alonso, y Jaime Martínez Brownness, “Walter Bagehot y Emilio Rabasa”, Lujambio, Alonso, *La influencia del constitucionalismo anglosajón en el pensamiento de Emilio Rabasa*, México, Escuela Libre de Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2009, pp. 95-152.
- Maples Arce, Manuel, *La cuestión agraria*, tesis que para su examen profesional de abogado presenta el alumno..., México, Escuela Libre de Derecho, 1925.
- Marín, Jorge H., “Miguel Lanz Duret (1878-1940)”, *Generación de Abogados 1930-1934, 50 Maestros, semblanzas biográficas*, México, Imprenta Zavala, 1988, pp. 121-124.
- Mendieta y Núñez, Lucio, *Historia de la Facultad de Derecho*, 2ª ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, Dirección General de Publicaciones, 1975.
- Merriam Webster's Encyclopedia of Literature*, Springfield, Merriam-Webster, 1995.
- Moreno de los Arcos, Roberto, *La polémica del darwinismo en México: Siglo XIX*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Históricas, 1985.
- Musacchio, Humberto, *Diccionario Enciclopédico de México Ilustrado*, 3ª reimp., México, Andrés León Editor, 1990, 4 t.
- Noriega Cantú, Alfonso, “Prólogo”, Lanz Duret, Miguel, *Derecho constitucional mexicano y consideraciones sobre la realidad política de nuestro régimen*, 5ª ed. revisada y anotada por el Lic. Roberto Castrovido Gil, México, Norgis Editores, 1959, pp. vii-xxvi.
- Rabasa Estebanell, Emilio, *El Artículo 14 y El Juicio Constitucional* (prólogo F. Jorge Gaxiola), 6ª ed., México, Porrúa, 1993.

- , *La bola y Moneda falsa*, México, Porrúa, Colección de Escritores Mexicanos, 1948.
- , *Cátedra de Derecho Constitucional*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Apuntes de las clases impartidas por ilustres juristas del siglo XX, 2015.
- , *La Constitución y la dictadura*, 7ª ed., México, Porrúa, 1990.
- , *El cuarto poder y La gran ciencia*, México, Porrúa, Colección de Escritores Mexicanos, 1948.
- , *La evolución histórica de México* (prólogo Diego Valadés), 4ª ed., México, UNAM, Coordinación de Humanidades, Miguel Ángel Porrúa, 1986.
- Reale, Giovanni, y Darío Antiseri, *Historia del pensamiento filosófico y científico. III. Del romanticismo hasta hoy*, Barcelona, Herder, 1988.
- Rico Moreno, Javier, “Rabasa, Emilio”, Torres Parés, Javier y Gloria Villegas Moreno, *Diccionario de la Revolución Mexicana*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Comisión Universitaria para los Festejos del Bicentenario de la Independencia y del Centenario de la Revolución Mexicana, 2010, pp. 585-588.
- Ruiz, Hugo, “Albert Camus o el exilio y el reino”, en Camus, Albert, *El extranjero*, México, Círculo de Lectores, 1984, pp. v-lx.
- Ruiz Massieu, José Francisco, “Prólogo”, Arteaga Nava, Elisur, *Derecho constitucional*, 4ª ed., México, Oxford University Press, 2014, pp. xv-xvii.
- Serra Rojas, Andrés (ed.), *Antología de Emilio Rabasa*, México, Ediciones Oasis, 1969, II t.
- “Stephen Leacock (1869-1944). A biographical sketch”, en línea: <https://web.archive.org/web/20070522183555/http://www.collectionscanada.ca/leacock/t5-211-e.html>. Consultado el 30-VI-2022.
- Stratton, Lorum H., *Emilio Rabasa: Life and works*, Tucson, dissertation submitted to the Faculty of the Department of Romance Languages, for the degree of Doctor of Philosophy with a Major in Spanish, University of Arizona, 1971.
- Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 22ª ed., México, Porrúa, 1987.
- Torroella de la Estrada, S. J., Enrique, “Apuntes de historia de la Escuela Libre de Derecho”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 9, no. 9, 1985, pp. 441-449.
- Trigueros Saravia, Eduardo, “Cultura jurídica”, *Evolución del Derecho Mexicano (1912-1942)*, México, Editorial Jus, 1943, tomo II, pp. 231-254.
- Velasco, Gustavo R., Manuel Sáinz Larrañaga, y José Arce Cervantes, “La enseñanza del derecho en la Escuela Libre de Derecho”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 9, no. 9, 1985, pp. 451-462.
- Villalpando, José Manuel, *Los colores lejanos del recuerdo. Crónica de la Escuela Libre de Derecho, 1912-1933*, México, Editorial Porrúa, 2018.
- Zea, Leopoldo, *El positivismo en México: Nacimiento, apogeo y decadencia*, 5ª reimp., México, Fondo de Cultura Económica, 1988.
- Zurián de la Fuente, Carla, “Estridentismo: la genealogía de sus manifiestos”, González Mello, Renato, y Anthony Stanton (coords.), *Vanguardia en México, 1915-1940*, México, Museo Nacional de Arte, 2013, pp. 52-64.



LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA EN LA DEFENSA PENAL EN MÉXICO

VERA ÁNGELA FLORES VALDÉZ

RESUMEN: Puesto que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante en el orden jurídico nacional, resulta obligado su conocimiento para todos aquellos que, de alguna manera, directa o indirecta, participan en la misión de defender derechos humanos. Si bien algunos criterios han logrado encontrar un lugar en los debates jurídicos del país, hay otros que todavía no logran tener una presencia importante. Mi atención se enfocará en estos últimos, pero solo en la medida que tienen incidencia en la defensa de las personas imputadas de la comisión de un delito y que han sido invocadas en las sentencias dictadas en contra del Estado mexicano.

PALABRAS CLAVE: jurisprudencia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Estado mexicano.

ABSTRACT: Since the Supreme Court of Justice of the Nation has established that the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights is binding in the national legal order, its knowledge is required for all those who, in some way, directly or indirectly, participate in the mission to defend human rights. While some criteria have managed to find a place in the country's legal debates, there are others that have not yet managed to have a significant presence. My attention will focus on the latter, but only insofar as they have an impact on the defense of the persons accused of committing a crime and have been invoked in the sentences handed down against the Mexican State.

KEYWORDS: jurisprudence, Inter American Court of Human Rights, Mexican State.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. 2. RAZONES PARA CONOCER LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 3. CASOS DE MÉXICO SOMETIDOS A LA JURISDICCIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 3.1 Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. 3.1.1. Criterios sostenidos. 3.2. Caso Radilla Pacheco vs. México. 3.2.1. Criterios sostenidos. 3.3. Caso Fernández Ortega y otros vs. México. 3.3.1. Criterios sostenidos. 3.4. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. 3.4.1. Criterios sostenidos. 3.5. Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México. 3.5.1. Criterios sostenidos. 4. CONCLUSIONES.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Sin duda alguna son bastantes las aportaciones que ha hecho la justicia interamericana en beneficio de los derechos humanos en México. Cuando me refiero a la justicia interamericana me resulta obligado otorgar el crédito no solo a las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (y a sus opiniones consultivas), sino también a la Comisión interamericana que, además de propiciar dichas resoluciones al someter los casos a la jurisdicción de la Corte, también promueve la observancia

y defensa de los derechos humanos a través de otras diversas funciones: realización de visitas *in loco*, publicación de informes especiales sobre la situación de un estado en particular, realización y publicación de estudios sobre temas específicos, emisión de recomendaciones y medidas cautelares, entre otras.

Sin embargo, debido a la amplitud del tema el presente trabajo se enfocará a las aportaciones de la justicia interamericana a la defensa penal en México en la parte específica a la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos contenida en las distintas sentencias en las que ha resultado condenado el Estado mexicano.

Si bien es cierto que con motivo de dichas condenas en mayor o menor medida los diferentes operadores jurídicos tienen conocimiento del impacto general que las mismas han tenido en el modo de operar del sistema jurídico mexicano, me parece que ese conocimiento aún se encuentra limitado respecto a algunos temas de la jurisprudencia en la que se sustentan las sentencias.

En lo tocante al impacto general podemos mencionar que a partir de la sentencia dictada en el caso “Campo Algodonero” quedó evidenciada la necesidad de implementar políticas públicas en materia de violencia contra las mujeres con un enfoque reparador –necesidad que permanece–; el caso Radilla Pacheco generó la necesidad de tipificar la desaparición forzada de personas conforme a los estándares internacionales e implementar políticas para combatirla; en los casos Fernández Ortega y otros, Rosendo Cantú y otra, y Cabrera García y Montiel Flores, quedaron manifiestas necesidades sobre la tipificación de la tortura y de ser analizada tanto en su forma de delito como de violación a derechos humanos; y en el caso Atenco, se destacó la necesidad de controlar el uso de la fuerza pública en encuentros con la sociedad civil con miras a evitar cualquier efecto represor .

Si bien la discusión sobre estos temas sigue abierta, el impacto de las sentencias ha generado cambios estructurales, tanto legislativos como institucionales, por lo que de alguna manera los temas centrales de las mismas han llegado al conocimiento de los operadores jurídicos en la medida que han cambiado la forma como se imparte justicia; empero, no acontece lo mismo con toda la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Actualmente por disposición de la Suprema Corte de Justicia de la Nación la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana resulta obligatoria para todas las autoridades del país en el ámbito de sus respectivas funciones –aun cuando haya sido emitida en casos contenciosos en los que México no formó parte–, luego, su conocimiento resulta obligado, no solo para las autoridades, sino para todos los operadores jurídicos. Por ello es que el esfuerzo de este trabajo se enfocará a destacar dicha jurisprudencia en los temas que considero menos difundidos o atendidos, en la medida que merecen serlo en aras de una mejor protección de los derechos humanos.

Preciso que por cuestiones de espacio mi enfoque se centrará en la jurisprudencia contenida en las sentencias dictadas contra México (con independencia de que su invocación no sea exclusiva de los casos mexicanos); asimismo, que acotaré estos contenidos a los que resultan en favor de las personas imputadas o acusadas de un delito, sin perjuicio de que algunos también resultan aplicables a la defensa de las víctimas; ello por virtud de que son éstos los que me resultan de especial interés con motivo de mi actividad en el área de defensa penal.

2. RAZONES PARA CONOCER LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Con motivo de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver el caso Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos (en la que el Estado mexicano resultó condenado por desaparición forzada por parte de las Fuerzas Armadas Mexicanas), el entonces Presidente de la Suprema Corte de nuestro país hizo una solicitud para que el Pleno determinara cuál era el trámite que debía darse a la sentencia referida, lo que dio como resultado las decisiones tomadas el catorce de julio de dos mil once al resolver el expediente *Varios 912/2010*.

Uno de los problemas jurídicos planteados fue determinar el valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sistema jurídico mexicano. En ese momento se determinó que para el Poder Judicial de la Federación eran obligatorios los criterios contenidos en las sentencias de la Corte Interamericana en los asuntos en los que México fuera parte; sin embargo, cuando el Estado mexicano no fuera parte en el litigio los criterios solo serían orientadores, pero siempre en aquello que le fuera más favorecedor a la persona.

Sin embargo, el tres de septiembre de dos mil trece el Pleno de la Suprema Corte del país al resolver la contradicción de tesis 293/2011, se volvió a pronunciar respecto al valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y en esta ocasión sostuvo que ésta era vinculante –toda– para los jueces mexicanos, siempre que fuera más favorable a la persona. Preciso que la jurisprudencia de la corte Interamericana no pretende ni puede sustituir a la jurisprudencia nacional ni debe ser aplicada en forma acrítica, sino en clave de colaboración y no contradicción con la jurisprudencia nacional.

Si bien conforme a este criterio ya estableció la obligatoriedad de la jurisprudencia interamericana aun en los casos en los que México no formó parte, indicó que cuando en la Constitución existiera una restricción expresa al ejercicio de los derechos integrantes del bloque de constitucionalidad, se debe estar al texto constitucionalidad.

A pesar de que la contradicción de tesis ha recibido fuertes críticas por sostener la prevalencia de las restricciones constitucionales expresas, es innegable que la Suprema Corte dio un paso adelante al establecer la obligatoriedad de la jurisprudencia interamericana. Por esta razón es indispensable que todos los operadores jurídicos la conozcan, porque no es algo que solo competa a las autoridades ni mucho menos en

mayor medida, sino que existe una corresponsabilidad, en igualdad de exigencia, de todos los intervinientes en el sistema de justicia.

Por ello no resulta perdonable que los defensores penales desconozcan criterios relevantes del Tribunal Internacional, porque ya no es una opción ejercida por aquellos empeñosos en la mejor defensa de derechos, sino un mínimo de conocimiento obligado para todos aquellos colocados en el rol de defenderlos.

Solo como referencia, cabe señalar que aun cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido su criterio respecto a la prevalencia de las restricciones constitucionales, por ejemplo, al resolver el catorce de abril de dos mil quince el amparo directo en revisión 1250/2012, en el que determinó que no es posible realizar control de convencionalidad respecto a la figura del arraigo, al ser una restricción expresa a la libertad personal contenida en la Constitución; también ha mostrado gran disposición para otorgar la mayor protección a los derechos conforme a los estándares internacionales aun en contra de disposiciones internas, lo que puede verse en el amparo en revisión 337/2017, del siete de marzo de dos mil dieciocho, en el que hizo una interpretación del artículo 27 constitucional en el sentido de que éste no contenía una restricción o prohibición expresa con relación al monto de indemnización por expropiación, por lo que lo procedente era aplicar la norma convencional al ser más favorable a la persona (al establecer que el monto debe corresponder al valor comercial y no al fiscal, como lo establece la norma nacional). Si bien sostuvo que no existía restricción constitucional, la interpretación misma en ese sentido refleja la disposición de atender a la norma más protectora con independencia de su fuente.

3. CASOS DE MÉXICO SOMETIDOS A LA JURISDICCIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Como lo he señalado, el objeto de este trabajo es destacar la jurisprudencia sostenida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias dictadas contra el Estado mexicano con incidencia en la defensa de los derechos de las personas sometidas a un proceso penal en la parte menos difundida, abordada, exigida o cumplida en el sistema de justicia penal.

Mi interés reposa en la necesidad de que estos criterios se vuelvan de curso corriente, tanto en su invocación y exigibilidad, como en su cumplimiento; en aras de una mejor defensa para las personas sometidas al poder punitivo del Estado, lo que a su vez redundará en una mayor legitimidad en el ejercicio de la procuración e impartición de justicia.

Al tenor de lo expuesto omitiré aludir a la jurisprudencia que sí ha sido difundida en mayor medida, porque de hacerlo volvería menos provechoso el presente análisis. Me refiero a temas como el deber de iniciar de oficio una investigación por tortura, de negar valor probatorio a confesiones obtenidas por tortura o el deber de exclusión de prueba ilícita, por citar algunos. Esos no serán abordados.

Para contextualizar el tema de la jurisprudencia empezaré haciendo una referencia general a los hechos del caso y a los tópicos centrales tratados en cada sentencia, para posteriormente centrar mi atención en la jurisprudencia emanada que estimo de relevancia, con inclusión de algunas referencias respecto al impacto de la condena en la forma de impartición de justicia en nuestro país. No es materia de este análisis la sentencia del caso Castañeda Gutman vs. México, por las obvias razones de que se refiere al ejercicio de derechos políticos que no guardan relación con el enfoque del presente.

3.1 Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México¹

(sentencia de 16 de noviembre de 2009)

La sentencia se relaciona con la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición y muerte de tres jóvenes de nombres Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera y Laura Berenice Ramos, cuyos cuerpos fueron encontrados en un campo algodonnero de Ciudad Juárez, Chihuahua, en noviembre de dos mil uno. Se responsabilizó al Estado por no proteger a las víctimas en un contexto generalizado de violencia en contra de las mujeres, dos de ellas niñas, la falta de prevención ante la existencia de un patrón de violencia de género que ya había dejado centenares de mujeres desaparecidas y asesinadas, la falta de respuesta de las autoridades frente a la desaparición, la falta de debida diligencia en la investigación de los hechos, la denegación de justicia y la falta de reparación adecuada.

Como consecuencia de esta condena en México se ha reformado la Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia a través de diversas normas como la Norma Mexicana en Igualdad Laboral y No Discriminación, mediante la cual se busca promover que las mujeres accedan y permanezcan en el mercado laboral en igualdad de condiciones que los hombres. También se fortaleció el Instituto Nacional de la Mujer, a través de programas de asistencia social y jurídica para las víctimas de violencia y discriminación.

Una consecuencia que me parece destacable es que la Suprema Corte de Justicia de la Nación creó el Protocolo para juzgar con perspectiva de género, que tiene la finalidad de generar estándares para un juzgamiento en el que se tomen en cuenta las desigualdades por razones de género y las relaciones asimétricas de poder, el cual si bien aún no se consolida en su aplicación –pues no siempre se implementa y, a veces, cuando se hace, no es de manera correcta— es innegable que ha cambiado de manera importante la forma de impartir justicia, de manera particular en favor de las mujeres sometidas a proceso penal, porque se analizan sus circunstancias y la posible incidencia de factores que por razón de género las pudieron haber llevado a involucrarse en los hechos del

¹ Corte IDH, Caso González y otras vs. México. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/sentencia_205_esp.pdf, consultado el 2 de diciembre de 2021.

proceso penal. El Poder Judicial de la Federación ha hecho grandes esfuerzos para la difusión del Protocolo y de sentencias dictadas por los jueces nacionales conforme a los criterios de dicho Protocolo.

3.1.1. Criterios sostenidos

a) La Corte sostuvo que cuando los medios de prueba para probar un hecho se encuentran en poder del Estado, la defensa de este no puede descansar en la imposibilidad de los demandantes de allegar pruebas que no pueden obtenerse sin su cooperación (párrafo 179). Lo anterior, con relación a la alegación del Estado en el sentido de que los representantes de las víctimas no habían aportado prueba para demostrar que el Estado omitió iniciar de manera pronta la investigación sobre la desaparición de las víctimas.

El anterior criterio debe hacerse exigible en el ámbito nacional en carácter de jurisprudencia interamericana, porque aun cuando el tribunal internacional ha sido consistente en reiterar que los criterios de valoración de las pruebas en el ámbito internacional de protección de derechos humanos es más flexible que en las legislaciones nacionales, pues en éste impera la libre valoración de la prueba, nuestro sistema procesal penal también contempla una libre valoración de la prueba (artículos 259 y 265 del Código Nacional de Procedimientos Penales) y en éste también convergen derechos humanos que deben ser protegidos.

La importancia de este precedente me parece singular, porque es frecuente que dentro de las investigaciones penales se solicite información probatoria en poder del Estado para el esclarecimiento de los hechos y que la autoridad encargada de proveerla de manera laxa la niegue con base en excusas nimias. Tal es el caso, por ejemplo, de cuando se solicitan videograbaciones de vías públicas a cargo del conocido como C4, las que frecuentemente no son aportadas con pretextos como que ya se borraron o que las cámaras no funcionaban en el momento solicitado, sin aportar prueba que corrobore la veracidad de su dicho. En estos casos simplemente se deja en indefensión a la persona sometida a la potestad punitiva y se favorece al Estado –representado por la Fiscalía— ante la imposibilidad de contradecir los hechos atribuidos, lo que se traduce en un beneficio para éste a partir de su propia negligencia, torpeza o mala fe (pues C4 también es el Estado).

Con esto no quiero decir que cualquier acto de torpeza o negligencia genere consecuencias absolutas, sino simplemente que se debe evitar generar beneficios en favor del Estado cuando éste tenga pruebas en su poder y no coopere en su aportación para el esclarecimiento de los hechos.

b) La Corte sostuvo que las autoridades estatales que tengan conocimiento de un hecho que deba ser investigado tienen el deber de hacer una investigación seria, imparcial y efectiva, por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad. Este deber de investigar debe ser asumido por el Estado como un deber

jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa (párrafos 289 a 292). Un Estado puede ser responsable por dejar de “ordenar, practicar o valorar pruebas” que hubieran sido de mucha importancia para el debido esclarecimiento de los hechos (párrafo 349; en él se hace referencia a un homicidio, en lugar de hechos, en general).

Si bien este deber de investigar se estableció en el marco de una denuncia por desaparición forzada que no fue atendida por el Estado Mexicano, en defensa de los derechos humanos, el mismo no tiene por qué ser excluido en tratándose de los hechos que se le atribuyen a una persona imputada o acusada de un delito, porque ésta también tiene derechos humanos a su favor que pueden ser conculcados ante la atribución de un hecho no cometido.

En este sentido, el deber de realizar una investigación seria, imparcial, efectiva y mediante todos los medios legales disponibles para el esclarecimiento de los hechos, también debe cumplirse con relación a las personas a las que se les atribuye un delito, por lo tanto, el Ministerio Público debe actuar con todo el empeño y recursos para la obtención de información probatoria que pueda devenir en su beneficio, con toda la intensidad que amerita un interés propio.

La necesidad de hacer permear este deber de investigación con toda la intensidad incluso cuando es en beneficio de la persona imputada, me parece significativa, porque nuestra realidad jurídica muestra que cuando es el imputado quien solicita actos de investigación comúnmente se asume como una simple formalidad condenada a ser infructuosa, porque las autoridades de investigación suelen pensar que cumplen con su deber simplemente con girar oficios, pero raramente muestran empeño para la concreción efectiva de las investigaciones.

c) El Tribunal resalta la importancia de las actuaciones disciplinarias de orden a controlar la actuación de los funcionarios públicos (párrafo 373). Las sanciones administrativas tienen un rol importante para crear la clase de competencia y cultura institucional adecuada (párrafo 377). El Estado debe investigar a los funcionarios acusados de irregularidades y luego de un proceso debido aplicar las sanciones administrativas, disciplinarias o penales correspondientes a quienes resulten responsables (párrafo 460).

A pesar de que estos criterios se plasmaron en el contexto de actos de violencia institucional contra las mujeres, deben hacerse extensivos con la intensidad que el caso amerite, en tratándose de toda conculcación a los derechos humanos propiciada o realizada por cualquier servidor público en el ámbito de sus atribuciones. Tal es el caso de los peritos oficiales que omiten certificar lesiones presentadas por una persona detenida, porque con ello no solo encubren violaciones a derechos, sino también las propician y perpetúan a la vez que entorpecen el esclarecimiento de los hechos.

Los operadores jurídicos deben asumir un deber de denuncia cuando adviertan actuaciones de servidores públicos que den lugar a la violación de cualquier derecho humano en el ámbito del sistema de justicia penal.

3.2. Caso Radilla Pacheco vs. México ²

(sentencia de 23 de noviembre de 2009)

En agosto de 1974 en un retén militar fue detenido el señor Rosendo Radilla Pacheco, quien fue visto por última vez en un cuartel militar de Atoyac de Álvarez, Guerrero. La detención aconteció en el contexto de una política de Estado que involucró la detención y persecución arbitraria de opositores al régimen, principalmente activistas políticos y dirigentes sociales en el período conocido como “Guerra Sucia”. El Estado no estableció el paradero de la víctima ni encontró sus restos.

Esta resolución es la que más ha impactado en el sistema jurídico mexicano, porque dio lugar a una reforma constitucional integral en materia de derechos humanos que llevó al establecimiento del bloque de constitucionalidad y el deber de los jueces de aplicar el control de convencionalidad y la jurisprudencia de la corte interamericana (en los términos arriba precisados); se estableció la prohibición de jurisdicción militar por actos desplegados en contra de civiles; la inaplicabilidad de reservar las averiguaciones previas cuando éstas versaran sobre violaciones graves a derechos humanos; la necesidad de adoptar estándares de derecho internacional en la investigación y sanción de la desaparición forzada; entre otros.

3.2.1. Criterios sostenidos

a) La Corte estableció que la obligación de investigar hechos, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de un delito que constituye una violación a derechos humanos es un compromiso que emana de la Convención Americana y que la responsabilidad penal debe ser determinada por las autoridades judiciales competentes siguiendo las normas del debido proceso (párrafo 178).

Este deber se estableció con relación al tema de la desaparición forzada, sin embargo, debe entenderse aplicable a los casos en que las personas detenidas son sometidas a tortura, por entidad de razón jurídica, en la medida que la tortura tiene la vertiente de delito y de violación a un derecho humano. Si bien este tema fue abordado de manera particular en el caso Cabrera García y Montiel Flores, respecto al cual me referiré más adelante, me parece un criterio relevante que emana de la sentencia.

b) La Corte estableció que la investigación de los hechos constitutivos de delito no debe entenderse como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa (párrafo 192). Para que una investigación penal constituya un recurso efectivo para asegurar el derecho de acceso a la justicia debe cumplirse con seriedad y ser asumida como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses parti-

² Corte IDH, Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-01/5.pdf>, consultado el 23 de noviembre de 2021.

culares (párrafo 233). El Estado debe conducir eficazmente y con la debida diligencia la investigación (párrafo 331). Con relación a este punto reproduzco las observaciones planteadas en el caso Campo Algodonero, en lo tocante al derecho que deben tener todos, incluyendo las personas imputadas, a una investigación efectiva de los hechos, incluso si ésta deviene en beneficio de ellas.

3.3. Caso Fernández Ortega y otros vs. México ³

(sentencia de 30 de agosto de 2010)

Los hechos se producen en un contexto de importante presencia militar en el Estado de Guerrero. La señora Fernández Ortega es una mujer indígena que al momento de los hechos tenía casi 25 años. En marzo de dos mil dos, al encontrarse en su casa en compañía de sus cuatro hijos, un grupo de aproximadamente once militares, con uniforme y armas ingresaron a su casa, ahí fue violada por uno de los militares mientras otros dos miraban. A pesar de las denuncias y recursos que se hicieron valer para investigar y sancionar a los responsables, esto no aconteció.

El Estado fue encontrado responsable por la violación al derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en el domicilio, así como responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial.

3.3.1. Criterios sostenidos

a) La Corte sostuvo que, en relación con artículos o textos de investigación, al tratarse de obras escritas que contienen declaraciones o afirmaciones voluntarias de sus autores para difusión pública, resultan útiles como elemento de valoración probatoria y su valor probatorio depende de que corroboren o se refieran a aspectos relacionados con el caso concreto (párrafo 33). El Tribunal ha considerado que las notas de prensa podrán ser apreciadas cuando recojan hechos públicos y notorios o declaraciones de funcionarios de Estado o cuando corroboren aspectos relacionados con el caso (párrafo 34).

El precedente aludido resulta significativo como un criterio de admisión probatoria en el orden jurídico nacional respecto a artículos o textos de investigación y notas de prensa, porque, al igual que en el sistema interamericano, rige la libre valoración de la prueba; de modo que resulta alegable para los casos en que, por alguna razón, la autoridad judicial tenga un punto de vista diferente. Se reitera que en las investigaciones penales se encuentran involucrados diversos derechos humanos, por lo que no existe razón para que no se estime aplicable.

³ Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros vs. México. <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-01/2.pdf>, consultado el 25 de noviembre de 2021.

b) Las diferencias de un relato, más que un problema de consistencia, pueden deberse a obstáculos en la expresión, a la intervención de terceros o producto del uso de diferentes idiomas o interpretaciones en las traducciones. Los hechos relatados por la señora Fernández Ortega se refieren a un momento traumático sufrido por ella cuyo impacto puede causar que se cometan determinadas imprecisiones al recordarlos (párrafo 105).

Este precedente resulta útil para controvertir la ineficacia probatoria alegada respecto a las declaraciones de las personas imputadas que muestran alguna inconsistencia al narrar detenciones arbitrarias; porque la razón central del argumento estriba en la conmoción que resulta de algún evento traumático, como en el caso puede ser una detención en circunstancias que dejan en total vulnerabilidad a la persona. Lo anterior no significa que sobre este argumento se pretenda que en todos los casos se conceda credibilidad a las versiones exculpatorias, pues ello dependerá de una valoración conjunta de la información probatoria, sino únicamente que se reconozca que los eventos traumáticos de cierta dimensión pueden afectar la consistencia de un relato y no por ello se merma automáticamente su eficacia probatoria. Aunque este criterio no es en sí novedoso en el ámbito nacional, pudiera resultar de mayor peso si se hace valer como jurisprudencia interamericana, en el entendido que el mismo debe aplicarse para cualquier testimonio.

3.4. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México ⁴

(sentencia de 26 de noviembre de 2010)

Los hechos se iniciaron el dos de mayo de mil novecientos noventa y nueve, cuando los señores Montiel Flores y Cabrera García se encontraban en una comunidad del Estado de Guerrero, afuera de la casa de este último y al lugar se presentaron aproximadamente cuarenta miembros del ejército mexicano que los detuvieron y mantuvieron a orillas del Río Pizotla hasta el cuatro de mayo de mil novecientos noventa y nueve. Posteriormente los trasladaron a instalaciones militares donde fueron golpeados y maltratados durante su privación de la libertad para luego presentar una denuncia en su contra por la presunta comisión de los delitos de portación de armas de fuego y siembra de amapola y marihuana. Fueron condenados por dichos delitos y finalmente se les permitió cumplir con la sentencia en su domicilio debido a su estado de salud.

Esta sentencia hace aportaciones significativas para la defensa penal de las personas sometidas a la potestad punitiva del Estado, por la naturaleza de los hechos, por lo que, a diferencia de las anteriores a las que me he referido, los pronunciamientos de la Corte guardan exacta correspondencia con la perspectiva que me ocupa en el presente.

⁴ Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-01/1%5B1%5D.pdf>, consultado el 14 de noviembre de 2021.

3.4.1. Criterios sostenidos

a) Tal como ha señalado este Tribunal, los Estados deben limitar al máximo el uso de las fuerzas armadas para el control de la criminalidad común o violencia interna, puesto que el entrenamiento que reciben está dirigido a derrotar un objetivo legítimo, y no a la protección y control de civiles, entrenamiento que es propio de los entes policiales. El deslinde de las funciones militares y de policía debe guiar el estricto cumplimiento del deber de prevención y protección de los derechos en riesgo a cargo de las autoridades internas (párrafo 88).

La Convención dispone que la detención de una persona debe ser sometida sin demora a revisión judicial. En este sentido la Corte ha señalado que el control judicial inmediato es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de Derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción cuando sea estrictamente necesario y procurar, en general, que se trate al inculcado de manera consecuente con la presunción de inocencia (párrafo 93).

La Corte reitera que, en zonas de alta presencia militar, donde los miembros de la institución militar asumen control de la seguridad interna, la remisión sin demora ante las autoridades judiciales cobra mayor importancia con el fin de minimizar cualquier tipo de riesgo de violación a los derechos de la persona (párrafo 102)

Deberes de debida diligencia estricta deben operar en las zonas de alta presencia militar (párrafo 132).

De todo lo expuesto resulta una obligación para los defensores en materia penal: hacer un examen escrupuloso con relación a la puesta a disposición sin demora cuando los agentes de la detención sean militares y hacer valer lo correspondiente ante la autoridad cuando este derecho no se haya cumplido. Como correlativo, la autoridad judicial deberá actuar con riguroso escrutinio al momento de resolver.

Si bien la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido diversos criterios judiciales con relación al análisis de la puesta a disposición sin demora, ninguno ha hecho especial énfasis en el rigor que amerita el examen cuando los agentes de la detención son miembros del ejército. Por lo tanto, resulta de suma importancia hacer valer este criterio interamericano, con mayor razón por encontrarnos en una época en la que no solo sigue imperando la presencia castrense en las labores de seguridad pública, sino que además muestra una tendencia a aumentar.

b) Los tribunales internos consideraron incoherentes entre sí los testimonios de los señores Cabrera y Montiel y, por lo tanto, les restaron valor a los mismos. Sin embargo, el Tribunal considera que las diferencias entre cada testimonio rendido por los señores Cabrera y Montiel no pueden ser consideradas como contradicciones que denotan falsedad o falta de veracidad en el testimonio (párrafo 113). El párrafo 142 del Protocolo de Estambul indica que los supervivientes de tortura pueden tropezar con dificultades

para dar detalles concretos sobre lo sucedido, por diversas razones: factores propios de la tortura en sí mismo, miedo al peligro, falta de confianza en el clínico examinador o el intérprete, el impacto psicológico de la tortura y el trauma, pérdida neuropsiquiátrica de memoria consecutiva a golpes.

Este precedente se explica por sí mismo, en la medida que el caso corresponde a una persona justamente imputada de un delito que alega haber sido sometida a tortura, por lo que reitero mis reflexiones plasmadas al referirme al caso Fernández y otros.

c) La jurisprudencia del Tribunal ha señalado que siempre que una persona es detenida en un estado de salud normal y posteriormente aparece con afectaciones a su salud, corresponde al Estado establecer una explicación creíble de esa situación. Por lo tanto, existe la presunción de considerar responsable al Estado por las lesiones que exhibe una persona que ha estado bajo la custodia de agentes estatales. En este supuesto recae en el Estado la obligación de proveer una explicación satisfactoria y convincente de lo sucedido y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad mediante elementos probatorios adecuados (párrafo 134).

Si bien existe una tesis en el ordenamiento nacional que se pronuncia en sentido similar, no tiene el carácter de jurisprudencia ni contiene un pronunciamiento tan categórico como este; por lo que sin duda constituye un criterio que debe hacerse permear con toda la obligatoriedad y sin limitaciones: la carga de la prueba de que se respetó el derecho a la integridad corresponde al Estado cuando la persona muestra afectaciones a su salud que antes de la detención no mostraba. Para estos fines corresponde al defensor aportar prueba del buen estado de salud anterior, para entonces hacer exigible la presunción en contra del Estado.

d) La Corte observa que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Harutyunyan v. Armenia*, indicó que en caso de existir evidencia razonable de que una persona ha sido tratada de manera cruel e inhumana, el hecho de que ratifique la confesión ante una autoridad distinta ante la que realizó la acción, no conlleva automáticamente a que dicha confesión sea válida (párrafo 173).

La Corte comparte el criterio descrito y reitera que la situación de indefensión y vulnerabilidad en la que se encuentran las personas a quienes en el momento de ser detenidas se les somete a tratos crueles, inhumanos y degradantes con el objeto de suprimir su resistencia psíquica y forzarla a auto inculparse, pueden producir sentimientos de miedo, e inferioridad capaz de humillar y devastar a una persona y posiblemente quebrar su resistencia física y moral (párrafo 174).

Conforme a esta jurisprudencia que el Tribunal interamericano retoma del Europeo, no es justificado que se niegue valor a lo que los jueces suelen llamar “retractación tardía de una confesión”, pues lo “tardío” puede encontrar explicación en la permanencia y prolongación de los efectos de tortura en la persona que en un primer momento “confesó”.

e) De acuerdo con lo establecido por el Tribunal Europeo el principio de presunción de inocencia implica que los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa, por lo que la carga de la prueba está a cargo de quien acusa y cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado. La presunción de inocencia se vulnera si antes de que el acusado sea encontrado culpable una decisión judicial relacionada con él refleja la opinión de que es culpable (párrafo 184).

Conforme al criterio sostenido –que asume el carácter de jurisprudencia que la Corte retoma del Tribunal Europeo–, cualquier juez que, incluso por error, exprese un pronunciamiento que pueda interpretarse como un juicio preconcebido de culpabilidad, violenta la presunción de inocencia, por lo tanto, puede ser recusado.

3.5. Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México ⁵

(sentencia de 28 de noviembre de 2018)

Los hechos versan sobre la responsabilidad internacional del Estado por la conducta de sus agentes estatales antes, durante y después de una protesta social ocurrida en los municipios de Texcoco y San Salvador Atenco en mayo de dos mil seis. Particularmente, el caso abarca las detenciones y abusos policiales, incluida la violencia sexual, en contra de once mujeres que fueron detenidas en el marco de estos hechos, así como la ausencia de una debida investigación de estos hechos.

3.5.1. Criterios sostenidos

a) La Corte ha establecido que la observancia de las medidas de actuación en caso de que resulte imperioso el uso de la fuerza impone satisfacer los principios de legalidad, absoluta necesidad y proporcionalidad, en los términos siguientes:

1. Legalidad. El uso de la fuerza debe estar dirigido a lograr un objetivo legítimo, debiendo existir un marco regulatorio que contemple la forma de actuación en dicha situación.
2. Absoluta necesidad. El uso de la fuerza debe delimitarse a la inexistencia o falta de disponibilidad de otros medios para tutelar la vida o integridad de la persona o situación que pretende proteger, de conformidad con las circunstancias del caso.
3. Proporcionalidad. Los medios y el método empleados deben ser acordes con la resistencia ofrecida y el peligro existente. Así, los agentes deben aplicar un

⁵ Corte IDH, Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_371_esp.pdf, consultado el 2 de diciembre de 2021.

criterio de uso diferenciado y progresivo de la fuerza, determinando el grado de cooperación, resistencia o agresión de parte del sujeto al cual se pretende intervenir y, con ello, generar tácticas de negociación, control o uso de fuerza, según corresponda (párrafo 162).

b) En el caso de detenciones colectivas el Estado debe fundamentar y acreditar, en el caso concreto, la existencia de indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la conducta delictiva de la persona individual y que la detención sea estrictamente necesaria, por tanto, no puede tener como base la mera sospecha o percepción personal sobre la pertenencia del acusado a un grupo determinado (párrafo 240).

Si bien en el sistema jurídico nacional la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha ocupado de desarrollar ampliamente criterios para valorar una detención en flagrancia (mediante la fijación de niveles de control preventivo), esta jurisprudencia interamericana puede resultar útil en tratándose de detenciones colectivas, en las que muchas veces la sola estancia en un grupo traslada los motivos de detención a todos, aunque solo les sean propios a algunos. Sirve para obligar a la autoridad a que realice un análisis particular cuando la detención acontece de manera colectiva.

c) Para que la medida privativa de la libertad no se torne arbitraria debe cumplir con los siguientes parámetros: 1) que su finalidad sea compatible con la Convención; 2) que sea idónea para cumplir con el fin perseguido; 3) que sea necesaria, es decir, absolutamente indispensable para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido; 4) que sea estrictamente proporcional, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción de la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida; 5) cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas serpa arbitraria (párrafo 251).

Hasta aquí los temas relevantes de la jurisprudencia. Si bien no hice alusión a todas las sentencias ello se debe a que, por lo que respecta a las emitidas en los casos Rosendo Cantú y Alvarado Espinoza y otros, no se introduce ningún contenido de relevancia distinto a los ya señalados, por lo que ningún sentido tiene incorporarlas solamente para reiterar información. Y, en lo atinente al caso García Cruz y Sánchez Silvestre y el caso Trueba Arciniega y otros, ambos concluyeron con una solución amistosa, por lo que la Corte dictó la sentencia homologando el acuerdo, de modo que no hizo pronunciamientos de fondo que ameritaran la incorporación de jurisprudencia.

4. CONCLUSIONES

Si antes la alusión a estándares internacionales era un atributo de aquellos empeñosos en la mejor obtención de justicia y el mayor respeto a derechos, hoy solo son mínimos que deben ser conocidos por todo aquel que defiende derechos. Todos los operadores del sistema de justicia penal se encuentran obligados a conocer la jurisprudencia inte-

ramericana. No es una labor exclusiva de los jueces. Los defensores deben velar porque se cumplan los estándares de protección que se han fijado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

FUENTES DE CONSULTA

Código Nacional de Procedimientos Penales. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_190221.pdf, consultado el 16 de diciembre de 2021.

Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-01/1%5B1%5D.pdf>, consultado el 14 de noviembre de 2021.

Corte IDH, Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-01/5.pdf>, consultado el 23 de noviembre de 2021.

Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros vs. México. <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-01/2.pdf>, consultado el 25 de noviembre de 2021.

Corte IDH, Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_371_esp.pdf, consultado el 2 de diciembre de 2021.

Corte IDH, Caso González y otras vs. México. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf, consultado el 2 de diciembre de 2021.

Martínez Alejandra et al., “Control de Convencionalidad”, en Cuadernos de Jurisprudencia núm. 10. Suprema Corte de Justicia de la Nación, junio de 2021

Ugarte, Krúpczaya, “La función de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en Dialnet, file:///C:/Users/Admin/Downloads/Dialnet-LaFuncionDeLaComisionInteramericanaDeDerechosHuman-5157812.pdf, consultado el 26 de noviembre de 2021



EL ARBITRAJE ANTE EL LITIGIO SUCIO

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. A. Decepción crónica. B. Coyuntura. 1. Índice de Estado de Derecho del *World Justice Project*. 2. Índice de Libertad Económica de la *Heritage Foundation*. 3. *Crimen sin Castigo* de Guillermo Zepeda Lecuona. 4. Conclusión. C. Idea. II. CASOS. A. Nulidad inapropiada. B. Suspensión judicial de proceso arbitral. C. Multa al árbitro para forzar suspensión. D. Fraude y Abuso de proceso. III. LECCIONES. A. El derecho arbitral está diseñado para resitir embates. 1. Designación del árbitro y su recusación. a) Constitución. b) Recusación. c) Experiencia internacional. 2. Compétence. a) Compétence es en esencia una regla de tiempos. b) Tropiezo judicial legislativamente corregido. c) Discreción de consecución o suspensión de procesos arbitrales. 3. Medidas precautorias. B. Exitos y fracasos de la experiencia mexicana. C. El valor del arbitraje ante la problemática descrita. 1. El arbitraje depende del buen funcionar del sistema. 2. El arbitraje cerciora el buen funcionar. Corrige yerros del sistema. 3. El arbitraje ha creado un auténtico oasis de justicia. REFLEXIÓN FINAL.

I. INTRODUCCIÓN

Desde sus orígenes, el arbitraje en México ha tenido un signo de interrogación: ¿funcionará? ¿En verdad se cumplirá la promesa de velocidad y efectividad?

La pregunta es válida. No solo porque estamos acostumbrados a estar decepcionados, sino por la coyuntura que atraviesa nuestro país.

A. Decepción crónica

Es tan frecuente y tan grave la falta de entrega que el ciudadano mexicano recibe (¡y percibe!) de las promesas que la clase gobernante hace, que es francamente imposible sobre-exponerlo. Ello incluye al Poder Judicial. Conforme el tiempo pasa, nuevos actores alzan la voz abrazando la idea de hacer modificaciones para que mejore. Para que funcione. Pero obtenido lo deseado, ya sentados cómodamente en los altos puestos de responsabilidad social, sus prioridades cambian. Su objetivo se torna en beneficiarse al máximo del puesto confiado. Las promesas ofrecidas a cambio de llegar al puesto son sencillamente olvidadas.¹ Existen ejemplos recientes de personajes que prometían mucho, lograron poco, frustraron mucho. Decepcionaron. Que, una vez encumbrados, abrazaron las mieles del poder y del dinero, en vez de ser fieles a su promesa de guardar la Constitución.

¹ Admito que considero que existe un motivo adicional por el que los esfuerzos de mejora del poder judicial fracasan: porque la solución no es una modificación, sino una reforma total e integral que involucre a los diversos aspectos del sistema que hacen que el mismo funcione subóptimamente. Ello incluye mejoras legislativas, pero sobre todo adopción de sistemas de efectividad, de rendimiento de cuentas, de plazos para emitir fallos, inclusive de normas sociales. Sin una aproximación holística, no se vislumbra una verdadera mejora.

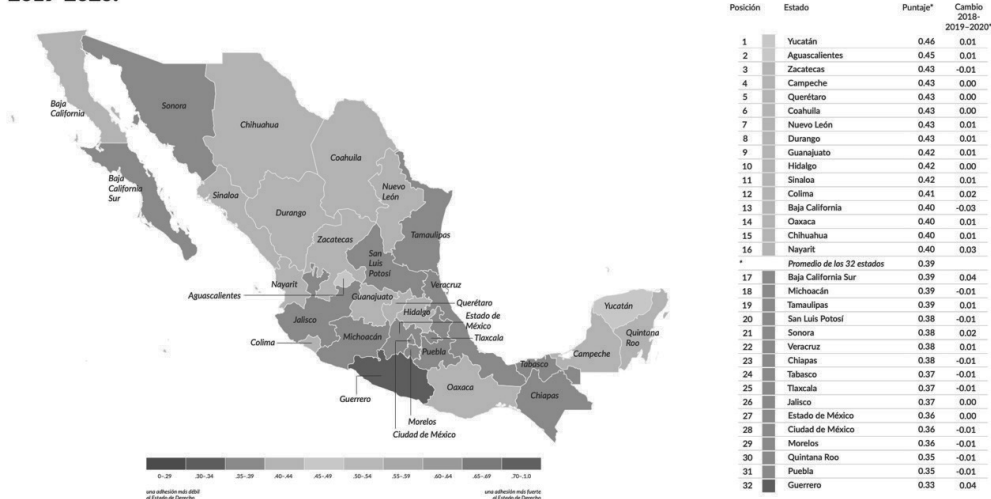
B. Coyuntura

Otro motivo por el que la promesa de efectividad y velocidad del arbitraje levanta cejas es por la coyuntura en que ocurre. Se observa un constante empeoramiento del Estado de Derecho, que en los últimos años se ha galvanizado. El crimen cotidiano es tolerado.² El crimen organizado es ignorado. Ha capturado casi a la totalidad de la sociedad y del país.³ Y los datos son nada menos que escalofrantes. Aunque las experiencias cotidianas abundan,⁴ para fines de este ensayo, cito en apoyo a dicha conclusión tres barómetros: los resultados de las averiguaciones de *World Justice Project*, el *Economic Index* de la *Heritage Foundation*, y los resultados del estudio de la tesis doctoral de Don Guillermo Zepeda Lecuona.

1. Índice de Estado de Derecho del World Justice Project

El *World Justice Project* considera que los resultados del *Índice de Estado de Derecho en México 2020-2021* evidencian un estancamiento en el progreso del país hacia un Estado de Derecho robusto.⁵ Su gráfica es comunicativa:

2019-2020:



- 2 Los delitos comunes son sencillamente no perseguidos. Los únicos que parecen merecer algo de atención son los flagrantes o existan otros incentivos en los que. Pero no se observa esfuerzo alguno de investigar y perseguir el delito. Cuando ocurre, es más muestra de una excepción que de la regla del funcionar del sistema.
- 3 Y ello no solo es ignorado sino abiertamente negado por las autoridades competentes. Los datos confiables provienen de las organizaciones de la sociedad civil, no de la clase gobernante. Y cuando se trae a su atención, se observa un ánimo de repudio inclusive desdén.
- 4 Todo ciudadano mexicano, o alguien cercano a él o ella, ha sido víctima de un delito.
- 5 *World Justice Project*, Índice de Estado de Derecho en México 2020-2021, p. 12. (worldjusticeproject.mx. Fecha de consulta: 3 de abril de 2022).

Es nada menos que preocupante ver cómo *toda la república* tiene colores muy bajos de aprobación, reprobatorios de hecho: casi todo es naranja, mucho es rojo. Alguna guinda. Mensaje: el *Estado de Derecho está por los suelos en México*. Y si se le pone la lupa a la cuestión de impartición de justicia, la cuestión es aún más preocupante:



Si se observan, ninguno de los componentes es aprobatorio. Y varios son reprobatorios con calificaciones muy bajas.⁶ Particularmente delicado es el resultado del rubro 7.4, encuadrado en rojo: 0.50. En cuanto a velocidad—uno de los valores que brinda el arbitraje—: 0.30. Ello significa que, en materia de justicia imparcial, independiente y libre de corrupción, *el país entero está reprobado*. En cuanto a celeridad, reprobado con una calificación vergonzosa.

La revisión del reporte de 2021 (*World Justice Project 2021*) arroja resultados semejantemente preocupantes. Veámoslos:

1. **Ranking global:** Es decir, El Estado de Derecho en distintas partes del mundo (*Rule of Law around the world*): lugar 113 de 139. En comparación del año pasado, México bajó un escaño.

6 El *World Justice Project* califica usando cero (0) como la calificación más alta y uno (1) como la más alta.

2. **Ausencia de corrupción:** calificación 0.26, situándolo en el lugar 135 de 139.
3. **Gobierno abierto** (*Open government*): lugar 43 de 139.
4. **Derechos fundamentales:** calificación de 0.49 confiriéndole el lugar 91 de 139.
5. **Orden y seguridad** (*order and security*): calificación 0.53, dándole el lugar 130 de 139.
6. **Aplicación regulatoria** (*Regulatory enforcement*): lugar 105 de 139.
7. **Justicia Civil** (*Civil Justice*): calificación 0.37 otorgándole el lugar 131 de 139.
8. **Justicia Criminal** (*Criminal Justice*): calificación 0.29 postrando a México en el lugar 129 de 139.

Vale la pena ver el resumen de indicadores de país:⁷

Overall Score	Regional Rank	Income Rank	Global Rank
0.43	27/32	37/40	113/139
Score Change	Rank Change		
-0.01 ▼	-1 ▼		

	Factor Score	Score Change	Regional Rank	Income Rank	Global Rank
 Constraints on Government Powers	0.45	-0.02	26/32	30/40	102/139
 Absence of Corruption	0.26	-0.01	32/32	40/40	135/139
 Open Government	0.60	0.00	7/32	6/40	43/139
 Fundamental Rights	0.49	-0.02	26/32	29/40	91/139
 Order and Security	0.53	0.00	30/32	39/40	130/139
 Regulatory Enforcement	0.44	-0.01	24/32	33/40	105/139
 Civil Justice	0.37	-0.02	28/32	38/40	131/139
 Criminal Justice	0.29	-0.01	26/32	38/40	129/139

* Indicates statistically significant change at the 10 percent level

Low Medium High

7 World Justice Project 2021, p. 121.

De dichos factores, dada la temática de este ensayo, llamo la atención del lector a los rubros sobre corrupción, orden y seguridad, y justicia civil y criminal. Basado en dichas calificaciones, la conclusión es obligada: *iel Estado de Derecho en México tiene uno de los peores resultados del mundo!*

2. Índice de Libertad Económica de la Heritage Foundation

La *Heritage Foundation* creó el *Index of Economic Freedom*: un concepto que pondera variables diversas. Una de ellas es el Estado de Derecho. Para 2022 se observa lo siguiente:⁸



Property rights are protected, but enforcement is uneven, and property registration is problematic. Foreign ownership of land is limited. The judiciary is independent, but court decisions are susceptible to improper influence. Corruption flourishes and rule of law is weakened amid a history of societal toleration of public-sector bribe solicitations, criminal violence, and entrenched political and economic interests that often collaborate with transnational drug cartels.

8 www.heritage.org. Fecha de consulta: abril 2022.

Como puede observarse, los tres componentes del concepto “Estado de Derecho” (*Rule of Law*) del concepto “Libertad Económica” (*Economic Freedom*) son derechos de propiedad, efectividad judicial e integridad del gobierno. Y los tres están reprobados. La explicación que ofrece al respecto es que:

“las decisiones judiciales son susceptibles de influencia inapropiada. La corrupción florece y el Estado de Derecho se debilita ante una historia de tolerancia social de coimas solicitadas por el gobierno, violencia criminal e intereses políticos y sociales que colaboran con frecuencia con cárteles de drogas”.

Un veredicto nada menos que pavoroso.

3. Crimen sin Castigo de Guillermo Zepeda Lecuona

Finalmente, el (brillante pero preocupante) estudio de Don Guillermo Zepeda Lecuona *Crimen sin Castigo* que concluye que, del universo de delitos reportados (de sí, una base muy inferior al universo de delitos que ocurren), sólo el 1.6% de los mismos son perseguidos.⁹ Ello explica por qué la gente no denuncia: siendo un costo,¹⁰ ¿para qué incurrirlo si la probabilidad de que se amortice es nula?¹¹

4. Conclusión

El Estado de Derecho es una promesa que simplemente no se ha cumplido al mexicano. Siendo el obsequio más caro que la clase gobernante puede —ídebe!— darle a la sociedad,¹² a 200 años de México independiente, seguimos esperándolo.¹³ Y las tendencias observables son tales que, aun suponiendo que hoy empezáramos a dar pasos correctos,¹⁴ cualesquiera que sean, tomaría por lo menos un lustro ver cierta mejoría—nada digno de mover la aguja.

9 Zepeda Lecuona, Guillermo, *CRIMEN SIN CASTIGO, PROCURACIÓN DE JUSTICIA PENAL Y MINISTERIO PÚBLICO EN MÉXICO*, México, D.F., Fondo de Cultura Económica – CIDAC, 2004.

10 Denunciar es engorroso, tardado y riesgoso. Dada la información confidencial que se revela, ante ninguna garantía de protección, en esencia se brindan más elementos a la clase delictiva para infligir daño.

11 Personalmente, he sido víctima de eventos delictivos en tres ocasiones. Uno de ellos, por policías mismos, cuyo nombre y número de placa identifiqué y denuncié no solo ante las autoridades penales sino un funcionario del Municipio de aquel entonces, con quien había compartido banca en la carrera. Nunca hubo consecuencia alguna. Ni siquiera se respondió mi carta.

12 Como definiendo en *EL ESTADO DE DERECHO: UN ENFOQUE ECONÓMICO*, ed. Porrúa, 2007, p. 95.

13 No hemos creado la sociedad que necesitamos. Y de ello existe culpa compartida: la sociedad en su totalidad es cómplice. Aunque la clase gobernante tiene una alta responsabilidad sobre ello, la crítica del ciudadano es frecuentemente no aparejada a conducta congruente con lo criticado. Un caso particular de ello es el litigio sucio, materia de este ensayo.

14 Una suposición importante, pues no solo *no* se observan pasos, sino que lo que ocurre dista de reflejar una política social ponderada e inteligente como estrategia de atención de esta cuestión.

Es ante dicho trasfondo que la promesa del arbitraje se recibió (se recibe) con asombro. A veces duda. A veces cinismo. ¿En verdad logrará el arbitraje calzar el Estado de Derecho en ciertas materias?

A 30 años de la inclusión de un régimen de talla mundial,¹⁵ la respuesta que puede darse es contundente: *¡si!*¹⁶

C. Idea

En este ensayo propongo y defiendo un triple postulado:

- (1) El sistema arbitral contiene los pesos y contrapesos necesarios para lograr su efectividad.
- (2) Para funcionar, el sistema arbitral exige entender y respetar dichos pesos y contrapesos. Dicha comprensión y respeto debe provenir con especial énfasis de los jueces.
- (3) El sistema arbitral puede servir para corregir instancias de fracaso del sistema local.

Si se entiende y acepta el postulado, se podrá aprender que el arbitraje confiere un valor importante para nuestra sociedad, particularmente ante la coyuntura que vivimos.

II. CASOS

La experiencia mexicana arroja instancias diversas de litigio sucio—y de todo tipo. En esta reflexión me enfocaré en aquellas que son relevantes para el objetivo y postulado de este ensayo, no sin antes explicar a qué me refiero por ‘litigio sucio’. ‘Por litigio sucio’ me refiero a las tácticas que se observa que muchos practicantes siguen para hacer prevalecer su interés por encima del contrario, que distan de ser una aplicación normal y ética del régimen procesal aplicable. Dichas prácticas son tan variantes que, más que enunciarlas, conviene describirlas genéricamente. Son lo contrario al proceso como está vislumbrado en los códigos. Incluye “entendimientos” meta-jurídicos, trucos, trampas, “corrupción”, y otros métodos que buscan obtener resultados deseados, que probablemente serían distintos a los que resultarían de seguir el proceso como es pensado. Como debería ser. Estas prácticas pueden incluir a jueces u otros funcionarios judiciales, pero no tienen que hacerlo. El común denominador observable en las mismas es que el proceso no se respeta, se le percibe como un ‘juego’ (un intercambio estratégico) que puede ‘ganarse’ si se es ‘astuto’.

15 El decreto que incluye el Título IV, Libro V, del Código de Comercio fue publicado en diciembre de 1993.

16 Sustancio tal aseveración en ARBITRAJE (Ed. Porrúa, 5ª edición, 2018, pp. 1498-1501).

Veamos algunos ejemplos que pueden ilustrar el punto.

A. Nulidad inapropiada

El caso *Infored*¹⁷ dio mucho de qué hablar en su momento. Cuestiono sin embargo si las conclusiones derivadas del mismo son las correctas. Dados los propósitos de este ensayo, vale la pena enforcanos únicamente en tres cosas:

- (1) **Nulidad de laudo y su corrección:** el juez que conoció del juicio de nulidad del laudo resolvió que el laudo era nulo por haberse incumplido el acuerdo arbitral dado que los árbitros no eran “expertos en la materia en cuestión”.¹⁸ Ello constituyó una aplicación errada de derecho arbitral pues (i) la supuesta ausencia de pericia no es causal de nulidad;¹⁹ (ii) no fue esgrimida por la parte que solicitaba la nulidad;²⁰ y (iii) los árbitros sí eran expertos en la materia. El acreedor conforme al laudo inició un juicio de amparo indirecto. El Juez de Distrito amparó, dejando insubsistente la sentencia que anuló el laudo.²¹ Como resultado del recurso de revisión, el Tribunal Colegiado de Circuito recaracterizó el tipo de amparo²² y resolvió negar el amparo, confirmando así la sentencia de nulidad del laudo arbitral.²³ Se solicitó recurso de revisión constitucional por interpretación directa de un precepto constitucional, enderezado con fundamento en el artículo 107.IX de la Constitución por considerar que la sentencia del amparo directo descrita en el párrafo anterior realizó una interpretación directa de la Constitución. El recurso procedió. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (“*Suprema Corte*”) determinó que el juicio de amparo que procede es *indirecto*. El resultado fue privilegiar la sentencia que respetaba la validez del laudo arbitral.
- (2) **Amparo indirecto contra leyes:** la parte que resistía la ejecución del laudo planteó la inconstitucionalidad del artículo 1420 del Código de Comercio (una premisa de la decisión de validez del laudo) bajo el argumento que dicho pre-

17 Para consultar el detalle de todo lo acontecido, puede consultarse González de Cossío, *El Caso Infored v Grupo Radio Centro: El Quijote Mexicano*, www.gdca.com.mx/publicaciones.

18 El razonamiento del juez insinuaba que tenían que ser expertos *en radio*, aunque la cláusula no lo indicara expresamente.

19 Y ello sin tomar en cuenta que los árbitros eran juristas prominentes, designados por las partes mismas, sin cuestionamiento alguno, mucho menos el relevante: la recusación.

20 Fue un dato conspicuo del caso que la causal de nulidad usada no fue esgrimida por la parte que solicitó la nulidad.

21 Por ser infundado declarar la nulidad al no actualizarse la causal de nulidad contenida en el artículo 1457.I(d) del Código de Comercio. Sentencia de mayo de 2005.

22 Razonó que el recurso de revisión no debía resolverse como tal pues no se trataba de un amparo *indirecto*, sino *directo*.

23 Se dejaron de analizar los agravios de la revisión principal y los argumentos de revisión adhesiva, no entrando al estudio de la sentencia del juez de distrito que había concedido el amparo, misma que se dejó insubsistente.

cepto viola las garantías de audiencia y acceso a la justicia. El Juez de Distrito negó el amparo. En revisión, la Suprema Corte asumió competencia originaria para analizar la constitucionalidad del artículo 1420 del Código de Comercio. Rechazó los argumentos de inconstitucionalidad, negando el amparo al quejoso, razonando que:

- (a) *Garantía de Audiencia*: el argumento en el sentido que el artículo 1420 violaba el artículo 14 Constitucional por efectuar una pérdida de un derecho sin previo juicio fue rechazado por considerar que (i) no hay privación definitiva de un derecho sin que se siga un procedimiento que respete las formalidades esenciales de un procedimiento; (ii) el artículo 1420 no es un acto privativo que implica una renuncia al derecho de promover un juicio de nulidad; (iii) en todo caso, la ‘pérdida’ de derecho obedece a inactividad procesal—algo perfectamente aceptado conforme al derecho procesal.
- (b) *Garantía de Tutela Jurisdiccional*: se consideró infundado el argumento que el artículo 1420 constituye un óbice o condición al derecho a solicitar justicia del Estado, atento al artículo 17 constitucional.

La Suprema Corte aprovechó lo conocido del caso para comunicar cómo percibía al arbitraje.²⁴ El ejercicio fue nada menos que extraordinario: se trató de un voto de confianza importante que mandó un mensaje importante a todo el orden jurídico mexicano sobre cómo entender al arbitraje, y porque es digno de apoyo y respeto judicial.²⁵

- (3) **Resultado agregado**: la validez del laudo fue respetada y lograda mediante el actuar del sistema. La (defectuosa) decisión de nulidad fue corregida. El litigio sucio no logró su cometido.

B. Suspensión judicial de proceso arbitral

Un juez ordenó la suspensión de un proceso arbitral. El árbitro decidió continuar razonando que no compete al juez tal decisión. La parte solicitante de la suspensión recusó al árbitro. La institución arbitral rechazó la recusación. La misma parte presentó la misma recusación ante juez.²⁶ El juez decidió a favor de la recusación. El árbitro se amparó. El juez de distrito sobreseyó: habiendo continuado con el proceso, para entonces el árbitro ya había emitido el laudo arbitral. Ello, en opinión del Juez de Distrito, ac-

24 Amparo en Revisión 2160/2009, Primera Sala, Suprema Corte de la Justicia de la Nación, 8 de septiembre de 2010, Unanimidad de 4 votos.

25 Visible en ARBITRAJE, *ob. cit.*, pp. 163-165 y 1267-1272.

26 Argumentando que el que el árbitro se hubiera negado a suspender el proceso ante una orden de suspensión de un juez generaba desconfianza. Era un indicio que podía reflejar parcialidad. El juez consideró que la no observancia por el árbitro de la orden de suspensión del proceso arbitral podía afectar el debido proceso pues ponía en duda que el arbitraje se resuelva conforme a derecho.

tualizaba la causal de sobreseimiento consistente en que la litis se había quedado sin materia. El árbitro solicitó revisión argumentando que el sobreseimiento lo agraviaba puesto que dejaba una “huella que permanece como una afectación en el patrimonio moral del árbitro”.

El colegiado amparó.²⁷ Consideró que la orden de suspensión continuaba afectando los intereses jurídicos del árbitro. Que ‘la declaración de parcialidad de la persona que funje como árbitro tiene efectos que “continuarán concretándose en perjuicio del quejoso porque afectan su patrimonio moral y su reputación” de subsistir la declaración judicial de su parcialidad’ puesto que (i) el acto reclamado subsiste hasta que sea revocado mediante los medios de impugnación disponibles; y (ii) el árbitro no solo tiene obligaciones de su encargo como árbitro, sino también derechos: recibir remuneración. Para cumplir su función, realiza funciones jurisdiccionales sin imperio. Tales funciones tienen naturaleza de un servicio por el cual el árbitro debe responder cuando deriven de un actuar parcial. Ello puede incluir la nulidad o inejecutabilidad del laudo que dicte por no haber cumplido el requisito de imparcialidad.

En *obiter* hizo apreciaciones interesantes. Destacaré aquellas que son relevantes para la cuestión abordada en este ensayo:

(1) Sobre la naturaleza del arbitraje dijo que:²⁸

“El arbitraje es una institución que nace del pacto expreso de dos o más partes para resolver las controversias que surjan o hayan surgido de sus convenciones, mediante un procedimiento legal o específico que debe respetar las formalidades esenciales del procedimiento, atribuyendo a un tercero la facultad de resolver el litigio existente mediante un laudo, que tendrá fuerza vinculatoria para ambas partes, como si lo hubiera resuelto un juez del Estado.”

(2) Sobre la naturaleza jurídica del árbitro se indicó que:²⁹

“... el árbitro es un prestador de servicios profesionales, un particular que presta sus servicios para dirimir una controversia de manera imparcial”

(3) Sobre el papel de la autonomía de la voluntad en el proceso arbitral, dijo que:³⁰

“La voluntad de las partes es el rector del procedimiento arbitral pues el arbitraje es de naturaleza convencional”

27 Amparo en revisión 406/2018. Décimo Primer Tribunal Colegiado en Material Civil del Primer Circuito; 28 de agosto de 2019.

28 Id. p. 101.

29 Id. p. 108.

30 Id. p. 102.

- (4) Y sobre el arbitraje, dijo que está sujeto a principios. De entre ellos, se refirió a la imparcialidad así:³¹

“elemento fundamental del actuar de los titulares de los órganos jurisdiccionales”

La sentencia hilvanó todos estos elementos para llegar a la siguiente conclusión:

- (A) La declaración de parcialidad del árbitro afecta su reputación como prestador de servicios profesionales pues al poner en duda su profesionalismo puede verse afectado en su capacidad de realizar actividades profesionales a las que se dedica.
- (B) La emisión del laudo no destruye el objeto o materia del amparo. “Aún hay huellas ... de ‘la resolución’³² ... en la esfera jurídica del quejoso”.³³
- (C) Siendo que la nulidad del laudo arbitral o su inejecutabilidad no son recurribles por el árbitro (ya que contrario a la, jurisprudencia existente, éste no está legitimado), el árbitro quedaría en estado de indefensión al carecer de un mecanismo que le permitiera defender sus intereses como prestador de servicios.³⁴

Basado en lo anterior, concedió el amparo liso y llano al árbitro quejoso para que la autoridad responsable deje sin efectos la determinación de procedencia de la recusación, y se abstenga de dictar algún otro acto que califique el impedimento formulado.³⁵

De lo anterior se desprende que mediante el juicio de amparo se corrigió la mala aplicación del derecho arbitral que realizó el juez de primera instancia. Siendo que se trataba de un arbitraje administrado, el órgano competente para resolver la recusación es la institución arbitral, no el juez. Al haber tomado una decisión al respecto, el juez actuó en forma desapegada a Derecho, particularmente porque ya existía una decisión sobre la recusación por la institución arbitral.

C. Multa al árbitro para forzar suspensión

El caso descrito en II.B *supra* tuvo un episodio adicional: multa al árbitro para coactivamente hacer cumplir la suspensión. El árbitro se amparó en contra de la resolución que impuso la multa. El árbitro se amparó. El Juez de Distrito sobreseyó razonando que:

31 Id. p. 104.

32 Auto de 3 de noviembre de 2016 que declara procedente la recusación.

33 Id. p. 161.

34 Id. p. 112.

35 Id. p. 131.

- (1) El árbitro no era parte del acto jurídico que contiene el acuerdo arbitral;
- (2) El árbitro no era parte de la relación jurídica procesal del juicio de origen por lo que todo lo actuado no le generaba por sí una afectación actual y directa de un derecho jurídicamente tutelado; y
- (3) El árbitro carece de interés jurídico.³⁶

El Colegiado disintió.³⁷ Determinó que el árbitro sí tiene interés jurídico para reclamar las resoluciones pues afectan su patrimonio y libertad personal,³⁸ y la multa “irrogó un agravio personal y directo” en el patrimonio del árbitro.³⁹

El resultado fue que la decisión de multa fue corregida. Se trataba de una medida coercitiva para hacer cumplir una sentencia sobre un tema que partía de una errada aplicación del Derecho, como se explicó en la sección anterior. Y lo que es interesante de esta decisión es que excepcionó (más bien matizó) la regla existente en derecho mexicano consistente en que los árbitros carecen de interés jurídico.

Como resultado, la nueva (y más refinada) expresión de la cuestión es la siguiente: el árbitro carece de interés jurídico y por ende legitimación para recurrir la sentencia que recae a un juicio de nulidad o ejecución de un laudo. Pero si el acto recurrido impacta la esfera jurídica del árbitro (ya sea porque toma decisiones que le afectan reputacional o económicamente), el árbitro tendrá interés jurídico y por ende legitimación para recurrirlas.

D. Fraude y Abuso de proceso

En *Lion Mexico Consolidated v Estados Unidos Mexicanos*⁴⁰ un tribunal arbitral de inversión analizó si procesos relacionados con un fraude inmobiliario relacionado con una inversión extranjera en México constituían una violación a la obligación de extender trato justo y equitativo a una inversión, en su caso particular de “denegación de justicia”. El tribunal concluyó que el conjunto de circunstancias actualizaba una denegación de justicia. La conclusión descansó en las siguientes premisas, a las que el tribunal arribó después de analizar literatura y casos diversos:

- (1) La denegación de justicia consiste en “conducta procesal impropia y escandalosa por parte de los tribunales que no cumpla con los estándares básicos inter-

36 Sobre lo cual existen criterios judiciales.

37 Amparo en revisión 351/2017, Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, sentencia de 15 de noviembre de 2018.

38 Id. pp. 290 y 295.

39 Id. p. 315.

40 Caso CIADI No. ARB(AF)/15/2, laudo de 20 de septiembre de 2021.

nacionalmente aceptados de administración de justicia y debido proceso, que conmocione o sorprenda el sentido de la corrección judicial”;⁴¹

(2) La determinación de existencia de *justitia denegata* exige un estándar alto;⁴² y

(3) El estándar es objetivo.⁴³ No exige determinación de intención.⁴⁴

Ante el problema vivido falló el sistema. El sistema judicial local simplemente no logró corregir la situación; pero el arbitraje de inversión corrigió la injusticia. Habiendo concluido que existía denegación de justicia, el tribunal arbitral ordenó reparación monetaria.

Lo ocurrido no solo es plausible, es emocionante. Las premisas detrás de la conclusión del tribunal arbitral fueron:

(1) Todo sistema judicial en orden debe contar con salvaguardas procesales sólidas, que minimicen el riesgo de que los extranjeros no sean debidamente notificados de los procedimientos incoados contra ellos, y que las sentencias en rebeldía contra los extranjeros sólo sean adoptadas cuando el juzgado tenga la convicción de que los extranjeros hayan sido debidamente notificados y tengan conocimiento de que están siendo demandados.

(2) Un sistema judicial que funcione correctamente debe evitar la información falsa proporcionada maliciosamente a los tribunales sea utilizada, sin la debida revisión, en perjuicio de un tercero desprevenido.

(3) El sistema judicial debe ofrecer soluciones eficaces para las situaciones en las que se detecta la falsedad de la información aportada por una parte una vez que se ha dictado una sentencia. El sistema debe facilitar que el tercero perjudicado pueda hacer alegaciones y presentar pruebas para anular una sentencia errónea.

Hizo una mención importante:

“El Tribunal no pretende juzgar la idoneidad o eficiencia de todo el sistema judicial mexicano, por el que este Tribunal siente el máximo respeto.”⁴⁵

Esclareció que no se trataba de un caso de corrupción.⁴⁶ Que el sistema judicial mexicano operó de buena fe, sin coludirse con las personas que habían incurrido en fraude

41 Id. ¶299.

42 Aceptando al respecto no solo lo que argumentaba México, sino Estados Unidos y Canadá como partes intervinientes no contendientes (¶¶282-286) (lo cual permite el TLCAN, art. 1128).

43 Id. ¶299.

44 La conducta deliberada puede servir de fundamento de la conclusión de denegación de justicia, pero ello no es un requisito indispensable (¶296).

45 Id. ¶610.

46 Id. ¶368.

de los inversionistas demandantes. Pero que la constatación de mala fe no es necesaria para dictar una resolución por denegación de justicia.

La existencia de un fraude, por sofisticado que sea, no exime al Estado del deber de contar con un sistema judicial que funcione adecuadamente.⁴⁷ Y conocido lo ocurrido, el tribunal arbitral concluyó que Lion México sufrió denegación de justicia: el sistema judicial mexicano, en particular los tribunales de Jalisco, no funcionaron debidamente, en detrimento de Lion México, un inversor protegido por el TLCAN.⁴⁸

El estándar para arribar a una conclusión de denegación de justicia es alto: la Demandante debe probar que las cortes locales incurrieron en una conducta procesal impropia y escandalosa que no cumple con los estándares básicos internacionalmente aceptados de administración de justicia y debido proceso. Tal que conmociona o sorprende el sentido de corrección judicial.⁴⁹ En base a dicho (alto) estándar se concluyó que:

- (1) A Lion se le negó el acceso a la justicia: Lion, sin tener la culpa, nunca tuvo la oportunidad de defenderse en el procedimiento de cancelación. El Poder Judicial mexicano nunca corrigió dicha situación.⁵⁰ Se le privó a Lion su derecho a comparecer y defenderse, lo cual constituye una conducta procesal impropia y escandalosa, que conmociona o sorprende el sentido de rectitud judicial.⁵¹
- (2) A Lion también se le negó el derecho a recurrir cierta sentencia de cancelación: el juez de lo mercantil, la misma autoridad que había dictado la sentencia de cancelación, adoptó una decisión posterior dando efecto de cosa juzgada a la sentencia de cancelación, precluyendo así cualquier oportunidad de recurso. Enfatizando que la denegación de justicia siempre es procesal,⁵² el tribunal arbitraje de inversión concluyó que el juez local omitió flagrantemente el procedimiento establecido en el derecho aplicable, lo cual fue relevante pues le negó a Lion la posibilidad de demandar apelar la sentencia que lesionaba sus intereses.⁵³
- (3) A Lion también se le negó el derecho a alegar en el procedimiento de amparo que convenio de pago había sido efectivamente falsificado y a presentar pruebas para demostrar dicha afirmación: a tres años de iniciado el amparo, la alegación de falsificación aún no había sido siquiera admitida dentro del procedimiento de amparo. Lion no pudo obtener una decisión sobre el carácter falso de cierto

47 Id. ¶366.

48 Id. ¶367.

49 Id. ¶¶370 y 396.

50 Id. ¶373.

51 Id. ¶421.

52 Id. ¶431.

53 Id. ¶447.

convenio de pago por los tribunales mexicanos, a pesar de numerosos y diligentes intentos de obtener tal resolución.⁵⁴

Conclusión: haciendo eco de la definición de Jan Paulsson “la denegación de justicia surge cuando los procedimientos son tan defectuosos que excluyen toda expectativa razonable de una decisión justa”, el tribunal de inversión consideró que Lion, tras tres años de lucha en el sistema judicial municipal, no podía esperar una decisión justa en un plazo razonable.⁵⁵ Condenó a México a pagar \$47 millones de dólares a favor del inversionista.⁵⁶

III. LECCIONES

De lo expuesto deseo decantar y defender tres lecciones, que sirven de premisa del postulado que como idea propone este ensayo:

1. El derecho arbitral está diseñado para resitir los embates del litigio sucio.
2. Aunque el Poder Judicial mexicano ha mostrado instancias tanto de éxito como fracaso, las instancias de fracaso han sido excepcionales. La regla ha sido la correcta aplicación de derecho arbitral.
3. Las premisas (1) y (2), contextualizadas con la problemática descrita en la sección I de este ensayo, ponen en manifiesto el valor del arbitraje: se ha erigido en un auténtico oasis de justicia, que procura certidumbre jurídica.

A continuación desarrollo estas lecciones.

A. El derecho arbitral está diseñado para resitir embates

El sistema arbitral contiene mecanismos que solucionan los problemas del género que motivan este ensayo. Destacan el sistema de constitución del tribunal arbitral (§1), el principio *compétence de la compétence* (§2), las facultades del tribunal ante procesos paralelos (§3), y las medidas precautorias (§4).

1. Designación del árbitro y su recusación

El artículo 1427 del Código de Comercio contiene el régimen de constitución del tribunal arbitral, ya sea unimembre o plural. Ello incluye tanto el régimen de participación de las partes en su constitución, como el control de la regularidad del tribunal arbitral. Ambos contemplan un papel del Poder Judicial. Dicho papel debe ser cuidadosamente implementado so pena de trastocar su eficacia.

⁵⁴ Id. ¶504.

⁵⁵ Id. ¶506.

⁵⁶ Id. ¶¶774 y ¶851.

a) Constitución

El artículo 1427.III del Código de Comercio establece el régimen de apoyo por el poder judicial para la constitución del tribunal arbitral. Al respecto, el *chapeau* del artículo 1427.III comienza con la frase “A falta de tal acuerdo”. Ello quiere decir que el régimen de apoyo judicial es *ius dispositivum*: admite pacto en contrario. Y el “acuerdo” al que se refiere, es al que alude la fracción II: “las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento de los árbitros”.

El régimen descrito permite a las partes llegar a acuerdos procesales sobre este importante paso. Una forma de lograrlo es pactando un reglamento arbitral—que tiene naturaleza contractual. De haberse pactado, todo cuanto ocurra a este respecto se da curso mediante el régimen del reglamento arbitral, que varía.

b) Recusación

El mecanismo para controlar la regularidad en la constitución del tribunal arbitral es la recusación. El derecho arbitral establece de nuevo un régimen de derecho dispositivo: la recusación se sigue ante el juez, a menos que las partes hayan pactado en contra. Una forma frecuente de hacer cumplir dicho régimen es pactando un reglamento arbitral – que tiene naturaleza contractual. Si las partes acuerdan la aplicación de cierto reglamento arbitral, el régimen de constitución del mismo desplaza al artículo 1427 del Código de Comercio.

Esto es lo que fue violado por el juez de primera instancia en el caso descrito en la sección II.B *supra*: decidió ventilar y aceptar la recusación del árbitro, siendo que ello no le correspondía: existía una institución arbitral pactada que no solo era la competente para analizar la cuestión, ya lo había hecho—rechazando la recusación del árbitro. Ello dispone definitivamente de la cuestión. La parte recusante no puede volver a presentar la recusación ante el Poder Judicial: el tema estaba decidido. Éste no es competente para conocer de ello.

c) Experiencia internacional

El régimen de constitución del tribunal arbitral es clave para la eficacia del arbitraje. No respetarlo puede tener por efecto atropellar procesos arbitrales. Se trata de un foco frecuente de actuación de quienes buscan obstruir o descarrilar procesos arbitrales. Cuando ante casos delicados, la experiencia arbitral internacional ostenta casos de intentos de forzar árbitros “deseables” a los intereses de una de las partes, o expulsar árbitros distintos a los que el mecanismo descrito arroja.⁵⁷ Un caso particular de ello

57 Un ejemplo escandaloso fueron los casos *Himpurna v Indonesia* en donde se secuestró al árbitro con amenaza a su familia para evitar la emisión del laudo. (Caso CNDUMI *Himpurna California Energy*

incluye permitir recusaciones distintas al régimen pactado. Otra puede ser convencer a un juez a que se arrogue jurisdicción y seleccione un árbitro distinto al que quedaría designado como resultado del régimen pactado. Aún otro, aceptar la recusación de un árbitro no deseado por una de las partes, por motivos distintos a lo que permite el único mecanismo disponible para controlar la regularidad de la constitución del tribunal arbitral: la recusación.

2. *Compétence*

Compétence es uno de los principios más caros del derecho arbitral. Significa que el juez de la jurisdicción del árbitro es el árbitro mismo. Su contenido y alcance ha probado ser sutil en casos complejos pues detona un dilema (§a), que pone en duda cómo debe actuar el árbitro (§c). Su correcta comprensión ha generado malos entendidos que han sido corregidos (§b).

a) *Compétence es en esencia una regla de tiempos*

Compétence es necesario para cumplir la voluntad de las partes, pero detona un dilema.

Es *necesario* pues, sin dicho principio, el objetivo buscado por las partes al pactar arbitraje sería burlado: un demandado podría enderezar algún cuestionamiento que incida en jurisdicción,⁵⁸ exigiendo una determinación preliminar. De no ser el árbitro quien lo decida, el resultado sería que, para arbitrar, hay que litigar: una contradicción en términos.

El *dilema* que detona es que el cuestionamiento jurisdiccional puede ser legítimo; no tener como objetivo obstruir. En dicho caso, quien lo esgrime puede sentir que puede encausar la solución a su cuestionamiento mediante arbitraje actualiza el vicio de *petitio principii*. Por ende, debe existir un pronunciamiento previo por un órgano diverso.

Sin la aplicación estricta del principio sin embargo, *compétence* —y por ende la voluntad de las partes de arbitrar— sería poesía. Y la promesa de arbitraje nunca se lograría: si no se permite que el árbitro decida primero, el resultado sería que para arbitrar es necesario litigar: una contradicción en términos.

Ltd. v. PT. (Pesero) Perusahaan Listrik Negara (laudo final de 4 de mayo de 1999) y *Himpurna California Energy Ltd. v. República de Indonesia*, laudo laudo interino de 26 de septiembre de 1999 y laudo final de 16 de octubre de 1999 (ambos reportados en *Yearbook Commercial Arbitration*, International Council for Commercial Arbitration, Vol. XXV-2000, p. 13 y p. 109.)

58 Y la experiencia enseña que la imaginación para esgrimir argumentos que puedan actualizar esta posibilidad es envidiable.

Considerados los dilemas que dicho principio asoma,⁵⁹ su expresión más refinada consiste en concebir a *compétence* como una regla de tiempos: el árbitro es el *primer* juez de su jurisdicción, sujeto a la revisión *definitiva* del juez. Este es el resultado no solo de entender lo establecido por el primer y tercer párrafo del artículo 1432 del Código de Comercio, sino sobre todo el dilema que resuelve.

La respuesta al dilema es el régimen cuidadosamente calibrado del artículo 1432 del Código de Comercio: el árbitro decide *primero*, el juez *en definitiva*. Y la respuesta a la preocupación de sesgo a favor del arbitraje queda colmada por la existencia de un recurso especial: aquel contemplado en el tercer párrafo del artículo 1432 del Código de Comercio (al margen del juicio de nulidad⁶⁰ y juicio de ejecución⁶¹ del laudo).

Es decir, existen *tres* instancias diversas en que se puede analizar la decisión jurisdiccional del árbitro. Ello hace las veces de un peso y contrapeso en el sistema arbitral. No se resta de efectos la voluntad de las partes de encausar sus problemas al arbitraje; pero no se da un cheque en blanco al árbitro.

b) Tropiezo judicial legislativamente corregido

Esto, dicho sea de paso, es lo que la Contradicción de tesis 51/2005-PS⁶² malentendió. Al sostener que, mientras que los cuestionamientos al contrato son decididos por el árbitro, los cuestionamientos al acuerdo arbitral son decididos por el juez, la Primera Sala de la Suprema Corte cometió un triple error analítico. Primero, hizo una distinción donde no hay una diferencia: el árbitro decide sobre su jurisdicción *siempre*, ya sea que provenga de un cuestionamiento al acuerdo arbitral o el contrato que lo contiene. Segundo, amputó la primera oración del artículo 1434 del Código de Comercio, que dice:

“El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez *del acuerdo de arbitraje*.”

(énfasis añadido)

Como puede observarse, la oración expresamente incluye los cuestionamientos a la validez y existencia del acuerdo arbitral como parte de la facultad del árbitro de decidir sobre su propia competencia.

59 Abordados con detalle en ARBITRAJE, ob. cit., pp. 358-388.

60 Artículo 1457 del Código de Comercio.

61 Artículo 1462 del Código de Comercio.

62 Cuyo rubro de tesis dice: “ARBITRAJE COMERCIAL. COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DEL ACUERDO DE ARBITRAJE PREVISTA EN EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 1424 DEL CÓDIGO DE COMERCIO CORRESPONDE AL JUEZ Y NO AL TRIBUNAL ARBITRAL”.

Tercero, excepcionó el principio de *compétence* con la excepción al deber de remitir al arbitraje,⁶³ trastocando el equilibrio descrito en esta sección.

Afortunadamente, dicha decisión fue corregida por la modificación al Derecho Arbitral de enero 2011 que adoptó los artículos 1464 y 1465 del Código de Comercio, que contienen tres medidas que restauran el equilibrio del régimen descrito:

- (1) *Tiempo*: el juez debe decidir de inmediato.⁶⁴
- (2) *Nuevos Clausus*: establecer un régimen taxativo: “sólo se denegará la remisión al arbitraje” cuando ante una decisión definitiva que el acuerdo arbitral es nulo.⁶⁵
- (3) *Umbral*: la nulidad, ineficacia o imposible ejecución del acuerdo de arbitraje debe ser “notorias”. Para llegar a tal determinación, el juez debe observar un “criterio riguroso”.⁶⁶

c) Discreción de consecución o suspensión de procesos arbitrales

El principio *compétence-compétence* cobra una importancia particular ante litigios paralelos. El tercer párrafo del artículo 1432 del Código de Comercio establece:

El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en el párrafo anterior, desde luego o en el laudo sobre el fondo del asunto. Si antes de emitir laudo sobre el fondo, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes dentro de los treinta días siguientes a aquél en que se le notifique esta decisión, podrá solicitar al juez resuelva en definitiva; resolución que será inapelable. Mientras esté pendiente dicha solicitud *el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones* y dictar laudo.

(énfasis añadido)

Deseo concentrarme en la última oración (destacada): mientras esté pendiente el juicio de nulidad en sede judicial por el cuestionamiento de la decisión jurisdiccional, el tribunal arbitral puede o no continuar con el proceso arbitral. Dicha norma logra un cuidadoso equilibrio entre dos consideraciones en tensión. Por un lado, el árbitro es el primer juez de su jurisdicción, sujeto al control del juez de la sede, quien revisa la legalidad de la decisión jurisdiccional. De decidir negativamente, dicha conclusión puede tornar en desperdicio todo el esfuerzo (y costo) de continuar con el proceso

63 Primer párrafo del Artículo 1424 del Código de Comercio “El juez al que se someta un litigio sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje en el momento en que lo solicite cualquiera de ellas, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.”

64 Artículo 1464.II del Código de Comercio y primera oración del artículo 1465 del Código de Comercio.

65 Artículo 1465 del Código de Comercio.

66 Artículo 1465 del Código de Comercio.

arbitral. Ello militaría a favor que el árbitro suspenda el proceso hasta tener una respuesta judicial. Por otro, el recurso puede buscar entorpecer. Puede tratarse de un cuestionamiento banal o claramente fútil. Táctico. Atenderlo deteniendo el proceso podría restar efectividad del arbitraje, tornando exitosa la estrategia, que es del género que critica este ensayo. Ante ello, siendo que la cuestión no admite generalización, la norma analizada inviste al árbitro de la facultad de continuar. Siendo que ello es una discreción (“el tribunal arbitral *podrá* proseguir sus actuaciones”: “podrá” implica facultad, no obligación), de decidir no ejercerla, ello implicará que puede decidir no continuar; suspender. *¡Pero ello es decisión del árbitro!* Ningún juez puede tomar dicha decisión por el árbitro. Hacerlo sería una intromisión ilícita. Una que diluiría la pieza más importante de efectividad del arbitraje: el principio *compétence-compétence*.⁶⁷

El árbitro tiene jurisdicción. Ejerce una función materialmente jurisdiccional; pero no es parte del sistema judicial mexicano. Se trata de una jurisdicción diversa. Una que no *depende* del actuar del juez local, sino que se *apoya* en la misma.⁶⁸ Ello apoya la independencia y eficacia del arbitraje.

3. Medidas precautorias

Una forma en que se ha buscado afectar procesos arbitrales es mediante medidas precautorias.⁶⁹ Sin embargo, como explico en *Prohibido Prohibir*,⁷⁰ las medidas precautorias judiciales no pueden ser utilizadas para suspender procesos arbitrales. La herramienta procesal de medida precautoria existe para lograr el (importante) propósito de procurar tutela cautelar evitando daño mientras ocurre un proceso, no un mecanismo para extirpar de la jurisdicción del tribunal arbitral la facultad de decidir sobre el fondo del asunto. Lo anterior es justamente lo que el juez de primera instancia en los casos descritos en II.B y II.C *supra* violaron: se procuró una medida precautoria judicial que, en vez de *apoyar* al arbitraje, *saboteaba* el arbitraje, ordenando suspenderlo. Afortunadamente, el Tribunal Colegiado corrigió el *faux pas*: otorgó la protección del amparo por inexacta aplicación del Derecho.

67 Primera oración del primer párrafo del artículo 1432 del Código de Comercio: “El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia...”.

68 Me parece significativo que el derecho arbitral francés alude al juez competente como *juge d'appui* (juez de apoyo). Empezando por el régimen del tribunal arbitral, los artículos 1451, 1452, 1453, 1455, 1456, 1457, y 1459, 1460, 1463, 1505, 1506, del *Code de Procédure Civile* francés así lo alude. Todos dichos preceptos regulan actuar del juez nacional respecto del arbitral. Y no lo vuelve a hacer en otras secciones del (vasto) Code.

69 Citando para ello la amplitud de la redacción de los artículos 1425 y 1478 del Código de Comercio. Ello sin embargo adolece de un vicio teleológico: las medidas precautorias son en apoyo de procesos arbitrales, no para obstruirlos. La tutela cautelar busca procurar la efectividad de un proceso, no su suspensión. Luego entonces, quien cita este argumento a favor de lograrlo hace un uso abusivo de una facultad: abuso de derecho en su sentido puro: utilizar un derecho para un interés diverso para el que fue confeccionado.

70 Visible en www.gdca.com.mx/publicaciones así como ARBITRAJE, ob. cit., pp. 1243 *et seq.*

Dicho criterio empieza a convertirse en la tendencia, como lo demuestra la tesis con el siguiente rubro:⁷¹

MEDIDAS CAUTELARES EN MATERIA MERCANTIL. ES IMPROCEDENTE DECRETARLAS SI TIENEN POR OBJETO INHIBIR O IMPEDIR QUE UNA PERSONA EJERZA ANTE LOS TRIBUNALES LAS ACCIONES CORRESPONDIENTES, PUES ELLO IMPLICA VULNERAR EL DERECHO DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN.

Criterio jurídico: Este Tribunal Colegiado de Circuito determina que es improcedente decretar medidas cautelares que tengan por objeto inhibir o impedir que una persona ejerza ante los tribunales las acciones correspondientes, pues ello implica vulnerar el derecho de acceso a la jurisdicción.

Justificación: ... las medidas cautelares tienen por lo general carácter conservativo, esto es, se dictan para que las cosas se mantengan en el estado que guarden y con la finalidad de evitar actos de violencia entre las partes; sin embargo, ello de ninguna manera implica la posibilidad de que a través de una medida de esa naturaleza se impida a una persona ejercer el derecho de acceso a la justicia; de ahí que si una autoridad judicial, a pretexto de conservar las cosas en el estado que guardan, dicta una medida cautelar mediante la cual impide a la persona ejercer una acción o acudir a los tribunales a ejercerla, dicha medida no será propiamente de carácter conservativo, sino que en realidad constituirá un nuevo estado de cosas, atentado al cual, en los hechos impedirá el ejercicio del derecho constitucional de acceso a la justicia, motivo por el cual, al ser contraria a ese derecho constitucional, esto es, por inhibir el acceso a la jurisdicción, deberá ser declarada improcedente.

El criterio es loable. Debe cristalizarse en jurisprudencia.

B. Exitos y fracasos de la experiencia mexicana

Con frecuencia se escucha referir al Poder Judicial como uno. Sin embargo, el Poder Judicial mexicano es un ente que, aunque *formalmente* monolítico es *realmente* amorfo. Compuesto de piezas y personajes distintos. 32 entidades federativas, cada una con sus juzgadores locales, que suman 1414. En materia federal existen 1454 juzgadores (634 jueces de distrito, 809 magistrados federales, 11 ministros).⁷² Como puede verse, tanto orgánica como humanamente, se trata de un cuerpo compuesto de muchas piezas. La práctica me ha permitido interactuar con muchos. Tengo el agrado de revelar que la contundente mayoría ha sido placentera. Debo, por honestidad intelectual, también reconocer que existen otros jueces que no merecen el mismo aplauso. Algunos me los he encontrado en mi práctica, otros por expedientes que he leído sobre los que se me pide opinión. Aún otros, porque personas cuyo juicio respeto⁷³ me han

71 Registro 2024663. Tesis: I.15o.C.3 C (11a.). (Transcribo solo parte del texto de la tesis.)

72 Visible en <https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/cnijf/2021/doc/cnijf>. Fecha de consulta: mayo 2022.

73 Me refiero no solo a inteligencia, sino observar que la apreciación no obedece a una agenda.

explicado lo acontecido. Y dentro de dicho universo, los motivos que encarnan la apreciación oscilan desde ausencia de preparación, hasta justicia procurada ilícitamente.

El escenario descrito arroja una consecuencia: *riesgo*. Riesgo que el caso de uno acaba en manos distintas de las personas cuya conducta merece aplauso. Y si el caso es trascendente, puede tratarse de un riesgo insoportable. Es ante ello que el arbitraje confiere un valor precioso.

¡Pero el poder judicial es una de las piezas del sistema arbitral! Y como se ha explicado, una que procura su efectividad. Ante ello, la pregunta es obligada: ¿cómo ha dicho (vasto y heterogéneo) órgano concebido e implementado el arbitraje? La respuesta a esta pregunta varía. Por comentarios que he escuchado, conversaciones que he sostenido, y actitudes que he observado, sospecho que muchos contestarán negativamente. Mi perspectiva es distinta. Antes de compartirla, deseo proponer que la respuesta no puede basarse exclusivamente en instancias individuales—ello sería un solipsismo. Subjetivismo inaceptable. Inclusive justificacionismo:⁷⁴ el deseo de achacar a otros error propio.⁷⁵ Debe uno basarse en (i) tendencias generales, no instancias aisladas; y (ii) resultados.

Es conforme a dicho estándar que considero que la experiencia mexicana a (casi) 30 años de Derecho arbitral moderno, es que éste ha sido muy bien interpretado y aplicado. Esta es la tesis de la obra *Arbitraje*.⁷⁶ Examinada toda la experiencia mexicana usando como materia sus sentencias, y como método el ponerlas bajo el prisma del derecho, doctrina y sistema arbitral internacional, el resultado es positivo: la tendencia contundente en la práctica mexicana es respeto, predisposición favorable, y apoyo al arbitraje por parte del Poder Judicial.⁷⁷

C. El valor del arbitraje ante la problemática descrita

Dentro del desierto del Estado de Derecho descrito al principio de este ensayo, el arbitraje se ha erigido en un oasis de Estado de Derecho. La relación del arbitraje con el Estado de Derecho es simbiótica: El Estado de Derecho brinda al arbitraje lo necesario para que funcione, y el arbitraje coadyuba al Estado de Derecho, cerciorando su funcionar. Es decir, el arbitraje no solo *depende* del buen funcionar del sistema (§1), *cerciora* el buen funcionar del sistema (§2). Como resultado, el arbitraje se ha convertido en una pieza del sistema que brinda un valor no solo útil, sino que promete incrementar dado el mundo que vivimos y las tendencias observables (§3).

74 Uso la palabra como sinónimo de validacionismo.

75 No son pocas las ocasiones que he detectado que los jueces observan en los practicantes mala praxis. Esto me ha dado en qué pensar. Creo que hay algo de verdad. De la misma manera en que puede haber algo de verdad en la crítica que algunos hacen de la calidad de ciertos procesos y fallos judiciales, puede haber mérito en la crítica que jueces hacen de nosotros los practicantes.

76 Porrúa, 5ª edición, 2018.

77 Id., pp. 1498-1501.

1. El arbitraje depende del buen funcionar del sistema

El derecho arbitral es un “sistema”. Es un *todo* que persigue un objetivo. Dicho *todo* está compuesto de *partes*, cada una de las cuales cumple una función *para* el todo, que se nutren del *todo*, y nutren *al* todo. Una de dichas partes es el poder judicial competente: el poder judicial es una pieza del sistema de arbitraje. El poder judicial relevante es el que las partes hayan escogido mediante el mecanismo de la elección de la sede.⁷⁸ Dicha elección implica la voluntad de las partes que la justicia privada que están acordando sea efectuada acorde al régimen pactado, directo y supletorio, incluyendo los órganos encargados de apoyarlo; de hacerlo cumplir.

2. El arbitraje cerciora el buen funcionar. Corrige yerros del sistema

El arbitraje depura defectos que el sistema puede arrojar. Los corrige. *Lion Mexico Consolidated v Estados Unidos Mexicanos*⁷⁹ pone el punto en manifiesto: es gracias a la examinación de lo ocurrido bajo la lupa del Derecho internacional que pudo corregirse una injusticia que el sistema local no pudo enmendar—el *motif* de la denegación de justicia. Ello nos debe agradar: el orden jurídico nacional es mejorado gracias a permitir instancias de revisión por el orden jurídico mundial. Y ello gracias al arbitraje.

3. El arbitraje ha creado un auténtico oasis de justicia

Al permitir elegir al evaluador, diseñando un proceso acorde a las necesidades del caso y preferencias de las partes, contemplando una decisión revestida de finalidad, el arbitraje confiere un valor importante. Pero ello, aunque necesario, no es suficiente para concluir que el espacio ocupado por el arbitraje merece ser considerado como una isla de justicia. Dicha conclusión sigue de las premisas enunciadas, más una adicional: las normas sociales del medio arbitral.

El rigor, cuidado y esmero visible en los arbitrales cotidianos son el polo opuesto de la justicia que uno observa en muchas otras áreas del orden jurídico mexicano. Compárese por ejemplo con la justicia penal (si es que puede llamársele así). Es auténticamente dantesco lo que se observa cotidianamente en materia penal. La frustración y angustia que dicho estatus y la cantidad de vidas destrozadas por ello genera es rebasado únicamente por la indiferencia de la clase gobernante. No se observa un solo paso serio para mejorar dicho (medieval) estatus. Si se acepta la tesis de Victor Hugo que el desarrollo de un país es visible en la calidad de su sistema penitenciario, es obligado concluir que México está en un subdesarrollo absoluto.

78 Esta es la función de la sede: servir de punto de conexidad que hace aplicable un derecho arbitral específico.

79 Caso CIADI No. ARB(AF)/15/2, laudo de 20 de septiembre de 2021.

Pero además del sistema penitenciario, están el proceso administrativo. Sus tiempos son impresionantemente largos. El proceso civil y mercantil merece la misma crítica, agravada por la (variable) calidad de sus decisiones.

Compárese esto con la justicia visible en los procesos arbitrales. Para quien tiene experiencia en otras áreas es un motivo de asombro observar el nivel de sutileza con el que se presentan y argumentan los casos. Y el cuidado de los árbitros es tal que hay espacio para hacer la crítica inversa: exageración. Algunos hablan de “*due process paranoia*”:⁸⁰ árbitros tomando medidas exageradas para cerciorar que el proceso arbitral (particularmente su carta magna) es seguido *al pie de la letra*. Que no hay ápice o espacio alguno para que alguien pueda argumentar que no fue escuchado. Es decir, el medio arbitral no solo ha procurado calidad de justicia, sino que lo hace exageradamente.

Atado a ello están las normas sociales que el medio arbitral ha creado y vive habitualmente, mismas que son extremadamente exigentes, tanto en su concepción como implementación. Mi lectura de ello es que quienes se dedican al arbitraje, particularmente cuando creen en él, se sienten confiados de un valor. Se percatan de lo delicado de la labor que realizan. Entienden que son depositarios de algo valioso; que se trata de un *nobile officium*. Que existe una relación de fiducia. Como resultado, su actuar es rectilíneo. Y ello genera algo interesante cuando ante amistades.

El medio arbitral es naturalmente ‘pequeño’. La razón por la que el tamaño es natural obedece a la *especialización*, que reduce el universo de actores. Ello ocurre en toda disciplina.⁸¹ Pero en arbitraje ocurre algo adicional que lo distingue de otras áreas: existe adjudicación. Los actores no solo concurren o compiten con otros actores, los evalúan. Ello lo distingue de muchas otras áreas. E incide en sus normas sociales. También explica mucha conducta y actitud. Por ejemplo, en algunas áreas se observa conducta no cooperativa, a veces hasta agresiva—inclusive destructiva. En arbitraje, el factor descrito —aunado al hecho que sus actores escogen a otros actores—arroja como resultado un *modus vivendi* no solo cooperativo, sino cordial.

Como es natural, las relaciones frecuentes generan amistades—a veces no solo profesionales, sino personales. Y cuando invitados a juzgar el caso presentado por una persona con quien les une una relación de amistad, la árbitro entiende que el postulante entiende que el deber de imparcialidad va en serio. Y viceversa. Que no se ganan puntos por ser amigo. Inclusive, a veces se observa que se le exige más al amigo que a otros. Me vienen a la mente instancias de pasos exagerados que se explican solo por el deseo de dejar claro que el deber de imparcialidad no cede ante amistad. Y las instancias en que alguien no lo ha entendido u observado así han propiciado repudio.

80 El término no es exagerado. La ‘paranoia’ es miedo profundo. No es inusual observar decisiones procesales y vivir deliberaciones cuyas premisas ostentan precisamente eso: miedo. ¿A qué? A no brindar un proceso cuidadosamente debido y justo.

81 Se observa que algunos aluden a los ‘sospechosos usuales’ con cinismo. Propondría que en toda materia en que existe especialización existe un grupo reducido de verdaderos especialistas.

Conclusión: las características del arbitraje (especialidad, flexibilidad y finalidad) aunado a los estándares de conducta visibles hacen que el arbitraje haya procurado un auténtico oasis de justicia en un desierto de Estado de Derecho.

REFLEXIÓN FINAL

En *El Estado de Derecho: Un Enfoque Económico*⁸² abordó la preocupación de la situación visible del Estado de Derecho en México⁸³ a la luz de los progresos visibles en el Derecho internacional: tanto responsabilidad internacional del Estado como la creciente cristalización del concepto jurídico internacional “denegación de justicia”.⁸⁴ Al comentar las áreas de oportunidad visibles en nuestro sistema jurídico hago alusión a:⁸⁵

Las fallas aludidas deben preocuparnos pues podrían constituir denegación de justicia, lo cual es un delito internacional.⁸⁶

Al hacerlo, comparto mi preocupación que lo cotidianamente visible en la praxis mexicana puede detonar el delito de denegación de justicia, y la consecuente responsabilidad internacional del Estado mexicano.⁸⁷ Ante ello:

La moraleja en el contexto de este estudio es importante: el deber de contar con un sistema eficaz de impartición de justicia, un Estado de Derecho, es una obligación bajo el derecho internacional. No solo es un cometido y objetivo natural del Estado, es algo a lo que los ciudadanos tienen derecho a aspirar, y exigir, desde la perspectiva internacional. Entre más rápido lo asimilemos y procuremos *motu proprio*, nos evitaremos que nos lo hagan cumplir coactivamente.

Es una lástima que el llamado a acción no haya merecido eco. Nos habríamos evitado (vergonzoso) llamado de atención que nos hace Lion Mexico—que no es el primero. En el caso *Castañeda v México*⁸⁸ la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que México:⁸⁹

“... violó, en perjuicio del señor Jorge Castañeda Gutman, el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana, en rela-

82 Porrúa, 2007, p. 40.

83 El derecho como una trampa (p. 32), el actuar de los jueces (p. 33), el abuso del proceso y el juicio de amparo (p. 37).

84 Id. p. 37.

85 Repito el llamamiento en COMPETENCIA, (México, Porrúa, 2017, pp. 775-781).

86 EL ESTADO DE DERECHO: UN ENFOQUE ECONÓMICO, *ob. cit.*, p. 37.

87 Idem.

88 En *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, sentencia de 6 de agosto de 2008, Corte Interamericana de Derechos Humanos, se concluyó también que existió una denegación de justicia electoral.

89 Id. resolutivo 2, p. 67.

ción con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en los términos de los párrafos 77 a 133 de la presente Sentencia.”

La Corte Interamericana razonó que:⁹⁰

“... la inexistencia de un recurso efectivo constituyó una violación de la Convención por el Estado Parte, y un incumplimiento de su deber de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos los derechos establecidos en la Convención, en los términos del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos...”⁹¹

¿Cuántos llamados de atención tendremos que recibir para que abramos los ojos y nos hagamos de voluntad para *en verdad* corregir el desempeño de nuestras autoridades locales (no solo el Poder Judicial sino las autoridades administrativas relacionadas con la materia)?

90 Id. ¶133.

91 El artículo 25 de la Convención establece:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados Partes se comprometen:
 - a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
 - b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial; y
 - c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

EL PROCESO EN CONTRA DE BAREA SORANO. UNA APORTACIÓN PARA EL CONOCIMIENTO DEL *CRIMEN MAIESTATIS* EN EDAD NERONIANA (54-68 D.C).

YURI GONZÁLEZ ROLDÁN

RESUMEN: Barea Sorano llegó al último escalón del *cursus honorum* en el periodo de Claudio en el 52 d.C., cuando fue denominado *consul designatus* siendo nombrado procónsul de Asia probablemente entre el 61/62 d.C., permaneciendo en su cargo hasta el 64 d.C. El propósito de la presente investigación consiste en el análisis, bajo el punto de vista legal, del juicio por el cual fue procesado junto a su hija Servilia y con la finalidad de reconstruir las fases del crimen de lesa majestad en la edad de Nerón.

PALABRAS CLAVE: Juicio, crimen, senado, príncipe.

ABSTRACT: Barea Sorano reached the last step of the *cursus honorum* under Claudius in 52 AD, when he was appointed as *consul designatus* and when he also became proconsul of Asia probably between 61/62 AD, remaining in charge in this position until 64 A.D. The purpose of this research is to analyze from a legal point of view the judgment to which he and his daughter Servilia were subjected and, in this way, to reconstruct the stages of the *crimen maiestatis* in Nero's age.

KEYWORDS: Judgment, Crime, Senate, Prince.

SUMARIO: 1. LA NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO SENATORIO EN MATERIA DE CRIMEN DE LESA MAJESTAD. 2. LA CAUSA DE LA ACCIÓN LEGAL EN CONTRA DE BAREA SORANO EN SU PAPEL DE PROCÓNSUL DE ASIA Y LA DENUNCIA DEL CABALLERO OSTORIO SABINO. 3. EL PAPEL DEL PRÍNCIPE EN LA FASE DE INVESTIGACIÓN. 4. EL PROCEDIMIENTO FRENTE AL SENADO. a. Instauración formal del proceso. b. Desarrollo del proceso. 5. CONCLUSIONES: ¿APLICACIÓN DE LA LEX DE MAIESTATE?. 6. FUENTES DE CONSULTA

1. LA NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO SENATORIO EN MATERIA DE CRIMEN DE LESA MAJESTAD

La competencia criminal del senado en edad imperial ya fue estudiada por la doctrina romanística llegando a «conclusioni sufficientemente sicure e difficilmente controversibili» como subraya uno de sus principales representantes¹. Sobre el desarrollo de la

¹ F. ARCARIA, 'Quod ipsi Gallo inter gravissima crimina ab Augusto obicitur'. *Augusto e la repressione del dissenso per mezzo del senato agli inizi del principato*, Napoli, 2013, p. 1, [recordando una afirmación anterior en F. ARCARIA, 'Senatus censuit'. *Attività giudiziaria ed attività normativa del senato in età imperiale*, Milano, 1992, 15 ss. con referencias a la doctrina]. Sobre tal aspecto quisiéramos notar que el fundamento político y jurídico de la competencia parece ser una medida política del príncipe en fa-

cognitio senatus informa De Marini Avonzo² que «presentata formalmente l'accusa per mezzo della *delatio*, essa doveva essere accettata dal magistrato. Nelle fonti si trovano documentati due diversi modi di procedere a questa *receptio inter reos*: talvolta essa era discussa da tutto il senato, talaltra il console decideva da solo sull'ammissibilità della domanda», pero, como veremos más adelante, en la presente investigación, en el caso del *crimen maiestatis* en edad neroniana, la acusación se hacía por escrito y era el mismo *princeps* quien debía decidir sobre la admisibilidad de la denuncia. Tal procedimiento de naturaleza inquisitorio se procedía mediante la *delatio* de un privado; pero tal acusación era una simple denuncia, el procedimiento iniciaba solo si el magistrado (en nuestro caso el príncipe), considerándola fundada, habría decidido de instaurar el juicio: «altrimenti l'accusa, di per sé, non metterebbe in moto il meccanismo della persecuzione criminale», como indica Santalucia³.

La finalidad del presente trabajo consistirá en identificar las etapas del proceso en contra de Barea Sorano: la denuncia, la causa de la acción legal, el papel del príncipe en la fase de instrucción, el procedimiento frente al senado hasta la sentencia de condena.

2. LA CAUSA DE LA ACCIÓN LEGAL EN CONTRA DE BAREA SORANO EN SU PAPEL DE PROCÓNSUL DE ASIA Y LA DENUNCIA DEL CABALLERO OSTORIO SABINO

Barea Sorano, hijo del cónsul *Q. Marcius Barea Soranus*⁴, llegó al último escalón del *cursus honorum* bajo el imperio de Claudio en el 52 d.C, fecha en que fue nombrado

vor del senado 'volta in qualche modo a compensare la notevole riduzione della sua attività di governo' como reconoce el investigador en pp. 2-3; así, en edad neroniana, resulta claro tal mecanismo en el procedimiento que se llevó a cabo en el 62 d.C. en contra del pretor Antistio que habría elaborado versos infamantes en contra del príncipe y los había hecho del dominio público durante la celebración de un banquete en la casa de Ostorio Scapola (*Tac. ann.* 14.48.1-2). El procedimiento fue relevante porque por primera vez bajo el imperio de Nerón se aplicó la ley que regulaba el *crimen maiestatis* por la simple pronunciación de palabras ofensivas como había sucedido bajo Augusto (*Tac. ann.* 1.72). Nerón no asume personalmente su facultad de juzgar, sino que envió la denuncia al senado para su deliberación, los senadores, antes de emanar la sentencia, para evitar de no causar una ofensa al príncipe se hizo lo siguiente: los cónsules escribieron al príncipe para informarle del *decretum* y Nerón respondió que, si bien se habría opuesto a una sentencia demasiado severa, no sería contrario a una decisión más moderada, permitiendo al senado la plena libertad de decidir aquello que considerase más oportuno al caso concreto, incluyéndose una eventual absolución del imputado. Tal respuesta demuestra no únicamente un evidente respeto del príncipe a la autonomía de los *patres* juzgándose sin ningún tipo de interferencia, sino que además se constata que tal competencia representó una atribución del emperador a favor del senado (*Tac. ann.* 14.49.1-2).

2 F. DE MARINI AVONZO, *La funzione giurisdizionale del senato romano*, Milano, 1957, pp. 79-120.

3 B. SANTALUCIA, *Accusatio e inquisitio nel processo penale romano di età imperiale*, «Seminarios Complutenses de derecho romano» 14 (2002), pp. 179-194.

4 Cónsul auxiliar junto a Tito Rustio Numio Galo en el gobierno de Tiberio en el 34 d.C. (*CIL* VI 244), procónsul de la provincia de África en dos ocasiones (en los años 41/42 y 42/43), quindecémviro y feacial como se demuestra en un documento epigráfico encontrado en la ciudad agelina de Annaba (*Hi-*

*consul designatus*⁵ obteniendo también el cargo de procónsul de Asia probablemente entre el 61/62 d.C. y siguiendo en su función hasta el 64 d.C.

Después del incendio de Roma (18-23 julio del 64 d.C.), Nerón necesitó de gran cantidad de dinero y de obras de arte para construir y embellecer la *Domus Aurea* y, con tal finalidad, el príncipe saqueó Italia, arruinó económicamente las provincias, los pueblos aliados y las ciudades libres, profanó inclusive los templos de Roma y se llevó las ofrendas en dinero que en diferentes épocas el pueblo romano en ocasión de los triunfos y en momentos de prosperidad y de miedo habían consagrado a las divinidades (Tac. *ann.* 15.45.1). El liberto Ácrato⁶ fue enviado por orden del emperador a Asia y a Secundo Carrinate a Acaja para despojar a las provincias del dinero que se encontraba en los templos y además para traerse a Roma las estatuas de los dioses (Tac. *ann.* 15.45.2⁷).

ppo Regius) y consultable en *AE*, 1935 (1936), 14 n.32 y en E. M. SMALLWOOD, *Documents illustrating the principates of Gaius, Claudius and Nero*, Cambridge, 1967, 122 n. 405. El cónsul además del hijo homónimo tuvo a Q. Marcius Barea Sura que se casó con Antonia Furnila procreando la hija Marcia Furnila, segunda ex esposa del emperador Tito (Svet. *Tit.* 4.2). Sobre el argumento ver L. PETERSEN, s.v. 'Q. Marcius Barea Soranus', en *PIR*, V.2, Berlin, 1983, pp. 175 ss.

- 5 Así indicado en Tac. *ann.* 12.53.1-2. Barea Sorano propuso en senado que Palante, el potente liberto de Claudio obtuviera el cargo de pretor y que le fueran dados quince mil sestercios porque el César habría declarado que su discurso en senado fue redactado por el *libertus* dando lugar al famoso senadoconsulto Claudiano (que castigaba a la mujer libre con la esclavitud si continuaba a tener relaciones íntimas con un esclavo ajeno no obstante la voluntad contraria del *dominus* y la solicitud de él de terminar la relación). Sobre el argumento, con una citación completa de las fuentes, ver: P. BUONGIORNO, 'Senatus consulta claudianis temporibus facta'. *Una Palingenesi delle deliberazioni senatorie dell'età di Claudio (41-54 d.C.)*, Napoli, 2010, pp. 311 ss.
- 6 Ácrato se encuentra citado en Tac. *ann.* 15.45 y en 16.23 así como en Dio Chrys. *orat.* 31.149; en la misma fuente en 31.150 Nerón es recordado como el más prepotente de los emperadores ya que el mismo consideraba que todo se encontraba sujeto a su ilimitado poder. A. STEIN, s.v. 'Acratus, Neronis libertus', en *PIR*, 1, Berlin-Lipsia, 1933, p. 16 no incluye en la s.v. *Acratus* la inscripción de Acrato, pedagogo de Livia Medulina, hija de Camilo y casada con Claudio, muerta el día de su matrimonio en *CIL* 10.6561 y en *CIL* 6.9741: *Medullinae Camilli filiae/ Ti(beri) Claudii Neronis/ Germanici sponsae/ Acratus l(ibertus) paedagogus*. Probablemente el liberto de Nerón fue el mismo pedagogo de la Augusta, pero el dato no es seguro. Sobre los presentes documentos epigráficos se vea MIKA KAJAVA, *Livia Medullina and CIL X6561*, en *Arctos* 20, 1986, pp. 59 ss., si bien la investigadora no afronta el problema de la identificación del liberto de Nerón con el pedagogo de Livia Medulina.
- 7 Tácito en el presente texto expresa una opinión sobre los dos personajes: *...ille libertus (Ácrato) cui-cumque flagitio promptus, hic (Secundo Carrinate) Graeca doctrina ore tenus exercitus animum bonis artibus non induerat* (Ácrato era un liberto dispuesto a todo mientras que Secundo Carrinate era experto en doctrina griega sólo en la forma, pero de espíritu desnudo de virtudes). Probablemente el pensamiento del escritor sobre el liberto parece ser demasiado severo ya que Ácrato no tenía facultad de elección; el *libertus caesaris* se encontraba obligado a cumplir la orden del príncipe con total empeño como habría debido hacer cualquier otro funcionario imperial como sucedió con Secundo Carrinate, que, según Tácito, no era un hombre virtuoso no obstante sus estudios sobre filosofía estoica. En Dio Chrys. *orat.* 31.148 se recuerda que Nerón no tuvo alejadas las manos de los tesoros de Olimpia y de Delfos, quitó la mayor parte de las estatuas de la Acrópolis de Atenas y muchas de Pérgamo. De todos modos, debemos hacer notar que después de Nerón se conservaron gran cantidad de estatuas en Rodas, Atenas, Olimpia y Delfos como informa Gayo Licinio Muciano recordado en Plin. *nat. hist.* 34.17.

Cuando *Acratus* inició el saqueo de Pérgamo⁸, los habitantes de la ciudad utilizaron la fuerza para tentar de salvar las estatuas y los mosaicos; Tácito no aclara si la oposición ciudadana tuvo éxito, pero visto que se encuentra indicado en Dio Chrys. *orat.* 31.148 que efectivamente Nerón obtuvo las estatuas de tal ciudad, el procónsul con la fuerza o mediante su intermediación⁹ seguramente logró calmar el enojo de los habitantes evitando una masacre ya que se sabe que Barea Sorano se abstuvo de punir a los rebeldes (Tac. *ann.* 16.23.1).

El comportamiento del procónsul fue motivo de denuncia por parte del caballero Ostorio Sabino, el cual consideraba que Barea Sorano habría ultrajado la *maiestas* imperial por haber actuado a favor de un beneficio personal y no por utilidad pública promoviendo sediciones entre los provinciales, interpretándose la revuelta de los ciudadanos como el resultado de una revolución organizada con la finalidad de producir cambios políticos. Efectivamente, después que fue matado por orden del emperador, Rubelio Plauto (62 d.C.)¹⁰, amigo de Sorano, la vida del procónsul ya corría peligro

8 No sabemos si Ácrato tuvo la posibilidad de escoger las obras de arte que debían ser llevadas a Roma y si el procónsul tuvo la posibilidad de proponer al liberto aquellas que a su parecer fueran las más hermosas. El altar de Pérgamo que se encuentra en la actualidad en Berlín seguramente no pasó inobservado a Ácrato y las láminas de mármol que representan los dioses del Olimpo habrían podido ser transportadas a Roma para embellecer la *Domus Aurea*. ¿Por qué razón la construcción permaneció en Pérgamo después de Nerón? ¿Poco interés por parte de Ácrato de los adornos esculpidos en el altar? O ¿La oposición ciudadana fue en grado de evitar que Pérgamo fuera saqueado también de uno de sus monumentos más representativos? Probablemente como en el área del altar se encontraban estatuas de bronce y mármol, Ácrato se limitaría a escoger las más hermosas sin alterar la obra arquitectónica, así como los mosaicos (*picturas*) que se encontraban en la ciudad. Tácito indica en *ann.* 16.23.1 que los ciudadanos de Pérgamo recurrieron a la fuerza para impedir a Ácrato de tomar las obras de arte, aunque probablemente no fue una revuelta popular en defensa del patrimonio artístico de la ciudad, sino parece ser más bien una manifestación de enojo por el ultraje a los dioses realizado por los miembros de las familias potentes de Pérgamo que habían hecho los dones a los templos. Un comportamiento diferente tuvo Nerón hacia la población de Rodas ya que no quitó las estatuas a aquellos que habían recibido honores por parte de la ciudad como se indica en Dio Chrys. *orat.* 31.150.

9 Probablemente la población estimaba al procónsul ya que en Tac. *ann.* 16.23.1 se indica que gracias a su buena administración se desazolvó el puerto de Efeso permitiéndose su correcta utilización. Barea Sorano habría administrado la provincia con competencia y honestidad, pero no consideramos correcta la tesis de M. HEIDER, *Philosophen vor Gericht. Zum Prozess des 'P. Egnatius Celer'*, en *RHM*, 48, 2006, p. 141, que el procónsul protegió Pérgamo del ataque del liberto imperial según su interpretación a Tac. *ann.* 16.23. Barea Sorano no hizo caso omiso al orden de Nerón de conceder a Ácrato la facultad de llevarse las estatuas y los mosaicos. Su única culpa fue la de no punir a los ciudadanos que trataron de impedirlo (*inultam omiserat*).

10 Por vía materna era descendiente de Augusto en el mismo grado de Nerón, ya que su madre Julia, era hija de *Drusus minor*, hijo de Tiberio, fruto de su primer matrimonio con Vipsania. En el 55 d.C. Agripina fue acusada sin fundamento de querer llevar a Plauto al poder para después casarse con él (Tac. *ann.* 13.19-22). La cometa que apareció en el cielo en el 60 d.C. fue interpretada por el pueblo como el anuncio del cambio de un nuevo príncipe y, ya que Plauto habría tenido las cartas en regla para sustituir a Nerón, se pensó que él era el candidato idóneo (Tac. *ann.* 14.22.1). Después de tal episodio Nerón escribió una carta a Plauto para invitarlo a retirarse en Asia y así evitar nuevas difamaciones (Tac. *ann.* 14.22.3) y, como en tal provincia gobernaba Barea Sorano, la amistad entre los dos personajes se volvió más íntima. Los presentes datos se encuentran mencionados también en A. MAIURI, '*Occultae notae*'. *Linee evolutive del trattamento del reato di magia negli 'Annales' di Tacito: profilo giuridico e puntua-*

porque en Roma se murmuraba que la provincia de Asia había tomado las armas en defensa de Plauto (Tac. *ann.* 14.58.2). La acusación en contra del procónsul no se habría limitado a la falta de persecución de los ciudadanos de Pérgamo que se habían opuesto al saqueo, sino que además contenía mayores informaciones que relacionaba a Sorano con Plauto.

3. EL PAPEL DEL PRÍNCIPE EN LA FASE DE INVESTIGACIÓN

Para iniciar un procedimiento criminal en edad neroniana era necesaria una evaluación minuciosa de la acusación por parte del mismo *princeps* como se observa en Tac. *hist.* 4.42.1-6. En tal texto se cuenta de una sesión del senado efectuada en el 70 d.C. (fecha en que se volvió a la paz gracias a Vespasiano después de la caída de Nerón), en la que Curcio Montano¹¹ habría presentado al senado la propuesta de iniciar un proceso criminal en contra de M. Aquilio Regolo¹², un famoso acusador en edad neroniana. En el texto se indica la *oratio* con la que el orador reprocha a *Regulus* su actividad acusadora indicando datos importantes para conocer el papel del príncipe en la fase de investigación:

4. ...*cum segnitiam Neronis incusares, quod per singulas domos seque et delatores fatigaret: posse universum senatum una voce subverti.* (fuiste capaz de reprocharle a Nerón su lentitud, que actuando en contra de cada una de las familias senatorias se cansaba al igual que los delatores, cuando el príncipe con una simple palabra habría podido desmembrar el senado).

Gracias a la presente frase sabemos que para iniciar un proceso criminal debido a lesa *maiestas* se necesitaba antes que nada de un análisis atento por parte del *princeps* de las pruebas presentadas por el acusador; por este motivo Régolo se había quejado (*incusares*) de la lentitud (*segitiam*) de Nerón, evidentemente porque antes que fuera presentada la *delatio* en senado era necesario el consentimiento del príncipe para que fuera iniciada la fase de investigación; además se informa en Tac. *Hist.* 4.41 que en los

lizzazioni lessicali en *Contesti magici*, editado por M. Piranomonte y F.M. Simón, Roma, 2012, p. 98 n.142.

11 Sobre este personaje ver E. GROAG, s.v. 'Curtius Montanus' en *PIR*, II, Berlin-Lipsia, 1936, p. 393 y R. SYME *Tacitus*, I, Oxford, 1958, I, p. 188.

12 Sobre su actividad delatoria ver: P. v. ROHDEN, s.v. 'M. Aquilius Regulus' en *RE* II-1 (1895), p. 331; E. GROAG, s.v. 'M. Aquilius Regulus' en *PIR*, I, Berlin-Lipsia, 1933, pp. 196-197; R. SYME, *Tacitus*, I, cit., pp. 100-111; J. HEURGON, *Les sortilèges d'un avocat sous Trajan*, en *Hommages á Marcel Renard*, I, Bruxelles, 1969, pp. 443-448 con particular atención a Plin. *ep.* 6.2.2; R.J.A. TALBERT, *The Senate of Imperial Rome*, Princeton, 1984, pp. 504-505; L. FANIZZA, *Delatori e accusatori. L'iniziativa nei processi di età imperiale*, Roma, 1988, pp. 13-15; V. RUDICH, *Political dissidence under Nero. The price of dissimulation*, London-New York, 1993, pp. 201-206 y por último Y. GONZÁLEZ ROLDÁN, *El crimen de lesa majestad en el periodo del despotismo imperial en Plin. ep. 1.5.1*, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, 45, 2021, pp. 203-222.

archivos imperiales se encontraba la documentación mediante la cual se podía conocer lo que cada acusador habría tratado de incriminar¹³.

Después de la adquisición de las noticias del crimen y una vez que el príncipe considere que las pruebas demuestran la culpabilidad del acusado, mediante una comunicación se preanuncia al imputado que será juzgado en senado mediante la prohibición de su participación en actos oficiales en honor de la familia imperial. Tal acto formal de repudio se observa, por ejemplo, en el caso de Trasea Peto cuando Nerón prohibió su presencia en Anzio (ciudad cercana a Roma) para honrar junto a los senadores el nacimiento de su primera hija con Popea (...*praenuntiam imminentis caedis*.... en Tac. *ann.* 15.23.4) o bien cuando le fue prohibido al jurista Casio su participación a los honores fúnebres de la *Augusta* (...*quod primum indicium mali*... en Tac. *ann.* 16.7.1).

En el caso de Barea Sorano no se encuentran referencias en las fuentes de un acto formal de repudio por parte del príncipe que pudiera anticipar su condena, pero como parece que el procónsul no permaneció en su cargo después de la denuncia del acusador, probablemente Nerón lo hizo regresar a Roma en el 64 d.C. y tal orden fue el preanuncio que sería juzgado en senado.

La fase de investigación se concluye (*crimini dabatur*¹⁴) cuando el príncipe envía al senado una *oratio* con la que se comunica a los *patres* que el personaje incriminado deberá ser alejado de la *res publica* como se demuestra en el proceso en contra del jurista Casio (Tac. *ann.* 16.7.2) y en los juicios en contra de Trasea Peto y de Barea Sorano llevados a cabo en la misma fecha (Tac. *ann.* 16.21).

4. EL PROCEDIMIENTO FRENTE AL SENADO

a. Instauración formal del proceso

Después de la lectura de la *oratio principis* en el senado, el acusador deberá exponer a los *patres* los motivos por los que será juzgado el imputado. Tácito no transcribe el discurso pronunciado por Ostorio Sabino en senado con el cual se habría ilustrado a la asamblea los motivos por los que Barea Sorano debía ser juzgado, pero es probable que haya sucedido lo que le pasó en el juicio en contra de Trasea Peto (Tac. *ann.* 16.21-22). A partir de este momento la parte afectada (el príncipe) no puede incorporar nuevos elementos en contra del *reus* y una vez iniciado el procedimiento corresponderá al

13 Los senadores pidieron al hijo menor de Vespasiano (que en su carga de pretor urbano había convocado al senado) de consultar los archivos imperiales para conocer las acusaciones de los *delatores*, pero Domiciano respondió que una cuestión de tal importancia necesitaba de una consulta al príncipe (*Consulendum tali super re principem respondit*).

14 Así en Tac. *ann.* 16.23.1 se precisa: ...*sed crimini dabatur amicitia Plauti et ambitio conciliandae provinciae ad spes novas* (la acusación específica se refería a la amistad de Barea con Plauto y sus manio-bras con las que habría buscado de obtener, con fines revolucionarios, el favor de la provincia).

senado decidir la cuestión, previa confrontación entre el acusador y el acusado (*disceptatorem senatum nobis relinque* en Tac. *ann.* 16.22.5). No se considera que en esta primera fase que los senadores deban votar para aceptar la solicitud del príncipe de iniciar el juicio en contra del acusado, ya que el mismo Nerón, previa investigación de la cuestión, tenía total certeza de la culpabilidad del imputado.

La prima parte del juicio se concluye con la aprobación del príncipe del discurso hecho por el acusador y con el nombramiento de un abogado coadyuvante por parte del mismo Nerón como se observa en el caso de Trasea Peto (Tac. *ann.* 16.22.6) y si bien no tenemos indicación en las fuentes de este segundo acusador en el proceso en contra de Barea Sorano, su nombramiento resulta fundamental ya que, como se verá más adelante, su tarea precisa consistirá en introducir otros elementos que den todavía mayor fundamento al proceso y además identificar otros eventuales culpables.

La determinación de la fecha en que el senado debía decidir, después de haberse escuchado al imputado, fue establecida por Nerón en el mismo día en que fue condenado Trasea Peto; efectivamente, corresponde al príncipe y no al senado establecer cuando se llevará a cabo la audiencia (Tac. *ann.* 16.24.2). La presencia del rey de Armenia Tiridate en Roma fue considerada por Nerón un momento adecuado para que se decidiera la sentencia¹⁵. Tal decisión encuentra dos posibles motivaciones en la narración de Tácito: el príncipe tenía como objetivo pasar inobservada la condena en contra de Barea Sorano y Trasea Peto o, por el contrario, demostrar a Tiridate su poder, comportándose como un rey omnipotente (Tac. *ann.* 16.23.2).

Visto que el crimen presupone una ofensa o amenaza a la figura del emperador, evidentemente, por razones de seguridad, no puede ser concedido al imputado la posibilidad de visitarlo para pedir clemencia¹⁶; este es el motivo por el que en el proceso en contra de Trasea, concluida la prima fase del proceso y la eminente condena, le fue prohibido al acusado acercarse al príncipe (Tac. *ann.* 16.24.1: *Thrasea, occursu prohibitus*).

15 En el caso de Trasea, después que le escribió una carta a Nerón, el príncipe decidió la fecha en que el senado debía emanar la sentencia; diferentemente, en el caso de Sorano, en Tac. *ann.* 16.23.2 parece que la convocación fue el mismo día en que se presentó la cuestión: *Tempus damnationi delectum quo Tiridates accipiendo Armeniae regno adventabat...* (Para la condena se escogió el momento en que Tiridate debía venir a Roma para recibir la corona de Armenia). Como la narración de Tácito sobre el juicio en contra de Sorano es una breve síntesis (falta el discurso de Ostorio Sabino en el sanado, la designación formal del acusador y el nombre del acusador coadyuvante), probablemente falta un episodio que encontramos por ejemplo en el juicio en contra de Trasea Peto: una carta escrita por el acusado dirigida al príncipe con la finalidad que, una vez reconocida la culpabilidad del imputado, hubiera sido evitada la ejecución de la sentencia gracias a su *intercessio tribunicia*. Probablemente Nerón, después de la lectura de la epístola escrita por Sorano, decidió que el imputado fuera juzgado en la misma fecha en que llegó Tiridate a Roma como en el caso de Trasea Peto.

16 Por ejemplo, en el caso del proceso en contra de Vetere del 65 d.C, vista la prohibición al acusado de acercarse al príncipe, la hija Polita, no logrando obtener una audiencia con Nerón, fue a Napolés para buscarlo ya que el emperador se encontraba de visita en tal ciudad (Tac. *ann.* 16.10).

A partir de este momento el reo tiene dos opciones, el suicidio o enviar una carta de clemencia al príncipe con la finalidad que, una vez condenado por el senado, se pudiera evitar la ejecución de la misma gracias a su *intercessio tribunicia*¹⁷.

b. Desarrollo del proceso

La decisión de la sentencia en el juicio en contra de Trasea Peto fue realizada sin su presencia y, por tal motivo se consideró que el imputado renunció a su defensa; contrariamente, en el caso de Barea Sorano, el acusado se encontraba presente y listo para defenderse. El día del proceso el acusador Ostorio Sabino explicó nuevamente su denuncia que ya había anteriormente hecho notoria en el senado. El acusador inició su ponencia recordando la amistad que existía entre Sorano y Rubelio Plauto y de cómo, a su parecer, el imputado habría actuado a su propia ventaja y no para el beneficio común. Ostorio Sabino además consideraba que el acusado era responsable por la revuelta de los ciudadanos de Pérgamo mientras era procónsul de Asia (Tac. *ann.* 16.30.1), evento que, como indicamos anteriormente, no podía atribuirsele ninguna culpa sino a Nerón que había ordenado a Acrato la substracción de los dones en dinero que se encontraban en los templos y de las estatuas de los dioses.

Después de haber recordado el contenido del discurso de Ostorio Sabino, Tácito subraya que tales acusaciones eran antiguas (*vetera haec*), por lo que resulta lógico considerar que las mismas se encontraran ya en la denuncia enviada a Nerón y que después se hubieran incorporado nuevas imputaciones como se indica en Tac. *ann.* 16.30.2:

sed recens et quo discrimini patris filiam conectebat, quod pecuniam magis dilargita esset. Acciderat sane pietate Serviliae (id enim nomen puellae fuit), quae caritate erga parentem, simul imprudentia aetatis, non tamen aliud consultaverat quam de incolumitate domus, et an placabilis Nero, an cognitio senatus nihil atrox adferret. (en las nuevas acusaciones se incluía además aquella en la que participó como parte acusada la hija en el proceso del padre, acusándosele de haber entregado dinero a magos. Tal hecho efectivamente sucedió por la devoción de Servilia al padre, así se llamaba la muchacha, la cual, motivada por el afecto que tenía a su padre y al mismo tiempo por la imprudencia de la edad, había solicitado una consulta a los hechiceros para que le aseguraran que su familia no sufriría ningún daño, que Nerón se tranquilizaría y que el proceso frente al senado no produciría consecuencias atroces).

La frase incluye la conjunción negativa ‘pero’ (*sed*) que indica que se terminó el discurso anterior de Ostorio Sabino y que se inicia a hablar de una nueva incriminación,

17 La posibilidad de recibir el perdón mediante *intercessio tribunicia* se encuentra demostrada en el caso del pretor Antistio en Tac. *ann.* 14.48; diferentemente, en el proceso en contra de Torquato Silano del 64 d.C. (Tac. *ann.* 15.35.3), el personaje se cortó las venas no obstante Nerón le habría concedido perdón si el culpable le hubiera pedido clemencia (*secutaque Neronis oratio ex more, quamvis sontem et defensioni merito diffisum victurum tamen fuisse, si clementiam iudicis exspectasset*).

probablemente hecha por el segundo acusador coadyuvante propuesto por Nerón en el proceso¹⁸. En el juicio se incorporaba una nueva imputada, Servilia, la hija de Barea Sorano y esposa de Anio Polión, condenado al exilio por su probable participación en la conjura de Pisón¹⁹.

La joven mujer, motivada por la desesperación por la acusación en contra del padre, trató de evitar la condena capital mediante el uso de la magia y para ello vendió sus joyas con la finalidad de pagar los rituales que habrían debido efectuar los magos²⁰. Tácito interpreta lo sucedido en modo inverosímil ya que, según el escritor, la joven habría consultado a los hechiceros para ser tranquilizada sobre la incolumidad de su familia y para que le hicieran saber si Nerón se habría tranquilizado evitándose así las consecuencias atroces de una condena derivada de un proceso criminal (Tac. *ann.* 16.30.2).

Ciertamente la interpretación de Tácito al acto imprudente de Servilia parece poco verosímil²¹ ya que la consulta a los magos no podía tener como finalidad únicamente el conocimiento con anticipación de los hechos que habrían sucedido con posterioridad (magia de adivinación²²); la hija del imputado ciertamente motivada por el afecto que tenía por su padre, deseaba su incolumidad y por esto resultaba necesario que los ma-

18 No tenemos noticias del nombre del segundo acusador nombrado por Nerón después de la presentación de la acusación en senado, pero estamos seguros de que efectivamente existió tal como sucedió en el juicio en contra de Trasea Peto (Tac. *ann.* 16.22.6).

19 Su amigo Seneción habría negado su participación a la conjura, pero, como le habrían prometido impunidad, denunció a Anio Polión (Tac. *ann.* 15.56.4), el cual, sin que hubiera sido probada su responsabilidad, fue exiliado (Tac. *ann.* 15.71.3). El marido de Servilia era hermano de Anio Viniciano, yerno de Corbulón, que participó en la segunda conjura en contra de Nerón en Benevento después de la de Pisón (Svet. *Ner.* 36). Cfr. E. GROAG, s.v. 'Annius Pollio', en *PIR*, 1, Berlin-Lipsia, 1933, pp. 115 ss.

20 Probablemente se trataba de astrólogos, los cuales, mediante diferentes procedimientos, entre los cuales la invocación a los muertos (nigromancia), se consideraba que podrían predecir el futuro. En Plin. *nat.* 30.14 se recuerdan diferentes técnicas: predicciones mediante agua, esferas, aire, estrellas, lámparas de aceite, palanganas, diálogos con las sombras y con seres infernales.

21 Aunque parezca que el escritor acepte la explicación de la hija de Sorano, que la consultación a los magos habría tenido como finalidad conocer con anticipación lo que le habría sucedido a su padre, a nuestro parecer Tácito no parece estar muy convencido ya que presenta una serie de pretextos para tratar de minimizar lo sucedido (...*quae, caritate erga parentem, simul imprudentia aetatis...* en Tac. *ann.* 16.30.2). Sobre este punto ver J.H.W.G. LIEBESCHUETZ, *Continuity and Change in Roman Religion*, Oxford, 1996, p. 135 y A. MAIURI, 'Occultae notae', cit, p. 98.

22 La magia de adivinación era considerada una cosa seria en Roma, y como afirma S. FAZZO, *L'astrologia nel mondo romano*, en *Civiltà dei Romani. Un linguaggio comune*, IV, a cura di S. Settis, Milano, 1994, 108, 'Già agli esordi del principato, dunque, il discutere sulla durata della vita degli imperatori in carica era apparso, al lungimirante Augusto, un potenziale fattore di grave instabilità politica'. Recordamos que a Agripina le fue predicho por los adivinos caldeos que su hijo Nerón llegaría a ser emperador y que después ella habría sido asesinada por su hijo (Tac. *ann.* 6.22.4; 14.9.3). Además, después de la aparición de un cometa en el cielo, el pueblo interpretó el hecho como un presagio de la muerte de personas potentes, el astrólogo Balbilo indicó a Nerón (que tenía miedo de morir), que para evitar su fin debían ser sacrificados personajes ilustres. Por tal hecho fueron punidos los que participaron en la conjura de Pisón y en la de Vinicio (Svet. *Nero* 36). Sobre el argumento F. H. CRAMER, *Astrology in roman Law and Politics*, Philadelphia, 1954, pp. 116 ss.

gos no se limitaran a rebelarle el contenido de la sentencia, que seguramente habría sido la condena a muerte, sino que el trabajo encomendado era mayormente complicado: confundir la mentalidad del príncipe para calmar su enojo²³, crimen gravísimo²⁴.

23 Se cuenta en Svet. *Nero* 34 que el fantasma de Agripina perseguía a Nerón y que el emperador, mediante hechizos mágicos realizados por los magos invocó a los antepasados de la madre (los *manes*) para tranquilizarla. Probablemente la misma finalidad habría tenido Servilia; los hechiceros invocando a los antepasados de Nerón, habrían obtenido como resultado que los antepasados del príncipe se le presentaran en sueño para constreñirlo a que cambiara de parecer.

24 Un episodio parecido se encuentra recordado en Dio 57.15.7-8 cuando Tiberio afirmó que un cierto hombre, mediante la invocación de un espíritu con engaño, lo habría convencido en el sueño para darle dinero, pero, como el príncipe se había vuelto conocedor del arte de la adivinación, se dio cuenta de la trampa y lo mandó matar. Después de tal hecho la práctica de la adivinación fue prohibida por el emperador. Se emanó un senadoconsulto en el 16 (17?) d.C. con el que se ordenó la expulsión de los astrólogos y de los magos que se encontraban en Italia como se recuerda en Tac. *ann.* 2.32.3; Svet. *Tib.* 36 y Dio 57.15.7-8; dato confirmado por Ulpiano en su libro séptimo *de officio proconsulis* en Coll. 15.2 y en modo más sintético en D. 48.8.13 (Modest. 12 *pandect.*). El mencionado *senatus consultum* habría considerado las prácticas de magia (*mala sacrificia*) dentro de la órbita de la *lex Cornelia de sicariis et veneficiis* del 81 a.C. tipificándose las mismas como parte del *crimen magiae* como hace notar F. LUCREZI, *Apuleio in difesa di sé stesso per un'accusa di magia* en F. AMARELLI-F. LUCREZI, *I processi contro Archia e contro Apuleio*, Napoli, 1997, pp. 125 ss. Debemos recordar también que Agripa, nombrado edil de Roma en el 33 a.C., expulsó a los astrólogos y a los magos de la ciudad con aprobación de Augusto (Dio 49.43.5) y que este último emanó un edicto en el 11 d.C., en donde se prohibía a los adivinos de profetizar sobre la muerte así como cualquier otra práctica adivinatoria (Dio 56.25.5-6). Un segundo senadoconsulto del 52 d.C., bajo el imperio de Claudio, que no produjo efectos, extraditaba a los astrólogos de Italia (Tac. *ann.* 12.52.3). Sobre el argumento ver F. H. CRAMER, *Astrology*, cit., pp. 248 ss.; L. DESANTI, *La repressione della 'scientia' divinatoria in età del principato in Idee vecchie e nuove sul diritto criminale romano*, a cura de A. Burdese, Padova, 1988, pp. 225 ss.; L. PELLECCHI, *L'accusa contro Apuleio: linee retoriche e giuridiche in Eparcheia, autonomia e 'civitas' romana. Studi sulla giurisdizione criminale dei governatori di provincia (II sec. A.C.-II d.C.)*, a cura de D. Mantovani y L. Pellicchi, Pavia, 2010, pp. 324 ss. Se llevaron a cabo numerosos procesos en el senado por prácticas mágicas como recuerdan B. ROCHETTE, *Néron et la magie*, en *Latomus*, 62.4, octubre-diciembre 2003, pp. 835 ss. y A. MAIURI, *'Occultae notae'*, cit., pp. 89 ss.; uno tuvo lugar en la edad de Tiberio en contra de Libón Druso en el 16 d.C. Entre las diferentes causas de la acción legal se encontraban la escritura de fórmulas mágicas de maldiciones en donde aparecían los nombres de los Césares o de los senadores. El acusado antes de la condena se suicidó no obstante el príncipe, dopo su muerte declaró en senado que, no obstante, su culpabilidad, habría solicitado la gracia para salvarle la vida al imputado (Tac. *ann.* 2.27-31); otro juicio se desarrolló en el 20 d.C. en contra de Emilia Lepida, condenada al exilio porque se encontraba acusada por haber consultado astrólogos caldeos respecto al futuro de la casa de los Césares (Tac. *ann.* 3.22-23); en el 34 d.C. Mamerco Escauro fue acusado, además de haber cometido adulterio con Livia Julia, esposa de Druso, de haber hecho prácticas mágicas (*magorum sacra*) (Tac. *ann.* 6.29.4). Recordamos además el proceso por motivos falsos en edad claudiana, precisamente en el 49 d.C. inventados por Agripina en contra de Lolía Paolina (Tac. *ann.* 12.22), candidata, después que fue asesinada Mesalina, para volverse esposa de Claudio (Tac. *ann.* 12.1), por haber consultado astrólogos y magos respecto al matrimonio del emperador. La dama fue expulsada de Italia y sus bienes confiscados; pero, después de la muerte de Agripina, Nerón permitió que sus cenizas fueran de regreso a Roma y se construyera una tumba para conservar sus restos. Bajo el mismo emperador en el 52 d.C. fue condenado al exilio Furio Scriboniano por haber consultado a los astrólogos sobre la muerte del príncipe (Tac. *ann.* 12.52); en el 53 d.C. Statilio Tauro se suicidó porque había sido acusado no solo por concusión sino también por prácticas mágicas (Tac. *ann.* 12.59.1) y en el 54 d.C. fue condenada a muerte Domicia Lépidia, madre de Mesalina, por haber hecho hechicería (*devotiones*) en contra de Agripina (Tac. *ann.* 12.65). En edad neroniana fue procesada Junia Lépidia, esposa del jurista Casio en el 65 d.C., por haber efectuado

El senado tuvo noticia de la consulta de Servilia a los magos antes de la sentencia emitida en contra del padre pero Tácito no explica en qué modo los senadores tuvieron conocimiento del hecho; probablemente fueron los mismos hechiceros a denunciar lo sucedido una vez que recibieron el pago²⁵, con tal hecho los magos habrían podido liberarse de cualquier responsabilidad y además obtener la cantidad de dinero entregada por la hija de Sorano.

Después del discurso de Ostorio Sabino fue llamada a comparecer Servilia para confrontarse con el padre (Tac. *ann.* 16.30.3); el acusador preguntó a la imputada si había vendido sus joyas recibidas en dote y si se quitó del cuello su collar para obtener dinero y así pagar los ritos mágicos. En Tac. *ann.* 16.31.1-2 se explica que la hija de Sorano antes de responder abrazó los escalones del altar de la Victoria y la misma ara, acto con el que la joven pretendía demostrar que su declaración correspondía a la verdad y respondió en este modo:

...‘nullos’ inquit ‘impíos deos, nullas devotiones, nec aliud infelicibus precibus invocavi, quam ut hunc optimum patrem tu, Caesar, vos, patres, servaretis incolumem. 2. sic gemmas et vestes et dignitatis insignia dedi, quo modo si sanguinem et vitam poposcissent. viderint isti, antehac mihi ignoti, quo nomine sint, quas artes exerceant: nulla mihi principis mentio nisi inter numina fuit. nescit tamen miserrimus pater, et si crimen est, sola deliqui’. (‘No invoqué divinidades maléficas ni cumplí ritos impíos, ni tampoco pronuncié oraciones sino para pedir con devoción que tú, César, y ustedes senadores, quieran dejar en vida a mi óptimo padre. 2. Entregué mis joyas, las ropas y todos los distintivos de mi clase social como habría dado la sangre y la vida si me lo hubieran solicitado. Que sean ellos, los brujos, que nunca había visto antes, que expliquen cuales son las artes que practican. No me he referido al emperador sino solo como un Dios. Mi infeliz padre no sabía nada al respecto y si existe culpa, la he cometido yo sola’).

La imputada trata de defenderse negando de haber cumplido acciones despreciables consistentes en invocar divinidades maléficas (*mala sacrificia*)²⁶ y de no haber reali-

ceremonias mágicas, pero no fue condenada porque, visto la poca importancia de la imputada, desde el punto de vista político, el príncipe se olvidó de continuar el proceso hasta la sentencia (Tac. *ann.* 16.8.2). Los presentes episodios se encuentran tipificados como crímenes en Paul. Sent. 6.21.3.

25 Tesis de F. H. CRAMER, *Astrology*, cit., p. 265 posiblemente correcta ya que no tenemos noticia del hecho que los magos hubieran sido inculcados por haber satisfecho la solicitud de Servilia, pero de todos modos existen lagunas, así, como se verá más adelante, gracias a la denuncia hecha por el acusador es posible darse cuenta que la imputada no únicamente había solicitado a los astrólogos un responso, sino que también se sabía de la existencia de una venta de objetos pertenecientes a su dote en Tac. *ann.* 16.31.1. La hija de Sorano antes de encontrar un adquirente probablemente había propuesto las *res dotales* a algunas mujeres de la alta sociedad, las cuales habrían informado al senado de la intención de Servilia, dato confirmado después gracias a la denuncia de los adivinos. Tales elementos habrían sido pruebas evidentes de la culpabilidad de Servilia, la cual se habría encontrado sin posibilidad de defenderse.

26 Los términos *mala sacrificia* son usados en D. 48.8.13 (Modest. 12 *pandect.*). Maldiciones en contra del emperador en donde la acusada habría podido invocar divinidades relacionadas con la ultratumba como Écate, diosa de la magia, señora de la obscuridad que gobernaba a los demonios malvados, o

zados sortilegios mediante ritos impíos (*devotiones*²⁷) declarando que en sus estériles oraciones no había hecho nada que no fuera la petición que el príncipe y el senado conservaran la incolumidad de su óptimo padre. Servilia reconoce que efectivamente entregó las joyas, los vestidos y los distintivos de su clase social para pagar a los magos, subrayando sin arrepentimiento que habría dado inclusive su sangre y la vida si se lo hubieran pedido. La joven de todos modos aclara que nunca había visto a los hechiceros, que ignora las artes que practican y que sería adecuado que ellos explicaran sus artes en senado. Para concluir su declaración la acusada aclara de no haber nombrado al príncipe, sino que únicamente lo habría hecho para considerarlo como una divinidad y que respecto a lo que a ella se le imputa, su padre es totalmente ajeno.

La respuesta afirmativa de la imputada a la pregunta hecha por el acusador demostró para todos los efectos su intención de evitar a como dé lugar que su padre fuera juzgado culpable; efectivamente Servilia no era la mandante de *mala sacrificia* y mucho menos de *devotiones* en contra del príncipe, pero reconoce de haber entregado dinero a los magos con la finalidad de preservar la incolumidad del padre confesando, en modo tácito, que la venta de su dote habría podido servir inclusive para que los hechiceros llevaran a cabo ritos impíos.

Tácito no explica las razones por las que en el juicio en contra de Sorano se encuentra también imputada la hija; es más, el padre declara la total extrañeza de ella en el presente juicio. Los argumentos de Sorano para evitar que Servilia sea procesada parecen sólidos: la joven no acompañó a su padre en provincia y por motivo de su joven edad no pudo conocer Plauto; además, la misma no fue imputada en el juicio en donde

Plutón, señor del infierno, que gobernaba en él junto a la diosa Proserpina, las Erinas invocadas sobre todo en contra del que causa un daño a la propia familia y a los parientes. Un ejemplo de maldición (*precatio*) con referencia a las divinidades de ultratumba se encuentra en Sen. *Med.* 1-12; 835-840. Sobre el argumento G. APPEL, '*De Romanorum precationibus*', New York, 1975, p. 87; E. SECCI, '*Non movent divos preces*' (Phaedr. 1242); *Aspetti delle invocazioni agli dei nelle tragedie di Seneca (parte II)*, en *Prometheus*, 26, 2000, pp. 241 ss; J. RÜPKE, *Die Religion der Römer*, München, 2001, pp. 166 ss.

- 27 Las *devotiones* y los *carmina* eran fórmulas de maleficio o de sortilegio que podían ser escritas también en láminas de plomo marcadas con símbolos misteriosos (*tabellae defixionis*) en donde se encontraba escrito el nombre de la persona a la cual venían dirigidas; tales fórmulas mágicas y de maldición permitían consagrar la víctima a las divinidades infernales. Sobre este aspecto el episodio en Tac. *ann.* 2.69.3 sobre la certeza de Germánico que, además de haber sido envenenado por Pisón consideraba de haber sido víctima de brujería. Además, Pisón habría hecho *devotiones* en contra de los amigos de Germánico como se narra en Tac. *ann.* 3.13.2. Tal tipo de tablillas se encuentran indicadas también en Apul. *met.* 3.17. Sobre el argumento ver V.M. WARRIOR, *Roman Religion*, Cambridge, 2006, pp. 98 ss. Y con particular atención a Pisón y a las tablillas indicadas A.M. TUPET, *Les pratiques magiques à la mort de 'Germanicus'*, en *Mélanges de littérature et d'épigraphie latines, d'histoire romaine et d'archéologie. Hommage à la mémoire de P. Wuilleumier*, Paris, 1980, pp. 345 ss.; *Rites magiques dans l'Antiquité romaine* in ANRW 16.3, Berlin-New York, 1986, pp. 2601 ss. F. Mercogliano, *Pisone e i suoi complici. Ricerche sulla 'cognitio senatus'*, Napoli, 2009, pp. 116 ss. Este último investigador hace notar que en el texto del *senatus consultum de Cn. Pisone patre* 'non v'è alcun cenno né ad alcuna *devotio*, né a *carmina* come invocazioni malefiche o sortilegi, né al *venenum*'.

participó su marido Anio Polión²⁸ y por este motivo no resultaría demostrado el cumplimiento de un acto ofensivo en contra del emperador (Tac. *ann.* 16.32.1). Probablemente los datos que cuenta el escritor tuvieron como finalidad subrayar los aspectos dramáticos del juicio dejando sin explicación otros elementos que habrían podido dar mayor claridad al proceso bajo el aspecto jurídico.

La pista que nos permitiría unir el hecho punible de la hija al juicio del padre se encuentra al final de las palabras de Servilia en donde declara la total inocencia del padre respecto al acto imprudente realizado por ella ('...*nescit tamen miserrimus pater; et si crimen est, sola deliqui*'); tal frase puede hacer pensar que también el padre era considerado responsable por la consulta a los magos. Si consideramos veraz la explicación en Dio 62.26.3 logramos llenar la presente laguna; según el escritor de edad severiana el senado unificó el caso de Servilia al de Barea Sorano porque según los senadores el padre era el que había ordenado a la hija la consulta a los magos. La circunstancia por la que se había llegado a tal conclusión era motivada porque el padre y la hija habían ofrecido una ofrenda mediante la intermediación de los magos cuando Barea Sorano se había enfermado.

En Tac. *ann.* 16.30.1 se aclara que la denuncia de Ostorio Sabino consistía en el hecho que Sorano habría ultrajado la *maiestas* imperial por haber sido amigo de Rubelio Plauto, considerado por Nerón su enemigo y por haber actuado para obtener una ventaja personal y no a beneficio de la utilidad pública promoviendo revueltas entre los provinciales. A estas viejas acusaciones de las cuales Servilia era completamente extraña, como subraya el propio padre, se habría incorporado una segunda acusación más reciente, probablemente hecha por el segundo acusador coadyuvante nombrado por Nerón²⁹.

28 No aceptamos la tesis de R.S. ROGERS, *A Tacitean Pattern in Narrating Treason-Trials*, en *TAPhA*, 83, 1952, pp. 294 ss, según la cual Servilia habría participado junto al marido a la conjura de Pisón. Según el autor, si Barea Soriano dijo que la hija era extraña a la conjura, tal afirmación demostraría más bien lo contrario y, si la verdadera razón de la imputación hubiera sido la consulta a los astrólogos, sigue opinando Rogers, no se explicaría la declaración del padre. Contrariamente al investigador nosotros pensamos que la protesta del padre tuvo una finalidad precisa: argumentar la total extrañeza de la hija a un proceso de lesa majestad por los motivos indicados por el padre. La razón por la que el padre y la hija fueron procesados juntos es debida al hecho que según el senado la consultación a los magos fue porque así le ordenó su padre a Servilia como se demuestra en Dio 62.26.3 (texto no considerado por Rogers). Debemos además notar que la imputada miente cuando afirma que la finalidad de la consulta a los hechiceros era la de conocer con anticipación el contenido de la sentencia que habría sido emitida en contra del padre; ella inclusive confiesa de haber entregado sus joyas para que los magos realizaran las ceremonias adecuadas ignorando ella el tipo de sortilegios que ellos habrían efectuado. Tal ignorancia no excluye la eventualidad que los hechiceros tuvieran que efectuar ritos malignos en contra de Nerón para obtener la incolumidad del padre sin obstáculos y con la aprobación de Servilia. Tácito no oscureció el caso recordando únicamente las acusaciones 'banales y prejuiciosas' omitiendo las más graves como considera Rogers, la consulta a los adivinos es considerada por sí misma un crimen grave en este periodo histórico y no un siglo después como afirma el investigador. Los textos que el autor cita en nota 54 encuentran sus antecedentes en edad de Tiberio, como ya hicimos notar en nota 24.

29 M. HEIDER, *Philosophen*, cit, p. 144 piensa que Tácito no recordó en su obra las efectivas acusaciones por las que Barea Sorano se encontraba acusado y que las antiguas habían servido únicamente para

El imputado para su defensa habría podido presentar testigos que servirían para demostrar su propia inocencia; así, después de la respuesta de Servilia a la pregunta del acusador entraron Publio Ignacio Celer³⁰ y Casio Asclepiodoto³¹ (Tac. ann. 16.32.2): *mox datus testibus locus*. La finalidad de la participación de tales personajes en el proceso sería la de referir los hechos relativos a las causas de la acción legal de las cuales tenían conocimiento y por esto el acusador con grande severidad realizó preguntas a los mismos.

En Tac. ann. 16.33.1 se explica que el rico provincial Casio Asclepiodoto, originario de Bitinia, no abandonó a Sorano en su momento de dificultad:

Idem tamen dies et honestum exemplum tulit Cassii Asclepiodoti, qui magnitudine opum praecipuus inter Bithynos, quo obsequio florentem Soranum celebraverat, labantem non deseruit, exutusque omnibus fortunis et in exilium actus, aequitate deum erga bona malaque documenta. (Sin embargo, en aquella sesión del senado también se observó un ejemplo de nobleza de espíritu en la persona de Casio Asclepiodoto. Tal personaje entre los habitantes de Bitinia gozaba de una posición de gran prestigio por motivo de su abundante riqueza y, así como había honrado a Sorano cuando era en auge, no lo abandonó una vez que cayó en desgracia. Por tal motivo el provincial fue despojado de todos sus bienes y mandado en exilio probándose en tal modo la indiferencia de los dioses respecto al bien o al mal).

Causa extrañeza observar que un testigo hubiera sido despojado de todas sus riquezas y mandado en exilio por el senado³² únicamente por haber demostrado su total apoyo al imputado como nos hace creer Tácito. Probablemente Casio Asclepiodoto sufrió las consecuencias jurídicas por la falta de colaboración en el proceso, en particular por el hecho que, frente a las preguntas realizadas por el acusador, el testigo, en lugar de responder, se limitaría a declarar su grande admiración por Sorano y por este motivo el senado lo consideró un testigo hostil hacia la autoridad.

El escritor presta su atención al primer personaje y sin recordar las preguntas que el acusador hizo a Celer, indica, sin mayores aclaraciones, que sus respuestas causaron indignación³³, describiendo al cliente de Sorano como un traidor y un falso estoico en Tac. ann. 16.32.3:

desacreditar al imputado frente al senado. Nosotros no tenemos dudas que exista una laguna en la obra de Tácito respecto a la participación de Sorano en el juicio en contra de la hija. Tal denuncia se hizo notoria después que Sorano fue enviado a juicio por su administración en la provincia y por ello es probable que después de la acusación hecha por Ostorio Sabino frente al senado (no incorporada en la obra de Tácito) Nerón nombró un acusador coadyuvante, como sucedió en el juicio en contra de Trasea Peto (Tac. ann. 16.22.6). Tal acusador coadyuvante habría descubierto la participación de la hija en la nueva acusación en contra del padre.

30 Nació en Berito, *cliens* y maestro de Barea Sorano en filosofía estoica Cfr. A. STEIN, s.v. 'P. Egnatius Celer', en *PIR*, III, Berlin-Lipsia, 1943, p. 70.

31 Cfr. A. STEIN, s.v. 'Cassius Asclepiodotus', en *PIR*, II, Berlin-Lipsia, 1936, p. 113.

32 Si bien bajo el imperio de Galba regresó a Roma Casio Asclepiodoto como se indica in Dio 62.26.2.

33 Queremos subrayar que Celer fue llevado como testigo de Barea Sorano de acuerdo con lo que se puede leer en Tac. ann. 16.32.2 y por esto, si bien no se indica el nombre del personaje, resulta impreciso el uso

cliens hic Sorani, et tunc emptus ad opprimendum amicum, auctoritatem Stoicae sectae praeferebat, habitu et ore ad exprimendam imaginem honesti exercitus, ceterum animo perfidiosus subdolanus, avaritiam ac libidinem occultans; quae postquam pecunia reclusa sunt, dedit exemplum praecavendi, quo modo fraudibus involutos aut flagitiis commaculatos, sic specie bonarum artium falsos et amicitiae fallaces. (este era un cliente de Sorano que se hizo comprar para llevar a la ruina a un amigo. Celer hacía alarde de la severidad moral de la escuela estoica, disfrazándose con la imagen de un hombre honesto, pero, al contrario, en su espíritu pérfido y simulador escondía avaricia, así como torpeza ética; vicios promovidos por el dinero. Este sujeto ofreció un claro ejemplo de lo importante que significa no solo tener atención de aquellos que se encuentran inmiscuidos en fraudes o que están manchados de hechos reprobables sino además de aquellos que se disfrazan de buenas costumbres y que por el contrario esconden un espíritu listo para engañar y traicionar a los amigos).

Celer³⁴, según el histórico, habría traicionado al amigo arruinándolo por codicia bajo el aspecto económico. Tácito no menciona los elementos que puedan demostrar que efectivamente Celer obtuvo una ventaja económica por traicionar al amigo y tampoco resulta clara la razón precisa por la que la declaración del testigo habría sido una falsedad. Mayor luz al presente episodio se encuentra en Tac. *hist.* 4.10, texto en donde se cuenta que Gayo Musonio Rufo³⁵ presentó la iniciativa de hacer procesar Celer cuando se terminó la guerra civil (69 d.C.)³⁶:

del término *delator* en Iuv. 3.116 (*Stoicus occidit Baream delator, amicum Discipulumque...*) y en *schol. Iuv.* 1.33 (*magni delator amici*). La identificación con Celer en esta última fuente es considerada por STEIN, s.v. '*P. Egnatius Celer*', cit., p. 70, si bien tal tesis no es aceptada por G.B. TOWNEND, *The Earliest Scholiast on Juvenal*, en *CQ*, 22.2, Nov. 1972, pp. 379 ss., no obstante en el *schol. Iuv.* 6.552 haya sido usado el nombre de *Ignatius* (*sic*). Creemos además que exista una confusión en Dio 62.26.2, donde se indica que Publio, en cambio de sus falsas acusaciones recibió dinero y honores como sus demás colegas. El autor evidentemente lo confunde con Ostorio Sabino, acusador de Barea Sorano, el cual recibió como premio por su *delatio* un millón doscientos mil sestericios, además de su nombramiento como cuestor.

- 34 Sobre la descripción de Celer ver: E. KEITEL, *Principate and Civil War in the Annals of Tacitus*, en *AJPh*, 105.3, Autumn 1984, p. 324.
- 35 Musonio Rufo, maestro de Epiteto, de origen etrusco y formando parte del orden ecuestre (Tac. *hist.* 3.81.1), aconsejó a Plauto de esperar con serenidad su propia muerte para dejar de vivir con la incerteza y el temor (Tac. *ann.* 14.59.1); el filósofo estoico fue expulsado por Nerón en el 65 d.C., no por haber participado en la conjura de Pisón sino porque sus preceptos de vida encendían los entusiasmos de los jóvenes, así como lo eran los discursos de Virginio Flavo (Tac. *ann.* 15.71.4). Cfr. CH. POMEROY PARKER, *Musonius the Etruscan*, en *HSPH*, 7, 1896, pp. 123 ss.; J. KORVER, *Neron et Musonius. À propos du dialogue de pseudo-lucien Neron, ou sur le percement de l'isthme de corinthe*, en *Mnemosyne*, 3.4, 1950, pp. 319 ss.; R. CHEVALLIER, *Le milieu stoïcien à Rome au Ier siècle après Jésus-Christ ou l'âge héroïque du Stoïcisme romain*, in *BAGB*, 19, décembre 1960, pp. 542 ss.; L. PETERSEN, voce '*C. Musonius Rufus*', en *PIR*, V.2, Berlin, 1983, pp. 324 ss. Sobre las razones por las que Musonio Rufo promovió juicio en contra de Celer se vea M. HEIDER, *Philosophen*, cit., pp. 151 ss.
- 36 Sobre el presente proceso ver: J.K. EVANS, *The Trial of 'P. Egnatius Celer'*, en *CQ*, 29, 1979, pp. 198 ss. y M. HEIDER, *Philosophen*, cit., pp. 135 ss.

Tum invecus est Musonius Rufus in Publium Celerem, a quo Baream Soranum falso testimonio circumventum arguebat. ea cognitione renovari odia accusatorum videbantur. sed vilis et nocens reus protegi non poterat: quippe Sorani sancta memoria; Celer professus sapientiam, dein testis in Baream, proditor corruptorque amicitiae, cuius se magistrum ferebat. proximus dies causae destinatur...

(A este punto se dio el violento ataque de Musonio Rufo a Publio Celer; se le acusaba a este último por haber causado la ruina a Barea Sorano con una falsa declaración como testigo. Tal proceso daba vida de nuevo a los odios que habían provocado las falsas denuncias; el imputado de tal baja calidad humana ciertamente era culpable y no podía ser protegido ya que el recuerdo de Sorano era altamente respetado. Celer le enseñó filosofía a Sorano y al usarlo como testigo lo traicionó, ultrajando su amistad no obstante se profesara su maestro. El juicio se llevó a cabo en una siguiente sesión del senado...)

En tal texto se indica que el maestro había provocado la ruina de su discípulo mediante declaraciones falsas cuando Barea Sorano fue procesado. Tal dato es indicado también en Dio 62.26.1, pero no se explica la causa precisa por la que el maestro de Sorano habría actuado en tal modo y tampoco se puede constatar que tal declaración fuera el resultado de un acto de corrupción. El proceso en contra de Celer con el cual fue condenado³⁷ presenta muchas lagunas y sobre todo causa serias dudas un dato que se recuerda en Tac. *hist.* 4.40.3 respecto al defensor del imputado: *...diversa fama de Demetrio Cynicam sectam professo, quod manifestum reum ambitiosius quam honestius defendisset...* (contrariamente opuesta fue la fama que se creó Demetrio, el maestro de la filosofía cínica, por haberlo defendido por ambición personal más que por amor de la verdad).

Si el defensor de Celer fue Demetrio, el maestro de la doctrina cínica, admirado por Séneca³⁸ y amigo de Trasea Peto, con el que dialogó antes de morir (Tac. *ann.* 16.34.1),

37 Tac. *hist.* 4.40.3: *repeti inde cognitionem inter Musonium Rufum et Publium Celerem placuit, damnatusque Publius et Sorani manibus satis factum...* (Se continuó con el proceso entre Musonio Rufo y Publio Celer, la condena de Publio tranquilizó a los antepasados de Sorano). El imputado habría sido considerado culpable según la *lex Cornelia de falsis* y condenado a la deportación y a la confisca de todos sus bienes o más probablemente a la muerte. La primera tesis es considerada por J.K. EVANS, *The Trial*, cit., p. 199 nt. 4 con fundamento en D. 48.10.1pr. (Marcian. 14 *inst.*): *Poenae legis Corneliae irrogatur ei, qui falsas testationes faciendas testimoniave falsa inspicienda dolo malo coiecerit* (se impone la pena de la ley Cornelia al que con dolo hubiera procurado que se hicieran falsas declaraciones de testigos, o que se examinaran falsas pruebas). La segunda tesis que propone H. VON ARNIM, s.v. 'Egnatius', en *RE*, V,2, Stuttgart, 1905, p. 1996, parece ser la más adecuada ya que si bien la pena de la ley Cornelia era la indicada por Evans, debemos notar que el senado, considerando la gravedad de la cuestión, habría podido establecer una condena más severa respecto a la establecida por la ley. En el mismo sentido HEIDER, *Philosophen*, cit., 154 ss. Si bien en Tac. *hist.* 4.40.3, no se indica el contenido de la sentencia, se declara que la misma habría dado tranquilidad a los antepasados de Sorano, subrayándose además la gran severidad con la que se tomó la decisión.

38 *Demetrius noster* (Sen. *epist.* 6.62.3, 20.9 e *benef.* 7.2.1), *vir magnus* (Sen. *benef.* 7.1.3), *vir optimus* (Sen. *epist.* 6.62.3), *egregius vir* (Sen. *nat.* 4 a), *fortissimus vir*, (Sen. *prov.* 5.5) *vir acerrimus* (Sen. *vit.*

probablemente la opinión de Tácito respecto al maestro de Barea Sorano resulta demasiado severa. El término *quam* que permite comparar el adjetivo *ambitiosius* con el de *honestius* nos hace pensar que para el filósofo cínico el ‘imputado malvado’ realmente era un hombre digno para ser defendido³⁹. No existen elementos ciertos que nos permitan concluir que efectivamente el *cliens* de Sorano hubiera hecho declaraciones falsas ya que Tácito no indica las preguntas a las que habría respondido Celer y tampoco se puede asegurar que sus respuestas hubieran sido el resultado de acto de corrupción. Si la causa del ejercicio de la acción legal era la amistad que unían al imputado con Rubelio Plauto, habría sido difícil pensar que el testigo hubiera podido negar la existencia de tal vínculo afectivo; probablemente Celer, amenazado por el acusador que en caso de falta de colaboración habría sufrido la misma condena del acusado, el testigo se encontraría obligado a hacer notorio el contenido de conversaciones privadas entre Sorano y Plauto sobre Nerón y sobre todo tuvo que describir como se comportó Sorano después que fue matado su amigo.

Entre los *scholia vetera* a la obra de Juvenal (*schol. Iuvenal.* 6. 552) escritos entre el IV y V siglo se atribuye a Celer la responsabilidad de haber propuesto a Servilia de consultar a los hechiceros⁴⁰. Tal dato causa dudas, no solo porque el escritor del escolio difícilmente habría podido consultar una fuente directa relativa a hechos sucedidos en el 66 d.C, sino sobre todo porque contradice la confesión de Servilia en donde ella declara ser la única responsable (Tac. *ann.* 16.31.2).

Probablemente la frase *avaritiam ac libidinem occultans; quae postquam pecunia reclusa sunt* (Tac. *ann.* 16.32.3) demuestra la desilusión de Tácito por la colaboración de Celer en el proceso. El histórico pretendía que el testigo y *cliens* de Sorano se hubiera limitado a declarar la alta consideración que tenía por Barea Sorano⁴¹ y así sufrir la

beat. 18.3), *exemplum* (Sen. *benef.* 7.8.3), *non praeceptor veri sed testis est* (Sen. *epist.* 20.9). Textos citados también por M. HEIDER, *Philosophen*, cit., p. 138 nt. 12. Sobre la relación entre Séneca y Demetrio se vea B. DEL GIOVANE, *Seneca, la diatriba e la ricerca di una morale austera. Caratteristiche, influenze, mediazioni di un rapporto complesso*, Firenze, 2015, pp. 100 ss.

39 Justamente M. HEIDER, *Philosophen*, cit., 138 afirma que no es posible que Demetrio, admirado por Séneca, hubiera defendido a alguien que él mismo lo considerase culpable, como Tácito trata de hacernos creer. Diferentes investigaciones han tratado de explicar la razón por la que Demetrio habría defendido Celer: M. BILLERBECK, *Der Kyniker 'Demetrius': ein Beitrag zur Geschichte der frühkaiserzeitlichen Populärphilosophie*, Leiden, 1979, pp. 1 ss.; J.F. KINDSTRAND, ‘Demetrius’ the Cynic, en *Philologus*, 124, 1980, pp. 83 ss.; J. MOLES, ‘Honestius quam ambitiosius? An Exploration of the Cynic’s Attitude to Moral Corruption in his fellow Men, en *JHS*, 103, 1983, pp. 103 ss; tesis seguida por M. TRAPP, ‘Cynics’, en *BICS*, 94 suppl., 2007, p. 2002.

40 Tesis desechada por M. HEIDER, *Philosophen*, cit., 150. Sobre los *scholia vetera* a la obra de Juvenal se vea U. TISCHER, *Die zeitgeschichtliche Anspielung in der antiken Literaturerklärung*, Tübingen, 2005, pp. 170 ss., con particular atención al texto que nos interesa en p. 180.

41 Según M. HEIDER, *Philosophen*, cit., p. 136, la declaración en juicio de Celer no solo contradice las normas de comportamiento de un cliente respecto a su *patronus*, al cual debía servicios y la total obediencia, sino que además su actitud contrastaba con la de los otros estoicos condenados en el proceso en contra de Trasea Peto como su yerno Elvidio Prisco, Curcio Montano y Paconio Agripino. Sobre este aspecto debemos notar que efectivamente Celer, como *cliens* de Barea Sorano, se encontraba obligado

misma pena de Cassio Asclepiodoto, es decir, el exilio: *...exutusque omnibus fortunis et in exilium actus...* (Tac. *ann.* 16.33.1).

La acusación de Musonio Rufo según la cual la falsa declaración de Celer como testigo tuvo un papel fundamental en la decisión del senado para provocar la ruina de Barea Sorano (Tac. *hist.* 4.10) no encuentra fundamento en los datos analizados anteriormente; las condenas a muerte de Barea Sorano y de la hija (Tac. *ann.* 16.33.2) no fueron el resultado de la colaboración de Celer como testigo. Servilia causó su propia muerte por imprudencia, a diferencia del padre y de Trasea a los cuales Nerón ya había decidido sus destinos (Tac. *ann.* 16.21.1); además el príncipe, para constreñir a los senadores a condenarlos, envió un grupo de hombres armados vestidos con toga los cuales llevaban un puñal (*gladius*) en modo visible, los mismos ocuparon la entrada del senado (Tac. *ann.* 16.27.1) y causaron terror a los senadores (Tac. *ann.* 16.29.1).

La memoria de Barea Sorano era profundamente respetada (Tac. *hist.* 4.10) incluyéndose a Vespasiano que había sido su amigo (Tac. *hist.* 4.7.2)⁴² y por ello después de la guerra civil (69 d.C.) se consideró necesario encontrar un 'chivo expiatorio' para cancelar las culpas del senado respecto a la ruina de Sorano. La declaración en juicio de Celer no podía modificar su destino y por este motivo cuando Musonio Rufo inició el proceso en contra del maestro de Sorano, el filósofo cínico Demetrio lo defendió sin éxito⁴³. La declaración que se encuentra en Tac. *hist.* 4.40.3, en donde se dice que Musonio había efectuado un justo *officium* haciendo condenar Celer, mientras que la defensa de un condenado claramente culpable efectuada por Demetrio habría sido motivada más bien por ambición y no por honestidad, resulta discutible y en total contradicción con el perfil del filósofo y con los hechos narrados por el mismo historiador.

5. CONCLUSIONES: ¿APLICACIÓN DE LA *LEX DE MAIESTATE*?

Para concluir la presente investigación debemos analizar si en la sentencia de condena en contra de Barea Sorano y de Servilia se aplicó la *lex de maiestate* o si no es así, determinar las razones por las que el senado decidió en modo diferente.

al respeto de las normas de comportamiento que existían entre el cliente y el patrono; tales reglas entraban en conflicto cuando el patrono era imputado en un proceso porque el testigo estaba obligado a responder a las preguntas del acusador. Los otros estoicos condenados en el juicio en contra de Trasea Peto probablemente no eran presentes en el juicio; por ejemplo, sabemos que cuando fue comunicada la sentencia a Paconio Agripino (Epict. *ench.* 1.1.28; 2.12), el respondió: muy bien, comeré en el poblado de Aricia, frase que con mucha probabilidad pronunció en su casa. Contrariamente Celer era un testigo y por esto no podía abstenerse de comparecer en el juicio el día del proceso en contra de Sorano.

42 La relación de amistad con Vespasiano se puede observar en el hecho que Tito, después de la muerte de la primera esposa (Suet. *Tit.* 4), se casó de nuevo con Marcia Funila, sobrina de Barea Sorano porque era hija de su hermano Q. Marcio Barea Sura, de la que se divorció después.

43 Posteriormente Demetrio fue relegado en una isla por Vespasiano junto a otros filósofos como se recuerda en Dio 65.13.2-3.

La *lex Iulia maiestatis* de edad augustea⁴⁴ sancionaba el crimen con la *interdictio aquae et ignis* que consistía en la *relegatio in insulam* y en la *publicatio bonorum*⁴⁵ pero debemos reconocer que una condena por lesa majestad no constreñía al senado a la aplicación de la *interdictio aquae et ignis* ya que los senadores tenían plena libertad de evaluación y normalmente, para agraciarse con el príncipe, proponían la pena de muerte (*extremum supplicium*) inclusive en casos de menor gravedad⁴⁶. El emperador podía evitar la severidad de la pena interponiendo la *intercessio tribunicia* para perdonar al imputado; así, por ejemplo, recordamos que cuando el pretor Antistio Sosiano elaboró versos infamantes en contra de Nerón y los había recitado públicamente en un banquete celebrado en la casa de Ostorio Escápola, el cónsul designado *Q. Iunius Marullus* (sept.-dic. del 62 d.C.) como un acto de reverencia hacia el príncipe propuso al senado que al *reus* le fuera quitado el cargo de pretor y mandado a muerte; sin embargo, gracias a la intervención de Trasea Peto se decidió que la condena por el crimen de lesa majestad que consistía en palabras ofensivas en contra del príncipe fuera la *relegatio in insulam* y la *publicatio bonorum*. (Tac. *ann.* 14.48).

En tal ocasión Trasea habría dicho que sin importar el tipo de pena que meritara el culpable, bajo un príncipe estimado el senado no debía establecerla visto que no existía una razón de necesidad para llevarla a cabo, sin embargo, después de la conjura de Pisón (65 d.C.), la situación cambió, el estado de necesidad existía ya que se encontraba en peligro el principado de Nerón. El proceso en contra de Barea Sorano no tenía como presupuesto que el imputado hubiera hecho versos infamantes en contra de Nerón como sucedió en el caso del Antistio pero en ambos casos existía la ofensa al príncipe (*offensio principis*), requisito indispensable del *crimen maiestatis*.

44 Tac. *ann.* 1.72.2: *...nam legem maiestatis reduxerat, cui nomen apud veteres idem, sed alia in iudicium veniebant, si quis prodicione exercitum aut plebem seditionibus, denique male gesta re publica maiestatem populi Romani minuisset: facta arguebantur, dicta inpune erant. 3. primus Augustus cognitionem de famosis libellis specie legis eius tractavit...* [...]por ello (Tiberio) volvió vigente la ley de lesa majestad que ya existía con el mismo nombre aplicada por los antiguos pero utilizándose por culpas muy diferentes; esto es, los motivos considerados en pasado eran debidos a los siguientes hechos: si uno hubiera metido en peligro el ejército con la traición, creado revueltas en el pueblo o se hubiera ofendido la majestad del pueblo romano con una administración deshonesta de la república. En tales casos se punían las acciones, pero las palabras no eran sujetas a pena. 3. Augusto fue el primero en aplicar esta ley para iniciar procesos en contra de los autores de escritos difamatorios...]

45 Criterio aplicado por Marco Lépidio en el gobierno de Tiberio respecto al crimen cometido por el caballero Clutorio Prisco recordado en Tac. *ann.* 3.50.4: *cedat tamen urbe et bonis amissis aqua et igni arceatur: quod perinde censeo ac si lege maiestatis teneretur* (que se vaya de Roma, que se le confisquen sus bienes, que se vaya en exilio; esta es la pena que yo propongo, como si a él se le aplicara la ley de lesa majestad). Sobre este problema ver B.M. LEVICK, 'Poena legis maiestatis', en *Historia*, 28, 1979, pp. 358-379; M. MELOUNOVÁ, 'Crimen maiestatis' and the 'poena legis' during the principate, en *AAntHung*, 54, 2014, pp. 407-430.

46 Respecto a la condena a muerte de Taro Graciano que había ocupado el cargo de pretor en edad de Tiberio, en Tac. *ann.* 6.38.4 si indica la *lex Iulia maiestatis* no porque la ley considere tal pena, sino por decisión del senado: *...Tariusque Gratianus praetura functus lege eadem extremum ad supplicium damnatus* (...y Taro Graciano que ocupó la pretura con fundamento en la misma ley fue condenado a muerte).

El emperador tenía necesidad de encontrar causas de acciones legales para hacer juzgar a sus adversarios políticos (verdaderos o aparentes) y evitar una nueva rebelión; por ello le resultaba a Nerón la pena de la *lex de maiestate* poco severa en este momento histórico. Esto se demuestra en el juicio en contra de L. Junio Silano Torquato⁴⁷ ya que condenado por el senado al exilio en el mismo año en que se llevó a cabo la conjura de Pisón (Tac. *ann.* 16.7-9), el príncipe, considerando la sentencia poco severa envió a un centurión para matar al condenado.

6. FUENTES DE CONSULTA

DIO CASSIUS

56.25.5-6

57.15.7-8

62.26.1-3

65.13.2-3

Dio Chrysostom

orat.

31.148-150

TACITUS

Annales

14.48

14.58.2

15.23.4

15.45.1-2

16.7.1-2

16.8

16.9

16.21-22

16.23.1-2

16.24.1-2

16.27.1

16.30.1-2

16.30.3

16.31.1-2

16.32.2-3

16.33.1-2

16.34.1

Hist.

4.7.2

4.10

47 Hijo de M. Junio Silano, hermano de D. Junio Torquato Silano, descendiente de Augusto y cónsul en el 53 d.C., que se causó la muerte después de haber estado bajo proceso por motivo de lesa majestad (Tac. *ann.* 15.35.1.) Sobre el argumento ver: L. PETERSEN, s.v. '*L. Iunius Silanus Torquatus*' en *PIR*, 4.3, Berlin, 1966, 356-357 y su árbol genealógico en p. 351.

Bibliografía

- APPEL G, *'De Romanorum precationibus'*, New York, 1975.
- ARCARIA F, *'Quod ipsi Gallo inter gravissima crimina ab Augusto obicitur'. Augusto e la repressione del dissenso per mezzo del senato agli inizi del principato*, Napoli, 2013.
- ARCARIA F., *'Senatus censuit'. Attività giudiziaria ed attività normativa del senato in età imperiale*, Milano, 1992.
- BILLERBECK M, *Der Kyniker 'Demetrius': ein Beitrag zur Geschichte der frühkaiserzeitlichen Populärphilosophie*, Leiden, 1979.
- BUONGIORNO P, *'Senatus consulta claudianis temporibus facta'. Una Palingenesi delle deliberazioni senatorie dell'età di Claudio (41-54 d.C.)*, Napoli, 2010.
- CHEVALLIER R, *Le milieu stoïcien à Rome au Ier siècle après Jésus-Christ ou l'âge héroïque du Stoïcisme romain*, in BAGB, 19, décembre 1960, pp. 542 ss.
- CRAMER F. H, *Astrology in roman Law and Politics*, Philadelphia, 1954.
- DE MARINI AVONZO F, *La funzione giurisdizionale del senato romano*, Milano, 1957.
- DEL GIOVANE B, *Seneca, la diatriba e la ricerca di una morale austera. Caratteristiche, influenze, mediazioni di un rapporto complesso*, Firenze, 2015.
- DESANTI L, *La repressione della 'scientia' divinatoria in età del principato in Idee vecchie e nuove sul diritto criminale romano*, a cura de A. Burdese, Padova, 1988, pp. 225 ss.
- EVANS J.K, *The Trial of 'P. Egnatius Celer'*, en CQ, 29, 1979, pp. 198 ss.
- FANIZZA L, *Delatori e accusatori. L'iniziativa nei processi di età imperiale*, Roma, 1988.
- FAZZO S, *L'astrologia nel mondo romano*, en *Civiltà dei Romani. Un linguaggio comune*, IV, a cura di S. Settis, Milano, 1994, 108 ss.
- GONZÁLEZ ROLDÁN Y, *El crimen de lesa majestad en el periodo del despotismo imperial en Plin. ep. 1.5.1*, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, 45, 2021, pp. 203-222.
- GROAG E, s.v. *'Annius Pollio'*, en PIR, I, Berlin-Lipsia, 1933, pp. 115 ss.
- GROAG E, s.v. *'M. Aquilius Regulus'* en PIR, I, Berlin-Lipsia, 1933, pp. 196-197
- GROAG E, s.v. *'Curtius Montanus'* en PIR, II, Berlin-Lipsia, 1936, p. 393.
- HEIDER M, *Philosophen vor Gericht. Zum Prozess des 'P. Egnatius Celer'*, en RHM, 48, 2006, p. 141 ss.
- HEURGON J, *Les sortilèges d'un avocat sous Trajan*, en *Hommages à Marcel Renard*, I, Bruxelles, 1969, pp. 443-448
- KAJAVA M, *Livia Medullina and CIL X6561*, en Arctos 20, 1986, pp. 59 ss.
- KEITEL E, *Principate and Civil War in the Annals of Tacitus*, en AJPh, 105.3, Autumn 1984, p. 324.
- KINDSTRAND J.F, *'Demetrius' the Cynic*, en Philologus, 124, 1980, pp. 83 ss.

- KORVER J, *Neron et Musonius. À propos du dialogue de pseudo-lucien Neron, ou sur le percement de l'isthme de corinthe*, en *Mnemosyne*, 3.4, 1950, pp. 319 ss.
- LIEBESSCHUETZ J.H.W.G, *Continuity and Change in Roman Religion*, Oxford, 1996.
- LUCREZI F, *Apuleio in difesa di sé stesso per un'accusa di magia* en F. AMARELLI-F. LUCREZI, *I processi contro Archia e contro Apuleio*, Napoli, 1997, pp. 125 ss.
- MAIURI A, 'Occultae notae'. *Linee evolutive del trattamento del reato di magia negli 'Annales' di Tacito: profilo giuridico e puntualizzazioni lessicali* en *Contesti magici*, a cura de M. Piranomonte y F.M. Simón, Roma, 2012, p. 98 n.142.
- MOLES J, 'Honestius quam ambitiosius?' *An Exploration of the Cynic's Attitude to Moral Corruption in his fellow Men*, en *JHS*, 103, 1983, pp. 103 ss.
- PETERSEN L., s.v. 'Q. Marcius Barea Soranus', en *PIR*, V.2, Berlin, 1983, pp. 175 ss.
- PETERSEN L, voce 'C. Musonius Rufus', en *PIR*, V.2, Berlin, 1983, pp. 324 ss.
- POMEROY PARKER CH, *Musonius the Etruscan*, en *HSPH*, 7, 1896, pp. 123 ss.
- ROCHETTE B, *Néron et la magie*, en *Latomus*, 62.4, octobre-décembre 2003, pp. 835 ss.
- ROGERS R.S, *A Tacitean Pattern in Narrating Treason-Trials*, en *TAPhA*, 83, 1952, pp. 294 ss.
- RUDICH V, *Political dissidence under Nero. The price of dissimulation*, London-New York, 1993.
- RÜPKE J, *Die Religion der Römer*, München, 2001.
- SANTALUCIA B, *Accusatio e inquisitio nel processo penale romano di età imperiale*, «Seminarios Complutenses de derecho romano» 14 (2002), pp. 179-194.
- SECCI E, 'Non movent divos preces' (*Phaedr. 1242*): *Aspetti delle invocazioni agli dèi nelle tragedie di Seneca (parte II)*, en *Prometheus*, 26, 2000, pp. 241 ss.
- SMALLWOOD M, *Documents illustrating the principates of Gaius, Claudius and Nero*, Cambridge, 1967, 122 n. 405
- STEIN A, s.v. 'Acratus, Neronis libertus', en *PIR*, I, Berlin-Lipsia, 1933, p. 16.
- STEIN A, s.v. 'Cassius Asclepiodotus', en *PIR*, II, Berlin-Lipsia, 1936, p. 113.
- STEIN A, s.v. 'P. Egnatius Celer', en *PIR*, III, Berlin-Lipsia, 1943, p. 70.
- SYME R. *Tacitus*, 1, Oxford, 1958.
- TALBERT R.J.A, *The Senate of Imperial Rome*, Princeton, 1984.
- TISCHER U, *Die zeitgeschichtliche Anspielung in der antiken Literaturerklärung*, Tübingen, 2005.
- TOWNEND G.B, *The Earliest Scholiast on Juvenal*, en *CQ*, 22.2, Nov. 1972, pp. 379 ss.
- TRAPP M, 'Cynics', en *BICS*, 94 suppl., 2007, p. 2002.
- TUPET A.M, *Les pratiques magiques á la mort de 'Germanicus'*, en *Mélanges de littérature et d'épigraphie latines, d'histoire romaine et d'archéologie. Hommage á la mémoire de P. Wui-leumier*, Paris, 1980, pp. 345 ss.
- TUPET A.M, *Rites magiques dans l'Antiquité romaine* in *ANRW* 16.3, Berlin-New York, 1986, pp. 2601 ss.
- WARRIOR V.M, *Roman Religion*, Cambridge, 2006.

LOS “DESCA” EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: DERECHO AL TRABAJO.

MIRIAM HEREDIA ZERTUCHE¹

RESUMEN: La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es obligatoria para el Estado mexicano. Este artículo analiza las sentencias emitidas por dicho tribunal en relación con el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con enfoque específico en el derecho al trabajo, con la finalidad de conceptualizar el alcance de sus componentes y elementos, su relación con otros derechos protegidos por la Convención en el contexto laboral y establecer las obligaciones de protección diferenciada de ciertos sujetos.

PALABRAS CLAVE: derechos humanos, DESCA, trabajo, Corte Interamericana.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 1.1. Convención Americana sobre Derechos Humanos. 2. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2.1. Obligaciones generales del artículo 26 de la CADH. 2.1.1. de la Corte IDH respecto del alcance del artículo 26. 2.1.2. Obligaciones inmediatas y progresivas de los Estados. 2.1.3. Principio de progresividad y no regresión. 2.2. Obligaciones específicas del derecho en cuestión. 3. DERECHO AL TRABAJO. 3.1. Derecho a la estabilidad laboral. 3.2. Condiciones de seguridad, salud e higiene. 3.3. Libertad de asociación. 3.4. Libertad de expresión. 4. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Debido a la manera en la que los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) fueron positivizados en el ámbito internacional, engendrando una aparente división artificial de los derechos civiles y políticos, debido a intereses geopolíticos y de posturas ideológicas confrontadas que permearon al ámbito de debate de los derechos humanos², éstos fueron conceptuados en forma inacabada e imprecisa desde su origen.

1 Abogada y Maestra en Administración Pública por la Escuela de Gobierno John F. Kennedy de la Universidad de Harvard.

2 El primer texto en el que se reconocieron estos derechos fue en la “Declaración rusa de los derechos del pueblo trabajador y explotado”, del 4 de enero de 1918, año en que culminó la primera Guerra Mundial y en plena época de desarrollo de la Revolución rusa, en oposición a lo que hasta entonces se entendía por derechos humanos en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), en la Declaración de Derechos de Virginia (1776) y en la Declaración Americana, de la independencia de Estados Unidos (4 de julio de 1776). Dicha Declaración rusa tiene ecos posteriores en la constitucionalización de los derechos humanos y en particular en la Constitución mexicana de 1917. Cfr. Villan Durán, Carlos, “Historia y descripción general de los derechos económicos, sociales y culturales” en

El proceso de internacionalización de los DESCA comenzó en 1919 cuando se suscribió el Tratado de Paz de Versalles que puso fin a la primera Guerra Mundial y creó a la Sociedad de las Naciones, dándose los primeros esbozos de la reorganización de las relaciones internacionales. Simultáneamente, se creó la Organización Internacional del Trabajo, la cual, como veremos en el presente análisis, sigue ostentando un papel sumamente relevante para los DESCA, la protección al trabajador en lo individual, derechos colectivos sindicales y derechos laborales en general.

Un segundo paso en este proceso, lo constituyó la Carta de las Naciones Unidas de 1945 que en el marco de la finalización de la Segunda Guerra Mundial. Si bien en la misma no se encuentran determinados derechos humanos, el aspecto relevante de ésta, radica en su reconocimiento de un tratamiento específico para el ser humano. Dicho tratamiento tomó forma con el primer texto normativo: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Organización de las Naciones Unidas. Este instrumento, además de establecer un catálogo modelo de derechos individuales y colectivos, civiles, económicos, sociales y culturales³, consagra la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos. Cuestiones igualmente estipuladas en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre⁴.

Paralelamente, en el ámbito regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) establece en su preámbulo que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, solo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos⁵. Más aún, la CADH estipuló un capítulo específico titulado “Derechos, Económicos, Sociales y Culturales” en el que se establece en el artículo 26 el derecho al “Desarrollo Progresivo”.

Derechos económicos, sociales y culturales, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/26759.pdf>, consultado el 10 de junio de 2022.

- 3 Para referencia del derecho al trabajo el artículo 23 dispone: “1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. 2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. 4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.” *Declaración Universal de Derechos Humanos*, San Francisco, 10 de diciembre de 1948, Serie de Tratados de Naciones Unidas: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>, consultado el 13 de junio 2022.
- 4 Para referencia del derecho al trabajo el artículo 14 dispone: “Derecho al trabajo y a una justa retribución. Toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia.” *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*, Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948, disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/declaraci%C3%B3n_americana_de_los_derechos_y_deberes_del_hombre_1948.pdf, consultado el 19 de junio de 2022.
- 5 Organización de Estados Americanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>, consultado el 17 de junio de 2022.

El presente análisis abordará la evolución jurisprudencial del artículo 26 y en particular, del derecho al trabajo, que ha delimitado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), como único legítimo intérprete de la CADH. Para ello, debemos primeramente abordar la literalidad del texto para determinar su alcance y estar en condiciones de acotar la extensión en su conceptualización, para luego contrastarlo con lo resuelto en las sentencias del Tribunal Interamericano, y así poder dimensionarlo adecuadamente.

1.1. Convención Americana sobre Derechos Humanos

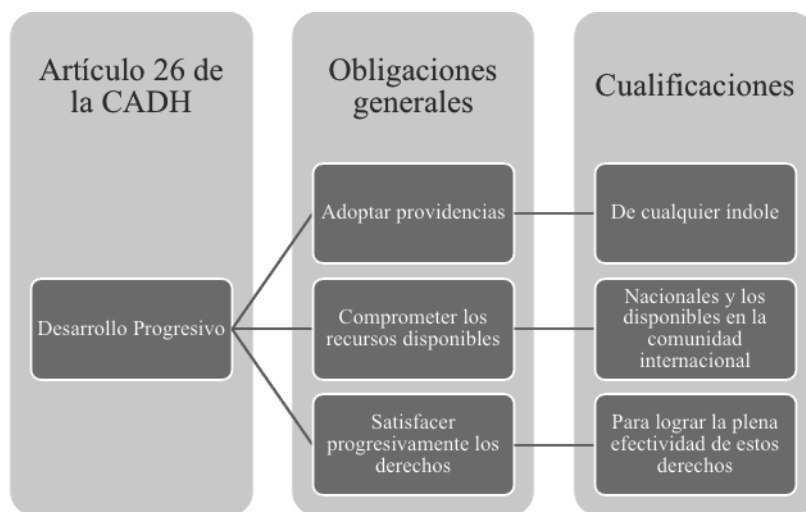
El artículo 26 de la CADH a la letra dice:

“Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.”

De su lectura podemos derivar los siguientes componentes básicos:

1. Tipo de obligación: positiva o “de hacer”, ya que los Estados deben adoptar medidas internas, a través de recursos propios o través de la cooperación internacional.
2. Finalidad: lograr progresivamente la plena efectividad de derechos que derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura.
3. Relación de complementación: secundaria, ya que se establece expresamente la regla de reenvío a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA reformada por el Protocolo de Buenos Aires.
4. Principio de progresividad: los Estados tienen la obligación de asegurar condiciones que, de acuerdo con los recursos materiales del Estado, permitan avanzar gradual y constantemente hacia la más plena realización de tales derechos.

El núcleo del derecho al desarrollo progresivo establecido en la CADH se puede visualizar en el siguiente esquema:



2 JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Para el análisis del desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH, se tomó como punto de partida el caso en el que dicho tribunal declaró la responsabilidad internacional del Estado por violación al artículo en estudio. Es decir, si bien la violación al artículo de la CADH analizado pudo haber sido invocado por las presuntas víctimas y su defensa, o bien, por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en determinados casos, pero no fue declarado como violado por la Corte IDH, el mismo, se encontrará fuera de la construcción que se hará del derecho al desarrollo progresivo y el derecho al trabajo. Así también, quedarán fuera las sentencias en las que fueron protegidos los derechos económicos, sociales y culturales de manera indirecta, es decir, a través del establecimiento de responsabilidad internacional por la violación de un derecho civil y político⁶.

2.1. Obligaciones generales del artículo 26 de la CADH

Debemos ahora distinguir dos niveles de análisis respecto del artículo 26, y, por ende, su impacto en la línea evolutiva jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El primero se refiere a las normas, principios y obligaciones generales

6 Algunos ejemplos los podemos observar en las sentencias del Instituto de Reeducción del Menor, Yak-ye Axa, Sowhoyamaya y Xámok Kásek, todos vs. Paraguay; Ximenes López vs. Brasil, Suárez Peralta vs. Ecuador y Acevedo Buendía vs Perú, entre otros.

que tienen los Estados bajo el principio de buena fe y de *pacta sunt servanda* respecto de todos aquellos derechos que sean considerados como económicos, sociales, culturales y ambientales. Al efecto, podemos encontrar 3 elementos generales: a) Competencia de la Corte IDH respecto al alcance del artículo 26; b) Obligaciones inmediatas y progresivas de los Estados; y c) El principio de progresividad y no regresión.

El punto de inflexión que abrió la justiciabilidad directa del derecho al desarrollo progresivo, lo encontramos en la interpretación⁷ que hizo por primera vez la Corte IDH del artículo 26 en el caso *Lagos del Campo vs. Perú*⁸ en 2017, para dotar de alcance y sustancia al derecho al trabajo⁹ de manera autónoma. La Corte determinó en su sentencia que el Estado peruano violó el derecho al trabajo en relación con las garantías de estabilidad laboral y a la libertad de asociación con fines laborales del señor Lagos del Campo, por falta a su deber de protección ante un despido arbitrario en 1989, como consecuencia de sus declaraciones ante medios de comunicación en su calidad de representante de los trabajadores respecto de su empleador privado.

2.1.1. de la Corte IDH respecto del alcance del artículo 26

Para tal efecto, la Corte IDH determinó que sí ostentaba las atribuciones necesarias o la *compétence de la compétence*¹⁰ en razón de la materia¹¹ basándose en: a) el criterio

7 Dicha protección indirecta la podemos observar en casos como Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay, Yakye Axa vs. Paraguay, Sowhoymaxa vs. Paraguay, Ximenes López vs. Brasil y Suárez Peralta vs. Ecuador, entre otros.

8 Corte IDH, *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, núm. 340.

9 La Relatoria DESCA de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló al efecto que: “esta decisión representa un hito histórico en la jurisprudencia interamericana y un paso hacia adelante en la región en la interdependencia e indivisibilidad de los derechos civiles y políticos y los DESCA”. CIDH, *Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales saluda histórica decisión de la Corte IDH sobre justiciabilidad en materia de DESCA*, D181/17, Washington, D.C., 15 de noviembre de 2017, <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/181.asp>, consultado el 23 de junio de 2022.

10 Este concepto, en términos del Tribunal Interamericano, establece que la Corte se encuentra facultada para decidir sobre su propia competencia. Cfr. Corte IDH, *Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú*.

11 Dicho criterio fue establecido por primera vez en la sentencia *Acevedo Buendía y otros vs. Perú*, respecto de la excepción preliminar planteada por el Estado peruano en relación al derecho a la seguridad social. Toda vez que la Corte IDH no determinó la violación directa del artículo 26 de la CADH, criterio establecido para determinar el desarrollo jurisprudencial. Por tanto, dicho caso no formó parte del análisis contenido en el presente capítulo. Cfr. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú*, párs. 16, 17 y 100. A su vez, dicho criterio fue sustentado tomando en consideración los siguientes casos: *Ivcher Bronstein Vs. Perú. Competencia*. Sentencia de 24 de septiembre de 1999, párs. 32 y 34; *Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de agosto de 2008, pár. 23, y *García Prieto y otros Vs. El Salvador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2007, pár. 38.

de interpretación sistemática y evolutiva¹², b) el criterio de interdependencia entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales¹³, c) las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en los artículos 1.1 y 2 de la CADH¹⁴, d) el artículo 29 sobre las normas de interpretación de la CADH¹⁵, e) los trabajos preparatorios de la CADH¹⁶, f) las normas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los

- 12 La Corte IDH ha reiterado el argumento sistemático a lo largo de sus sentencias. Dicho tribunal establece que las normas deben ser interpretadas como parte de un todo, cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenecen. Véase: Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012, párr. 191, *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 43; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001.
- 13 La Corte IDH establece al efecto: "Por eso, el Tribunal estima, como lo hace la Comisión, que el hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse a la esfera de los derechos sociales y económicos no es factor decisivo en contra de dicha interpretación, ya que no existe una separación tajante entre esa esfera y el campo cubierto por el Convenio. Cfr. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198, párr. 101; *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261, párr. 131, y *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 172. Preámbulo de la Convención Americana. En el mismo sentido, se apoya la Corte IDH en los siguientes criterios internacionales: ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 9, E/C.12/1998/24*, 3 de diciembre de 1998, párr. 10. Véase también: TEDH, *Caso Airey Vs. Irlanda*, No. 6289/73. Sentencia de 9 de octubre de 1979, párr. 26 y *Caso Sidabras y Dziautas Vs. Lituania*, Nos. 55480/00 y 59330/00. Sentencia de 27 de julio de 2004, párr. 47. En el *Caso Airey Vs. Irlanda*, el Tribunal Europeo señaló que "si bien el Convenio recoge derechos esencialmente civiles y políticos, gran parte de ellos tienen implicaciones de naturaleza económica y social".
- 14 "Asimismo, resulta pertinente notar que si bien el artículo 26 se encuentra en el capítulo III de la Convención, titulado "Derechos Económicos, Sociales y Culturales", se ubica también, en la Parte I de dicho instrumento, titulado "Deberes de los Estados y Derechos Protegidos" y, por ende, está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 señalados en el capítulo I (titulado "Enumeración de Deberes"), así como lo están los artículos 3 al 25 señalados en el capítulo II (titulado "Derechos Civiles y Políticos)". Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Cfr. párr. 142.
- 15 Artículo 29. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.
- 16 En el caso Acevedo Buendía y otros, la Corte IDH dispone: "[...] En este sentido el Tribunal recuerda que el contenido del artículo 26 de la Convención fue objeto de un intenso debate en los trabajos preparatorios de ésta, nacido del interés de los Estados por consignar una "mención directa" a los "derechos" económicos, sociales y culturales; 'una disposición que establezca cierta obligatoriedad jurídica [...] en su cumplimiento y aplicación'; así como 'los [respectivos] mecanismos [para su] promoción y protección', ya que el Anteproyecto de tratado elaborado por la Comisión Interamericana hacía referencia a

Tratados, en específico el artículo 31¹⁷ y g) la identificación como derecho reconocido ampliamente en el *corpus iuris* internacional¹⁸.

2.1.2. Obligaciones inmediatas y progresivas de los Estados

El segundo elemento general respecto de los derechos protegidos por el artículo 26 de la CADH, es establecido por la Corte IDH en el caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile* en 2018. Sentencia en la que declaró por primera vez la violación del derecho a la salud de manera autónoma, como parte integrante de los DESCAs, así como los derechos de las personas adultas mayores¹⁹. Cabe destacar que el Tribunal Interamericano declaró por unanimidad —a diferencia del caso *Lagos del Campo*— la responsabilidad del Estado

aquellos en dos artículos que, de acuerdo con algunos Estados, sólo ‘recogían’ en un texto meramente declarativo, conclusiones establecidas en la Conferencia de Buenos Aires’. La revisión de dichos trabajos preparatorios de la Convención demuestra también que las principales observaciones sobre la base de las cuales ésta fue aprobada pusieron especial énfasis en ‘dar a los derechos económicos, sociales y culturales la máxima protección compatible con las condiciones peculiares a la gran mayoría de los Estados Americanos’. Así, como parte del debate en los trabajos preparatorios, también se propuso ‘hacer posible [la] ejecución [de dichos derechos] mediante la acción de los tribunales’”. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú*, párr. 99, también referido posteriormente en el caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile* párr. 101.

Cfr. Organización de Estados Americanos, *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Actas y documentos*, OEA/Ser.K/XVI/1.2 (B-32), celebrada del 7 al 22 de noviembre de 1969 en Washington, DC.

17 Artículo 31. Regla general de interpretación. 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado; 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes. Cfr. Organización de las Naciones Unidas, *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, 1969.

18 “Además de la derivación del derecho al trabajo a partir de una interpretación del artículo 26 en relación con la Carta de la OEA, junto con la Declaración Americana, el derecho al trabajo está reconocido explícitamente en diversas leyes internas de los Estados de la región, así como un vasto *corpus iuris* internacional; *inter alia*: el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los artículos 7 y 8 de la Carta Social de las Américas, los artículos 6 y 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 11 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el artículo 32.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño. También prosigue la Corte con referencias comparadas, a saber: el artículo 1 de la Carta Social Europea y el artículo 15 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos.” Cfr. Corte IDH, *Caso Lagos del Campo vs. Perú*, pár. 145.

19 Corte IDH, *Poblete Vilches y otros vs. Chile* pár. 125.

Chileno por no garantizar el señor Vinicio Antonio Poblete Vilches su derecho a la salud sin discriminación, mediante servicios necesarios básicos y urgentes en atención a su situación especial de vulnerabilidad como persona adulta mayor, lo cual derivo en su muerte, así como por los sufrimientos derivados de la desatención del paciente, el derecho a obtener el consentimiento informado por sustitución y al acceso a la información en materia de salud²⁰. Al efecto la Corte IDH determinó:

“[Este] Tribunal destaca que del contenido del artículo 26 se desprenden dos tipos de obligaciones. Por un lado, la adopción de medidas generales de manera progresiva y por otro lado la adopción de medidas de carácter inmediato. Respecto de las primeras (...), la realización progresiva significa que los Estados partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los DESCAs, ello no debe interpretarse en el sentido que, durante su periodo de implementación, dichas obligaciones se priven de contenido específico, lo cual tampoco implica que los Estados puedan aplazar indefinidamente la adopción de medidas para hacer efectivos los derechos en cuestión, máxime luego de casi cuarenta años de la entrada en vigor del tratado interamericano. Asimismo, se impone, por tanto, la obligación de no regresividad frente a la realización de los derechos alcanzados. Respecto de las obligaciones de carácter inmediato, éstas consisten en adoptar medidas eficaces, a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para cada derecho. Dichas medidas deben ser adecuadas, deliberadas y concretas en aras de la plena realización de tales derechos. En virtud de lo anterior, las obligaciones convencionales de respeto y garantía, así como de adopción de medidas de derecho interno (artículos 1.1 y 2), resultan fundamentales para alcanzar su efectividad”.²¹

2.1.3. Principio de progresividad y no regresión

Si bien es cierto que en el caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, la Corte IDH hace la mención: “asimismo, se impone por tanto, la obligación de no regresividad frente a la realización de los derechos alcanzados”²², lo cierto es que fue en la sentencia *Cuscul Pivaral vs. Guatemala* en la que determinó la violación específica del principio de progresividad, por las medidas regresivas adoptadas en detrimento de la plena efectividad del derecho a la salud para personas que viven con VIH²³.

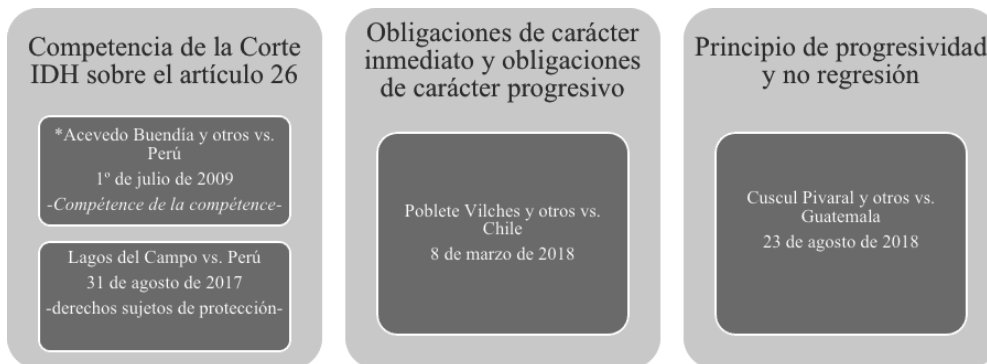
20 *Ibidem*, pár. 161.

21 Corte IDH, *Poblete Vilches y otros vs. Chile* pár. 104. Ello apoyándose en la Observación General No. 14 del Comité DESC. Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, pár. 31.

22 *Idem*.

23 “La Corte ha considerado que se desprende un deber – si bien condicionado – de no regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho. Al respecto, el Tribunal ha retomado lo señalado por el CDESC en el sentido que “las medidas de carácter deliberadamente regresivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y de-

Los tres elementos generales anteriormente descritos los podemos visualizar así:



2.2. Obligaciones específicas del derecho en cuestión

El segundo nivel de análisis consiste en la evolución que ha establecido la Corte IDH de un derecho en particular, como lo será el “el derecho al trabajo” o “el derecho a la salud”, siempre que, de conformidad con la norma de reenvío de a CADH, se trate de un derecho contenido en la Carta de la OEA reformada por el Protocolo de Buenos Aires. Ello partiendo de la base que dicho catálogo podrá ser enriquecido por lo establecido en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos para Asegurar los Derechos Económicos, Sociales y Culturales —o conocido como el Protocolo de San Salvador-, en caso de que el Estado haya ratificado el mismo²⁴.

De conformidad con dicha regla de reenvío, los artículos de la Carta de la OEA que consagran los derechos económicos, sociales y culturales son, de manera enunciativa: el artículo 34 sobre el derecho a la educación, la salud, el trabajo, la vivienda digna y la alimentación, el artículo 38 sobre el derecho a participar en los beneficios del desarrollo científico, los artículos 45 y 46 sobre el derecho del trabajo y seguridad social, el artículo 49 y 50 sobre el derecho a la educación²⁵. Cabe destacar que hacemos mención del

berán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que [el Estado] disponga”. Corte IDH, *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359. pár. 143.

- 24 Fue aprobado en 1988 y entró en vigor en 1999. A la fecha ha sido firmado por 19 Estados y ratificado por 16: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Suriname y Uruguay. Cfr. Organización de Estados Americanos, <https://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/>, consultado 20 de junio de 2022.
- 25 Organización de Estados Americanos, *Carta de la Organización de los Estados Americanos*, https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp#Cap%C3%ADtulo%20VII, consultado el 20 de junio de 2022.

carácter enunciativo de estos derechos, toda vez que atendiendo al mismo lenguaje —y criterios de interpretación de la Corte IDH— en el que se encuentra redactado el artículo 26 de la CADH, no existe un número limitado o “cerrado” de derechos en cuestión.

En este sentido, analizando el universo total de casos en los que la Corte IDH ha estudiado el artículo 26 a través de la invocación por las partes o la Comisión, o bien, a través del principio de *iura novit curia*²⁶, aún no se ha pronunciado respecto de todos los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en la Carta de la OEA reformada por el Protocolo de Buenos Aires²⁷. A diciembre de 2021, desarrolló líneas jurisprudenciales respecto de cinco derechos: a) derecho al trabajo, b) derecho a la salud, c) derecho a la seguridad social, d) derecho a un medio ambiente sano, agua, alimentación adecuada e identidad cultural y e) derecho a participar en la vida cultural. Ello puede visualizarse de la siguiente manera:



26 En el Caso de la masacre de Mapiripán acude a “su” jurisprudencia para sustentar el uso del principio: “Igualmente, este Tribunal tiene la facultad de analizar la posible violación de artículos de la Convención no incluidos en los escritos de demanda y contestación de la demanda, así como en el escrito de solicitudes y argumentos de los representantes, con base en el principio *iura novit curia*, sólidamente respaldado en la jurisprudencia internacional, “en el sentido de que el juzgador posee la facultad e inclusive el deber de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, ***aún cuando las partes no las invoquen expresamente***” (las negritas son propias), en el entendido de que se le dará siempre a las partes la posibilidad de presentar los argumentos y pruebas que estimen pertinentes para apoyar su posición frente a todas las disposiciones jurídicas que se examinan. Corte IDH, *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*, Excepciones preliminares y Reconocimiento de Responsabilidad, Sentencia de 7 de marzo de 2005, pár. 57. Vid. Nieto Navia, Rafael, “La aplicación del principio *iura novit curia* por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos”, en Ernesto J. Rey Caro *et. al.* (directores), *Estudios de derecho internacional en homenaje a la dra. Zlata Drnas de Clément*, Córdoba, Advocatus, 2014, pp. 618-639.

27 En este sentido, quedará fuera de nuestro estudio la sentencia *González Lluy u otros vs. Ecuador* (2015), ya que la Corte Interamericana no realizó una interpretación directa del artículo 26 de la CADH, sino que determinó la violación al artículo 13 del Protocolo de San Salvador, en relación con los artículos 1.1 y 19 de la CADH. El Art. 19 (6) del Protocolo permite la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos si se presentase una vulneración a los Arts. 8 (1) (Derechos Sindicales) y 13 (Derecho a la educación) del Protocolo.

3. DERECHO AL TRABAJO

El derecho al trabajo se encuentra desarrollado en las siguientes ocho sentencias: Lagos del Campo Vs. Perú; Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú; San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela; Spoltore Vs. Argentina; Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus Vs. Brasil; Casa Nina Vs. Perú; Extrabajadores del Organismo Judicial Vs. Guatemala y Palacio Urrutia y otros Vs. Ecuador. De su estudio podemos acotar tres componentes: derecho a la estabilidad laboral, derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren la seguridad, salud e higiene del trabajador; y otros dos en relación con otros derechos en el contexto laboral: la libertad de asociación y la libertad de expresión y pensamiento.

3.1. Derecho a la estabilidad laboral

Como fue referido en la sección de obligaciones generales que emanan de la interpretación respecto del alcance del artículo 26 de la CADH, el derecho a la estabilidad laboral, como componente del derecho al trabajo, fue abordado de forma pormenorizada por la Corte IDH en el caso emblemático *Campos del Lago vs. Perú*. El mismo ha sido el componente mayormente abordado, ya que en las siguientes cinco sentencias subsecuentes fue reiterado: *Trabajadores cesados de Petroperú y otros vs. Perú*²⁸, *San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela*²⁹, *Casa Nina Vs. Perú*³⁰, *Extrabajadores del Organismo Judicial Vs. Guatemala*³¹ y *Palacio Urrutia y otros Vs. Ecuador*³².

El derecho a la estabilidad laboral³³ como lo construye la Corte IDH tiene dos subcomponentes relevantes para su construcción:

- 1) Forma: determinación de su especificidad y por ende sujeto a ser protegido por la CADH³⁴;
- 2) Fondo: el derecho a no ser privado injustamente del empleo³⁵.

28 Corte IDH, *Caso Trabajadores cesados de Petroperú y otros vs. Perú*, párs. 192, 193.

29 Corte IDH, *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela*, párs. 211, 217, 219, 220.

30 Corte IDH, *Caso Casa Nina Vs. Perú*, párs. 26, 104, 105, 107.

31 Corte IDH, *Caso Extrabajadores del Organismo Judicial Vs. Guatemala*, párs. 100, 128, 131.

32 Corte IDH, *Caso Palacio Urrutia y otros Vs. Ecuador*, párs. 153, 155.

33 Cabe destacar que la Corte IDH ha precisado que: “la estabilidad laboral no consiste en una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, sino de respetar este derecho, entre otras medidas, otorgando debidas garantías de protección al trabajador a fin de que, en caso de despido se realice éste bajo causas justificadas, lo cual implica que el empleador acredite las razones suficientes para imponer dicha sanción con las debidas garantías, y frente a ello el trabajador pueda recurrir tal decisión ante las autoridades internas, quienes verifiquen que las causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho”. Corte IDH, *Caso Campos del Lago vs. Perú*, pár 150.

34 Corte IDH, *Caso Campos del Lago vs. Perú*, párs.141-144.

35 En apoyo a lo establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 18 sobre el derecho al trabajo, la Corte expresó en su párrafo 147 que “este mismo

El primero de ellos ha sido pieza toral para el desarrollo de otros derechos económicos, sociales y culturales, toda vez que sirvió como “llave” para establecer el derecho al trabajo como parte del *corpus iuris* internacional de derechos humanos y, por lo tanto, sujeto a protección y garantía por parte de los Estados. El segundo, contempla los siguientes elementos, entendidos como las acciones³⁶ para el Estado de:

- a) Adoptar las medidas adecuadas para la debida regulación y fiscalización de dicho derecho.
- b) Proteger al trabajador y trabajadora, a través de sus órganos competentes, contra el despido injustificado.
- c) Remediar la situación en caso de despido injustificado (ya sea, a través de la reinstalación o la indemnización y diversas prestaciones previstas en la legislación nacional respectivamente).
- d) Disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una situación de despido injustificado, a fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de tales derechos.

Como referente de diálogo internacional, observamos que la Corte IDH recurrió a estándares establecidos por organismos de monitoreo internacional especializados como la Observación General 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre el derecho al trabajo³⁷, el Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la terminación de la relación de trabajo³⁸, la Recomendación

“implica el derecho a no ser privado injustamente del empleo”. Asimismo, ha señalado que el “incumplimiento de la obligación de proteger se produce cuando los Estados Partes se abstienen de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger a las personas sometidas a su jurisdicción contra las vulneraciones del derecho al trabajo imputables a terceros”, lo cual incluye “el hecho de no proteger a los trabajadores frente al despido improcedente.” Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No 18: El derecho al Trabajo*, U.N. Doc. E/C.12/GC/18, 24 de noviembre de 2005.

36 En apoyo a lo dispuesto por los estándares de la OIT en el Convenio 158 y la Recomendación 143, la Corte IDH en el párrafo 149 de la sentencia *Campos del Lago vs. Perú* establece: “Como correlato de lo anterior, se desprende que las obligaciones del Estado en cuanto a la protección del derecho a la estabilidad laboral, en el ámbito privado, se traduce en principio en los siguientes deberes: a) adoptar las medidas adecuadas para la debida regulación y fiscalización de dicho derecho; b) proteger al trabajador y trabajadora, a través de sus órganos competentes, contra el despido injustificado; c) en caso de despido injustificado, remediar la situación (ya sea, a través de la reinstalación o, en su caso, mediante la indemnización y otras prestaciones previstas en la legislación nacional). Por ende, d) el Estado debe disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una situación de despido injustificado, a fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de tales derechos.” Después lo confronta *mutatis mutandi* con: *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, pár. 99; *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*, *supra*, pár. 133, y *Caso Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2015, Serie C No. 309, pár. 216.

37 Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General 18: El derecho al Trabajo*, UN, doc. E/C.12/GC/18, 24 de noviembre de 2005.

38 Organización Internacional del Trabajo, *Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador*, núm. 158, 23 noviembre 1985. Dicho estándar ha servido para la consolida-

143 de la OIT sobre representantes de los trabajadores³⁹ y el objetivo 8 sobre trabajo decente y crecimiento económico y las metas 8.5 y 8.8 de la Agenda 2030 de la Organización de las Naciones Unidas⁴⁰.

3.2. Condiciones de seguridad, salud e higiene

Este componente del derecho al trabajo se encuentra desarrollado por dos sentencias: *Spoltore Vs. Argentina* y *Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus Vs. Brasil*. De las mismas podemos encontrar los siguientes subcomponentes:

- 1) Adoptar una política nacional y medidas para prevenir accidentes, lesiones, enfermedades o daños a la salud y muertes ocasionadas por el trabajo, como medio para garantizar la salud del trabajador y la reducción al mínimo de riesgos inherentes al trabajo⁴¹.

ción del derecho a la estabilidad laboral, aunque en el caso concreto, el Estado peruano no hubiese ratificado el mismo.

39 Organización Internacional del Trabajo, Recomendación sobre la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa, núm. 143. sesión de la conferencia: 56, 23 de junio de 1971. Cabe resaltar para este efecto lo mencionado en el punto 6: “(1) Cuando no existan suficientes medidas apropiadas de protección aplicables a los trabajadores en general, deberían adoptarse disposiciones específicas para garantizar la protección efectiva de los representantes de los trabajadores. (2) Tales disposiciones podrían incluir medidas como las siguientes: (a) definición detallada y precisa de los motivos que pueden justificar la terminación de la relación de trabajo de los representantes de los trabajadores; (b) exigencia de consulta, dictamen o acuerdo de un organismo independiente, público o privado, o de un organismo paritario antes de que el despido de un trabajador sea definitivo; (c) procedimiento especial de recurso accesible a los representantes de los trabajadores que consideren que se ha puesto fin injustamente a su relación de trabajo, o que sus condiciones de empleo han sido modificadas desfavorablemente, o que han sido objeto de trato injusto; (d) por lo que se refiere a la terminación injustificada de la relación de trabajo de los representantes de los trabajadores, el establecimiento de una reparación eficaz que comprenda, a menos que ello sea contrario a los principios fundamentales de derecho del país interesado, la reintegración de dichos representantes en su puesto, con el pago de los salarios no cobrados y el mantenimiento de sus derechos adquiridos; (e) imponer al empleador, cuando se alegue que el despido de un representante de los trabajadores o cualquier cambio desfavorable en sus condiciones de empleo tiene un carácter discriminatorio, la obligación de probar que dicho acto estaba justificado; (f) reconocer la prioridad que ha de darse a los representantes de los trabajadores respecto de su continuación en el empleo en caso de reducción del personal.”

40 Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, *Agenda 2030*, <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/>, consultado el 3 de julio de 2022.

41 *Spoltore Vs. Argentina*, pár. 94 y 95, *Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus Vs. Brasil* párs. 165, 167 y 168. Lo anterior sustentado en el Convenio 155 de la OIT y en la Observación General No. 23 del Comité DESC que indica: “La prevención de accidentes y enfermedades profesionales es un componente fundamental del derecho a unas condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, y guarda estrecha relación con otros derechos reconocidos en el Pacto, en particular con el derecho al más alto nivel posible de salud física y mental. Los Estados partes deberían adoptar una política nacional para prevenir los accidentes y daños a la salud relacionados con el trabajo mediante la reducción al mínimo de los riesgos en el entorno de trabajo, y garantizar una amplia participación en la formulación, aplicación y revisión de dicha política, en particular de los trabajadores, los empleadores

- a) Tiene como primer elemento: garantizar una amplia participación en la formulación, aplicación y revisión de dicha política, en particular de los trabajadores, empleadores y las organizaciones que representan⁴².
 - b) Tiene como segundo elemento: la obligación de proveer equipos de protección adecuada frente a los riesgos derivados del trabajo⁴³.
 - c) Tiene como tercer elemento: la obligación de las autoridades de trabajo y salubridad para la caracterización de las actividades de riesgo⁴⁴.
- 2) Regular, supervisar y fiscalizar las condiciones de seguridad en el trabajo, con el objeto de prevenir accidentes laborales ocasionados por la manipulación de sustancias peligrosas⁴⁵.
- a) Tiene como primer elemento: las empresas y los Estados en donde estas operan deben fortalecer respectivamente los sistemas internos y externos de seguimiento, fiscalización y control del cumplimiento de los derechos laborales, derechos humanos y de la protección al medio ambiente⁴⁶.

y las organizaciones que los representan. Si bien la prevención total de los accidentes y enfermedades profesionales puede resultar imposible, los costos humanos y de otra índole de no adoptar medidas son muy superiores a la carga económica que entraña para los Estados partes la adopción de medidas preventivas inmediatas, que deberían ampliarse con el tiempo". Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 23 (2016) sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/GC/23, 27 de abril de 2016, párs. 25 y 29.

42 *Spoltore Vs. Argentina*, pár. 194, apoyado en la Observación General No. 23 del Comité DESC que indica: "La prevención de accidentes y enfermedades profesionales es un componente fundamental del derecho a unas condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, y guarda estrecha relación con otros derechos reconocidos en el Pacto, en particular con el derecho al más alto nivel posible de salud física y mental. Los Estados partes deberían adoptar una política nacional para prevenir los accidentes y daños a la salud relacionados con el trabajo mediante la reducción al mínimo de los riesgos en el entorno de trabajo, y garantizar una amplia participación en la formulación, aplicación y revisión de dicha política, en particular de los trabajadores, los empleadores y las organizaciones que los representan. Si bien la prevención total de los accidentes y enfermedades profesionales puede resultar imposible, los costos humanos y de otra índole de no adoptar medidas son muy superiores a la carga económica que entraña para los Estados partes la adopción de medidas preventivas inmediatas, que deberían ampliarse con el tiempo". Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones General núm. 23 (2016) sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/GC/23, 27 de abril de 2016, párs. 25 y 29.

43 *Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus Vs. Brasil*, pár. 174.

44 *Idem*.

45 *Idem*.

46 Corte IDH, *Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus Vs. Brasil* párs. 149 y 150, apoyado en los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos, que señalan que "en cumplimiento de su obligación de protección, los Estados deben: a) Hacer cumplir las leyes que tengan por objeto o por efecto hacer respetar los derechos humanos a las empresas, evaluar periódicamente si tales leyes resultan adecuadas y remediar eventuales carencias. Cfr. Consejo de Derechos Humanos. *Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos*, UN Doc. A/HRC/17/31, 16 de junio de 2011, principio No. 3. En relación con la fiscalización de

- b) Tiene como segundo elemento: la prohibición de cualquier tipo de trabajo para niños menores de 14 años y veda del trabajo peligroso, insalubre o penoso para adolescentes⁴⁷.
- 3) Garantizar que este derecho se ejerza sin discriminación, adoptando medidas eficaces para ello. Este subcomponente se encuentra clasificado por la Corte IDH como una obligación de exigibilidad inmediata⁴⁸.
- 4) Adoptar medidas para realizar progresivamente la plena efectividad del derecho, lo que significa que los Estados tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible. Este subcomponente se encuentra clasificado por la Corte IDH como una obligación de carácter progresivo⁴⁹.
 - a) Tiene como elemento: la obligación de no regresividad frente a la realización de los derechos alcanzados.
- 5) Garantizar el acceso a la justicia como parte del derecho al trabajo y las condiciones de trabajo que aseguren la salud y seguridad del trabajador⁵⁰.
 - a) Tiene como elemento: el derecho a una reparación e indemnización adecuada.

las condiciones laborales, la Corte IDH también determinó que resultaba relevante el contenido de la *Guía de Principios sobre Responsabilidad Social de las Empresas en el campo de los Derechos Humanos y el Medio Ambiente en las Américas*.

- 47 Corte IDH, *Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus Vs. Brasil* párs. 178 y 179. La Corte IDH al respecto retoma que: “En relación con este asunto, el Comité de los Derechos del Niño ha reconocido que el trabajo de menores de edad en sectores informales de la economía es especialmente peligroso para el disfrute de sus derechos y que los niños y niñas que trabajan en esferas ocultas de trabajo informal se enfrentan a “precariedad laboral; una remuneración escasa, irregular o incluso nula; riesgos para la salud; falta de seguridad social; restricciones a la libertad de asociación; y una protección inadecuada contra la discriminación y la violencia o la explotación”. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 16: Las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño*, UN Doc. CRC/C/GC/16, 17 de abril de 2013, pár. 35.
- 48 Corte IDH, *Spoltore Vs. Argentina*, párs. 95 y 97, Corte IDH, *Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus Vs. Brasil* pár. 172, apoyado en la Observación General No. 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto) del Comité DESC, 14 de diciembre de 1990, U.N. Doc. E/1991/23, pár. 5, y Observación General No. 23, pár. 25.
- 49 Corte IDH, *Spoltore Vs. Argentina*, pár. 95, apoyado en: Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú, párrs. 102 y 103; Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile, párr. 104, y Caso Hernández Vs. Argentina, párr. 81., y Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus Vs. Brasil pár. 172., apoyado *mutatis mutandi* en Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile, párr. 104, y Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala, pár. 98.
- 50 Corte IDH, *Spoltore Vs. Argentina*, pár. 96, apoyado en la Observación General No. 18 y No. 23 del Comité DESC que al afecto señala: “Los trabajadores afectados por un accidente o enfermedad profesional prevenible deberían tener derecho a una reparación, incluido el acceso a mecanismos adecuados de reclamación, como los tribunales, para resolver las controversias. En particular, los Estados partes deberían velar por que los trabajadores que sufran un accidente o se vean afectados por una enfermedad y, cuando proceda, las personas a su cargo reciban una indemnización adecuada que incluya los gastos de tratamiento, la pérdida de ingresos y otros gastos, y tengan acceso a servicios de rehabilitación”. Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 23, op. cit.*, párs. 25 y 29.

Como referente de diálogo internacional, observamos que la Corte IDH recurrió a estándares normativos establecidos en el artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁵¹, el artículo 7.b del Pacto de Derechos, Económicos Sociales y Culturales⁵², el artículo 11.1.f de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁵³, el preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)⁵⁴, el artículo 1, 2.2 y 3.1.a del Convenio 81 de 1947 de la OIT sobre la inspección del trabajo⁵⁵, el artículo 4 del Convenio 155 de 1981 de la OIT sobre seguridad y salud de los trabajadores⁵⁶, la Observación General No. 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud⁵⁷, la Observación General No. 18 sobre el derecho al trabajo⁵⁸ y la Observación General No. 23 sobre el derecho a condiciones equitativas y satisfactorias⁵⁹.

- 51 “Toda persona tiene derecho a [...] condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo”. Organización de las Naciones Unidas, *Declaración Universal de Derechos Humanos*.
- 52 “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: [...] b) La seguridad y la higiene en el trabajo” Organización de las Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC).
- 53 Que establece que los Estados adoptarán las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra las mujeres en el trabajo, e incluye dentro de este tipo de medidas “el derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción”. Organización de las Naciones Unidas, *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*.
- 54 Señala que “es urgente mejorar [las] condiciones [de trabajo], por ejemplo, en lo concerniente a [...] protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo, protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres” Organización Internacional del Trabajo. *Constitución*. Preámbulo.
- 55 Dispone que los Estados parte deben “mantener un sistema de inspección del trabajo en los establecimientos industriales” que dicho sistema “se aplicará a todos los establecimientos a cuyo respecto los inspectores del trabajo estén encargados de velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión” y estará encargado de “velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión, tales como las disposiciones sobre horas de trabajo, salarios, seguridad, higiene y bienestar, empleo de menores y demás disposiciones afines, en la medida en que los inspectores del trabajo estén encargados de velar por el cumplimiento de dichas disposiciones”. Organización Internacional del Trabajo, *Convenio No. 81 sobre la Inspección del Trabajo*, 1947.
- 56 Establece que los Estados deben “formular, poner en práctica y reexaminar periódicamente una política nacional coherente en materia de seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo”, cuyo objeto sea “prevenir los accidentes y los daños para la salud que sean consecuencia del trabajo, guarden relación con la actividad laboral o sobrevengan durante el trabajo” Organización Internacional del Trabajo, *Convenio No. 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores*, 1981.
- 57 “La adopción de medidas preventivas en lo que respecta a los accidentes laborales y enfermedades profesionales” Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, UN Doc. E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, pág. 15.
- 58 Habla del “derecho del trabajador a condiciones justas y favorables de trabajo, en particular a condiciones laborales seguras”, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 18: El derecho a trabajo*, UN Doc. E/C.12/GC/18, 24 de noviembre de 2005, pág. 12.c.
- 59 Señala que este es un derecho reconocido por el PIDESC, que es componente y resultado de otros derechos. Asimismo, establece que: “el derecho a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo se

3.3. Libertad de asociación

La Corte IDH estableció la importancia de la correlación de la libertad de asociación y el derecho al trabajo en las sentencias hito *Campos del Lago vs. Perú* y perfeccionado en *Extrabajadores del Organismo Judicial Vs. Guatemala*⁶⁰. De las mismas podemos encontrar los siguientes subcomponentes:

- 1) Proteger la facultad de constituir asociaciones sindicales y poner en marcha estructura, actividades y programas de acción sin intervención de autoridades públicas⁶¹.
- 2) Garantizar que las personas puedan ejercer su libertad sindical sin temor a ser sujetos de violencia alguna.
 - a) Tiene como primer elemento: que la misma no se agota con el reconocimiento teórico del derecho a formar agrupaciones, sino que comprende el derecho apropiado para ejercer dicha libertad⁶².
 - b) Tiene como segundo elemento: que no se trata de un derecho únicamente subsumido a los sindicatos, sino también los miembros y sus representantes gozan de una protección específica⁶³. En este sentido tiene una naturaleza dual: la individual y la de los integrantes del grupo.
 - c) Tiene un tercer elemento: será una garantía que se extiende a otras organizaciones que no sean sindicatos e incluso empresas privadas, ya que el derecho de asociación para la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores es fundamental para la realización de ideales democráticos⁶⁴.
- 3) Garantizar el derecho de huelga en relación con el derecho de asociación y libertad sindical.
 - a) Tiene como primer elemento: que la relación entre la libertad de asociación y la libertad sindical es una relación de género y especie, pues la primera reconoce el derecho de las personas de crear organizaciones y actuar colec-

aplica a toda persona, sin diferencia de sexo, edad o sector en el que se desempeñe, incluso si se trata de trabajo informal y que dentro de [los] elementos listados en el artículo 7 del PIDESC, se cuentan las condiciones de seguridad e higiene en el trabajo. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 23*.

60 Corte IDH, *Extrabajadores del Organismo Judicial Vs. Guatemala*, párs. 106-115.

61 Corte IDH, *Extrabajadores del Organismo Judicial Vs. Guatemala*, pár. 112-113 y *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*, párr. 156 y *Opinión Consultiva OC-27/21*, pár. 71.

62 Corte IDH, *Extrabajadores del Organismo Judicial Vs. Guatemala*, pár. 112 y *Caso Huilca Tecse Vs. Perú*, párr. 70 y *Opinión Consultiva OC-27/21*, pár. 71.

63 Corte IDH, *Campos del Lago vs. Perú* pár. 157 y *Extrabajadores del Organismo Judicial Vs. Guatemala*, pár. 115.

64 Corte IDH, *Campos del Lago vs. Perú*, pár. 158.

tivamente en la persecución de fines legítimos, sobre la base del artículo 16 de la Convención Americana, mientras que la segunda debe ser entendida en relación con la especificidad de la actividad y la importancia de la finalidad perseguida por la actividad sindical⁶⁵.

- b) Tiene como segundo elemento: podrán asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho a la negociación colectiva y a la huelga por parte de los trabajadores⁶⁶.
- c) Tiene como tercer elemento: su protección permite la realización de otros derechos humanos y que, en ese sentido, la protección del derecho a la negociación colectiva y a la huelga deben ser conceptuadas como herramientas esenciales de los derechos de asociación y a la libertad sindical⁶⁷.
- d) Tiene como cuarto elemento: el criterio de legalidad de la huelga debe obedecer a criterios razonables ya que es un elemento central respecto de la posibilidad de ejercicio del derecho a la huelga. De esta forma, las condiciones y requisitos previos que la legislación establezca para que una huelga se considere un acto lícito no deben ser complicados al punto de producir que en la práctica resulte imposible una huelga legal⁶⁸.

Como referente de diálogo internacional, observamos que la Corte IDH recurrió a estándares normativos establecidos en el artículo 3(b) del Convenio sobre los representantes de los trabajadores de la OIT⁶⁹ para dilucidar el concepto de “representante de los trabajadores”, y el Convenio Número 87 relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del derecho de Sindicación de 1948 de la OIT⁷⁰, el Convenio Número 98 Relativo a la Aplicación de los Principios del Derecho de Sindicación y de Negociación Colec-

65 Corte IDH, *Extrabajadores del Organismo Judicial Vs. Guatemala*, pár. 110, apoyado en la Opinión Consultiva OC-27/21, párr. 121.

66 Corte IDH, *Extrabajadores del Organismo Judicial Vs. Guatemala*, pár. 128.

67 Corte IDH, *Extrabajadores del Organismo Judicial Vs. Guatemala*, pár. 114 apoyado en la Opinión Consultiva OC-27/21, párr. 124.

68 Corte IDH, *Extrabajadores del Organismo Judicial Vs. Guatemala*, pár. 118, sustentado en los criterios contenidos en la recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical, *supra*, párr. 789-790. Cfr. Comité de Libertad Sindical, 343º informe, Caso núm. 2432, párrafo 1026; 346º informe, Caso núm. 2488, párrafo 1331; 357º informe, Caso núm. 2698, párrafo 225; 359º informe, Caso núm. 2203, párrafo 524; 371º informe, Caso núm. 2988, párrafo 850; y 375º informe, Caso núm. 2871, párrafo 231.

69 “Representantes electos, es decir, representantes libremente elegidos por los trabajadores de la empresa, de conformidad con las disposiciones de la legislación nacional o de los contratos colectivos, y cuyas actividades no se extiendan a actividades que sean reconocidas en el país como prerrogativas exclusivas de los sindicatos”. Organización Internacional del Trabajo, Convenio sobre los representantes de los trabajadores.

70 Organización Internacional del Trabajo, *Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación*, 1948 (núm. 87), disponible en la normateca digital oficial de la OIT en el siguiente enlace: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::p12100_instrument_id:312232, consultado el 23 de julio de 2022.

tiva de 1949⁷¹ para establecer la protección específica de los sindicatos y sus representantes para su correcto desempeño en la defensa de los intereses de los trabajadores.

3.4. Libertad de expresión

La Corte IDH estableció la importancia de la correlación de la libertad de expresión y pensamiento y el derecho al trabajo su sentencia *Campos del Lago vs. Perú*. La libertad de expresión resulta una condición necesaria para el ejercicio de organizaciones de trabajadores —no solamente organizaciones sindicales—, a fin de proteger sus derechos laborales, mejorar sus condiciones e intereses legítimos⁷². Luego entonces, de la misma podemos encontrar los siguientes subcomponentes:

- 1) Garantizar el derecho a la libertad de expresión en el contexto laboral no solo equivale al deber de respetar de los Estados, sino a obligaciones de garantía (o positivas).
- 2) En caso de existir interés general o público, requiere un nivel reforzado de protección, especialmente para los que ostentan el cargo de representación.
- 3) Analizar su limitación bajo un análisis específico:
 - a) Tiene como primer elemento: el deber de calificación de las declaraciones dentro de del marco del interés público o colectivo.
 - b) Tiene como segundo elemento: el deber de apegarse a criterios de legalidad, es decir, debe encontrarse establecido en la legislación vigente y de manera concreta.
 - c) Tiene como tercer elemento: el deber de establecer la finalidad perseguida, es decir si las mismas atienden a fin legítimo.
 - d) Tiene como quinto elemento: el deber de motivar su posible limitación.

Como referente de diálogo internacional, observamos que la Corte IDH recurrió a casos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y a la Recomendación No. 143 de la OIT sobre la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa.

71 Organización Internacional del Trabajo, *Convenio No. 98 sobre la sindicación y de negociación colectiva*, 1949, https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C098, consultado el 23 de julio de 2022.

72 *Campos del Lago*, op. cit. pár. 91.

4. CONCLUSIONES

La reivindicación de los DESCA y su interdependencia e indivisibilidad con los derechos civiles y políticos es un fenómeno que ya ha rendido frutos en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. Tanto instrumentos jurídicos vinculantes como no vinculantes, universales y regionales, han abonado a su conceptualización, instrumentación y generación de estándares aplicables que han sido retomados por tribunales nacionales e internacionales. Paralelamente, dicha labor ha sido asumida y ejecutada por la Corte IDH a través de sus sentencias, particularmente, una vez superados los obstáculos teóricos —y político-ideológicos— planteados respecto de la competencia para poder pronunciarse sobre el alcance del artículo 26 de la CADH y, por ende, la violación directa del mismo.

El Tribunal Interamericano ha confirmado a través de sus sentencias que el derecho al trabajo y sus cuatro componentes: a) derecho a la estabilidad laboral, b) condiciones de seguridad, salud e higiene, c) derecho a asociación en el contexto laboral y d) libertad de expresión en el contexto laboral, forman parte del *corpus iuris* internacional de los derechos humanos, por lo que los Estados deberán tomar todas aquellas medidas —inmediatas y progresivas— para respetarlos, satisfacerlos y garantizarlos. Ello no obsta para que en el futuro se adicionen o establezcan diversas obligaciones en la materia.

En este sentido, el Estado mexicano, al haber ratificado la CADH, aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH y reconocido a través de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la obligatoriedad de sus sentencias —y estándares-, deberá implementar de manera eficaz todas aquellas medidas necesarias para respetar, garantizar y cumplir obligaciones visibilizadas en el presente artículo.

BIBLIOGRAFÍA

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Sidabras y Dziautas Vs. Lituania*, Nos. 55480/00 y 59330/00. Sentencia de 27 de julio de 2004.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observaciones General No. 23: El derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias*, E/C.12/GC/23, 2016, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/087/54/PDF/G1608754.pdf?OpenElement>, consultado el 12 de julio de 2022.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 9: La aplicación interna del Pacto*, E/C.12//24, 1998, https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-9-aplicacion-interna-del-pacto#:~:text=1,obligaciones%20de%20los%20Estados%20Partes.https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=sp&TreatyID=9&DocTypeID=11, consultado el 3 de junio de 2022.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, E/C.12/2000/4, 2000, <https://www.refworld.org/es/publisher/CESCR,GENERAL,,47ebcc492,0.html>, consultado el 13 de julio de 2022.

- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 3: La índole de las obligaciones de los Estados Parte*, U.N. Doc. E/1991/23, 1990, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34177.pdf>, consultado el 10 de junio de 2022.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 18: El derecho a trabajo*, UN Doc. E/C.12/GC/18, 2005, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=sp&TreatyID=9&DocTypeID=11, consultado 13 de julio de 2022.
- Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 16: Las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño*, UN Doc. CRC/C/GC/16, 17 de abril de 2013, <https://www.right-to-education.org/es/resource/observacion-general-16-las-obligaciones-del-estado-en-relacion-con-el-impacto-del-sector>, consultado el 11 de julio de 2022.
- Consejo de Derechos Humanos. *Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos*, UN Doc. A/HRC/17/31, 16 de junio de 2011, https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf, consultado el 18 de julio de 2022.
- Consejo de Europa, *Carta Social Europea*, 1961, <https://www.coe.int/es/web/compass/european-social-charter>, consultada el 13 de junio de 2022.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Campos del Lago vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, núm. 340.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C, núm. 198.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012, Serie C, núm. 257.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Casa Nina Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2020, Serie C, núm. 419.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*, Excepciones preliminares y Reconocimiento de Responsabilidad, Sentencia de 7 de marzo de 2005.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, núm. 79.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020, Serie C, núm. 407.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso González Lluy u otros vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Hernández Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019, Serie C, núm. 395.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Huilca Tecse Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C No. 121.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Kaliña y Lokono Vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015, Serie C No. 309.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Palacio Urrutia y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2021, Serie C, núm. 446.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Spoltore Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de junio de 2020, Serie C, núm. 404.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Trabajadores cesados de Petroperú y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C No. 344.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Extrabajadores del Organismo Judicial Vs. Guatemala*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *García Prieto y otros Vs. El Salvador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de agosto de 2008.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Ivcher Bronstein Vs. Perú. Competencia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-27/21 Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género*, 5 de mayo de 2021, Serie A.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sowhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Yakye Axa vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.
- Nieto Navia, Rafael, “La aplicación del principio *jura novit curia* por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos”, en Ernesto J. Rey Caro et al. (directores), *Estudios de derecho internacional en homenaje a la dra. Zlata Drnas de Clément*, Córdoba, Advocatus, 2014.
- Organización de Estados Americanos, *Carta de la Organización de los Estados Americanos*. https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp#Cap%C3%ADtulo%20VII, consultado el 20 de junio de 2022.
- Organización de Estados Americanos, *Carta Social de las Américas*, 2012, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5782/5.pdf>, consultado el 17 de junio de 2022.
- Organización de Estados Americanos, *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Actas y documentos*, 1969, <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/actas-conferencia-interamericana-derechos-humanos-1969.pdf>, consultado el 19 de junio de 2022.
- Organización de Estados Americanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>, consultado el 17 de junio de 2022.
- Organización de Estados Americanos, *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*, Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948, https://www.oas.org/dil/esp/declaraci%C3%B3n_americana_de_los_derechos_y_deberes_del_hombre_1948.pdf, consultado el 19 de junio de 2022.
- Organización de Estados Americanos, *Guía de Principios sobre Responsabilidad Social de las Empresas en el campo de los Derechos Humanos y el Medio Ambiente en las Américas*, http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-doc_449-14_rev1_guia_principios.pdf, consultado el 22 de julio de 2022.
- Organización de Estados Americanos, *Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos humanos para asegurar los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC)*, <https://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/>, consultado el 20 de junio de 2022.
- Organización de Estados Americanos, *Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales saluda histórica decisión de la Corte IDH sobre justiciaibilidad en materia de DESCA*, D181/17, Washington, D.C., 15 de noviembre de 2017, disponible en:

<https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/181.asp>, consultado el 23 de junio de 2022.

- Organización de las Naciones Unidas, *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, <https://www.wipo.int/export/sites/www/wipolex/es/pdf/vienna-convention-es.pdf>, consultado el 8 de junio de 2022.
- Organización de las Naciones Unidas, *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>, consultado el 2 de julio de 2022.
- Organización de las Naciones Unidas, *Convención sobre los Derechos del Niño*, <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>, consultado el 2 de julio de 2022.
- Organización de las Naciones Unidas, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>, consultado el 13 de junio de 2022.
- Organización de las Naciones Unidas, *Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>, consultado el 3 de junio de 2022.
- Organización de las Naciones Unidas. *Agenda 2030*. Disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/>, consultado el 3 de julio de 2022.
- Organización de Unidad Africana, *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos*, 1981, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1297.pdf>, consultado el 23 de junio de 2022.
- Organización Internacional del Trabajo, *Comité de Libertad Sindical, Caso núm. 2203*, Guatemala, 2002.
- Organización Internacional del Trabajo, *Comité de Libertad Sindical, Caso núm. 2432*, Nigeria, 2005.
- Organización Internacional del Trabajo, *Comité de Libertad Sindical, Caso núm. 2488*, Filipinas, 2006.
- Organización Internacional del Trabajo, *Comité de Libertad Sindical, Caso núm. 2698*, Australia, 2009.
- Organización Internacional del Trabajo, *Comité de Libertad Sindical, Caso núm. 2871*, El Salvador, 2011.
- Organización Internacional del Trabajo, *Comité de Libertad Sindical, Caso núm. 2988*, Qatar, 2012.
- Organización Internacional del Trabajo, *Convenio No. 135 sobre los representantes de los trabajadores*, https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312280, consultado el 18 de julio de 2022.
- Organización Internacional del Trabajo, *Convenio No. 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores*, 1981, https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C155, consultado el 15 de julio de 2022.

- Organización Internacional del Trabajo, *Convenio No. 158 sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleado*, 1982, https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C158, consultado el 13 de julio de 2022.
- Organización Internacional del Trabajo, *Convenio No. 81 sobre la Inspección del Trabajo*, 1947, https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312226, consultado el 23 de julio de 2022.
- Organización Internacional del Trabajo, *Convenio No. 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación*, 1948, https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::p12100_instrument_id:312232, consultado el 23 de julio de 2022.
- Organización Internacional del Trabajo, *Convenio No. 98 sobre la sindicación y de negociación colectiva*, 1949, https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C098, consultado el 23 de julio de 2022.
- Organización Internacional del Trabajo, *Recomendación No. 143 sobre la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa*, 1971, https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312481#:~:text=Los%20representantes%20de%20los%20trabajadores%20deber%C3%ADan%20tener%20la%20posibilidad%20de,desempe%C3%B1o%20eficaz%20de%20sus%20funciones, consultado el 24 de julio de 2022.
- Organización Internacional del Trabajo. *Constitución de la OIT*, https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO, consultado el 20 de junio de 2022.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Airey Vs. Irlanda*, No. 6289/73. Sentencia de 9 de octubre de 1979.
- Villán Durán, Carlos, “Historia y descripción general de los derechos económicos, sociales y culturales” en *Derechos económicos, sociales y culturales*, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/26759.pdf>, consultado el 10 de junio de 2022.



CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE LA JURISPRUDENCIA DE LA SCJN RESPECTO A LAS PRUEBAS EN EL AMPARO INDIRECTO PROMOVIDO EN CONTRA DE UNA ORDEN DE APREHENSIÓN EMITIDA BAJO EL SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO

PABLO HERNÁNDEZ-ROMO VALENCIA

Abogado litigante

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL ARTÍCULO 75 DE LA LEY DE AMPARO. 3. LA EJECUTORIA DE LA SCJN. 4. PUNTOS CONCLUSIVOS.

1. INTRODUCCIÓN

En marzo de 2021 salió publicada en el Diario Oficial de la Federación una jurisprudencia por contradicción de la la Primer Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). Esta lleva el siguiente rubro:

PRUEBAS EN EL AMPARO INDIRECTO PROMOVIDO EN CONTRA DE UNA ORDEN DE APREHENSIÓN EMITIDA BAJO EL SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO. DEBEN DESECHARSE SI PRETENDEN DEMOSTRAR SU INCONSTITUCIONALIDAD, VARIANDO LAS CIRCUNSTANCIAS O LOS HECHOS EN LOS QUE EL JUEZ DE CONTROL SE BASÓ PARA EMITIRLA (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 75, PÁRRAFO SEGUNDO, IN FINE, DE LA LEY DE AMPARO).

La finalidad de este trabajo es que el abogado en materia constitucional penal conozca cuál es el alcance de dicha jurisprudencia.

Debo adelantar, que lo que se dijo en la ejecutoria no es acorde a lo que señala la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). Más exactamente puedo decir, que se emitió una jurisprudencia que está en franca contradicción con lo que se establece en los artículos 14 y 19, ambos de la CPEUM.

Si bien a primera vista pudiera parcer que bastaría leer el título, así como la explicación que se da de dicha tesis para conocer de lo que trata la jurisprudencia, lo cierto es que en este, como en todos los casos, es indispensable analizar la ejecutoria para saber si lo que se dijo en esta es correcto o no.

Los datos de la jurisprudencia que se analiza son los siguientes:

Registro digital: 2022840

Instancia: Primera Sala

Décima Época

Materia(s): Penal, Común

Tesis: 1a./J. 1/2021 (10a.)

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 84, Marzo de 2021, Tomo II, página 1210

Tipo: Jurisprudencia

PRUEBAS EN EL AMPARO INDIRECTO PROMOVIDO EN CONTRA DE UNA ORDEN DE APREHENSIÓN EMITIDA BAJO EL SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO. DEBEN DESECHARSE SI PRETENDEN DEMOSTRAR SU INCONSTITUCIONALIDAD, VARIANDO LAS CIRCUNSTANCIAS O LOS HECHOS EN LOS QUE EL JUEZ DE CONTROL SE BASÓ PARA EMITIRLA (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 75, PÁRRAFO SEGUNDO, IN FINE, DE LA LEY DE AMPARO).

Hechos: Los Tribunales Colegiados de Circuito contendientes sostuvieron criterios distintos al analizar si era factible admitir pruebas en el amparo indirecto promovido por el probable responsable contra una orden de aprehensión dictada bajo el sistema procesal penal acusatorio, para acreditar su inconstitucionalidad.

Criterio jurídico: La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el principio de limitación probatoria contenido en el artículo 75, párrafo segundo, in fine, de la Ley de Amparo, no permite que se admitan pruebas en amparo indirecto cuando se reclama una orden de aprehensión dictada bajo el sistema procesal penal acusatorio, tendentes a demostrar su constitucionalidad o inconstitucionalidad, variando las circunstancias o los hechos en los que la responsable se basó para apreciar el acto reclamado.

Justificación: El artículo 75 de la Ley de Amparo establece que el acto reclamado será apreciado como haya aparecido probado ante la autoridad responsable y consagra como excepción, en amparo indirecto, la posibilidad de ofrecer pruebas cuando el quejoso no haya podido hacerlo ante la responsable. Sin embargo, el párrafo segundo, in fine, del propio precepto, establece una limitante en materia penal relativa a que ese ofrecimiento no implique una violación a la oralidad o a los principios que rigen en el proceso penal acusatorio. En ese sentido, el desahogo de pruebas destinadas a variar las circunstancias que tuvo apreciadas el Juez de Control al dictar la orden de aprehensión vulnera tales principios. Ello, en tanto implicaría indefectiblemente que éstas no fuesen rendidas y examinadas oralmente (principio de oralidad); no permitiría que el juez penal apreciase personalmente su desahogo (principio de inmediación) y requerirían ser desahogadas ante un juez diverso, como el de amparo, bajo un proceso distinto, adquiriendo el carácter de pruebas formalizadas y no el de datos de prueba que les correspondería en la respectiva fase del proceso penal acusatorio.

Contradicción de tesis 171/2020. Entre las sustentadas por el Tribunal Colegiado en Materia Penal del Décimo Circuito, el Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Tercer Circuito, el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito y el Décimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. 2 de diciembre de 2020. Cinco votos de los Ministros Norma Lucía Piña Hernández, quien reservó su derecho para formular voto concurrente, Ana Margarita Ríos Farjat, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Juan Luis González Alcántara Carrancá. Ponente: Juan Luis González Alcántara Carrancá. Secretario: Mauro Arturo Rivera León.

Tesis de jurisprudencia 1/2021 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada a distancia de tres de febrero de dos mil veintiuno.

Como ya lo dije, es necesario desentrañar el contenido de la ejecutoria para conocer si la misma está apegada a lo que señala la CPEUM.

2. EL ARTÍCULO 75 DE LA LEY DE AMPARO

Como se aprecia del rubro de la jurisprudencia, se interpreta el artículo 75, párrafo segundo, de la Ley de Amparo. Dicho artículo en su totalidad reza:

“En las sentencias que se dicten en los juicios de amparo el acto reclamado se apreciará tal y como parezca probado ante la autoridad responsable. No se admitirán ni se tomarán en consideración las pruebas que no se hubiesen rendido ante dicha autoridad.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, en el amparo indirecto el quejoso podrá ofrecer pruebas cuando no hubiere tenido oportunidad de hacerlo ante la autoridad responsable. Adicionalmente, en materia penal, el juez de distrito deberá cerciorarse de que este ofrecimiento en el amparo no implique una violación a la oralidad o a los principios que rigen en el proceso penal acusatorio.

El Órgano jurisdiccional deberá recabar oficiosamente las pruebas rendidas ante la responsable y las actuaciones que estime necesarias para la resolución del asunto. En materia penal, se estará a lo dispuesto en la última parte del párrafo anterior.

Además cuando se reclamen actos que tengan o puedan tener como consecuencia privar de la propiedad o de la posesión y disfrute de sus tierras, aguas, pastos y montes a los ejidos o a los núcleos de población que de hecho o por derecho guarden el estado comunal, o a los ejidatarios o comuneros, deberán recabarse de oficio todas aquellas pruebas que puedan beneficiar a las entidades o individuos mencionados y acordarse las diligencias que se estimen necesarias para precisar sus derechos agrarios, así como la naturaleza y efectos de los actos reclamados.”

Una vez que se conoce todo el artículo es necesario analizar el párrafo del artículo que se interpretó; esto es, el segundo párrafo.

Leído el segundo párrafo, es indispensable conocer la ejecutoria para conocer el alcance de esta. Únicamente transcribiré las partes que considero son de mayor importancia para entenderla.

3. LA EJECUTORIA DE LA SCJN

Antes de que transcriba las partes que considero de importancia es indispensable saber que la jurisprudencia que nació fue producto de contradicción de tesis, entre las sustentadas por: El TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL DÉCIMO CIRCUITO, EL TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL DÉCIMO TERCER CIRCUITO, EL PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO, EL PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEXTO CIRCUITO Y EL DÉCIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Por un lado estaba la postura defendida por el Décimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito (queja 12/2017), por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito (queja 104/2017) y por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito (queja 76/2017), mismos que establecieron que a la luz del artículo 75, segundo párrafo, de la Ley de Amparo **era jurídicamente imposible admitir pruebas en el juicio de amparo indirecto promovido por el probable responsable en contra de una orden de aprehensión dictada bajo el sistema acusatorio adversarial a efectos de demostrar la inconstitucionalidad del acto reclamado.**

Los Tribunales Colegiados antes mencionados llegaron a la siguiente conclusión: **Que no podían admitirse tales pruebas porque su desahogo llevaría, inter alia, a la vulneración de los principios del sistema acusatorio adversarial**, pues:

- 1) su desahogo obedecería a las regulaciones propias del juicio de amparo y no del proceso penal (vulnerando la oralidad);
- 2) no serían desahogados ante el Juez regente de la causa penal (lo cual vulneraría el principio de inmediación) y;
- 3) vulneraría las reglas de incorporación de las pruebas al desahogarse pruebas formalizadas y no “datos de prueba”.

En resumen: sostuvieron que el artículo 75, párrafo segundo, in fine, impedía admitir pruebas en el caso porque su simple desahogo ante Juez distinto vulneraba el principio de inmediación, el desahogo no sería oralmente, y las pruebas desahogadas tendrían un carácter “formalizado” y no serían datos de prueba

Por otro lado, estaba la postura del Tribunal Colegiado en Materia Penal del Décimo Circuito (queja 92/2019), este sostuvo que la prohibición solo se actualizaba ante una

“vulneración específica y concreta” de estos principios y **expresamente afirmó que no vulneraba tales principios el mero hecho de que este desahogo se realice fuera del proceso penal y no se realice frente al Juez que conoce del proceso penal. Refirió que esa violación podía ser analizada caso por caso y no genéricamente.**

En resumen: sostuvo que no actualizaban la vulneración a los principios del proceso acusatorio adversarial.

El punto de contradicción que existía entre los Tribunales Colegiados era el relativo a:

¿Es posible admitir pruebas en el juicio de amparo indirecto promovido por el probable responsable en contra de la orden de aprehensión dictada bajo el sistema acusatorio a efectos de demostrar la inconstitucionalidad del acto reclamado, a la luz del artículo 75, párrafo segundo, in fine, de la Ley de Amparo?

En la ejecutoria se lee:¹

“IV. Estudio de fondo

40. Esta Primera Sala se percató de que, a efecto de resolver el cuestionamiento, resulta necesario realizar una interpretación de dos cuestiones diferenciadas. En primer término, la compleja interrelación que existe entre el principio de limitación de pruebas en el juicio de amparo, su excepción ante la imposibilidad de haber rendido pruebas ante la responsable y la excepción en materia penal interpretada por los Colegiados establecida en el artículo 75, párrafo segundo, in fine, de la Ley de Amparo. En segundo término, se impone recordar la doctrina de esta Primera Sala respecto a los principios del proceso penal acusatorio a efecto de poder establecer si el desahogo de pruebas ante el Juez de Amparo para acreditar aspectos no considerados por el Juez de Control al dictar el mandato de captura, vulnera o no tales principios.

a. Interpretación del artículo 75 de la Ley de Amparo: principio de limitación de pruebas (y su excepción) y el principio de limitación probatoria del amparo referente al sistema acusatorio.

41. A efecto de realizar el análisis propuesto, conviene recordar el vigente texto del artículo 75 de la Ley de Amparo:

“Artículo 75. En las sentencias que se dicten en los juicios de amparo el acto reclamado se apreciará tal y como aparezca probado ante la autoridad responsable. No se admitirán ni se tomarán en consideración las pruebas que no se hubiesen rendido ante dicha autoridad.

“No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, en el amparo indirecto el quejoso podrá ofrecer pruebas cuando no hubiere tenido oportunidad de hacerlo ante la autoridad responsable. Adicionalmente, en materia penal, el Juez de Distrito deberá cerciorarse de que este ofrecimiento en el amparo no implique una violación a la oralidad o a los principios que rigen en el proceso penal acusatorio.

1 Las negritas y lo subrayado a lo largo de la ejecutoria son mías.

“El órgano jurisdiccional deberá recabar oficiosamente las pruebas rendidas ante la responsable y las actuaciones que estime necesarias para la resolución del asunto. En materia penal, se estará a lo dispuesto en la última parte del párrafo anterior.”

42. Principio de limitación de pruebas y su excepción. El párrafo primero del artículo 75 de la Ley de Amparo vigente contiene el denominado “principio de limitación de la prueba”. Dicho principio tiene una doble vertiente, esto es, refiere dos obligaciones para el juzgador.

43. En primer término, lo obliga a apreciar el acto reclamado en la forma misma en que lo haya tenido por apreciado la autoridad responsable. Por otro lado, obliga al juzgador a no admitir ni tomar en consideración pruebas que no se hayan rendido ante dicha autoridad. La teleología de este precepto claramente es evitar que la jurisdicción de amparo se sustituya en la autoridad responsable y, en su lugar, garantizar que sólo realice una revisión de la constitucionalidad del acto reclamado.

44. La intención del precepto es cumplir con el principio de congruencia que rige al medio de control constitucional porque parte de la base de que el juicio de amparo no es sin más una simple extensión del proceso ordinario ni debe confundirse con el juicio de origen.⁽⁹⁾

45. La redacción de este principio tiene un origen histórico. En efecto, la primera Ley de Amparo, bajo el imperio de la vigente Constitución de 1917,⁽¹⁰⁾ refería en su artículo 84 que “En las sentencias de amparo sólo se tomarán en cuenta las pruebas que justifiquen la existencia del acto reclamado y su constitucionalidad”. El precepto 118 de la propia ley establecía que:

...

46. A efecto de perfeccionar esta limitante, en la Ley de Amparo de mil novecientos treinta y seis, vigente hasta el año dos mil trece, se estableció desde su redacción original dicho principio en el artículo 78:

...

47. Dicho precepto se mantuvo intocado durante cincuenta y ocho años, hasta que en mil novecientos noventa y cuatro se introdujo un tercer párrafo que únicamente establecía el deber oficioso del juzgador de recabar pruebas que hubiesen sido rendidas ante la autoridad responsable pero que no obrasen en autos y fuesen necesarias para la resolución del asunto.

48. En ese sentido, el principio permaneció incólume desde mil novecientos treinta y seis hasta el año dos mil trece, con la sola adición de una obligación por parte del juzgador que no matizó en modo alguno la prohibición de incorporar a la litis constitucional pruebas no rendidas ante la responsable.

49. La Ley de Amparo vigente, promulgada en el año de dos mil trece, consagró normativamente una excepción a tal principio, a saber, que “No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, en el amparo indirecto el quejoso podrá ofrecer pruebas cuando no hubiere tenido oportunidad de hacerlo ante la autoridad responsable.”

50. Una simple interpretación gramatical permite entrever que, si el párrafo anterior estableció el principio de limitación de pruebas, la posibilidad extraordinaria de ofrecerlas cuando no pudiesen haberse rendido ante la responsable es una

excepción a este principio. La regla general, por tanto, es no poder ofrecer pruebas no rendidas ante la responsable y la excepción, limitada a un solo caso, es poder hacerlo.

51. Esta excepción podría resultar aplicable, por ejemplo, en el caso de que se trate de una persona ajena al procedimiento de creación del acto reclamado, o cuando la ley que lo rija no establezca la posibilidad de ofrecer y desahogar pruebas.⁽¹¹⁾

52. En el recurso de queja 56/2019,⁽¹²⁾ sostuvimos que los dos primeros párrafos del artículo 75 de la Ley de Amparo guardan congruencia entre sí. Enunciamos que el primer párrafo prevé una regla procedimental que brinda equilibrio y seguridad a todos aquellos sujetos involucrados en el acto reclamado, al ordenar que la apreciación del acto reclamado se llevará a cabo tal y como aparezca probado ante la autoridad responsable, por lo que no se admiten pruebas que no hubiesen sido rendidas ante la autoridad. En cambio, el segundo párrafo contiene una excepción a esa regla general, que sólo rige en los supuestos de excepción, que son lógicos, pues operan en situaciones en las que exista una imposibilidad real de ofrecer pruebas ante la autoridad, de donde se entiende que sólo ante el Juez de amparo se tenga la posibilidad de su ofrecimiento.

53. En conclusión, **existe una regla general en amparo indirecto que impide el ofrecimiento de pruebas para variar la apreciación del acto reclamado.** La regla y no la excepción, es la imposibilidad del ofrecimiento de pruebas para alterar la percepción de la responsable del acto reclamado. **La única excepción es en aquellos casos en que el oferente no haya tenido oportunidad de ofrecer pruebas ante la responsable. Esta excepción, sin embargo, encuentra una prohibición tajante en materia penal y no se actualiza cuando tal ofrecimiento vulnere los principios del procedimiento acusatorio, como veremos a continuación.**

54. El principio de limitación probatoria en el amparo indirecto referente al sistema acusatorio (artículo 75, párrafo segundo, in fine, de la Ley de Amparo). A pesar de la excepción al principio de limitación de prueba, **el propio artículo 75 de la Ley de Amparo establece una limitación tajante a esta excepción tratándose de materia penal, a saber, la violación de los principios contenidos en el procedimiento acusatorio adversarial.** A este principio, esta Primera Sala lo denominará “principio de limitación probatoria en el amparo indirecto referente al sistema acusatorio”.

55. Esto es, **el segundo párrafo del artículo 75 de la ley establece una meta-excepción (exceptúa la excepción), porque dispone condiciones específicas en el sistema acusatorio bajo las cuales no podrán ofrecerse pruebas, ni siquiera si se actualizare la excepción del principio de limitación probatoria.** Por tanto, el artículo refiere que, **inclusively si el quejoso no pudo ofrecer pruebas ante la responsable, tampoco podrá hacerlo ante la jurisdicción de amparo si su ofrecimiento rompe principios del sistema acusatorio.**

56. En ese sentido, como veremos, el legislador al establecer esta prohibición consideró las dificultades procesales de permitir el desahogo probatorio excepcional, porque los dos tipos de procesos (acusatorio y el de amparo) eran absolutamente distintos entre sí y se regían bajo principios diversos.

57. El artículo 75, párrafo segundo, in fine, de la Ley de Amparo fue introducido al sistema jurídico en tanto el legislador consideró, como se analizará, que in-

clusive cuando hubiese existido esta imposibilidad real de ofrecer pruebas, permitir el desahogo probatorio vulneraría los principios propios del sistema acusatorio adversarial. Esto es, determinó “exceptuar de la excepción” a aquellas pruebas que, pese a no haberse podido ofrecer ante la responsable, perjudicarían el desarrollo del proceso acusatorio adversarial pues su solo desahogo rompería sus principios.

58. ¿Cómo surge esta regla específica de la limitación probatoria del amparo referente al sistema acusatorio y qué significa?

59. A diferencia del principio de limitación de pruebas y sus excepciones (párrafo primero y primera frase del segundo párrafo del artículo 75 de la Ley de Amparo), el principio de limitación probatoria del amparo indirecto referente al sistema acusatorio tiene un origen relativamente reciente (en el año dos mil dieciséis).

60. En efecto, a pesar de que la abrogada Ley de Amparo de 1936 contenía (artículo 78) un precepto análogo a los tópicos referidos anteriormente, era silente respecto a la alegada vulneración al procedimiento acusatorio adversarial.

61. Este silencio es absolutamente lógico en tanto, hasta el año dos mil ocho, el procedimiento penal mexicano era mixto de corte inquisitivo. De ahí que, para el legislador, resultara innecesario prever las consecuencias de vulnerar principios de un procedimiento penal que no existía en el sistema jurídico mexicano. Este problema sería considerado hasta la introducción del sistema acusatorio en México.

62. A partir del año dos mil ocho, cuando se efectúa la reforma constitucional que introduce el nuevo modelo procesal penal, el legislador pudo, por vez primera, experimentar la coexistencia de un procedimiento del juicio de amparo (predominantemente escrito) con el recientemente creado sistema acusatorio adversarial (de corte oral).

63. El párrafo segundo, in fine, del artículo 75 que establece la hipótesis en contradicción, no se incorporó sino hasta el año dos mil dieciséis, esto es, prácticamente tres años después de la promulgación de la comúnmente conocida como “Nueva Ley de Amparo”.

64. El hecho de que este nuevo principio no haya formado parte del texto íntegro aprobado y promulgado en dos mil trece implica algo importante: **el legislador conscientemente realizó una reforma directamente enfocada a limitar las pruebas aún en los casos excepcionales, pues la consideró necesaria y oportuna para compatibilizar el proceso acusatorio adversarial con el juicio de amparo.**

65. Inclusive antes de la iniciativa de reforma del año dos mil dieciséis, la doctrina ya se había pronunciado por no permitir el desahogo de pruebas ante la jurisdicción de amparo que debieran haber sido desahogadas ante los juzgadores del proceso adversatorio. Así Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil habían afirmado que “... es poco probable que al juzgador de amparo le sea necesario presidir actos de prueba personales o de inspección judicial; pues éstos ya habrían sido desahogados ante la responsable, y si no fue así tendrá la obligación de rechazarlos salvo que tengan inmediata relación con la litis del juicio de amparo”.⁽¹³⁾ De igual forma, afirmaron que, incluso en hipótesis con suplencia de la queja, tal facultad “no llevará a que se analicen pruebas o datos que no hayan sido desahogados ante la potestad común, contrariando el principio acusatorio ... sin contar con que el Juez

de amparo debe apreciar el acto reclamado como fue probado ante la autoridad responsable, según el artículo 78 de la Ley de Amparo.”

...

67. Previo a referir la intención de la iniciativa en cuanto al artículo 75, párrafo segundo, in fine, cabe resaltar que la iniciativa fue presentada el veinticinco de noviembre de dos mil catorce. En su primer párrafo, **la iniciativa propuso armonizar diversas normas con la reforma constitucional de dos mil ocho que transitó hacia un modelo acusatorio y oral.**

68. Debe recordarse que esta iniciativa intentó compatibilizar el juicio de amparo en lo referente al sistema procesal acusatorio. Producto de ella, por ejemplo, fue la reforma al artículo 173 de la Ley de Amparo que precisa las violaciones a las leyes del procedimiento tanto del sistema penal mixto como del acusatorio.

69. En el tema aquí analizado, propuso reformar el artículo 75 aquí discutido. La intención de la reforma, en las propias palabras de la iniciativa fue:

“exceptuar que en los juicios de amparo directo (sic)(15) que se sigan por procedimientos correspondientes al sistema penal acusatorio el quejoso ofrezca pruebas cuando no hubiere tenido oportunidad de hacerlo ante la autoridad responsable y que el Juez oficiosamente recabe pruebas y realice actuaciones para la resolución del asunto, ello en virtud, de que tal disposición transgrede los principios más relevantes del sistema penal acusatorio tal como la inmediación ante el Juez de la causa permitiendo que el Juez de amparo desahogue medios de prueba ante procedimientos diversos a los previstos en el ordenamiento procesal y asimismo el principio de igualdad entre las partes, permitiendo que el juzgador recabe pruebas de forma oficiosa.”(16)

70. El hecho de que la iniciativa, en su exposición de motivos, haya empleado la palabra “directo” (y no “indirecto”), es una simple errata involuntaria. La exposición de motivos pretendió aludir al amparo “indirecto” en tanto 1) el artículo efectivamente propuesto regulaba el amparo indirecto y no el directo; 2) la iniciativa pretendía evitar que el “Juez” de amparo desahogara medios de prueba, lo que aludía a la clásica autoridad resolutora del amparo indirecto. El texto propuesto por la iniciativa, a pesar de la errata, correctamente empleó la terminología “indirecto” al sugerir la siguiente redacción:

“Artículo 75.

“...

“No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, salvo aquellos casos del sistema procesal penal acusatorio, en el amparo indirecto(17) el quejoso podrá ofrecer pruebas cuando no hubiere tenido oportunidad de hacerlo ante la autoridad responsable.

“Con excepción del sistema procesal penal acusatorio, el órgano jurisdiccional deberá recabar oficiosamente las pruebas rendidas ante la responsable y, las actuaciones que estime necesarias para la resolución del asunto.”

71. Como puede apreciarse, la iniciativa fundamento de la reforma al artículo 75 citado tuvo por objetivo ajustar el juicio de amparo indirecto al modelo acusatorio adversarial que ya comenzaba a operar en diversas entidades federativas y que debía ser plenamente operativo en todo el país a finales del año dos mil dieciséis. Por tanto, por lo que respecta al juicio de amparo, preten-

dió ajustar el amparo referente al sistema acusatorio y dejó absolutamente intocado el amparo referente al sistema mixto en cuanto a ofrecimiento probatorio.

...

73. En ese sentido, al momento de la presentación de la iniciativa (y aún en estos momentos por la ultractividad descrita), el amparo en materia penal tiene dos vertientes, a saber: 1) amparo penal derivado del sistema mixto y 2) amparo penal derivado del sistema acusatorio.

74. La redacción propuesta por los senadores pretendió prohibir de forma terminante el ofrecimiento de pruebas en amparos indirectos relacionados con el sistema acusatorio. **La iniciativa refirió expresamente pretender eliminar por completo la posibilidad de que el quejoso ofreciera pruebas en tales juicios.** Por otro lado, la iniciativa legislativa nada afirmó respecto al sistema mixto, en el cual, por vía de la interpretación de esta Primera Sala (por ejemplo la jurisprudencia 1a./J. 107/2007)(19) la jurisdicción de amparo había excepcionalmente tomado en cuenta pruebas que no hubiera apreciado la autoridad responsable, por ejemplo al momento de librar la orden de aprehensión.

75. De tal forma, **la iniciativa dejaba intocado el régimen de pruebas excepcional en el amparo indirecto en materia penal referente al proceso inquisitivo-mixto, mientras que limitaba absolutamente tal ofrecimiento excepcional en cuanto al sistema acusatorio.**

76. Podríamos decir, a efectos clarificativos, que configuraba dos hipótesis distintas:

1) Amparo indirecto contra actos derivados del sistema mixto. En tal amparo, el acto reclamado debía ser apreciado como apareciera probado ante la responsable. Existía una excepción para ofrecer pruebas, a saber, la imposibilidad de rendirla ante la responsable.

2) Amparo indirecto contra actos derivados del sistema acusatorio. En tal amparo, el acto reclamado debía ser apreciado como apareciera probado ante la responsable. No existía excepción para ofrecer pruebas.

77. El hecho de que **la iniciativa** estableciera regulaciones diferenciadas en amparo atendiendo al modelo procesal penal de origen (sea acusatorio o adversarial) es una característica de esta iniciativa, **que buscaba establecer el régimen de amparo más conveniente a cada tipo de proceso penal y lo hizo no sólo en lo referente al principio de limitación probatoria (en que estableció regímenes diferenciados).** Así, por ejemplo, el artículo 173 de la Ley de Amparo en vigor estableció un apartado diferenciado relativo a la infracción de leyes del procedimiento a efectos del juicio de amparo en materia penal dependiendo de si el acto provenía del sistema mixto o acusatorio.

78. **La iniciativa también fue clara en cuanto a las razones de restringir absolutamente las excepciones al principio de limitación probatoria. La iniciativa sostuvo(20) que el simple hecho de que tales pruebas se desahogaran ante el juzgador de amparo ya implicaba un rompimiento al principio de inmediación y, además, rompía el esquema acusatorio adversarial porque tales pruebas se desahogarían en un procedimiento diverso y bajo una regulación distinta que la contenida en la norma procesal penal** (argumento, por cierto, empleado por los Tribunales Colegiados de la postura A). **Aunado a ello,**

en congruencia con lo anterior, la iniciativa limitaba la facultad oficiosa del juzgador de amparo de recabar tales pruebas en virtud de que ello rompería el principio de igualdad de partes. En ese sentido, la iniciativa descrita arguye precisamente las razones sostenidas por los Tribunales Colegiados adherentes a la postura A y, frontalmente, contradice la opinión defendida por el Tribunal Colegiado de la postura B.

79. Podríamos decir, por tanto, que la iniciativa consideró que la excepción al principio de limitación de las pruebas vulneraba los principios del sistema acusatorio (pero no tuvo objeciones en cuanto a lo referente al sistema mixto).

80. Ahora bien, la Cámara de Senadores fungió como Cámara de Origen en este procedimiento. En su dictamen,(21) varió la redacción inicialmente propuesta por la iniciativa en los siguientes términos (foja 208 del dictamen):

“Artículo 75. ...

“No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, en el amparo indirecto el quejoso podrá ofrecer pruebas cuando no hubiere tenido oportunidad de hacerlo ante la autoridad responsable.

“Adicionalmente, en materia penal, el Juez de Distrito deberá cerciorarse de que este ofrecimiento en el amparo no implique una violación a la oralidad o a los principios de oralidad, publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación en el proceso penal acusatorio.

“El órgano jurisdiccional deberá recabar oficiosamente las pruebas rendidas ante la responsable y las actuaciones que estime necesarias para la resolución del asunto. En materia penal, se estará a lo dispuesto en la última parte del párrafo anterior.”

81. La propuesta de modificación de la Cámara de Origen, a pesar de variar la redacción, mantuvo las dos hipótesis de amparo indirecto (contra actos derivados del procedimiento acusatorio y contra actos derivados del sistema mixto). A diferencia de la terminología inicialmente empleada por la iniciativa legislativa, la Cámara de Senadores prefirió aludir a un amparo “en materia penal” (que no distinguía entre amparo en materia penal proveniente de un sistema acusatorio y proveniente del sistema mixto) y delegar al Juez la obligación de no admitir pruebas en amparos penales si éstas vulneraban la oralidad o los principios del sistema acusatorio.

82. La Cámara de Origen no dio razones sustantivas para variar la propuesta, sino únicamente se limitó a referir en tres líneas que: “Se ajusta la redacción en el artículo 75 a fin de no generar estado de indefensión, pero salvaguardando la aplicación de los principios constitucionales que rigen el procedimiento”. La Cámara de Senadores no analizó en momento alguno este precepto 75 más allá de las tres líneas transcritas, ni tampoco hubo discusiones con posterioridad sobre este numeral.(22)

83. La redacción planteada por la Cámara de Senadores claramente mantuvo la restricción de la admisión excepcional de pruebas en amparo indirecto penal. **Esto es, el ofrecimiento respecto a aquellas pruebas que vulnerasen los principios del proceso penal acusatorio.** Por tanto, inclusive en la redacción propuesta por el Senado se mantuvieron las hipótesis originarias:

1) Amparo indirecto contra actos derivados del sistema mixto. En tal amparo, el acto reclamado debía ser apreciado como apareciera probado ante la responsable. Existía una excepción para ofrecer pruebas, a saber, la imposibilidad de rendirla ante la responsable. Este amparo no fue modificado en cuanto al régimen probatorio, porque los procesos del sistema penal mixto son, por definición, incapaces de vulnerar las reglas del sistema acusatorio al ser distintos.

2) Amparo indirecto contra actos derivados del sistema acusatorio. En tal amparo, el acto reclamado debía ser apreciado como apareciera probado ante la responsable. Existe la excepción de ofrecer pruebas si no pudieron ser ofrecidas ante la responsable, pero no pueden ser admitidas estas pruebas si vulneran los principios de oralidad o los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación en **el proceso penal acusatorio**.

84. Esta Primera Sala observa que esta modificación mantuvo incólume la prohibición de vulnerar principios del proceso acusatorio y oral. Es decir, la redacción de la propuesta no quiso permitir en momento alguno que pudiese desahogarse en amparo indirecto una prueba que vulnerase los principios de oralidad o los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación **en el proceso penal acusatorio**.

85. El hecho de que la Cámara de Origen explicase el cambio de redacción utilizando sólo ocho palabras (“a fin de no generar estado de indefensión”) y que no se haya discutido este precepto⁽²³⁾ conlleva pensar que la modificación lacónica fue de naturaleza precautoria. Veamos esto con mayor detalle.

86. Como hemos afirmado, la iniciativa legislativa original tenía una prohibición terminante de ofrecer pruebas en amparo indirecto contra actos propios del sistema acusatorio. La variación propuesta por la Cámara de Origen, entonces, quería obtener dos certezas legislativas: 1) prohibir terminantemente que se desahogaran pruebas en amparo indirecto que vulnerasen el sistema acusatorio (justo lo que proponía la iniciativa) y, al mismo tiempo, 2) evitar que una formulación tajante, como la adoptada inicialmente por la iniciativa, evitase el ofrecimiento de pruebas que no vulnerasen los principios de oralidad, a pesar de que la Cámara de Origen no hubiese identificado cuáles podrían ser con exactitud esas pruebas.

87. Por ello, la finalidad de la Cámara de Origen en su modificación fue variar la redacción del precepto para que tal prohibición se centrara en su teleología (vulnerar principios del sistema acusatorio) y no en abstracto respecto al sistema procesal del cual procedía el acto reclamado. Así, la Cámara de Origen mantuvo incólume la prohibición, al mismo tiempo que, mediante esta redacción cauta, evitó prohibir la incorporación de pruebas que, quizá en ese momento no podían ser identificadas a la luz de la discusión, pero que pudiesen existir hipotéticamente y que no vulnerasen los principios del sistema acusatorio.

88. La segunda implicación del cambio de redacción es que, mientras que la iniciativa original prohibía el ofrecimiento de pruebas en amparos indirectos referentes al modelo acusatorio, la redacción final no establecía esto como limitación al quejoso, sino como obligación al Juez. Por tanto, mientras en la iniciativa quedaba vedado el ofrecimiento de pruebas en este tipo de amparos (prohibición al quejoso) la redacción nueva estableció que no era prohibición del quejoso, sino obligación del juzgador, el que no se admitiesen este tipo de pruebas.

89. Ahora bien, la Cámara de Diputados fungió como Cámara Revisora. En su dictamen, la Cámara Revisora únicamente propuso cambios cosméticos a la propuesta de modificaciones de su Colegisladora. Así (foja 101) se propuso eliminar el nombre pormenorizado de todos los principios que rigen el procedimiento acusatorio para simplemente referir que la obligación del Juez era velar porque el ofrecimiento de pruebas en amparo “no implique una violación a la oralidad o a los principios que rigen el procedimiento acusatorio”. **La Colegisladora entendió que hablar de la oralidad y principios del sistema acusatorio, era preferente por técnica legislativa que enumerarlos uno por uno.**

90. De igual manera, la Colegisladora añadió dos palabras (“que rigen”) para ajustar la norma a la abreviatura introducida, pero no se modificó su sentido, coincidiéndose con la Cámara de Origen.⁽²⁴⁾ No existe en el dictamen, por otro lado, consideración alguna referente al artículo 75⁽²⁵⁾ aquí en estudio (fojas 97 a 99 del dictamen).

91. El estudio del anterior iter legislativo permite adelantar las siguientes tres conclusiones que se desprenden de la iniciativa y su proceso de discusión. Esta Primera Sala observa que:

1) **La iniciativa original únicamente pretendió limitar las excepciones al principio de limitación probatoria del amparo referente al proceso acusatorio** (y, en consecuencia, dejó intocado al mixto);

2) El actual artículo 75 crea dos versiones del principio de limitación de la prueba y sus excepciones en el juicio de amparo indirecto (una aplicable al proceso acusatorio y una exclusivamente al mixto);

3) El proceso legislativo indica con claridad que ambas Cámaras pretendieron proscribir terminantemente que el ofrecimiento de una prueba en amparo indirecto penal frente a actos del sistema acusatorio, vulnerase la oralidad o los principios del sistema (publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación) y que, si bien se adoptó una redacción distinta en la Cámara de Origen, ello fue únicamente por cautela, sin pretender permitir la vulneración a tales sistemas.

92. Tomando como base el anterior análisis, esta Primera Sala entiende que ha sido la voluntad del Congreso de la Unión el que el principio de limitación de las pruebas tenga su mismo contenido frente al sistema mixto que originalmente ha tenido desde la promulgación de la Ley de Amparo de dos mil trece. **En cambio, fue voluntad terminante del Congreso de la Unión que, en materia del sistema acusatorio, el Juez no permitiese la admisión de una prueba cuyo desahogo vulnerase la oralidad, publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación o demás principios del sistema acusatorio.**

93. Una vez que hemos referido que **el artículo 75, párrafo segundo, in fine, pretendió terminantemente prohibir toda admisión probatoria que vulnerase la oralidad o los principios del sistema acusatorio**, se impone hacer un breve recordatorio de la doctrina de esta Sala sobre los principios atinentes al procedimiento acusatorio adversarial. Ello nos permitirá evidenciar si tales principios son vulnerados por el desahogo de pruebas que pretendan demostrar que la orden de aprehensión resulta inconstitucional al introducir ante el Juez de amparo cuestiones no analizadas por el Juez de Control al emitirla.

B) Principios del sistema acusatorio adversarial.

94. El sistema acusatorio adversarial fue introducido por reforma constitucional de dos mil ocho al ordenamiento jurídico mexicano. **El artículo 20 constitucional estableció los principios del procedimiento penal acusatorio-adversarial. Así, la Constitución definió que tal proceso será acusatorio y oral y que los principios regentes de éste serán la publicidad, contradicción, concentración, continuidad e intermediación.**

95. Dado que el precepto 75, párrafo segundo, in fine, establece como limitante de ofrecimiento probatorio la referida vulneración a la oralidad o demás principios del procedimiento acusatorio (publicidad, contradicción, concentración, continuidad e intermediación) conviene referir brevemente lo que esta Primera Sala ya ha afirmado que constituye su contenido esencial a efecto de dar respuesta a la pregunta de la contradicción.

96. Esta Primera Sala ya ha sostenido (26) que la oralidad obliga a todas las partes procesales a estar presentes en las audiencias, pues el juzgador debe escuchar en forma directa, sin delegación y sin solución de continuidad, todos los argumentos que en ese momento se le expongan para sostener la imputación o la defensa, así como recibir los datos ofrecidos y cuyo desahogo sea aceptado. Es decir, el Juez tendrá conocimiento simultáneamente y con igual fuerza, de teorías de un caso, que podrán ser completamente contradictorias, cuyo debate permitirá el acceso directo a los medios de convicción. Es de precisar que la oralidad no se limita únicamente a la argumentación y contra-argumentación que se realiza en torno a los datos en que aquéllos se sustentan, pues de igual forma se celebran en audiencia pública diversas diligencias y actuaciones procesales, en las que las partes tienen la misma oportunidad de intervención.

...

98. Por su parte, el principio de publicidad(28) se traduce en el derecho que tiene el procesado a ser juzgado en audiencia pública por un Juez o tribunal. De acuerdo a lo establecido en la fracción V del apartado B del citado precepto constitucional, ésta sólo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo.

99. Sostuvimos que el principio de contradicción(29) consagra el derecho del procesado a que se le informe desde su comparecencia ante el Ministerio Público o el Juez, de los hechos que se le imputan y a que se le faciliten todos los datos que solicite para su defensa; que se le reciban los testigos y demás datos pertinentes que ofrezca en su favor y a impugnar u objetar los datos existentes en la carpeta o legajo de investigación y los que sean ofrecidos en su contra, este principio indudablemente permite el equilibrio entre las partes y conduce a un pleno análisis judicial de la contienda, es decir, los actos de cada parte procesal, estarán sujetos al control del otro, teniendo en este aspecto igualdad procesal para sostener la imputación o la defensa, respectivamente.(30) Sostuvimos que, en ese sentido, el principio de contradicción funge como pieza clave para el correcto desarrollo del proceso, pues por un lado, garantiza el derecho de las partes a concurrir al proceso en igualdad de armas y, por otra, permite al juzgador apreciar de forma clara los elementos de prueba y los argumentos que, de forma oral, exponen las partes.(31)

100. Hemos sostenido que el principio de concentración implica finalísticamente el centrar el debate procesal en pocas audiencias a efecto de que en ellas se lleve a cabo la ventilación del mayor número de cuestiones en el menor número posible de actuaciones. Respecto al principio de continuidad hemos afirmado que ella implica limitar las interrupciones al proceso.

101. Por otro lado, la inmediación implica que todas las audiencias se desarrollarán en presencia del Juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas. Además de que ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra. Desde este enfoque, también afirmamos⁽³²⁾ que la inmediación concede a las partes la ocasión de comunicar oralmente al tribunal sus puntos de vista, en una audiencia determinada o en la misma en que se ventila toda la causa, con el propósito de que el Juez o tribunal se compenetre más acabadamente del sentido y alcance de los argumentos y pretensiones; las partes pueden en su presencia confrontar sus razones y a veces ajustarlas; se obtiene mayor celeridad por medio de indicaciones o preguntas que, en ciertos casos, puede formularse señalando a las partes las oscuridades, vacíos o contradicciones de sus planteamientos o explicaciones; se supriman o abrevien algunos puntos controvertidos por tener un alcance distinto del que suponían las partes en su enfoque unilateral. Todo ello es posible esperar de este contacto entre partes y Juez o tribunal en comunicación oral e inmediata.

102. **Solución.** Habiendo establecido el contenido de los principios del sistema acusatorio es posible sentar el criterio jurídico prevaleciente. Debe recordarse que, anteriormente, se afirmó que el proceso de reforma al párrafo segundo, in fine, evidenció que era una intención frontal del legislador el eliminar toda excepción al principio de limitación de la prueba en amparos indirectos en materia penal, en aquellos casos en que se vulnerase la oralidad o los principios del sistema acusatorio (principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, cuyo contenido ha sido explicado en las líneas previas).

103. **Analizamos, en consecuencia, que la actual redacción del artículo 75 de la Ley de Amparo creaba dos hipótesis diferentes en materia de amparo penal, a saber:**

1) **Amparo indirecto contra actos derivados del sistema mixto.** En tal amparo, el acto reclamado debía ser apreciado como apareciera probado ante la responsable. Existía una excepción para ofrecer pruebas, a saber, la imposibilidad de rendirla ante la responsable. Este amparo no fue modificado en cuanto al régimen probatorio, porque los procesos del sistema penal mixto son, por definición, incapaces de vulnerar las reglas del sistema acusatorio al ser distintos.

2) **Amparo indirecto contra actos derivados del sistema acusatorio.** En tal amparo, el acto reclamado debía ser apreciado como apareciera probado ante la responsable. **Existe la excepción de ofrecer pruebas si no pudieron ser ofrecidas ante la responsable, pero no pueden ser admitidas estas pruebas si vulneran los principios de oralidad o publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación en el proceso penal acusatorio.**

104. Debe recordarse que, como afirmamos, el artículo 75 de la Ley de Amparo, párrafo primero, no establece genéricamente un principio de limitación absoluta

de pruebas. Ese principio limita las pruebas tendentes a que el juzgador no aprecie el acto reclamado de la forma en que fue valorado por la responsable.(33) Es decir, limita y prohíbe tomar en consideración (salvo la excepción del párrafo segundo) las pruebas que modifiquen la percepción del acto reclamado que no hayan sido rendidas ante la autoridad responsable.(34)

105. Debe recordarse que esta contradicción de tesis analiza la hipótesis de aquellas pruebas que el quejoso pretenda desahogar ante la jurisdicción de amparo para demostrar que no se reunían los requisitos de una orden de aprehensión, que su dictado fue incorrecto o que, si se introdujeran pruebas a la causa se demostraría, por ejemplo, que él no cometió el hecho ilícito. Tales pruebas pretenden variar las circunstancias que el Juez de Control consideró al momento del dictado de la orden de aprehensión. Esto es, son pruebas que denotan circunstancias diversas no valoradas por la autoridad responsable y, en ese sentido, cambian la forma en que el acto fue apreciado. Al ofrecerlas, se le solicita a la autoridad de amparo que no aprecie la orden de aprehensión en la forma en que la apreció la responsable, sino que la juzgue a la luz de un tamiz novedoso que la autoridad responsable no conoció. Así, se le solicita al juzgador de amparo tácitamente sustituirse en la autoridad responsable pues, juzgaría con los parámetros de ésta (parámetros novedosos y distintos a los originales) el acto reclamado.

106. De lo anterior, es posible concluir que el desahogo y valoración de pruebas cuya finalidad sea introducir nuevos elementos o variar la forma en que se analizaron las circunstancias que ponderó el Juez de Control para emitir la orden de aprehensión vulneran, los principios del sistema procesal acusatorio descritos con anterioridad.

107. Tales principios vulnerados serían, inter alia, la oralidad, la inmediación y el carácter no formalizado de los datos de prueba al momento del dictado de la orden de aprehensión. Veámoslo pormenorizadamente.

108. Vulneración al principio de inmediación. En primer lugar, el desahogo de tales pruebas vulnera el principio de inmediación porque su desahogo sería ante un Juzgador diverso del Juez de Control que decide en esta etapa procesal sobre la causa. A saber, el solo hecho de que sea el juzgador de amparo y no el Juez de Control el que presencie el desahogo de pruebas atinentes a una orden de aprehensión implica, bajo el contenido del principio de inmediación, que esta prueba es nula en referencia al proceso penal porque no fue presenciada por el Juez penal competente.

109. Debe recordarse que el principio de inmediación requiere que toda audiencia se desarrolle en presencia de un Juez. Ello tiene dos vertientes. Por un lado, implica que ninguna audiencia puede ser delegada a diversos funcionarios para su práctica, inclusive si son funcionarios del juzgado respectivo.(35) Por otro lado, implica que tal audiencia debe ser presenciada por un Juez competente en la materia respectiva, a saber, un Juez de Control o un tribunal de enjuiciamiento en juicio oral.

110. Por tanto, no puede afirmarse que satisface el principio de inmediación ni siquiera un hipotético argumento que sostenga que satisface el principio de inmediación el hecho de que un Juez, aunque sea de amparo, presencie el desahogo probatorio porque el principio de inmediación es atinente a la materia penal y

rige para sus juzgadores. Tal requisito no se satisface por el hipotético hecho de que otros juzgadores de jurisdicciones o fueros diversos se encuentren en contacto con la valoración de datos de pruebas o pruebas competencia de los juzgadores ordinarios de proceso penal acusatorio.

111. Aunado a lo anterior, en la contradicción de tesis 225/2017(36) sostuvimos que resultaba violatorio del principio de inmediación que el Juez de Amparo resolviera valorando elementos que no tuvo a la vista el Juez de Control.(37) Por tanto, en la presente contradicción la misma violación al principio de inmediación ocurrirá si el Juez de Amparo admite el desahogo de pruebas destinadas a modificar las circunstancias que valoró el Juez de Control para dictar la orden de aprehensión y que, por tanto, no tuvo a la vista éste al momento de emitir el mandato de captura. **También referimos (párrafo 78 de la contradicción citada) que el recabar y tomar en consideración para dictar sentencia de amparo pruebas que no se rindieron ante la responsable, sería contrario al artículo 20 constitucional, esto es, inter alia, al principio de inmediación.**

112. Vulneración al principio de oralidad. En segundo lugar, el desahogo de pruebas en amparo para demostrar la inconstitucionalidad de una orden de aprehensión librada por un Juez de Control indefectiblemente vulneraría la oralidad. Así, el desahogo de pruebas documentales, testimoniales, periciales, de inspección judicial, informes, indicios o científicas implicará un empleo preponderante del lenguaje escrito conforme a las regulaciones atinentes en el amparo. Los artículos 119 y 120 de la Ley de Amparo establecen las reglas genéricas para el desahogo de pruebas y refiere que, en el caso de la testimonial, pericial o inspección, se exhibirán previamente los interrogatorios, mientras que en el caso de la pericial se rendirá un dictamen escrito.

113. No es por tanto una mecánica propia del juicio de amparo el celebrar una audiencia en donde las pruebas o datos de prueba se introduzcan al conocimiento del juzgador de forma oral mediante el contacto con sujetos procesales específicos y sí lo es, en cambio, utilizar el lenguaje escrito para evaluar y analizar las pruebas respectivas.

114. Vulneración a las reglas de incorporación de prueba en el dictado de la orden de aprehensión (carácter informalizado de los datos de prueba). En tercer lugar, el desahogo de pruebas ante el Juez de amparo para refutar retroactivamente los argumentos del Juez de Control, vulnera el carácter no formalizado de los datos de prueba, propios del dictado de una orden de aprehensión.

115. En efecto, para el librado de una orden de aprehensión no se realiza el desahogo de pruebas formalizadas. La propia Constitución establece en el artículo 16, que para su dictado se requiere que obren “datos” que establezcan que se ha cometido un hecho sancionado como delito con pena privativa de libertad y que exista la posibilidad de que el indiciado lo cometió. El propio artículo 141 del Código Nacional de Procedimientos Penales, que regula el dictado de la orden de aprehensión requiere, en el mismo tenor, la existencia de “datos” que obren en la carpeta de investigación respecto a los requisitos analizados.

116. Debe recordarse que un dato de prueba es una referencia de “que existe determinado medio de convicción, esto es, una evidencia o indicio”, es decir, “El dato de prueba será aquel que constará en la carpeta de investigación y que será re-

ferenciado por el sujeto procesal ante el Juez de Control, al exponerlo de forma oral.”(38)

117. Es claro entonces que el dato de prueba es ajeno al perfeccionamiento que implica su desahogo posterior en juicio oral ante el Juez respectivo. Por tanto, como hemos sostenido anteriormente, mientras que la prueba se integra por una tarea investigadora reforzada, los datos de prueba tienen un estándar menor.(39)

118. La Ley de Amparo no establece esta distinción, sino regula directamente pruebas de carácter formalizado cuyo desahogo es un requisito sine qua non para su valoración. En ese entendido, la admisión de pruebas formalizadas para refutar los datos de prueba no formalizados valorados al librar una orden de aprehensión bajo el sistema acusatorio vulnera las reglas de incorporación probatoria de tal sistema.

119. Rompimiento de la distinción conceptual entre el amparo y el proceso penal. Finalmente, las pruebas destinadas a introducir nuevos elementos no valorados por el Juez de Control al impugnar en amparo indirecto una orden de aprehensión, pretenden demostrar mediante el procedimiento de amparo lo que sólo puede y debe ser demostrado bajo el procedimiento acusatorio adversarial. Pretenden, en suma, convertir al juzgador de amparo y al proceso de tutela de derechos, en una extensión del proceso penal para fuera de éste rendir pruebas con base en principios distintos y ante juzgadores diversos.

120. **No solamente existe un rompimiento frontal de los principios del proceso penal acusatorio, en tales casos:** existe un traslado de una litis probatoria penal a una sede impropia como lo es el juicio de amparo. Debe recordarse que el juicio de amparo es un procedimiento radicalmente distinto del proceso penal. Es un medio de control constitucional autónomo que no comparte las características del proceso penal primario ni sus finalidades.

121. Así, el proceso penal tiene, por expreso mandato constitucional (artículo 20, apartado A, fracción I), cuatro diferentes finalidades, a saber, 1) el esclarecimiento de los hechos; 2) la protección del inocente; 3) la procuración del culpable y, 4) que los daños causados por un delito sean reparados. Estas finalidades son absolutamente ajenas al juicio de amparo cuya finalidad única es la defensa de los derechos garantizados por la Constitución a la parte quejosa (artículo 107, fracción I) o la tutela de las personas frente a actos de autoridad, en el entendimiento de la Ley de Amparo (artículo 1, último párrafo).

122. Por tanto, el juicio de amparo no se centra en esclarecer los hechos, ni en proteger al inocente, en procurar al culpable o en reparar los daños, sino únicamente en determinar si en un caso específico ha sido vulnerado el derecho fundamental de la parte quejosa. El hecho de que, dependiendo de quien acuda al juicio de amparo y cómo plantee la litis, el amparo pueda funcionar como instrumento de tutela que, mediante su reparación proteja a un inocente, procure un culpable, repare los daños del proceso penal o esclarezca de los hechos, depende únicamente de forma accidental de la concreta parte quejosa y del acto reclamado analizado, mas no es su finalidad primordial. Su finalidad primordial será decidir si se han vulnerado los derechos de la parte quejosa.

123. Así, si un imputado acude al juicio de amparo a reclamar, por ejemplo, una orden de aprehensión, el amparo no se centrará en esclarecer los hechos, ni en

encontrar al culpable, ni en reparar el daño a la víctima, sino se centrará únicamente en determinar si los derechos de la parte quejosa han sido vulnerados.

124. La litis en el amparo es tan distinta a la del procedimiento penal que, inclusive, existe una transmutación de las partes. La litis central en el juicio de amparo no se basa en el binomio fiscalía-imputado, sino quejoso-autoridad responsable. La fiscalía, que es concebida como la contraparte del imputado en el proceso penal, en el juicio de amparo se convierte en un mero tercero interesado y no es una parte principal. En ese sentido, el amparo es un instrumento óptimo para la tutela de derechos y para determinar si un acto reclamado es constitucional, pero no es un instrumento óptimo para sustituir a un Juez de Control y fungir como prolongación del proceso penal desahogando y valorando pruebas no rendidas en éste.

125. En suma, sí vulnera la prohibición expresa del artículo 75, párrafo segundo, in fine, el desahogar pruebas en amparo indirecto promovido contra una orden de aprehensión por el probable responsable, cuando estas pruebas pretendan variar las circunstancias que tuvo a la vista el Juez de Control al emitir el mandato de captura.

126. La imposibilidad de rendir pruebas en amparo indirecto contra una orden de aprehensión librada bajo el sistema acusatorio para variar el acto reclamado no produce estado de indefensión. Finalmente, esta Primera Sala observa que no es obstáculo para alcanzar la determinación anterior el que pueda argumentarse que tal interpretación podría potencialmente causar indefensión por parte del quejoso.

127. En primer lugar, debe recordarse que el ofrecimiento de pruebas a efecto de acreditar la inconstitucionalidad del acto reclamado, es la excepción y no la regla establecida en el juicio de amparo indirecto (artículo 75). En segundo término, ha sido el propio legislador y no esta Suprema Corte vía interpretación, el que ha consagrado expresamente la limitación específica de ofrecimiento de pruebas en materia penal cuando vulnere los principios del procedimiento acusatorio adversarial, como se demostró en el análisis del iter legislativo específico.

128. Tal prohibición legislativa no deja al quejoso en estado de indefensión en tanto, a) los requisitos constitucionales y legales establecidos para librar una orden de aprehensión permiten cuestionar tal orden vía amparo a efecto de evidenciar que no se acreditaron conforme expuso la fiscalía y garantizan la defensa del particular, y b) el imputado tiene medios alternos de defensa.

129. Debe recordarse, en primer término, que a la luz del artículo 141 del Código Nacional de Procedimientos Penales, a efecto de que se libere una orden de aprehensión el Ministerio Público debe justificar 1) que se ha presentado denuncia o querrela respecto a un hecho que la ley señala como delito; 2) integrar una carpeta de investigación en la que obren datos que establezcan que se ha cometido el hecho y que existe probabilidad de que el imputado lo haya cometido o participado en su comisión y 3) debe justificar la necesidad de cautela (o bien, se resista o evada la comparecencia en un delito que amerite pena de prisión), a la luz de la fracción III del artículo 141 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

130. En ese sentido, en una orden de aprehensión sin que medie citatorio alguno, la fiscalía debe justificar frente al Juez de Control que: a) existe riesgo de que se sustraiga de la acción de la justicia; b) se ponga en riesgo la integridad de la víc-

tima, del ofendido, de los testigos, y/o la comunidad, o bien, c) se ponga en peligro el desarrollo de la investigación misma, sin que el hecho de que el delito amerite prisión preventiva oficiosa baste para su librado.(40)

131. De tal suerte, el quejoso podrá en el amparo indirecto promovido contra dicha orden atacar la ausencia de los primeros tres requisitos o bien, solicitar se evalúen las razones argumentadas por la fiscalía respecto a la acreditación de la necesidad de cautela. El hecho de que la ley exija tales elementos para su librado otorga, en palabras de esta Primera Sala, “certeza y seguridad jurídica al particular, y se asegurará la prerrogativa de defensa contra una detención que no cumpla con la exigencia constitucional.”(41)

132. Esto es, esta Primera Sala, por unanimidad, ya ha afirmado en el amparo en revisión 1090/2017(42) que tales requisitos, per se, garantizan un derecho de defensa. Esta Primera Sala, por tanto, ha considerado que tales requisitos representan una garantía para el particular, porque eventualmente podría cuestionar mediante el juicio de amparo que tales requisitos no se acreditaron. Por ello, la prohibición de introducir en el amparo pruebas no consideradas por el Juez de Control no lo priva del derecho de defensa, garantizado por la posibilidad de cuestionar los elementos anteriores.

133. Aunado a lo anterior, esta Primera Sala sostuvo en la contradicción de tesis 103/2019(43) que era relevante recordar que una vez convocados a la audiencia inicial, el imputado y su defensor tienen derecho a consultar los registros de la investigación y a obtener copia, con la oportunidad debida para preparar la defensa. De hecho, esta Primera Sala sostuvo que inclusive el hecho de que el fiscal judicialice la carpeta de investigación, sin que previamente el investigado y su defensor conozcan los registros respectivos o hayan intervenido en alguna diligencia que quedó registrada en la misma, no implica per se que quede irreparablemente consumada la violación de los derechos fundamentales del quejoso, pues cuando sea citado y comparezca como imputado a la audiencia inicial, podrá consultar los registros de la investigación y obtener copia, con la oportunidad debida para preparar la defensa. En ese sentido, resulta claro que también en tal precedente esta Primera Sala consideró la existencia de un derecho de defensa primordialmente activado a partir de la presentación procesal o las diversas hipótesis de acceso a la carpeta de investigación.

134. Esto es especialmente significativo porque, como consagra el propio Código Nacional de Procedimientos Penales, a partir de su comparecencia procesal podrá optar por hacer uso de su derecho de ofrecer datos de prueba a que alude el artículo 314 del propio código.(44) Ello implica, que podrá hacer uso del derecho de ofrecimiento de datos en la propia audiencia inicial, a que alude el artículo 315 del Código Nacional de Procedimientos Penales. Inclusive, si el delito del que se trata amerita prisión preventiva oficiosa, podrá admitirse el desahogo de medios de prueba. En vista de ello, resulta lógico que el artículo 75, párrafo segundo, in fine, de la Ley de Amparo impida que tal desahogo probatorio ocurra fuera de proceso penal, porque el propósito de la orden de aprehensión es precisamente conducir al imputado al proceso mismo en que podrá hacer uso de todas las garantías de defensa. Por tanto, en tal momento procesal la ley le concede la facultad al imputado de incorporar datos o medios de prueba.(45)

135. Además, debe recordarse que la orden de aprehensión es un mecanismo de comparecencia procesal. Una vez que el imputado comparezca al proceso penal tiene a su disposición otros mecanismos de defensa procesal, aunado al ofrecimiento de datos de prueba. Así, inclusive en la hipótesis en que el quejoso se encuentre convencido de que las pruebas que pretende ofrecer ante la jurisdicción de amparo destruirían retroactivamente las razones para el dictado de la orden de aprehensión, tales argumentos podrá bien plantearlos en la audiencia inicial de su comparecencia o bien, inclusive en el momento procesal oportuno podrá solicitar el sobreseimiento de la causa en términos del artículo 327 del Código Nacional de Procedimientos Penales (cuya solicitud no tiene plazo).(46)

136. Conclusión. En ese sentido, esta Primera Sala concluye que, en el juicio de amparo indirecto promovido por el probable responsable contra una orden de aprehensión emitida bajo el sistema acusatorio, el Juez no debe admitir el desahogo de aquellas pruebas cuya finalidad sea demostrar la inconstitucionalidad de dicho acto. El desahogo de tales pruebas se encuentra prohibido bajo el artículo 75, párrafo segundo, in fine, porque su pretensión es demostrar mediante el procedimiento de amparo lo que sólo puede y debe ser demostrado bajo el procedimiento acusatorio adversarial y desahogarlas vulneraría la oralidad, el principio de intermediación y el carácter no formalizado de las pruebas atinentes a esa fase procesal.(47)

137. En vista de lo considerado, esta Primera Sala afirma que debe prevalecer con carácter de jurisprudencia el criterio de título, subtítulo y texto siguientes:

Hechos: Los Tribunales Colegiados de Circuito contendientes sostuvieron criterios distintos al analizar si era factible admitir pruebas en el amparo indirecto promovido por el probable responsable contra una orden de aprehensión dictada bajo el sistema procesal penal acusatorio, para acreditar su inconstitucionalidad.

Criterio jurídico: La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el principio de limitación probatoria contenido en el artículo 75, párrafo segundo, in fine, de la Ley de Amparo, no permite que se admitan pruebas en amparo indirecto cuando se reclama una orden de aprehensión dictada bajo el sistema procesal penal acusatorio, tendentes a demostrar su constitucionalidad o inconstitucionalidad, variando las circunstancias o los hechos en los que la responsable se basó para apreciar el acto reclamado.

Justificación: El artículo 75 de la Ley de Amparo establece que el acto reclamado será apreciado como haya aparecido probado ante la autoridad responsable y consagra como excepción, en amparo indirecto, la posibilidad de ofrecer pruebas cuando el quejoso no haya podido hacerlo ante la responsable. Sin embargo, el párrafo segundo, in fine, del propio precepto, establece una limitante en materia penal relativa a que ese ofrecimiento no implique una violación a la oralidad o a los principios que rigen **en el proceso penal** acusatorio. En ese sentido, el desahogo de pruebas destinadas a variar las circunstancias que tuvo apreciadas el Juez de Control al dictar la orden de aprehensión vulnera tales principios. **Ello, en tanto implicaría indefectiblemente que éstas no fuesen rendidas y examinadas oralmente (principio de oralidad); no permitiría que el Juez penal apreciase personalmente su desahogo (principio de intermediación) y requerirían ser desahogadas ante un Juez diverso, como el de amparo, bajo un proceso distinto, adquiriendo el carácter de pruebas formalizadas y no el**

de datos de prueba que les correspondería en la respectiva fase del proceso penal acusatorio.”

4. PUNTOS CONCLUSIVOS

Una vez analizada la ejecutoria que dio origen a la Contradicción de Tesis 171/2020, es necesario realizar ciertas precisiones para demostrar que la misma no es aplicable a determinados supuestos como puede ser cuando se haya librado una orden de aprehensión; esto es, que sí se pueden presentar “pruebas” (lo correcto sería decir medios de prueba) cuando se solicite el amparo indirecto promovido contra una orden de aprehensión que haya sido emitida bajo el sistema procesal penal acusatorio.

PRIMER PUNTO. *El uso equívoco de los vocablos “procedimiento penal” vs “proceso penal” por la SCJN.*

La SCJN utiliza indistintamente los vocablos “procedimiento penal” y “proceso penal”.

La diferencia entre ambos vocablos es fundamental para entender el tema en cuestión.

Desde hace muchos años, el ex Ministro Manuel RIVERA SILVA señaló en su obra *El procedimiento penal*, 35ª ed., México: Porrúa, 2005, las diferencias entre ambas expresiones.

Decía que se podía definir el *procedimiento penal* como “*el conjunto de actividades reglamentadas por preceptos previamente establecidos, que tiene por objeto determinar qué hechos pueden ser calificados como delito para, en su caso, aplicar la sanción correspondiente*” (p. 5). También decía respecto del *proceso penal* “*..., deben recordarse los lineamientos generales que hemos dado a nuestro procedimiento, los cuales nos permiten afirmar que el proceso principia con el auto de formal prisión o sujeción a proceso*” (p. 184).

En sentido muy similar se decantó Hernández Pliego, Julio A., en su obra *Programa de Derecho procesal penal*, México: Porrúa, 1996, (p. 7), en la que dijo: “Procedimiento y proceso, se diferencian esencialmente en cuanto a su finalidad. El primero, se integra con una serie de actos ordenados hacia un objetivo. ... El fin perseguido en el procedimiento, no necesariamente habrá de ser, como en el proceso, la resolución jurisdiccional de un conflicto de intereses, sometido al conocimiento de la autoridad judicial. El proceso ..., sólo puede presidirse por un miembro del poder judicial; solamente en función del juez, tiene sentido hablar del proceso, ...

El titular del procedimiento, en cambio, puede serlo un órgano del ejecutivo o del poder legislativo, como ocurre, verbigracia, con el Ministerio Público, ...”

En pocas palabras dijo (p. 8) concepto de proceso penal “es el conjunto de actos conforme a los cuales el juez, aplicando la ley, resuelve el conflicto de intereses sometido a su conocimiento por el Ministerio Público”.

El propio CNPP diferencia entre procedimiento y proceso penales, en su artículo 211, en el que se observa:

“Artículo 211. Etapas del procedimiento penal

El procedimiento penal comprende las siguientes etapas:

I. La de investigación, que comprende las siguientes fases:

a) Investigación inicial, que comienza con la presentación de la denuncia, querrela u otro requisito equivalente y concluye cuando el imputado queda a disposición del Juez de control para que se le formule imputación, e

b) Investigación complementaria, que comprende desde la formulación de la imputación y se agota una vez que se haya cerrado la investigación;

II. La intermedia o de preparación del juicio, que comprende desde la formulación de la acusación hasta el auto de apertura del juicio, y

III. La de juicio, que comprende desde que se recibe el auto de apertura a juicio hasta la sentencia emitida por el Tribunal de enjuiciamiento.

La investigación no se interrumpe ni se suspende durante el tiempo en que se lleve a cabo la audiencia inicial hasta su conclusión o durante la víspera de la ejecución de una orden de aprehensión. El ejercicio de la acción inicia con la solicitud de citatorio a audiencia inicial, puesta a disposición del detenido ante la autoridad judicial o cuando se solicita la orden de aprehensión o comparecencia, con lo cual el Ministerio Público no perderá la dirección de la investigación.

El proceso dará inicio con la audiencia inicial, y terminará con la sentencia firme.”

Conocido lo anterior, es necesario mencionar, que en la ejecutoria previamente mencionada, desde el punto IV nominado “Estudio de fondo”, la SCJN mencionó el término *procedimiento acusatorio* once veces; debiendo hablar del *proceso acusatorio*.

No obstante lo anterior, habló del término *proceso penal acusatorio* también once veces.

Respecto de ambos términos, lo correcto hubiera sido hablar del *proceso penal acusatorio*, toda vez que respecto de este la CPEUM hace referencia a que será acusatorio y oral, y además se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

Debe de quedar claro, la CPEUM hace referencia a los principios antes mencionados como los principios del *proceso penal*. Nunca hizo referencia a estos, como del *procedimiento penal*. Tal como se puede observar en el artículo 20, primer párrafo. Dicho artículo reza:

“El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación”.

De lo anterior que hablar de dichos principios como si fueran del *procedimiento penal* no es acertado. Esto, toda vez que el procedimiento penal es otra cosa.

Prácticamente lo mismo se establece en el artículo 4 CNPP mismo que establece:

“Artículo 4o. Características y principios rectores

El proceso penal será acusatorio y oral, en él se observarán los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación y aquellos previstos en la Constitución, Tratados y demás leyes.”

De lo anterior debe de quedar claro que: “los principios del proceso penal” únicamente pueden ser vulnerados cuando exista **proceso penal**. Si no existe, todavía, un proceso penal, no se pueden vulnerar los principios de este.

Esto es, si se está en la etapa del procedimiento penal, antes de que se dicte el auto de vinculación a proceso, y se emite una orden de aprehensión, si se presentan medios de prueba ante el juez de amparo, no se puede decir que se pueden violar los principios del proceso penal, por la simple y sencilla razón de que no se está todavía ante un proceso penal; se está ante un procedimiento penal.

Recuérdese que la diferencia la estableció el Constituyente permanente en el artículo 19 CPEUM; no es producto de interpretación alguna por parte mía.

Es necesario decir desde ahora, que el PROCESO PENAL, que no el procedimiento penal, comienza con el dictado del auto de vinculación a proceso. Tal como lo dijo el Constituyente Permanente en el artículo 19, quinto párrafo de la CPEUM, mismo que establece:

*“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 ...”*

No pasa inadvertido para mí, que tanto el CNPP, como la Ley de Amparo, hacen mención a una etapa distinta; misma que a la luz de lo previamente dicho deberían ser declarados inconstitucionales.

En el artículo 211, último párrafo, del CNPP se lee:

“El proceso dará inicio con la audiencia inicial, y terminará con la sentencia firme.”

En el artículo 170, fracción I, párrafo quinto de la LA se lee:

“El juicio de amparo directo procede:

I. ...

*Para efectos de esta Ley, el juicio se inicia con la presentación de la demanda. **En materia penal el proceso comienza con la audiencia inicial ante el Juez de control;**”*

SEGUNDO PUNTO. *Distintos supuestos en los que se puede dictar una orden de aprehensión.*

El artículo 141 CNPP establece los distintos supuestos en los cuales se puede ordenar la aprehensión de una persona. Señala cuatro supuestos distintos.

El artículo establece:

“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.”

De la lectura del artículo transcrito se observa que existen cuatro supuestos en los cuales se puede ordenar la aprehensión de una persona.

Primer supuesto. Este está mencionado en la fracción III de dicho artículo, y se refiere a cuando el Ministerio Público advierta que existe la necesidad de cautela.

En este supuesto, el Ministerio Público decide no optar, por la citación al imputado, previsto en la fracción I de dicho artículo, ni tampoco por la orden de comparecencia,

prevista en la fracción II de dicho artículo. Sino que decide solicitar que el juez ordene la orden de aprehensión porque advierte que existe la necesidad de cautela.

Segundo supuesto. Este está mencionado en el tercer párrafo de dicho artículo.

Este supuesto se refiere a cuando la autoridad judicial haya ordenado la comparecencia, a través de la fuerza pública, y la persona resista o evada dicha orden de comparecencia judicial y el delito que se le impute merezca pena privativa de libertad.

Tercer supuesto. Este está mencionado en el cuarto párrafo de dicho artículo.

Este supuesto se refiere a cuando la autoridad judicial haya declarado que el imputado se ha sustraído a la acción de la justicia. Esto se dará cuando, sin causa justificada, el imputado no comparezca a una citación judicial, se fugue del establecimiento o lugar donde esté detenido o se ausente de su domicilio sin aviso, teniendo obligación de darlo.

En cualquiera de los casos antes mencionados, 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.

Cuarto supuesto. Este está mencionado en el sexto párrafo de dicho artículo.

Este supuesto se presentará en caso de que se incumpla una medida cautelar. En efecto, si se incumple una medida cautelar, en los términos del artículo 174 CNPP, el Ministerio Público puede solicitar al juez de control que ordene la aprehensión de la persona.

De lo previamente expuesto, se puede observar entonces que habrán supuestos en los que ya haya iniciado **el proceso penal** y podrá requerirse por parte del Ministerio Público al Juez para que este ordene la aprehensión.

Estos supuestos pueden ser el segundo, el tercero y el cuarto. No siempre se dará en el segundo supuesto...

Pero también existirán supuestos en los que se ordene la aprehensión de un sujeto y se esté en **el procedimiento penal**.

Es claro que la limitante del artículo 75 LA en torno al ofrecimiento de pruebas en materia penal únicamente se refiere a los primeros casos; esto es, a aquellas órdenes de aprehensión emitidas durante el proceso penal, y no así a los segundos. De lo contrario sería imposible que existiera una violación a los principios del proceso penal acusatorio si se permite la aportación de pruebas.

TERCER PUNTO. *La interpretación histórica de la SCJN*

Cuando en la ejecutoria se aprecia la interpretación histórica que realiza la SCJN esta concluye en el punto 92 lo siguiente:

“... En cambio, fue voluntad terminante del Congreso de la Unión que, en materia del sistema acusatorio, el Juez no permitiese la admisión de una prueba cuyo desahogo vulnerase la oralidad, publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación o demás principios del sistema acusatorio”.

Tal como lo dijo la SCJN, fue voluntad terminante del Congreso de la Unión, que en el amparo indirecto, respecto del sistema acusatorio adversarial, no se admita “prueba” cuyo desahogo vulnere la oralidad, publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación o demás principios del sistema acusatorio.

Es necesario recordar, que tal como lo establece la CPEUM, la oralidad y los mencionados principios corresponden al proceso penal, no así al procedimiento penal; como puede ser el caso de cuando se libre una orden de aprehensión, en alguno de los supuestos previamente mencionados.

Del punto 94 al 102 de la ejecutoria la SCJN analiza cada uno de los principios antes mencionados. El análisis de estos es maravilloso. Pero de nueva cuenta, hay que recordar que estos principios corresponden al proceso penal; no así al procedimiento penal.

Entonces, si lo que se busca, como debe ser, es respetar la voluntad terminante del Congreso de la Unión, deben aceptarse los medios de prueba que el quejoso presente en un amparo indirecto respecto del sistema acusatorio adversarial cuando se reclame una orden de aprehensión, siempre que sea de aquellas que hayan sido dictadas antes del auto de vinculación a proceso; esto es, antes de que inicie el proceso penal; para que de este forma no se vulneren la oralidad y los principios que rigen en el proceso penal acusatorio.

CUARTO PUNTO. *Recurso no efectivo.*

La SCJN, al resolver la contradicción de tesis citada, no realizó un estudio relativo a las consecuencias jurídicas que acarrea la decisión tomada.

En efecto, uno de los derechos consagrados por el debido proceso –antes llamado garantía de audiencia– consisten en el derecho a ofrecer, que se admitan y valoren las pruebas.

Me explico.

Del contenido de lo dispuesto por el artículo 14 CPEUM, en el cual se encuentra reconocido en favor del quejoso el derecho fundamental al debido proceso legal, se advierte lo siguiente:

“Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos,

en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

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.”

Del texto constitucional transcrito con anterioridad, se desprende el reconocimiento del citado derecho fundamental debido proceso legal. A ese respecto, cabe destacar que el Derecho Fundamental de referencia engloba un cúmulo de formalidades esenciales que deben de ser observadas en cualquier proceso legal y, sobre todo, en el dictado de cualquier acto que tenga impacto en la esfera jurídica del gobernado. A ese respecto, la Primera Sala de la SCJN se pronunció en la jurisprudencia número 1a./J. 11/2014 (10a.) y, en el mismo sentido, la referida Sala de la SCJN se pronunció en diversa tesis 1a. IV/2014 (10a.)

Así, una vez invocada la postura vinculante que ha adoptado la SCJN respecto al derecho fundamental al debido proceso legal y, derivado de este, el establecimiento de las formalidades esenciales que deberán ser observadas en cualquier procedimiento jurisdiccional del cual se puedan seguir consecuencias adversas para los gobernados, resulta necesario precisar que tales formalidades son las siguientes:

1. La notificación del inicio del procedimiento;
2. La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa;
3. La oportunidad de alegar;
4. Una resolución que dirima las cuestiones debatidas; y
5. La existencia de un medio de impugnación.

En ese sentido, tenemos que, conforme a la jurisprudencia de la SCJN, uno de los pilares fundamentales del debido proceso es la oportunidad de ofrecer y valorar (o desahogar en su caso) pruebas, el cual, debe ser observado en todo procedimiento de naturaleza judicial.

Concatenado con lo anterior, el juzgador debe tener en consideración el contenido de lo dispuesto por el numeral 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece el derecho a un recurso sencillo y efectivo, de conformidad con lo siguiente:

Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra

actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a)** a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b)** a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c)** a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Del referido texto, que conforma la Ley Suprema de la Unión, debido a que se encuentra contenido en un tratado internacional y versa sobre derechos humanos, se advierte que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y efectivo ante los jueces o tribunales competentes.

De igual forma, del contenido del referido texto convencional se aprecia que uno de los puntos a los que se comprometen los estados parte es a desarrollar la posibilidad del recurso judicial.

En el caso de nuestro país, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que el juicio de amparo constituye el recurso sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por la Constitución y la Convención Americana.²

Al respecto, la SCJN ha señalado que los Estados tienen la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas.³ En ese sentido, la SCJN ha dicho que para que se preserve el derecho a un recurso efectivo, en los términos del artículo 25 de la Convención, es indispensable que dicho recurso se tramite conforme a las reglas del debido proceso, consagradas en el artículo 8 de la Convención, la observancia del debido proceso legal, con su conjunto de derechos y garantías, es aún más importante cuando se hallan en juego restricciones graves a derechos humanos.⁴

En ese sentido, dentro de los derechos humanos contenidos en el artículo 8 de la Convención, se encuentra el derecho a ofrecer y valorar (o desahogar en su caso) pruebas.

2 Caso Castañeda Gutman vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C. No. 184, párrafo 92.

3 Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 2091.

4 Corte IDH. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 9427. 148.

Además, la Corte Interamericana ha establecido que para que un recurso judicial efectivo exista, no basta con que esté previsto en la Constitución o en la ley o que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para amparar a toda persona contra actos que violen sus derechos humanos reconocidos en la Constitución, la ley o la Convención, y proveer lo necesario para remediarlo. En ese sentido, no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que resulten ilusorios⁵.

En ese sentido, se considera que si bien la SCJN analizó algunos aspectos relativos al artículo 75 de la Ley de Amparo y ciertos principios del sistema penal acusatorio, lo cierto es que hasta el momento no se ha pronunciado respecto a la presente problemática a la luz del derecho a un recurso sencillo y efectivo de acuerdo con lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en sus artículos 8 y 25, conforme a lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según lo analizado en párrafos que anteceden.

En ese sentido, la problemática que debe resolverse en el presente caso resulta ser si, de acuerdo con lo establecido por el segundo párrafo del artículo 75 de la Ley de Amparo –relativo a la excepción probatoria en el juicio de amparo para asuntos del sistema penal acusatorio—, ésta previsión resulta violatoria de lo dispuesto por los artículos 14 y 16 de la Constitución, así como 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, atendiendo a la pretensión que se plantea, consistente en que el referido numeral de la Ley de Amparo hace nugatorio el derecho a la valoración probatoria dentro del recurso judicial sencillo y breve (juicio de amparo), al vulnerar las garantías judiciales (derecho a ofrecer y valorar medios de prueba), haciendo ilusorio el derecho a un recurso sencillo y efectivo cuando se reclamen órdenes de aprehensión por tratarse de un medio de impugnación realmente inidóneo.

QUINTO PUNTO. *Conclusión*

La voluntad del Congreso de la Unión fue terminante en el sentido de que no se pueden aceptar pruebas en el amparo indirecto cuando con esto se vulneren los principios que rigen el **proceso penal acusatorio**.

Entonces, en aquellos supuestos en los que el acto reclamado provenga de una orden de aprehensión emitida antes de que inicie el proceso penal, no podrá aplicarse la jurisprudencia de la SCJN, toda vez que el segundo párrafo del artículo 75 de la Ley de Amparo hace referencia a que se violen los principios que rigen el proceso penal acusatorio.

5 Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276, Corte IDH. Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340; Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C No. 344 y otros.

EL INTERCULTURALISMO INDÍGENA Y LA EDUCACIÓN SUPERIOR EN MÉXICO

GUILLERMO LOAIZA GÓMEZ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. COMUNIDADES INDÍGENAS EN MÉXICO. 1. Pluralidad, multiculturalismo y contexto americano. 2. Definición y datos estadísticos. 3. Marginación y rezago económico, social y educativo. III. EDUCACIÓN SUPERIOR INTERCULTURAL INDÍGENA. 1. Fundamento constitucional. 2. Régimen convencional. 3. Interculturalidad e inclusión en la educación superior. 4. Políticas públicas de creación de universidades interculturales indígenas. 5. Políticas públicas de inclusión en las instituciones convencionales de educación superior. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El propósito de este artículo es abordar la educación superior desde su vertiente inclusiva, particularmente por lo que hace al principio constitucional de favorecer la educación superior intercultural, reconocido tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como en diferentes instrumentos internacionales.

Este estudio no busca exponer un análisis jurídico aislado, sino mostrar la situación histórica y actual que viven los pueblos indígenas en México, así como las particularidades de la educación que reciben o recibirán los mismos. Para lograr lo anterior es necesario analizar datos estadísticos y citar fuentes bibliográficas propias de otras ramas de estudios sociales, como la pedagogía, sociología y antropología. En la inteligencia de que, para la eficacia y efectividad del principio constitucional en análisis, es necesaria la implementación de políticas públicas que reconozcan la marginación y falta de integración cultural de los pueblos indígenas; así como que diseñen procesos de enriquecimiento y complementación cultural, y propicien la creación de condiciones de movilidad social y aumento en su calidad de vida.

La presente investigación se divide en dos apartados principales. Por un lado, se describe la pluralidad y multiculturalismo de las comunidades indígenas, su situación en el continente, aportando definiciones y datos estadísticos de las mismas, y evidenciando su marginación y rezago económico, social y educativo. Por otro lado, se aborda la educación superior intercultural indígena desde un punto de vista constitucional, convencional y en la legislación secundaria, se analiza la interculturalidad e inclusión en la educación superior, así como las posibles políticas públicas para tal efecto: la creación de universidades interculturales indígenas o la inclusión en instituciones convencionales de educación superior.

II. COMUNIDADES INDÍGENAS EN MÉXICO

1. Pluralidad, multiculturalismo y contexto americano

Daniel Mato ha expuesto con claridad que la historia de América ha sido marcada por la conquista, colonización, masacres, despojos de territorio, desplazamientos, y reorganización social y territorial de los pobladores originales del continente. En el contexto de los sucesos anteriores, se dio un atentado paulatino en contra de los elementos constitutivos de sus visiones de mundo: (i) la prohibición de sus religiones y la adopción del catolicismo; (ii) la prohibición del uso de sus lenguas en espacios públicos (especialmente en la escuela) y la obligatoriedad del uso de las de sus conquistadores; y (iii) el descrédito de sus conocimientos ancestrales, particularmente los relativos al campo de la salud, que los colonizadores asociaban a la idea europea de “brujería”.¹

La independencia de los países latinoamericanos en el siglo XIX no acabó con las condiciones anteriores, pues se continuaron con las mismas prácticas a través de la política educativa y cultural; además de desarrollarse “imaginarios nacionales homogeneizantes”, en donde se negaron las diferencias entre la población, la pluralidad de lenguas, saberes, modos de organización social y otros atributos pertenecientes a los pueblos indígenas.²

En el contexto anterior debe entenderse el concepto de multiculturalismo, el cual supone la coexistencia de varias culturas en un mismo espacio territorial o nacional, considerando la diversidad humana como oportunidad de intercambio y de enriquecimiento.³ Para el filósofo Slavoj Žižek, “el multiculturalismo es esa actitud que, desde una hueca posición global, trata todas y cada una de las culturas locales de la manera en que el colonizador suele tratar a sus colonizados: ‘autóctonos’ cuyas costumbres hay que reconocer y ‘respetar’”.⁴

2. Definición y datos estadísticos

En México se pueden utilizar dos criterios para identificar a la población indígena: (i) el criterio objetivo de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI), transformada el 05 de diciembre de 2018 en el Instituto Nacional de los

1 Mato, Daniel, “Educación superior y pueblos indígenas y afrodescendientes en América Latina. constituciones, leyes, políticas públicas y prácticas institucionales” en Mato, Daniel (Coord.), *Educación superior y pueblos indígenas y afrodescendientes en América Latina. normas, políticas y prácticas*. Caracas, Instituto Internacional de la UNESCO para la Educación Superior en América Latina y el Caribe (IESALC-UNESCO), 2012, págs.: 13-98.

2 *Ídem*.

3 Navarrete-Cazales, Z. y Alcántara-Santuano, A., “Universidades interculturales e indígenas en México: desafíos académicos e institucionales”, *Revista Lusófona de Educação*, 31, 2015, pp. 145 a 159.

4 Žižek, S., *En defensa de la intolerancia*. Madrid, Sequitur, 2008, p. 56.

Pueblos Indígenas;⁵ y (ii) el criterio subjetivo de la autoadscripción, avalado constitucionalmente y por diversos tratados internacionales.⁶

La metodología utilizada por la CDI toma como base la Encuesta Intercensal 2015 del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), y consiste en identificar hogares indígenas y cuantificar a la población indígena a partir del total de sus integrantes. Si el jefe o jefa de familia, su cónyuge o alguno de los ascendientes de ambos es hablante de lengua indígena, entonces el hogar es indígena, atribuyendo automáticamente esta condición étnica al resto de los miembros del hogar. En caso de que alguna persona no viva en este tipo de hogares, pero sea hablante de lengua indígena, se incluye dentro de este grupo poblacional.⁷ El criterio de autoadscripción se obtiene igualmente con base en la Encuesta Intercensal 2015 del INEGI, en donde se realizó una pregunta expresa para identificarse en ese segmento poblacional, aun cuando no sean hablantes de lengua indígena.⁸

De acuerdo con los criterios anteriores, de una población nacional de 119,530,753 habitantes, 12,025,947 constituye la población indígena conforme al criterio la CDI (10.1%) y 25,694,928 la constituye conforme al criterio de autoadscripción (21.5%).⁹ La población anterior está concentrada en seis entidades (Oaxaca, Chiapas, Veracruz, Puebla, México y Yucatán), pues ahí residen 6 de cada 10 indígenas. Por otro lado, en 15 entidades federativas se agrupa 90% de la población indígena. Sin embargo, 1,134,853 indígenas están dispersos en las 17 entidades restantes, que si bien solamente representan el 2.4% de la población total de dichas entidades, al menos el 50% es hablante de lengua indígena, lo que implica un reto mayúsculo para proveer de servicios educativos en sus lenguas y comunidades. En el caso de las entidades con alta proporción de población indígena, estos retos son diferenciados; por ejemplo, en México sólo 38.4% de su población indígena es hablante de alguna lengua indígena, mientras que en Chiapas la proporción asciende a 79.8%.¹⁰

Por otro lado, el Instituto Nacional de Lenguas Indígenas (INALI) reconoce un catálogo de 68 lenguas indígenas;¹¹ sin embargo, solamente el 6.5% de la población de 3 años

5 Decreto por el que se expide la Ley del Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas y se abroga la Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, México, 2018.

6 United Nations Human Rights (UNHR), Office of the High Commissioner, *Indigenous peoples and the united nations human rights system*. Fact Sheet, No. 9/rev. 2, Nueva York, Naciones Unidas, 2013, p. 2.

7 Comisión para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI), *Fichas de información básica de la población indígena, 2015*, México, Coordinación General de Planeación y Evaluación, abril, 2016, p. 4.

8 *Ibidem*, p. 5.

9 *Ibidem*, p. 6.

10 Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación (INEE), *Breve panorama educativo de la población indígena. Día internacional de los pueblos indígenas*. México, autor, 2017, p. 53.

11 Bastida Muñoz, M., "Políticas públicas de las instituciones y programas interculturales de educación superior en México", e Mato, D., (Coord.), *Educación superior y pueblos indígenas y afrodescendientes en américa latina. normas, políticas y prácticas*, Caracas, Instituto Internacional de la UNESCO para la Educación Superior en América Latina y el Caribe (IESALC-UNESCO), 2011, p. 271-302

y más hable alguna de éstas (7,382,785 personas) y de éstos el 12.3% es monolingüe de las mismas (90,9356 personas).¹²

3. Marginación y rezago económico, social y educativo

La CDI ha dividido los municipios en tres categorías: municipios indígenas, en donde 40% o más de la población es indígena; municipios con presencia indígena, aquellos que tienen menos de 40% de población indígena pero más de 5 mil indígenas; y municipios con población indígena dispersa, aquellos con menos de 40% de población indígena y menos de 5 mil indígenas.¹³

En México la población indígena reside en municipios que se caracterizan por presentar altas carencias sociales y económicas. En 2015, en los municipios indígenas el 87.5% era de alta y muy alta marginación. Además, el 55.5% de la población indígena residía en municipios con estos niveles de marginación, mientras que para los hablantes de lenguas indígenas esta proporción ascendió a 66.9%.¹⁴ A manera de ejemplo, el porcentaje de viviendas indígenas que no tienen electricidad es tres veces superior al porcentaje nacional (3.4% nacional – 9.9% indígenas). Las viviendas indígenas que carecen de agua entubada duplican el porcentaje nacional (12.2% nacional – 29.5% viviendas indígenas). La proporción de viviendas indígenas con piso de tierra casi cuadruplica el nacional (10.2% nacional – 38% indígena).¹⁵ En cuanto al analfabetismo (población no sabe leer y escribir en alguna lengua), para el año 2015, dentro del segmento de población de 15 años y más, el 17.8% de indígenas y 23% de los hablantes de lengua indígena se encontraban en esta condición, frente al 4.2% del resto de la población.¹⁶

En materia educativa, la población indígena de 25 a 64 años ha alcanzado menores niveles de escolaridad en comparación con el resto de la población en este grupo de edad. Para 2015, el 21.8% de la población indígena tenía la primaria incompleta frente al 9.4% del resto de la población. En educación media superior, únicamente el 9.7% de la población indígena logró concluir sus estudios, frente a un 19.6% nacional. En educación superior, 6.6% de la población indígena concluyó sus estudios, contra un 18.7% del resto de la población. En cuanto a grados de escolaridad en un segmento de población de 15 años y más, la población indígena tenía un promedio de 6.6 grados, los hablantes de lenguas indígenas 5.7, la población autoadsrita como indígena 7.6, a diferencia del resto de la población que contaba con 9.4.¹⁷

12 Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), *Encuesta Intercensal 2015 (base de microdatos)*.

13 CDI, *Óp. Cit.*, p. 5.

14 CDI, *Indicadores de la población indígena. Sistema de información e indicadores sobre la población indígena de México. Consulta de cédulas de información municipal y descarga de indicadores*, México, autor, 2017.

15 Gallart, M. y Henríquez, C., “Indígenas y educación superior: algunas reflexiones”, *Universidades*, núm. 32, julio-diciembre, 2006, pp. 27-37.

16 INEGI. *Óp. Cit.*

17 *Ídem*.

El rezago educativo de la población indígena tiene una compleja explicación histórica y antropológica que excede el propósito de este estudio, sin embargo, a manera de síntesis enunciaremos algunas de las razones mencionadas por diversos autores:¹⁸

1. Pobreza. Reflejada en la falta de recursos para pagar el costo de la educación, traslado y manutención en los lugares donde ésta se imparta. Adicionalmente, en la educación superior, implica que las familias indígenas pierdan a un integrante de su fuerza de trabajo.
2. Mala calidad educativa en niveles anteriores. Existe una gran disparidad en la calidad de la educación en los niveles de primaria, secundaria y media superior en los municipios rurales y, especialmente, en aquellos con altos índices de marginación. Lo anterior puede generar que los indígenas no cuenten con los conocimientos suficientes para ser aceptados en las instituciones de educación superior (aun cuando cuenten con los grados académicos requeridos).
3. Distancia geográfica de los centros educativos. La mayoría de las comunidades indígenas en México únicamente cuentan con escuela primaria, lo que implica que para cursar la educación media superior y superior se genera un alejamiento físico, y en ocasiones cultural, de sus comunidades. Adicionalmente, casi el total de las instituciones de educación superior se encuentran ubicadas en zonas urbanas.
4. Barreras culturales y discriminación. Representa un obstáculo no visible, pero con un impacto importante en las posibilidades reales de acceso, permanencia y egreso en el sistema educativo en sus diversos niveles, acentuándose en la educación superior.

Es indiscutible que las cuatro circunstancias anteriores se presentan a todos los niveles, pero en la actualidad son más determinantes en el acceso a la educación superior.

III. EDUCACIÓN SUPERIOR INTERCULTURAL INDÍGENA

1. Fundamento constitucional

La educación superior intercultural indígena tiene fundamento expreso en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que, en su artículo 2º literalmente establece que:

“Artículo 20. [...] La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de po-

18 Gallart, M., y Henríquez, C., *Óp. Cit.*, pp. 27-37. Carnoy, Martín. (Et. Al) “Barreras de entrada a la educación superior y a oportunidades profesionales para la población indígena”, *Revista Latinoamericana de Estudios Educativos (México)*, vol. XXXII, núm. 3, 3º trimestre, 2002, p. 9-43.

blaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas. Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres. [...]

B. La Federación, las entidades federativas y los Municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos. Para abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos y comunidades indígenas, dichas autoridades, tienen la obligación de: [...] **II.** Garantizar e incrementar los niveles de escolaridad, favoreciendo la educación bilingüe e intercultural, la alfabetización, la conclusión de la educación básica, la capacitación productiva y la educación media superior y superior. Establecer un sistema de becas para los estudiantes indígenas en todos los niveles. Definir y desarrollar programas educativos de contenido regional que reconozcan la herencia cultural de sus pueblos, de acuerdo con las leyes de la materia y en consulta con las comunidades indígenas. Impulsar el respeto y conocimiento de las diversas culturas existentes en la nación.”

La redacción del artículo anterior fue producto de una reforma publicada el 14 de agosto de 2001 en el Diario Oficial de la Federación, y producto de una iniciativa del Poder Ejecutivo (depositado en ese tiempo en Vicente Fox Quesada) presentada al Congreso de la Unión el día 7 de diciembre del año 2000. En la exposición de motivos de dicha iniciativa se reconocía que los pueblos originarios “han vivido muchas veces sometidos al dominio caciquil, así como a humillaciones racistas y discriminatorias, y les ha sido negada la posibilidad de expresión y participación políticas”. Asimismo, se funda y motiva en el Convenio 169 de la OIT (del que se hablará más adelante) y en el levantamiento armado del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), que reivindicaba mejores condiciones para los indígenas chiapanecos en particular, y para totalidad de los indígenas del país en lo general.¹⁹

Al respecto, el movimiento zapatista inició un proceso de redefinición de la relación entre el estado mexicano y los pueblos indígenas de éste.²⁰ Esta redefinición tuvo su primera expresión escrita con los Acuerdos de San Andrés, por virtud de los cuales el 16 de febrero de 1996 se emitió un “pronunciamiento conjunto” en el que el Gobierno Federal se comprometía con los pueblos indígenas, entre otras cuestiones, a lo siguiente:

19 Procesos Legislativos de la Reforma Constitucional publicada el 14 de agosto de 2001 en el Diario Oficial de la Federación.

20 Olivera, I., y Dietz, G., “Educación superior y pueblos indígenas: marcos nacionales para contextualizar”, *ANTHROPOLOGICA*, año XXXV, N.º 39, 2017, pp. 7-39.

“[A]segurar a los indígenas una educación que respete y aproveche sus saberes, tradiciones y formas de organización. Con procesos de educación integral en las comunidades que les amplíen su acceso a la cultura, la ciencia y la tecnología; educación profesional que mejore sus perspectivas de desarrollo, capacitación y asistencia técnica que mejore los procesos productivos y calidad de sus bienes; y capacitación para la organización que eleve la capacidad de gestión de las comunidades. El Estado deberá respetar el quehacer educativo de los pueblos indígenas dentro de su propio espacio cultural. La educación que imparta el Estado debe ser intercultural. Se impulsará la integración de redes educativas regionales que ofrezcan a las comunidades la posibilidad de acceder a los distintos niveles de educación.”²¹

Derivado de lo anterior, se generaron unas propuestas conjuntas de parte del Gobierno Federal y el EZLN, en donde se comprometían a enviar a las instancias de debate y decisión nacional, entre otras cuestiones, lo siguiente:

“Se ratifica el derecho a la educación bilingüe e intercultural de los pueblos indígenas. Se establece como potestad de las entidades federativas, en consulta con los pueblos indígenas, la definición y desarrollo de programas educativos con contenidos regionales, en los que deben reconocer su herencia cultural. Por medio de la acción educativa será posible asegurar el uso y desarrollo de las lenguas indígenas, así como la participación de los pueblos y comunidades de conformidad con el espíritu del Convenio 169 de la OIT.”²²

Es importante mencionar que la iniciativa de reforma constitucional (2001) únicamente establecía la promoción de la “educación bilingüe e intercultural”. Sin embargo, el texto vigente fue producto de una modificación de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Asuntos Indígenas y de Estudios Legislativos del Senado de la República. El enriquecimiento del texto de la iniciativa se debió a una serie de audiencias públicas que se realizaron con organizaciones indígenas, especialistas en la materia, académicos y opiniones de quienes intervinieron en el proceso de negociación de paz en Chiapas; así como al propósito expreso de establecer acciones para crear “un nuevo pacto entre sociedad, gobierno federal y pueblos indígenas, tal y como lo señalan los Acuerdos de San Andrés”.²³

Es importante señalar que, si bien los sucesos anteriores constituyen la base social y política de la educación superior intercultural indígena, existen antecedentes más lejanos de la reivindicación de esta. Casillas y Santini relatan que, en la década de los setenta, los pueblos Mazahua y Otomí en el Estado de México iniciaron los primeros reclamos coordinados para que los jóvenes pertenecientes a sus comunidades pudieran acceder a la educación superior en condiciones de igualdad y con respeto a su lengua y cultura.²⁴

21 Gobierno del Estado de Chiapas. Los acuerdos de San Andrés edición bilingüe español-tsotsil, 2003, p 30.

22 *Ibidem*, p. 61.

23 Procesos Legislativos de la Reforma Constitucional..., *Óp. Cit.*

24 Casillas, M. y Santini, L., *Universidad intercultural. Modelo educativo*. 2ª. Ed., México, SEP-CGEIB, 2009, pp. 133-148.

2. Régimen convencional

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) fue creada en 1919 como una parte de la Liga de las Naciones, en el marco de la sección XIII del Tratado de Versalles, y su objetivo era regular la relación entre trabajadores, empleadores y gobiernos para eliminar las condiciones de injusticia de la clase trabajadora.²⁵ Para efectos del presente trabajo, destaca el Convenio 169 de la OIT sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales, aprobado en 1989, y ratificado por México en el año de 1990. Las porciones normativas relevantes en la materia de estudio son las siguientes:

“Artículo 22. [...] 2. Cuando los programas de formación profesional de aplicación general existentes no respondan a las necesidades especiales de los pueblos interesados, los gobiernos deberán asegurar, con la participación de dichos pueblos, que se pongan a su disposición programas y medios especiales de formación. [...] 3. [...] Cuando sea posible, esos pueblos deberán asumir progresivamente la responsabilidad de la organización y el funcionamiento de tales programas especiales de formación, si así lo deciden.

Artículo 26. Deberán adoptarse medidas para garantizar a los miembros de los pueblos interesados la posibilidad de adquirir una educación a todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional.

Artículo 27. 1. Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con estos, a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales. 2. La autoridad competente deberá asegurar la formación de miembros de estos pueblos y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas, cuando haya lugar [...].”²⁶

El Convenio 169 ha tenido influencia en los posteriores documentos de derecho internacionales que abordan el mismo tema. Por ejemplo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/135 del 18 de diciembre de 1992, establece lo siguiente:

“Artículo 4. [...] 4. Los Estados deberán adoptar, cuando sea apropiado, medidas en la esfera de la educación, a fin de promover el conocimiento de la historia, las tradiciones, el idioma y la cultura de las minorías que existen en su territorio. Las

25 Ramírez, J., “Los organismos internacionales y los derechos de los pueblos indígenas”, en Didou, S. (coord.), *Los programas de educación superior indígena en América Latina y en México: componentes tradicionales y emergentes*, México, UNESCO-IESALC, CONALMEX, OBSMAC, 2014, pp. 29-58.

26 OIT (Organización Internacional de Trabajo), Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, 1989.

personas pertenecientes a minorías deberán tener oportunidades adecuadas de adquirir conocimientos sobre la sociedad en su conjunto [...].”²⁷

La Declaración Universal de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) sobre Diversidad Cultural, adoptado por la Conferencia General de la UNESCO el 2 de noviembre de 2001, sostiene que:

“Artículo 5. [...] toda persona tiene derecho a una educación y una formación de calidad que respeten plenamente su identidad cultural.”²⁸

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (UNDRIP), aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) el 13 de septiembre de 2007 (Resolución 61/295), establece en su preámbulo que “los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos” y reconoce “el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales”.²⁹ La UNDRIP fue un documento innovador en materia de derecho internacional porque (i) reconoce el derecho a la diferencia, refiriéndose a los pueblos indígenas, pero abriendo el camino para reivindicarlo de cualquier grupo social dotado de una identidad propia; y (ii) porque hace a los individuos y a los pueblos indígenas simultáneamente sujetos de sus normas.³⁰

Por otro lado, la UNDRIP también fue innovadora en materia de la concepción del concepto de indígena pues, por un lado, no hace referencia a la noción de “raza” (presente hasta entonces en diversas normas internacionales) y, por el otro, no contiene una definición de pueblos indígenas; en contraste, reconoce a los indígenas “el derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones” (artículo 33).³¹ En este punto es importante mencionar la influencia de José R. Martínez Cobo, quien fuera designado en mayo de 1971 por la ONU como Relator Especial (Special Rapporteur) para realizar un “Estudio sobre el problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas”, en donde recabó información proveniente de 37 países (21 de América, 10 de Asia, 4 de Europa y 2 de Oceanía) y el cual sirvió de marco teórico para la Declaración antes señalada.³² Respecto al tema que nos ocupa, las porciones relevantes de la UNDRIP son las siguientes:

“Artículo 14. 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan educación en sus propios idio-

27 ONU (Organización de las Naciones Unidas), Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, 1992.

28 UNESCO (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura), Declaración Universal de la sobre Diversidad Cultural, 1992.

29 ONU, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007.

30 Ramírez, J., *Óp. Cit.*, pp. 29-58

31 *Ídem.*

32 Martínez Cobo, José, *Study of the problem of discrimination against the indigenous populations*, Nueva York, United Nations, Economic and Social Council, 30 de julio de 1981, pp. 2-13.

mas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje. 2. Las personas indígenas, en particular los niños indígenas, tienen derecho a todos los niveles y formas de educación del Estado sin discriminación. 3. Los Estados adoptarán medidas eficaces, junto con los pueblos indígenas, para que las personas indígenas, en particular los niños, incluidos los que viven fuera de sus comunidades, tengan acceso, cuando sea posible, a la educación en su propia cultura y en su propio idioma.

Artículo 15. 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones queden debidamente reflejadas en la educación pública y los medios de información públicos [...]”.³³

La Conferencia Regional de Educación Superior (CRES), celebrada en Cartagena de Indias en junio de 2008, con la participación de más de 3,500 integrantes de la comunidad académica regional (incluyendo directivos, docentes, investigadores, estudiantes, funcionarios, representantes de organismos nacionales, regionales e internacionales y otros interesados en educación superior), emitió una Declaración Final en donde se establece que:

“C. Cobertura y modelos educativos e institucionales [...] 3. Se deben promover la diversidad cultural y la interculturalidad en condiciones equitativas y mutuamente respetuosas. El reto no es solo incluir a indígenas, afrodescendientes y otras personas culturalmente diferenciadas en las instituciones tal cual existen en la actualidad, sino transformar a estas para que sean más pertinentes con la diversidad cultural. Es necesario incorporar el diálogo de saberes y el reconocimiento de la diversidad de valores y modos de aprendizaje como elementos centrales de las políticas, planes y programas del sector. [...]”

D. Valores sociales y humanos de la Educación Superior [...] 4. La Educación Superior, en todos los ámbitos de su quehacer, debe reafirmar y fortalecer el carácter pluricultural, multiétnico y multilingüe de nuestros países y de nuestra región.”³⁴

La Conferencia Mundial sobre la Educación Superior, reunida en la sede de la UNESCO en París del 5 al 8 de julio de 2009, unificó las declaraciones y recomendaciones emitidas por las conferencias regionales (incluyendo la CRES), y emitió un comunicado en el que se estableció, entre otras cuestiones, lo siguiente:

“Artículo 2º. La Educación Superior debería asumir el liderazgo social en materia de creación de conocimientos de alcance mundial para abordar retos mundiales, entre los que figuran la seguridad alimentaria, el cambio climático, la gestión del agua, el diálogo intercultural, las energías renovables y la salud pública.

Artículo 24. La cooperación internacional en materia de Educación Superior debería basarse en la solidaridad y el respeto mutuos y en la promoción de los valores del humanismo y el diálogo intercultural.

33 ONU, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007.

34 CRES (Conferencia Regional de Educación), Declaración Final, 2008.

Artículo 29. Para que la mundialización de la Educación Superior nos beneficie a todos, es indispensable garantizar la equidad en materia de acceso y de resultados, promover la calidad y respetar la diversidad cultural y la soberanía nacional.

Artículo 39. Los sistemas de conocimiento indígenas pueden ampliar nuestra comprensión de los nuevos problemas; la Educación Superior debería establecer asociaciones de mutuo beneficio con las comunidades y las sociedades civiles, con miras a facilitar el intercambio y la transmisión de los conocimientos adecuados.³⁵

Normatividad estatal y legislación federal secundaria

En México la legislación secundaria en materia de educación superior intercultural indígena puede dividirse en cuatro bloques: (i) las constituciones y leyes estatales; (ii) la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas; (iii) la Ley General de Educación; y (iv) la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.

Por lo que hace a la normatividad estatal, la extensión de la presente investigación no hace un estudio exhaustivo; sin embargo, es importante mencionar que todas las entidades federativas reconocen –aunque en diferente grado de profundidad– los derechos de los pueblos indígenas, así como la necesidad de garantizarles acceso a la educación (aunque no siempre con mención a la superior).³⁶

La Ley General de Educación establece que la educación pública o privada deberá promover, mediante la enseñanza, el conocimiento de la pluralidad lingüística de la Nación y el respeto a los derechos lingüísticos de los pueblos indígenas. (art. 7, fracción IV).³⁷

La Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas establece, en sus artículos 11 y 13, que las autoridades educativas federales y estatales tienen la obligación de supervisar que la educación superior (pública y privada) fomente o implemente la interculturalidad, el multilingüismo y el respeto a la diversidad lingüística para contribuir a la preservación, estudio y desarrollo de las lenguas indígenas nacionales y su literatura.³⁸

La Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, establece el concepto de “medidas de inclusión”, defendiéndolo como aquellas disposiciones, de carácter preventivo o correctivo, cuyo objeto es la eliminación de mecanismos de exclusión o diferenciaciones desventajosas para que todas las personas gocen y ejerzan sus derechos en igualdad de trato; y señalando explícitamente que dichas medidas pueden comprender la educación para la igualdad y la diversidad dentro del sistema educativo nacional (art. 15 Quintus y 15 Sextus).³⁹

35 Conferencia Mundial sobre la Educación Superior, Comunicado, 2009.

36 Véase: López Bárcenas, Francisco, *Legislación y derechos indígenas en México*, México, Cámara de Diputados, LXI Legislatura, 2010.

37 Ley General de Educación, México, 1993.

38 Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas, México, 2003.

39 Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, México, 2003.

La Ley antes mencionada, en sus artículos 15 Séptimus y 15 Octavus, también define el concepto de “acciones afirmativas” como las medidas especiales, específicas y de carácter temporal, a favor de personas o grupos en situación de discriminación, cuyo objetivo es corregir situaciones patentes de desigualdad en el disfrute o ejercicio de derechos y libertades; estableciendo que entre dichas acciones se incluyen las medidas para favorecer el acceso, permanencia y promoción de personas pertenecientes a grupos en situación de discriminación y subrepresentados, en espacios educativos.⁴⁰

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), si bien ha abordado el tema de la interculturalidad indígena en diversos criterios, destacando aquellos relacionados con el acceso a la justicia, aún no lo ha analizado en su vertiente educativa.⁴¹ Sin embargo, en el derecho comparado resulta relevante el precedente “Regents of the University of California v. Bakke” de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América. En dicho precedente judicial se confirmó la constitucionalidad de las acciones afirmativas que establecían la raza de los aspirantes como un factor, entre otros, en la política de admisión de dicha universidad; aunque determinaron que la existencia de cuotas raciales específicas (por ejemplo 16 lugares de 100) no eran permisibles.⁴²

3. Interculturalidad e inclusión en la educación superior

Daniel Mato define el concepto de interculturalidad de la educación superior como la inclusión de los conocimientos, modos de aprendizaje, lenguas, historias, visiones de mundo y proyectos de los pueblos indígenas y afrodescendientes, en los planes de estudio de todas las instituciones de educación superior, según sea pertinente para las diversas formaciones profesionales.⁴³ Lo anterior, no es un asunto de interés exclusivo de los pueblos indígenas, sino que debiera interesar a la sociedad nacional en su conjunto, toda vez que constituye una condición necesaria para mejorar la calidad educativa, así como para aprovechar las potencialidades de la diversidad de sus poblaciones nacionales y para construir sociedades más equitativas, social y ambientalmente sostenibles.⁴⁴

En la educación superior en América Latina, impera la idea de una cierta visión de mundo universal (identificada como “occidental” o “moderna”), acompañada de su no-

40 *Ídem.*

41 Véase el Amparo directo en revisión 5465/2014 resuelto por la Primera Sala de la SCJN.

42 Ball, H., *The Bakke case: race, education, and affirmative action*. Lawrence, University Press of Kansas, 2000.

43 Mato, D., “Prólogo”, en Didou, S. (coord.), *Los programas de educación superior indígena en américa latina y en México: componentes tradicionales y emergentes*, *Óp. Cit.*, p. 11-14.

44 Mato, D., “No hay saber «universal»: la colaboración intercultural en la producción de conocimientos es imprescindible”, *Alteridades*, 18 (35), 2008, pp. 101-116. Mato, D., “Actualizar los postulados de la reforma universitaria de 1918. Las universidades deben valorar la diversidad cultural y promover relaciones interculturales equitativas y mutuamente respetuosas”, en Emir, Pablo y Aboites, H. (Comps.), *La reforma universitaria: desafíos y perspectivas noventa años después*, Buenos Aires, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), p. 136-145.

ción de ciencia, lo que ha generado un cierto desprecio hacia otras formas de producción de conocimiento, a las que solamente se les considera con valor local. Esta dicotomía contrasta en la realidad con el interés y los beneficios obtenidos por la iniciativa privada (por ejemplo, las farmacéuticas y empresas agroindustriales), que se apropian de conocimientos de pueblos indígenas para su beneficio comercial. También contrasta con los aprendizajes obtenidos por investigadores de diversas ramas de las ciencias sociales, como por ejemplo de las formas de autogobierno, toma de decisiones, modalidades de resolución de conflictos, esquemas de organización del trabajo, manejo ambiental y otros aspectos de la vida de comunidades de diversos pueblos indígenas.⁴⁵

El término educación inclusiva propuesto por la UNESCO se refiere a un proceso que permita abordar y responder a la diversidad de las necesidades de los estudiantes, a partir de una mayor participación en los aprendizajes, las actividades culturales y comunitarias, así como la reducción de la exclusión dentro y fuera del sistema educativo.⁴⁶ Por lo tanto, a la educación intercultural se le debe asumir también como un mecanismo de cierre de brechas en exclusión social por condiciones inherentes a los individuos.⁴⁷ Particularmente, la educación superior indígena debe girar en torno a un enfoque intercultural (que algunos autores llaman “diálogo intercultural”), cuyo propósito principal es el aprovechamiento de las diferencias para complementar los conocimientos con otros sujetos y otras dimensiones de desarrollo (comunidad región, entidad, nación, mundo), mediante procesos de interlocución y aprendizaje recíproco.⁴⁸

En este punto es importante tener en cuenta las áreas de estudio que han resultado más demandantes por la población indígena. Según Gallart y Henríquez, dicho grupo social opta por primordialmente por estudios vinculados a la educación y humanidades (42.7%) cuando se encuentra en regiones indígenas. Cuando la población indígena se encuentra fuera de sus regiones, se observa un comportamiento similar al del promedio de la población total, salvo por un interés mayor en las ciencias naturales y exactas (5.7% frente a un 1.6% de la población total) en demérito de las ingenierías y tecnológicos (18.9% contra 24.6%).⁴⁹

Por otro lado, se debe partir de la base que las políticas públicas para fomentar la inclusión indígena y la multiculturalidad de la educación superior tienen objetivos diferentes. Mientras algunas buscan la formación de profesionistas susceptibles de integrarse, sin discriminación, en cualquier mercado profesional; otras buscan la formación de líderes comprometidos con su comunidad y con la defensa de derechos étnicos. Esa multiplicidad de propósitos no es privativa de las instituciones y de los programas, pues también entre los profesionistas indígenas –formados en instituciones conven-

45 Mato, D., No hay saber «universal» ..., *Óp. Cit.*, pp. 101-116.

46 Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), *Guidelines for inclusion: ensuring access to education for all*. París, autor, 2005, p. 13.

47 Navarrete-Cazales Z., y Alcántara-Santuario, A., *Óp. Cit.*, pp. 145-159.

48 Casillas, M., y Santini, L., *Óp. Cit.*, pp. 29-54

49 Gallart, M., y Henríquez Bremer, C., *Óp. Cit.*, pp. 27-37

cionales o interculturales– existen opiniones distintas acerca de los compromisos con su comunidad, así como de sus oportunidades de profesionalización.⁵⁰

En correlación a lo anterior, la educación escolarizada representa una posibilidad de movilidad social que beneficiará en el mediano plazo a los miembros de sectores desprotegidos y a sus descendientes. Sin embargo, para un segmento importante de la población indígena la educación superior no representa realmente una opción de vida, puesto que sus tradiciones culturales o familiares específicas les permiten ocuparse de sus actividades productivas sin requerir de una preparación especializada.⁵¹

Por lo anterior, podríamos preguntarnos hasta dónde es posible cambiar las instituciones de educación superior para mejorar la calidad de vida la población indígena, y si las universidades interculturales indígenas (de las que se hablará más adelante) son capaces de responder de manera efectiva a las necesidades y demandas de dicho segmento de la población de un país, cumpliendo al mismo tiempo los objetivos de calidad académica e investigación científica que deben corresponder a cualquier institución de educación superior.

Las respuestas a las preguntas anteriores serán la guía en la exposición de los siguientes apartados, buscando plantear la interrogante de si la mejor manera de garantizar la inclusión de los pueblos indígenas en la educación superior es a través de la creación de universidades interculturales indígenas o políticas de inclusión en las instituciones convencionales.

4. Políticas públicas de creación de universidades interculturales indígenas

En primer lugar, es necesario definir el objetivo de las universidades interculturales. Para Bastida Muñoz, la función filosófica de estas instituciones es la “descolonización de las mentes”, entendiendo esto como el rechazo de una manera hegemónica de ver el mundo, y el reconocimiento de la riqueza de los pueblos originarios y de la diversidad dentro de la sociedad, como base para promover la sustentabilidad en la nación.⁵²

Según dicho autor, en estas instituciones se debe buscar “formar profesionales que impulsen procesos de desarrollo económicamente viables, socialmente justos, culturalmente apropiados y ambientalmente responsables”, lo cual habrían de lograr a partir de una “comprensión profunda de la cosmovisión de los pueblos originarios, así como mediante la sistematización, el análisis y la síntesis de sus conocimientos, práctica y

50 Didou, S., *Los programas de educación superior indígena en américa latina y en México: componentes tradicionales y emergentes*, *Óp. Cit.*, p. 15-28.

51 Chávez, M., “Ser indígena en la educación superior ¿Desventajas reales o asignadas?”, *Revista de la educación superior (México)*, 148, (XXXVII), 2008, pp. 31-55.

52 Bastida, M., *Óp. Cit.*, p. 271-302

pensamientos simbólicos”; lo anterior propiciará la revitalización y el enriquecimiento dinámico de las lenguas y de las culturas originarias.⁵³

Bajo las premisas anteriores, las universidades interculturales deben distanciarse de los modelos de educación superior tradicional y enfocarse en representar una oportunidad para construir un modelo de interacción cultural que busque enriquecer la visión del mundo de un país a partir de la absorción del conocimiento de los pueblos indígenas. El enfoque anterior debe aspirar a la elaboración de epistemología distinta o complementaria a la visión moderna occidental.⁵⁴

Lo anterior implica que, aunque predominantemente atenderán a indígenas por los lugares en los que se ubiquen, deben ser abiertas para toda la población para poder fomentar el diálogo intercultural. Es decir, las universidades interculturales deberán ser incluyentes y estar dirigidas a toda la población, sin demérito que su propósito específico sea formación de profesionales e intelectuales comprometidos con sus culturas y comunidades; pues no es la etnicidad indígena, sino la interculturalidad y la diversidad lo que conforma el fundamento de sus actividades educativas.⁵⁵

Los principios de la educación intercultural, según Casillas y Santini, deben ser el reconocimiento del conocimiento ancestral construido de manera colectiva en un contexto determinado, la transformación de la visión de la cultura hegemónica (que ha descalificado el conocimiento proveniente de otras perspectivas culturales) y el reconocimiento de la diversidad de las tradiciones indígenas.⁵⁶

Sin embargo, las funciones sustantivas de la universidad intercultural coinciden con las de cualquier otra, ya que (i) se orientan a la docencia, aunque con planes de estudio relevantes para el desarrollo indígena; (ii) realizan investigación, aunque enfocada a la revalorización de las culturas y lenguas indígenas, así como al desarrollo de sus comunidades; y (iii) se encargan de la difusión de la cultura, así como a la extensión de sus servicios, mediante programas de servicio social, recreación cultural, deporte e intercambios. Sin embargo, estas universidades tienen una función no encontrada en las instituciones convencionales: la vinculación con sus comunidades mediante la atención de problemas y necesidades específicas de las mismas.⁵⁷

En ese orden de ideas, Sylvia Schmelkes⁵⁸ ha enunciado algunas de las características que deben tener estas instituciones para poder cumplir con su objetivo:

53 *Ídem.*

54 Navarrete-Cazales Z., y Alcántara-Santuario, A., *Óp. Cit.*, pp. 145-159.

55 Gallart, M., y Henríquez Bremer, C., *Óp. Cit.*, pp. 27-37. Olivera, I., y Dietz, G., *Óp. Cit.*, pp. 7-39.

56 Casillas, M., y Santini, L., *Óp. Cit.*, pp. 29-54.

57 *Ibidem*, pp. 149-176.

58 Schmelkes, S., “Educación superior intercultural el caso de México. Conferencia dictada en el Encuentro Internacional Intercambio de Experiencias Educativas”, en *Vincular los caminos a la educación superior*, Guadalajara, ANUEIS, noviembre de 2003.

1. Sus egresados deberán de poder continuar estudiando u obtener empleo en cualquier sitio, no obstante que su orientación fundamental debe ser que sus egresados permanezcan o regresen a las comunidades o regiones de las que son originarios.
2. No debe seleccionar a su alumnado con base únicamente en criterios académicos, pues debe reconocer que la educación que recibieron los grupos indígenas es, en términos generales, de calidad muy deficiente; por el contrario, se debe buscar nivelar los conocimientos básicos en una primera etapa de formación, en donde se potencien las competencias reflexivas y comunicativas necesarias para fortalecer el aprendizaje académico.⁵⁹
3. La oferta educativa debe ser flexible, para desarrollarse a partir de las necesidades y de las potencialidades para el desarrollo de la región; y dinámica, para no saturar el mercado de trabajo regional y formar competencias para el autoempleo individual y colectivo.

Desde el año 2001, se comenzó a impulsar en México la creación de las universidades interculturales indígenas como un modelo paralelo de educación superior en diferentes regiones indígenas que, además de ampliar la cobertura educativa, ofrecían carreras con un enfoque de pertinencia cultural y lingüística, así como alternativas a los estudiantes indígenas para emigrar de sus comunidades hacia la ciudad para continuar sus estudios.⁶⁰ Dichas instituciones han ido desarrollando y experimentando con una gama cada vez más amplia de programas de licenciaturas, que incluyen carreras como lengua y cultura, comunicación intercultural, gestión intercultural para el desarrollo, desarrollo sostenible, turismo, patrimonio, gestión municipal, así como últimamente salud intercultural y derecho intercultural.⁶¹

Según datos de la Asociación Nacional de Universidades e Instituciones de Educación Superior (ANUIES), actualmente existen las siguientes Universidades Interculturales con su matrícula en el ciclo escolar 2017-2018: Universidad Intercultural de Chiapas (1505), Universidad Intercultural del Estado de Guerrero (435), Universidad Intercultural del Estado de Hidalgo (435), Universidad Intercultural del Estado de México (1,379), Universidad Intercultural Indígena de Michoacán (596), Universidad Intercultural del Estado de Puebla (706), Universidad Intercultural Maya de Quintana Roo (727), Universidad Intercultural del San Luis Potosí (2,421), Universidad Intercultural del Estado de Tabasco (1,051).⁶²

59 Bastida, M., *Óp. Cit.*, p. 271-302

60 Olivera, I., y Dietz, G., *Óp. Cit.*, pp. 7-39.

61 *Ídem.*

62 Asociación Nacional de Universidades e Instituciones de Educación Superior (ANUIES), *Anuario Estadístico de Educación Superior – Licenciatura. Ciclo escolar 2017-2018*. México, autor, 2018.

El principal fondo que reciben las universidades interculturales consiste en el presupuesto federal que aprueba el Congreso de la Unión cada año, sumado en partes iguales al presupuesto erogado por la entidad federativa donde se localiza la universidad. Salvo en el caso de la Universidad Intercultural del Estado de México, donde la contribución de la federación es de 80% debido a que, por ser la primera en crearse, se solicitó una consideración especial, y a través de los años la modalidad se ha mantenido.⁶³

Es importante mencionar que había instituciones preexistentes que se unieron al programa federal, destacando la decana de las iniciativas de educación superior indígena en el país: la Universidad Autónoma Indígena de México (hoy denominada Universidad Autónoma Intercultural de Sinaloa), localizada en la región yaqui y mayo de Sinaloa, cuya fundación se remonta al año de 1982 y cuya matrícula en el ciclo escolar 2017-2018 ascendió a 4,801 alumnos. En segundo lugar, la Universidad Veracruzana era una institución de educación superior preexistente pero que inició un programa denominado “Universidad Veracruzana Intercultural” en el año 2005, dirigido para las regiones indígenas de la Huasteca, el Totonacapan, la Sierra de Zongolica y las Selvas.⁶⁴

Por otro lado, también existen institutos de educación superior interculturales con sostenimiento privado, el Instituto Superior Intercultural Ayuuk, localizado en la región mixe de Oaxaca y pertenecientes a la Orden Jesuita, y el Instituto Intercultural Ñoño, localizado en la región otomí de Querétaro y sostenido por una unión de cooperativas de la región y la Congregación Religiosa de la Asunción; con matrícula de 118 y 29 alumnos, respectivamente.⁶⁵

Las universidades interculturales indígenas aún pueden considerarse de reciente creación, sin embargo, a fin de fortalecerlas es necesario revisar sus planes de estudio y evaluar los siguientes aspectos de su modelo: (i) el impacto en las comunidades aledañas a las universidades; (ii) las expectativas y calidad de vida de los egresados; (iii) el incremento de grados de estudio en las comunidades.⁶⁶

5. Políticas públicas de inclusión en las instituciones convencionales de educación superior

Del análisis de las políticas públicas en México para mejorar el acceso de los indígenas a la educación superior, pueden resumirse en las siguientes dos grandes categorías: (i) el otorgamiento de becas, y (ii) la adaptación o transformación de las institu-

63 Bastida, M., *Óp. Cit.*, p. 271-302

64 Dietz, G., “Universidades interculturales en México”, *CPU-e, Revista de Investigación Educativa*, núm. 19, julio-diciembre, 2014, pp. 319-326. ANUIES, *Óp. Cit.*

65 Véase: <http://www.isia.edu.mx/> <http://redsamildefonso.wixsite.com/institutononho/>. ANUIES, *Óp. Cit.*

66 Bastida, M., *Óp. Cit.*, p. 271-302

ciones de educación superior convencionales, entendidas como aquellas no creadas bajo la figura expresa de la interculturalidad.

Respecto del otorgamiento de becas, el Gobierno Federal ha implementado un Programa Nacional de Becas cuyas reglas de operación han cambiado a lo largo de los últimos años (actualmente son por ejercicio fiscal). A manera de ejemplo, para el año 2018 la beca para personas indígenas se otorgaba en las diferentes facultades y escuelas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) con montos determinados por parte de dicha universidad en la convocatoria respectiva.⁶⁷ En ese sentido, para ese mismo año, la UNAM determinó que la beca consistiría en un apoyo económico de \$2,750.00 pesos, apoyo tutorial permanente y clases de regularización en matemáticas e inglés.⁶⁸

Por otro lado, los bancos internacionales (principalmente el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo) y las fundaciones privadas (destacando Ford, Kellogg y Fulbright), así como de programas específicos de universidades extranjeras, agencias de cooperación, embajadas, ONGs y organismos internacionales también han creado sistemas de otorgamiento de becas para la educación superior.⁶⁹ Los programas anteriores se traducen en apoyo económico para estudiar en una institución de educación superior (nacional o extranjera), así como acciones de retención y titulación, consistentes en dotar de los elementos académicos necesarios para enfrentar los estudios universitarios (cursos propedéuticos, atención individualizada flexible, entre otras).⁷⁰

De todos los sistemas de becas no gubernamentales, destaca por su impacto y alcance el programa “Pathways” de la Fundación Ford, el cual ha hecho importantes aportaciones en dinero a la Asociación Nacional de Universidades e Instituciones de Educación Superior (ANUIES) para implementar un programa de ayuda, superación y nivelación académica destinado a elevar las tasas de retención y egreso de los estudiantes indígenas. El programa se hace a través de 16 instituciones de educación superior, distribuidas en 14 entidades federativas, en las que cada una cuenta con una Unidad de Apoyo Académico para cumplir con los objetivos del programa a través de tutores.⁷¹

Las instituciones anteriores son la Universidad Pedagógica Nacional, el Instituto Tecnológico de Tuxtla Gutiérrez, la Universidad Autónoma del Estado de México, la Universidad Autónoma de Chapingo, la Universidad Tecnológica de Tula-Tepeji, la Universidad Veracruzana, la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, la Univer-

67 Acuerdo número 23/12/17 por el que se emiten las Reglas de Operación del Programa Nacional de Becas para el ejercicio fiscal 2018, México, 2018.

68 Véase: <http://www.becas.unam.mx/portal/index.php/licenciatura/79-programa-universitario-mexico-nacion-multicultural-sistema-de-becas-para-estudiantes-indigenas-pumc>

69 Didou, S., “Cooperación internacional y educación superior indígena en América Latina: constitución de un campo de acción”, *Revista Iberoamericana de Educación Superior*, 4 (11), 2013, pp. 83-99.

70 Schmelkes, S., *Óp. Cit.*

71 Flores-Crespo, P., y Barrón, J., *El programa de apoyo a estudiantes indígenas: ¿nivelador académico o impulsor de interculturalidad*, México, ANUIES, 2006. Casillas, M., y Santini, L., *Óp. Cit.*, pp. 29-54.

sidad de Ciencias y Artes de Chiapas, la Universidad de Guadalajara, la Universidad de Quintana Roo y el Centro de Estudios Superiores del Estado de Sonora.⁷²

Asimismo, el Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS) también ha sido receptor de aportaciones de la Fundación Ford para el otorgamiento de becas de posgrado (maestría y doctorado) a estudiantes indígenas para realizar estudios dentro o fuera del país.⁷³

Es importante resaltar que, a diferencia de las universidades interculturales indígenas, los beneficiarios de los programas anteriores sí acceden a ellos exclusivamente por su identidad indígena, y por medio de estos no se busca –por lo menos directamente– la difusión de sus culturas (conocimientos, lenguas, historia y cosmovisión); por el contrario, su objetivo es empoderar y compensar a los grupos indígenas, debido a su marginación histórica.⁷⁴

Un dato interesante que apuntan Olivera y Dietz, es que aun cuando un número relativamente elevado de estudiantes indígenas, están inscritos en carreras tradicionales para insertarse en sus áreas laborales correspondientes (pedagogía, antropología, agronomía, enfermería), en los últimos años ha habido una inscripción creciente en carreras innovadoras, lo que indica un interés por adquirir competencias y conocimientos distintos.⁷⁵

Es importante tener en cuenta que los programas de estudios demasiado convencionales, centrados en empleos únicamente urbanos, industriales o de servicios, pueden generar el efecto de migración a las ciudades o zonas urbanas y una desvinculación con sus comunidades. Mención aparte merece la oferta educativa dirigida a la preparación de docentes, que pueden servir para generar intermediarios verticalmente útiles al Estado y mantener estrechos vínculos con sus comunidades.⁷⁶

En otro orden de ideas, la transformación o adaptación de las instituciones de educación superior convencionales se ha dado de diferentes maneras que intentaré resumir a continuación:

1. La creación de una oferta académica relacionada con la interculturalidad. En este punto es necesario diferenciar a las carreras dirigidas a la formación de profesores, interculturales y/o bilingües (en diferentes niveles), entre las que se

72 Asociación Nacional de Universidades e Instituciones de Educación Superior (ANUIES), *Programa de apoyo a estudiantes indígenas en Instituciones de Educación Superior: memoria 11 años de trabajo*, México, autor, p. 108.

73 Ramírez, J., *Óp. Cit.*, pp. 29-58. Casillas, M., y Santini, L., *Óp. Cit.*, pp. 29-54.

74 Schmelkes, S., “Programas de formación académica para estudiantes indígenas en México”, en Didou, S., y Remedi Allione, E. (coords.), *Educación superior de carácter étnico en México: pendientes para la reflexión*, México, Senado de la República/Cinvestav, 201, pp. 65-78.

75 Ramírez, J., *Óp. Cit.*, pp. 29-58.

76 Olivera, I., y Dietz, G., *Óp. Cit.*, pp. 7-39.

destaca la Universidad Pedagógica Nacional en sus diferentes unidades regionales, así como las universidades pedagógicas de Durango, Sinaloa y Yucatán, y múltiples escuelas normales en todo el país. Por otro lado, existen carreras que abordan la interculturalidad en aspectos ajenos a la educación, por ejemplo, Licenciatura en Desarrollo y Gestión Interculturales (UNAM), Licenciatura en Lenguas Modernas e Interculturalidad (La Salle), Licenciatura en Comunicación y Gestión Intercultural (Universidad Autónoma de Morelos), Licenciatura en Derecho Intercultural (CNCI), Licenciatura en la Enseñanza de Lenguas y Estudios Interculturales (Instituto para Formación y Desarrollo Volkswagen), Licenciatura en Gestión y Autodesarrollo Indígena (Universidad Autónoma de Chiapas), y Licenciatura en Gestión Intercultural para el Desarrollo (Universidad Veracruzana).⁷⁷

2. La creación programas de ayuda, superación y nivelación académica, derivado de la incorporación espontánea de estudiantes indígenas en sus instituciones para realizar estudios en carreras tradicionales. Este punto es el más difícil de abstraer pues cada institución puede reaccionar de manera distinta y existen pocas evidencias documentadas de casos exitosos.
3. La existencia de instituciones que, sin tener expresamente programas de atención para la población indígena u ofertas académicas interculturales, cuentan con una matrícula importante de dicha población derivado de su ubicación geográfica. En estos casos su adaptación y transformación se da de manera heterogénea, improvisada y, en algunos casos, de manera implícita.

En esa situación se encuentran los siguientes institutos o universidades: Universidad Politécnica Francisco I. Madero, Universidad Tecnológica del Valle del Mezquital, Universidad Tecnológica de la Sierra Hidalguense, Universidad Tecnológica de la Huasteca Hidalguense; la Universidad Tecnológica de la Tarahumara, Chihuahua; Universidad Tecnológica de la Selva, en Ocosingo, Chiapas; la Universidad Tecnológica de la Riviera Maya; Universidad Tecnológica de la Mixteca; Instituto Tecnológico de Conkal; Instituto Tecnológico de Centla; Instituto Tecnológico de Comitán; Instituto Tecnológico de Cintala; Instituto Tecnológico de la región Mixe; Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Zongolica; Instituto Tecnológico Superior de Chicontepec, Veracruz; Instituto Tecnológico Superior de Coalcomán; Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Pátzcuaro; Instituto Tecnológico Superior de la Montaña; Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de San Felipe del Progreso y de Jocotitlán.⁷⁸

Respecto de este supuesto, si bien la transformación hacia la interculturalidad se genera de manera espontánea o accidental, las instituciones deben adaptar

77 ANUIES, *Anuario Estadístico ...*, *Óp. Cit.*

78 Bastida, M., *Óp. Cit.*, p. 271-302.

sus programas académicos a las necesidades de la población indígena, particularmente a su diversidad cultural y lingüística, así como instrumentar medidas auxiliares de acompañamiento y apoyo para evitar la deserción.

4. La generación de vínculos con comunidades indígenas a través de programas de investigación, difusión cultural, programas de servicio social, estancias o prácticas profesionales, independientemente que tengan o no matrícula indígena u oferta educativa intercultural.⁷⁹

Tal vez el programa más importante en este ejemplo sea el Programa Universitario de Estudios de la Diversidad Cultural y la Interculturalidad en la UNAM (antes llamado Programa Universitario México, Nación Multicultural), cuyo objetivo principal es la generación y difusión de conocimiento sobre la diversidad cultural y la interculturalidad en México y otras regiones, alentar y apoyar la formación profesional de estudiantes indígenas, y contribuir a dignificar sus identidades, lenguas y culturas. Para realizar los objetivos anteriores, dicho programa realiza investigaciones, encuentros académicos (seminarios, cursos, coloquios, diplomados, foros de discusión) y busca establecer vínculos interinstitucionales.⁸⁰

En materia de investigación, un ejemplo importante fue el programa del Instituto Politécnico Nacional en materia de investigación de medicina tradicional en el Estado de Oaxaca, el que tuvo como resultado no sólo la elaboración de materiales didácticos y manuales (en español y zapoteca), sino también realizó exposiciones en espacios públicos y se reestructuró el contenido de diversas materias de la oferta educativa de dicha institución.⁸¹

Por último, un tema poco explorado en México, pero con valiosas experiencias en el derecho comparado es la implementación de cuotas de acción afirmativa (del término anglosajón “affirmative action”) en las instituciones de educación superior; aunque en el contexto nacional obligaría también a realizar de ayuda, acompañamiento y nivelación para que estas fueran realmente eficaces.⁸²

IV. CONCLUSIONES

El principio y derecho constitucional de favorecer la educación bilingüe e intercultural, así como de garantizar e incrementar los niveles de escolaridad a la población in-

79 Olivera, I., y Dietz, G., *Óp. Cit.*, pp. 7-39.

80 Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), *Acuerdo por el que se establece el Programa Universitario de Estudios de la Diversidad Cultural y la Interculturalidad*, México, 3 de marzo de 2014.

81 Camacho, R., et al., “Una experiencia intercultural a partir del conocimiento etnomédico [México]”, en Mato, Daniel (Coord.), *Educación superior, colaboración intercultural y desarrollo sostenible/buen vivir. experiencias en América Latina*, Caracas, Instituto Internacional de la UNESCO para la Educación Superior en América Latina y el Caribe (IESALC-UNESCO), 2009, pp. 65-86.

82 Olivera, I., y Dietz, G., *Óp. Cit.*, pp. 7-39.

dígena hacía la educación superior, si bien se encuentra reconocido expresamente por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es producto de una construcción jurídico constitucional a partir de los derechos fundamentales de igualdad, educación y el reconocimiento de la autodeterminación de los pueblos indígenas.

Sin perjuicio de lo anterior, para que dicho principio pueda tener eficacia en nuestro país es necesario conocer las causas sociales que dieron origen a su inclusión en la Constitución, tanto históricas (nacionales e internacionales), como la situación real y actual que viven los pueblos indígenas en México. Principalmente, es necesario partir de la base que las comunidades indígenas no se han integrado plenamente a nuestra sociedad, lo cual es –simultáneamente– causa y efecto del alto nivel de marginación económica y social en el que viven la mayoría de ellas.

Sin embargo, esta falta de integración a la sociedad ha generado la coexistencia de sus culturas paralelamente a la cosmovisión occidental, al concepto de moderno de ciencia y a la identidad nacional tradicional. Lo anterior abre un camino para poder abreviar de la cultura de los pueblos indígenas mediante un proceso de enriquecimiento y complementación. Ahí es donde la educación superior debe jugar un papel predominante en la revalorización de la cultura indígena, puesto que las instituciones en donde se imparte aquella –y principalmente en las universidades– son los vehículos institucionales encargados de la docencia, investigación, difusión de la cultura y extensión de los servicios relacionados con las actividades anteriores.

Regresando al derecho y principio constitucional materia de estudio, debe decirse que, si bien su contenido y alcance corresponde a los tres poderes del estado, ante la ambigüedad de las leyes que regulan la materia en análisis, y la falta de criterios judiciales relevantes, la autoridad administrativa juega un rol determinante en la eficacia y efectividad de aquellos, pues es el poder ejecutivo quien debe resolver la disyuntiva entre:

(i) Elevar la escolaridad de los estudiantes indígenas en las instituciones de educación superior tradicionales mediante programas de becas, nivelación y acompañamiento, incorporándolos al mercado laboral y productivo para buscar la movilidad social y el mejoramiento de sus condiciones socioeconómicas, aunque esto implique la migración y la desvinculación de aquellos con su comunidad; y

(ii) El fortalecimiento de la educación superior intercultural, mediante la creación de nuevas universidades interculturales, el aumento de la matrícula de las existentes, y la creación de oferta educativa intercultural en universidades convencionales, generando vínculos estrechos con sus comunidades y las problemáticas de éstas, buscando la revitalización de sus culturas y lenguas, aunque esto no necesariamente tenga como consecuencia el mejoramiento de sus condiciones.

Aunque la respuesta no es sencilla, de las consideraciones y hechos expuestos con anterioridad se puede concluir que la respuesta consiste en el fortalecimiento y reorientación del enfoque intercultural no solo en las universidades interculturales, sino en las universidades e instituciones de educación superior convencionales. Di-

cho enfoque debe velar por una oferta educativa articulada a los contextos socioculturales de las comunidades indígenas, tanto en sus contenidos como en sus modelos de enseñanza, partiendo de la base que los estudiantes indígenas vendrán en su mayoría de situación de pobreza, tendrán una educación previa deficiente, existirán barreras culturales, podrán ser víctimas de discriminación en cualquier aspecto y la distancia geográfica entre los centros educativos y sus comunidades puede generar un alejamiento cultural.

El enfoque intercultural de la educación superior debe tener una relación con los sectores económicos de las comunidades indígenas (por encima de las demandas del mercado global y neoliberal), y simultáneamente crear condiciones para la movilidad social y el aumento en la calidad de vida de los habitantes de la comunidad indígena. En otras palabras, se deben crear políticas públicas para formar egresados que contribuyan al desarrollo sostenible y al mejoramiento de la calidad de vida de sus comunidades.

En resumen, el derecho constitucional de la educación superior intercultural, tanto en instituciones convencionales como interculturales, debe desarrollarse con un enfoque que permita la generación de iniciativas productivas y al servicio de las comunidades indígenas, que valoren e incorporen los saberes y lenguas propios de dichas comunidades, mediante la docencia, investigación, difusión y, principalmente, la integración de esos conocimientos.

V. BIBLIOGRAFÍA

1. Fuentes bibliográficas

ASOCIACIÓN NACIONAL DE UNIVERSIDADES E INSTITUCIONES DE EDUCACIÓN SUPERIOR (ANUIES), *Anuario Estadístico de Educación Superior – Licenciatura. Ciclo escolar 2017-2018*. México, autor, 2018.

—, *Programa de apoyo a estudiantes indígenas en instituciones de educación superior: memoria 11 años de trabajo*, México, autor.

BALL, HOWARD, The Bakke case: race, education, and affirmative action. Lawrence, University Press of Kansas, 2000.

BASTIDA MUÑOZ, MINDAHI CRESCENCIO, “Políticas públicas de las instituciones y programas interculturales de educación superior en México”, e Mato, Daniel, (Coord.), *Educación superior y pueblos indígenas y afrodescendientes en América Latina. Normas, políticas y prácticas*, Caracas, Instituto Internacional de la UNESCO para la Educación Superior en América Latina y el Caribe (IESALC-UNESCO), 2011.

CAMACHO MORFÍN, ROXANA et al., “Una experiencia intercultural a partir del conocimiento etnomédico [México]”, en Mato, Daniel (Coord.), *Educación superior, colaboración intercultural y desarrollo sostenible/buen vivir. Experiencias en América Latina*, Caracas, Instituto Internacional de la UNESCO para la Educación Superior en América Latina y el Caribe (IESALC-UNESCO), 2009, pp. 65-86.

- CARNOY, MARTÍN. (Et. Al) “Barreras de entrada a la educación superior y a oportunidades profesionales para la población indígena”, *Revista Latinoamericana de Estudios Educativos (México)*, vol. XXXII, núm. 3, 3º trimestre, 2002, p. 9-43.
- CASILLAS, MARÍA DE LOURDES Y SANTINI, LAURA. *Universidad intercultural. Modelo educativo*. 2ª. Ed., México, SEP-CGEIB, 2009.
- CHÁVEZ, MARÍA EUGENIA, “Ser indígena en la educación superior ¿Desventajas reales o asignadas?”, *Revista de la educación superior (México)*, 148, (XXXVII), 2008, pp. 31-55.
- COMISIÓN PARA EL DESARROLLO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS (CDI), *Fichas de información básica de la población indígena, 2015*, México, Coordinación General de Planeación y Evaluación, abril, 2016.
- , *Indicadores de la población indígena. Sistema de información e indicadores sobre la población indígena de México. Consulta de cédulas de información municipal y descarga de indicadores*, México, autor, 2017.
- DIDOU, SYLVIE, “Cooperación internacional y educación superior indígena en América Latina: constitución de un campo de acción”, *Revista Iberoamericana de Educación Superior*, 4 (11), 2013, pp. 83-99.
- DIETZ, GUNTHER, “Universidades interculturales en México”, *CPU-e, Revista de Investigación Educativa*, núm. 19, julio-diciembre, 2014, pp. 319-326.
- FLORES-CRESPO, PEDRO Y BARRÓN, JUAN CARLOS, *El programa de apoyo a estudiantes indígenas: ¿nivelador académico o impulsor de interculturalidad*, México, ANUIES, 2006.
- GALLART NOCETTI, MARÍA ANTONIETA Y HENRÍQUEZ BREMER, CRISTINA, “Indígenas y educación superior: algunas reflexiones”, *Universidades*, núm. 32, julio-diciembre, 2006, pp. 27-37.
- GOBIERNO DEL ESTADO DE CHIAPAS. Los acuerdos de San Andrés edición bilingüe español-tsotsil, 2003.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA (INEGI), *Encuesta Intercensal 2015 (base de microdatos)*.
- INSTITUTO NACIONAL PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN (INEE), *Breve panorama educativo de la población indígena. Día internacional de los pueblos indígenas*. México, autor, 2017.
- LÓPEZ BÁRCENAS, FRANCISCO, *Legislación y derechos indígenas en México*, México, Cámara de Diputados, LXI Legislatura, 2010.
- MARTÍNEZ COBO, JOSÉ, *Study of the problem of discrimination against the indigenous populations*, Nueva York, United Nations, Economic and Social Council, 30 de julio de 1981.
- MATO, DANIEL, “Actualizar los postulados de la reforma universitaria de 1918. Las universidades deben valorar la diversidad cultural y promover relaciones interculturales equitativas y mutuamente respetuosas”, en Emir Sader, Pablo Gentili y Aboites, Hugo (Comps.), *La reforma universitaria: desafíos y perspectivas noventa años después*, Buenos Aires, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), p. 136-145.
- , “Educación superior y pueblos indígenas y afrodescendientes en América Latina. Constituciones, leyes, políticas públicas y prácticas institucionales” en Mato, Daniel (Coord.), *Educación superior y pueblos indígenas y afrodescendientes en América Latina*. Nor-

mas, Políticas y Prácticas. Caracas, Instituto Internacional de la UNESCO para la Educación Superior en América Latina y el Caribe (IESALC-UNESCO), 2012, págs.: 13-98.

- , “No hay saber «universal»: la colaboración intercultural en la producción de conocimientos es imprescindible”, *Alteridades*, 18 (35), 2008, pp. 101-116.

NAVARRETE-CAZALES, ZAIRA Y ALCÁNTARA-SANTUARIO, ARMANDO, “Universidades interculturales e indígenas en México: desafíos académicos e institucionales”, *Revista Lusófona de Educação*, 31, 2015, pp. 145 a 159.

OLIVERA RODRÍGUEZ, INÉS, Y DIETZ, GUNTHER, “Educación superior y pueblos indígenas: marcos nacionales para contextualizar”, *ANTHROPOLOGICA*, año XXXV, N.º 39, 2017, pp. 7-39.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA (UNESCO), *Guidelines for inclusion: ensuring access to education for all*. Paris, autor, 2005.

RAMÍREZ BONILLA, JUAN JOSÉ, “Los organismos internacionales y los derechos de los pueblos indígenas”, en Didou Aupetit, Sylvie (coord.), *Los programas de educación superior indígena en América Latina y en México: componentes tradicionales y emergentes*, México, UNESCO-IESALC, CONALMEX, OBSMAC, 2014, pp. 29-58.

SCHMELKES, SYLVIA, “Programas de formación académica para estudiantes indígenas en México”, en Didou, S., y Remedi Allione, E. (coords.), *Educación superior de carácter étnico en México: pendientes para la reflexión*, México, Senado de la República/Cinvestav, 2011, pp. 65-78.

- , “Educación superior intercultural el caso de México. Conferencia dictada en el Encuentro Internacional Intercambio de Experiencias Educativas”, en *Vincular los Caminos a la Educación Superior*, Guadalajara, ANUEIS, noviembre de 2003.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS, OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER, *Indigenous peoples and the United Nations human rights system*. Fact Sheet, No. 9/rev. 2, Nueva York, Naciones Unidas, 2013.

ŽIŽEK, SLAVOJ, *En defensa de la intolerancia*. Madrid, Sequitur, 2008, p. 56.

2.. Fuentes normativas

Acuerdo número 23/12/17 por el que se emiten las Reglas de Operación del Programa Nacional de Becas para el ejercicio fiscal 2018, México, 2018.

Conferencia Mundial sobre la Educación Superior, Comunicado, 2009.

CRES (Conferencia Regional de Educación), Declaración Final, 2008.

Decreto por el que se expide la Ley del Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas y se abroga la Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, México, 2018.

Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, México, 2003.

Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas, México, 2003.

Ley General de Educación, México, 1993.

OIT (Organización Internacional de Trabajo), Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, 1989.

ONU (Organización de las Naciones Unidas), Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, 1992.

—, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007.

—, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007.

Procesos Legislativos de la Reforma Constitucional publicada el 14 de agosto de 2001 en el Diario Oficial de la Federación.

UNAM (Universidad Nacional Autónoma de México), *Acuerdo por el que se establece el Programa Universitario de Estudios de la Diversidad Cultural y la Interculturalidad*, México, 2014.

UNESCO (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura), Declaración Universal de la sobre Diversidad Cultural, 1992.

EL DERECHO AL REFUGIO EN EL MARCO DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL

JESSICA MARTÍNEZ FERNÁNDEZ

“Si bien la Convención de los Refugiados de 1951 y el Pacto Mundial sobre los Refugiados proporcionan el marco jurídico y las herramientas para responder al desplazamiento, necesitamos una voluntad política mucho mayor para abordar los conflictos y las persecuciones que obligan a personas a huir en primer lugar.” —Filippo Grandi

RESUMEN: El presente ensayo destaca la emergencia humanitaria y analiza la complejidad del régimen jurídico de protección internacional de los refugiados. La tesis central versa sobre la obligación de protección de los Estados como garantes del derecho al refugio, en el marco jurídico del principio de solidaridad internacional.

PALABRAS CLAVE: Derecho, Refugiados, Principio de Solidaridad Internacional.

ABSTRACT: This essay emphasizes the humanitarian emergency and analyses the complexity of the legal regime for the international protection of refugees. The central thesis revolves around the States duty to protect as guarantors of the right to refuge, within the legal framework of the principle of international solidarity.

KEYWORDS: Law, Refugees, Principle of International Solidarity.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LA PERSONA HUMANA. 2.1. Del refugio en los sistemas internacionales de protección de derechos humanos. 2.1.1. Sistema universal. 2.1.2. Sistema regional interamericano. 2.1.3. Sistema regional europeo. 2.1.4. Sistema regional africano. 3. DE LA SOBERANÍA, LA POLÍTICA MIGRATORIA Y LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. 4. EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD, ¿DEBER MORAL U OBLIGACIÓN? 5. CONCLUSIONES. 6. FUENTES DE CONSULTA.

1. INTRODUCCIÓN

La práctica de conceder refugio a las personas que temen perder la vida, la integridad o la libertad a causa de violencia o persecución, responde a ese instinto básico de proteger al que huye de un peligro; esta forma de valorar a un ser humano surge del reconocimiento de una naturaleza común, así como de la necesidad de salvaguardar su dignidad —atributo inseparable del ser humano—.

Desde que los individuos comenzaron a organizarse por comunidades y a vivir en sociedad, hubo miembros que fueron expulsados y que en el exilio encontraron protección

con otros grupos de seres humanos; referencias a lo anterior, han sido encontradas en registros elaborados por antiguas civilizaciones como los egipcios, griegos y romanos.

En la era moderna, la *Sociedad de las Naciones*¹ —antecesora de la Organización de las Naciones Unidas— se propuso solucionar los problemas surgidos a raíz de la Primera Guerra Mundial, de tal suerte que, no permaneció indiferente ante la situación de millones de personas que se vieron obligadas a huir de sus hogares durante los conflictos armados; así, uno de los aciertos de la Sociedad de las Naciones fue la creación de un *Alto Comisionado para los Refugiados Rusos*², organismo que, dada la necesidad existente, tuvo que extender su protección a personas provenientes de otros países; y, si bien la protección de refugiados no representaba una situación nueva, lo innovador de este esfuerzo consistió en que, por primera vez, este grupo era protegido por medio de un sistema supranacional.

Asimismo, la Asamblea de la Sociedad de las Naciones creó un *Comité Intergubernamental*, cuya sede se encontraría en Londres; este organismo, después de la disolución de la *Sociedad de las Naciones* y, consecuentemente, también del *Alto Comisionado*, se convirtió en el centro de las actividades de protección a los refugiados.³

Posteriormente, con el fin de la Segunda Guerra Mundial, la aparición de millones de seres humanos desplazados y el vacío dejado por la *Sociedad de las Naciones*, los países se propusieron mejorar los esfuerzos aportados para la constitución de una nueva organización de Estados⁴; esta exigencia se concretó con el nacimiento de la *Organización de las Naciones Unidas*⁵, mediante la adopción de la Carta de las Naciones Unidas el 26 de junio de 1945.

En 1946, la Asamblea General de la ONU creó la *Organización Internacional para los Refugiados*⁶, la cual venía a sustituir al *Comité Intergubernamental* de Londres; la OIR fue organizada por un plazo de tres años, espacio de tiempo en que habría de solucionar el problema de los refugiados⁷; no obstante, las funciones de la OIR tuvieron que ser prorrogadas hasta que la Asamblea General de la ONU decidió crear la *Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados*.⁸

1 Organismo Internacional creado por el Tratado de Versalles.

2 El primer Alto Comisionado fue Fridtjof Nansen, explorador, atleta, diplomático, oceanógrafo, y estadista noruego, galardonado con el Premio Nobel de la Paz.

3 Martínez Viademonte, José Agustín, *El Derecho de Asilo y el Régimen Internacional de Refugiados*, México, Botas, 1961, p. 121.

4 Cancado Trindade, Antonio Augusto, et.al., *Las Tres Vertientes de la Protección Internacional de los Derechos de la Persona Humana: Derechos Humanos, Derecho Humanitario, Derecho de los Refugiados*, México, Porrúa, 2003, p. 85.

5 En adelante, la “ONU”.

6 En adelante, la “OIR”.

7 Martínez Viademonte, José Agustín, *op. cit.*, nota 3, p.133.

8 En lo sucesivo, el “ACNUR”.

Así, en un mundo donde 1 de cada 95 personas se encuentra desplazada por la fuerza, el trabajo en conjunto que realizan los organismos internacionales, los Estados, las organizaciones no gubernamentales y los defensores de derechos humanos, es ahora más importante que nunca.

Actualmente, la magnitud de las crisis humanitarias se ha agravado exponencialmente a medida que las situaciones preexistentes se han exacerbado con motivo de la prolongación de los conflictos, las condiciones meteorológicas extremas y las repercusiones económicas derivadas de la pandemia de la COVID-19.⁹

El Informe Anual sobre Tendencias Globales de 2020¹⁰, arrojó que la cantidad de personas desplazadas por la fuerza como resultado de persecución, conflicto armado, violaciones a los derechos humanos y acontecimientos que alteraron gravemente el orden público había llegado a 82,4 millones, de las cuales 26,4 millones eran propiamente refugiados —20,7 millones protegidos por el ACNUR y 5,7 millones de refugiados palestinos registrados por la UNRWA¹¹—.

Si se consideran únicamente las situaciones de desplazamiento internacional, las personas de nacionalidad siria encabezaron la lista, con 6,8 millones de personas desplazadas, seguidas de las de nacionalidad venezolana, con 4,9 millones; luego siguen aquellas de nacionalidad afgana y sursudanesa, con 2,8 y 2,2 millones respectivamente.¹²

A nivel mundial, Turquía sigue siendo el principal país de acogida con poco menos de 4 millones de personas, en su mayoría refugiadas sirias (92%). Le siguió Colombia, que acogió a más de 1,7 millones de personas venezolanas desplazadas. Alemania acogió el tercer mayor número de personas, casi 1,5 millones, entre las cuales aquellas refugiadas y solicitantes de asilo sirias constituyeron los grupos más numerosos (44%). Pakistán y Uganda ocuparon el 4º y 5º lugar, con cerca de 1,4 millones de personas cada uno.¹³

Si bien aún no es claro el impacto total de la pandemia sobre la migración y el desplazamiento transfronterizo en sentido más amplio a nivel mundial, los datos del ACNUR muestran que las llegadas de nuevas personas refugiadas y solicitantes de asilo se redujeron drásticamente en la mayoría de las regiones (alrededor de 1,5 millones de personas menos de lo que se habría esperado en una situación sin la influencia de la

9 Obtenido de la Red Mundial el 03 de diciembre de 2021. Consultado en: <https://www.acnur.org/stats/globaltrends/60cbddfd4/tendencias-globales-de-desplazamiento-forzado-en-2020.html>

10 El informe anual del ACNUR “Tendencias Globales”, analiza el desplazamiento forzado en todo el mundo basándose en datos de gobiernos, agencias socias y en los datos del propio ACNUR.

11 Las siglas “UNRWA” corresponden a: United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees. En español es conocida como la Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados de Palestina en Oriente Próximo.

12 Obtenido de la Red Mundial el 03 de diciembre de 2021. Consultado en: <https://www.acnur.org/stats/globaltrends/60cbddfd4/tendencias-globales-de-desplazamiento-forzado-en-2020.html>

13 Obtenido de la Red Mundial el 03 de diciembre de 2021. Consultado en: <https://www.acnur.org/stats/globaltrends/60cbddfd4/tendencias-globales-de-desplazamiento-forzado-en-2020.html>

COVID-19); lo anterior, se debe a las medidas implementadas por los gobiernos para limitar la propagación de la COVID-19, incluidas las restricciones a la circulación y el cierre de las fronteras, que dificultaron considerablemente el acceso a la seguridad de las personas que huyen de la guerra y la persecución; además, solo un número limitado de personas refugiadas y desplazadas internas pudo acceder a soluciones como el retorno voluntario o el reasentamiento en un tercer país.¹⁴

Los acontecimientos recientes revelan que los refugiados encuentran cada vez más barreras y más obstáculos jurídicos; países que antes portaban la bandera del universalismo, hoy se debaten entre acoger refugiados en nombre del *principio de solidaridad y cooperación internacional* o blindar sus fronteras para proteger la seguridad nacional y, lamentablemente, muchas naciones han optado por la segunda opción, dificultando la aplicación de los instrumentos internacionales en materia de protección de refugiados.

El presente ensayo está escrito como denuncia frente al déficit de solidaridad que ha mostrado la Comunidad Internacional con los refugiados, incapaz de comprender que los problemas de los refugiados son también nuestros problemas, y que los amenazados hoy son *ellos*, pero mañana podemos ser *nosotros*.

Conforme a lo anterior, en el presente trabajo se realizará una exposición de la necesaria complementariedad entre las vertientes de protección de la persona humana, se analizarán sucintamente los principales instrumentos jurídicos aplicables en materia de refugiados en los diversos sistemas de protección de los derechos humanos, así como las causas que han dificultado su aplicación y, por último, se estudiará la posible solución al problema de los refugiados en el mundo, en relación con la obligación de protección de los Estados como garantes del derecho al refugio, en el marco jurídico del principio de solidaridad internacional.

2. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LA PERSONA HUMANA.

La protección internacional de la persona humana se encuentra fragmentada en tres vertientes —el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Refugiados—, en gran parte debido a un énfasis exagerado en los orígenes históricos distintos de las tres ramas.¹⁵

No obstante, el Comité Ejecutivo del programa del ACNUR, por medio de la conclusión número 50 (XXXIX)¹⁶, ha reconocido *la relación directa que existe entre la ob-*

14 *Loc. cit.*

15 Cancado Trindade, Antonio Augusto, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario: aproximaciones y convergencias*, Guatemala, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1947, pp. 63 y 64.

16 *Conclusiones sobre la Protección Internacional de los Refugiados Aprobadas por el Comité Ejecutivo, N° 50 (XXXIX) Conclusiones Generales*. Consultado el 03 de diciembre de 2021. Obtenido en: <https://www.refworld.org.es/pdfid/5d7fc6115.pdf>

servancia de los estándares de protección de los derechos humanos y los movimientos de refugiados; en otras palabras, significa que la única manera de *prevenir* futuros desplazamientos forzados de personas es mediante el reconocimiento de la dignidad de la persona y el respeto de sus derechos humanos.

Asimismo, durante la *etapa de desplazamiento forzado y búsqueda de refugio*, se ha reconocido un segundo punto de convergencia entre las distintas ramas, ya que una vez que la persona ha abandonado su hogar para escapar de la situación que pone en riesgo su vida o integridad, se ve nuevamente expuesta a toda una serie de derechos humanos violados, “inclusive el derecho a la vida, la libertad y la seguridad de la persona, el derecho a no ser sometido a tortura u otro trato degradante, el derecho a la privacidad y a la vida familiar, el derecho de libertad de movimiento y residencia, y el derecho a no ser sometido a exilio arbitrario.”¹⁷

También, se han generado aproximaciones entre el refugio y los derechos humanos en el *plano funcional de diversos órganos internacionales* encargados de velar por la efectiva aplicación de las distintas ramas que componen la protección internacional de la persona humana; un claro ejemplo de lo anterior, lo constituye el caso de los Indios Miskitos, el cual “dio testimonio notable de la acción coordinada de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁸, del ACNUR y del Comité Internacional de la Cruz Roja, revelando la interconexión operativa de las tres vertientes de protección internacional de la persona humana.”¹⁹

Lo anterior, no sólo es un ejemplo de que en años recientes la CIDH se ha enfocado tanto en la protección de derechos humanos como en la protección de los derechos de los refugiados, sino que también representa la consolidación en la práctica de la doctrina que propugna la complementariedad entre las ramas que buscan la protección internacional de los seres humanos.

“Ni el Derecho Internacional Humanitario, ni el Derecho Internacional de los Refugiados excluyen la aplicación concomitante de las normas básicas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Las aproximaciones y convergencias entre estas tres vertientes amplían y fortalecen las vías de protección de la persona humana.”²⁰

En ese tenor, la fragmentación de las tres vertientes de la protección internacional de la persona humana debe ser superada de forma definitiva, ya que es evidente que las crisis humanitarias actuales solo podrán ser superadas a través del reconocimiento y protección de los derechos humanos en su totalidad, mediante una visión que integre las tres ramas de protección y entienda su complementariedad e identidad de propósito.

17 Cancado Trindade, Antonio Augusto, *op. cit.*, nota 15, pp. 81 y 82.

18 En lo sucesivo, “CIDH”

19 Cancado Trindade, Antonio Augusto, *op. cit.*, nota 15, p.84.

20 *Ibidem*, p.67.

2.1. Del refugio en los sistemas internacionales de protección de derechos humanos.

Como se señaló anteriormente, existen situaciones —como el desplazamiento forzado de personas— que no pueden ser solucionadas mediante el esfuerzo individual por parte de un Estado, sino que se requiere contar con un mecanismo de cooperación entre naciones en donde dos Estados o más actúen de forma conjunta para alcanzar un objetivo común; es por tal motivo que, los Estados han coordinado sus esfuerzos para el mantenimiento de la paz, la seguridad internacional y el progreso social, mediante la creación de diversos sistemas de protección de los derechos humanos.

2.1.1. Sistema universal

En el marco de la Organización de las Naciones Unidas, además de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, aplicables a los refugiados por la complementariedad existente entre ambas vertientes de protección de la persona humana, existen otros dos instrumentos que regulan de manera específica la figura jurídica del refugio.

El primero de ellos es la *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*²¹ celebrada en 1951, y cuya importancia radica no solo en que fue uno de los primeros instrumentos convencionales aplicables en el Sistema Universal, sino en que “constituye la Carta Magna para determinar la condición de refugiado²², así como para entender sus derechos²³ y deberes²⁴, ya que “con anterioridad a la Convención de 1951, sólo existían convenciones – no universales²⁵ – aplicables a determinados grupos de refugiados.”²⁶

A pesar del enorme avance que representó para el mundo la Convención de Ginebra de 1951, este instrumento establecía dos grandes limitaciones, una de carácter temporal²⁷

21 Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de agosto de 2000.

22 “**Artículo 1. A. [...]** 2) Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él [...]

23 En la Convención de Ginebra de 1951 existe un escueto catálogo de derechos humanos, dentro los cuales destacan los siguientes: el principio de no devolución, los derechos a la no discriminación, acceso a la justicia, vivienda, trabajo, educación, propiedad, libre circulación y libertad de religión.

24 Cancado Trindade, Antonio Augusto, *et.al.*, *op. cit.*, nota 4, p.89.

25 *V.gr.* Acuerdo sobre Refugiados Armenios (1924) y Convenio para brindar documentos de viaje a refugiados venidos de Alemania, Austria y España (1946).

26 Cancado Trindade, Antonio Augusto, *et.al.*, *op. cit.*, nota 4, p.89.

27 Se establecía que, únicamente serían consideradas como refugiadas, aquellas personas que adquirieron dicha calidad en el periodo de tiempo anterior al 1 de enero de 1951.

y otra de carácter geográfico²⁸, las cuales impedían que muchas personas accedieran a la protección que conlleva el estatus de refugiado, así que pronto surgió la necesidad de superarlas ya que las situaciones que generaban refugiados no se acotaban a un determinado espacio y tiempo; para remediar esta situación²⁹, se llevó a cabo un trabajo de convencimiento entre los Estados, que tuvo como resultado la celebración del *Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados*, el cual fue adoptado el 31 de enero de 1967 en Nueva York, Estados Unidos.³⁰

Ambos instrumentos han servido de modelo para la elaboración de instrumentos regionales aplicables en los distintos sistemas de protección de derechos humanos y también, han inspirado a los Estados para la elaboración de sus legislaciones internas en cumplimiento de sus obligaciones internacionales.

2.1.2. Sistema regional interamericano.

América Latina es una región conocida por su importante tradición en materia de protección a personas perseguidas o en situaciones de vulnerabilidad; sin embargo, en un principio, los países latinoamericanos se mostraron reticentes frente a la Convención de Ginebra de 1951 y al Protocolo de Nueva York de 1967 ya que, “consideraron que los problemas regionales podían encontrar adecuada solución en los instrumentos elaborados en la propia región y que establecían al asilo como una de las instituciones convencionales más ricas y típicas producidas en esta parte del mundo”³¹; es por tal motivo que los países de América Latina acordaron mantener la limitante geográfica contenida en la Convención de 1951 por medio de la cual, se reconocía el carácter de refugiado, únicamente, a quién abandonó su país de origen por acontecimientos ocurridos en el continente europeo.

A finales de la década de los sesentas, la posición adoptada por los países latinoamericanos frente a la Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo, tuvo que ser modificada debido a que la normatividad en materia de asilo resultó ser insuficiente

28 Circunscribía el carácter de refugiado a las personas ubicadas en el continente europeo.

29 “**Artículo I.** Disposiciones generales. [...] **2.** A los efectos del presente Protocolo y salvo en lo que respecta a la aplicación del párrafo 3 de este artículo, el término “refugiado” denotará toda persona comprendida en la definición del artículo 1 de la Convención, en la que se darán por omitidas las palabras “como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y ...” y las palabras “... a consecuencia de tales acontecimientos”, que figuran en el párrafo 2 de la sección A del artículo 1; **3.** El presente Protocolo será aplicado por los Estados Partes en el mismo sin ninguna limitación geográfica; no obstante, serán aplicables también en virtud del presente Protocolo las declaraciones vigentes hechas por Estados que ya sean Partes en la Convención de conformidad con el inciso a del párrafo 1 de la sección B del artículo 1 de la Convención, salvo que se hayan ampliado conforme al párrafo 2 de la sección B del artículo 1.”

30 Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptado en la Ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 31 de enero de 1967.

31 Cancado Trindade, Antonio Augusto, *et.al., op. cit.*, nota 4, pp. 80 y 81.

para atender el aumento de las solicitudes de refugio presentadas con motivo de las represiones contra la oposición política por parte de los gobiernos militares instalados en diversos países latinoamericanos; estos acontecimientos, sumados a la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la adopción de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, contribuyeron al levantamiento de la reserva geográfica establecida a la Convención de Ginebra de 1951.

Así, en el continente americano se percibió que era posible la complementariedad entre el Sistema universal y el Sistema interamericano, por lo tanto, se acordó la apertura de una oficina regional del ACNUR en Buenos Aires, Argentina. “Poco tiempo después, varios miles de refugiados centroamericanos eran acogidos por los países vecinos e integrados generosamente por sus poblaciones”³²; “entre 1980 y 1983 se habían producido importantes movimientos de salvadoreños hacia países de Centro y Norteamérica, de indígenas miskitos y sumos que de Nicaragua se trasladaron a Honduras y luego a Costa Rica y de guatemaltecos que dejaron su país y se trasladaron al estado de Chiapas, en México.”³³

La Convención Americana sobre Derechos Humanos reconociendo esta nueva situación y respetando la costumbre latinoamericana, reguló tanto el derecho de asilo como el derecho al refugio, utilizando los motivos de persecución como determinantes para distinguir entre una y otra figura.³⁴

En ese mismo sentido, tanto la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han reconocido a través de sus resoluciones el derecho a solicitar/recibir refugio y el derecho a la no devolución. También, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dictado diversas sentencias en donde reconoce y garantiza el derecho al refugio, siendo una de las más importantes la del *caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*³⁵, por medio de la cual se delimitó el contenido del derecho a buscar y recibir refugio, no devolución, protección judicial y debido proceso.

En 1984, se organizó en Colombia un *Coloquio sobre la protección internacional de los refugiados en América Central, México y Panamá: problemas jurídicos y humanitarios*, que tuvo como finalidad hallar soluciones para la situación humanitaria y que

32 Cancado Trindade, Antonio Augusto, *et.al.*, *op. cit.*, nota 4, p. 96.

33 *Loc. cit.*

34 “**Artículo 22.** [...] 7.Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales; 8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas; 9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.”

35 Corte IDH, Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia, Sentencia del 25 de noviembre de 2013, Serie C No. 272.

derivó en la adopción de la *Declaración de Cartagena sobre los Refugiados*³⁶, la cual estableció su propia definición ampliada de refugiado con el objetivo de extender la protección internacional a personas que no estaban comprendidas dentro del concepto tradicional de refugio contemplado por la Convención de Ginebra de 1951.

En ese tenor, la conclusión III³⁷ de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados prevé no sólo los motivos de persecución clásicos establecidos por la Convención de Ginebra de 1951, sino que, además incluye la situación del país de origen como causal de reconocimiento de la condición de refugiado.

2.1.3. Sistema regional europeo.

En el marco del Derecho de la Unión Europea se encuentra la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*³⁸, instrumento que regula el derecho al refugio mediante el reconocimiento de la aplicación en la Unión Europea de la Convención de Ginebra sobre Refugiados de 1951 y del Protocolo de Nueva York de 1967.³⁹

Ahora bien, la piedra angular del sistema de refugio de la Unión Europea es el Sistema de Dublín, hoy contenido en el *Reglamento de Dublín III*⁴⁰; este instrumento legislativo establece los criterios y mecanismos para determinar al Estado miembro de la Unión Europea responsable de examinar la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado presentada por un ciudadano de un tercer país o apátrida, de conformidad con la Convención de Ginebra de 1951.

Este sistema, cuya intención fue desarrollar una política común en materia de refugio, ha sido calificado por los Estados miembros como costoso e inequitativo y se ha con-

36 Declaración de Cartagena sobre Refugiados, adoptada en el Coloquio sobre la protección internacional de los refugiados en América Central, México y Panamá: problemas jurídicos y humanitarios, celebrado del 19 al 22 de noviembre de 1984, en Cartagena, Colombia.

37 “**Conclusión III.** Reiterar que, en vista de la experiencia recogida con motivo de la afluencia masiva de refugiados en el área centroamericana, se hace necesario encarar la extensión del concepto de refugiado, teniendo en cuenta, en lo pertinente, y dentro de las características de la situación existente en la región, el precedente de la Convención de la OUA (artículo 1, párrafo 2) y la doctrina utilizada en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De este modo, la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los Derechos Humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.”

38 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, adoptada el 07 de diciembre de 2000 en Niza, Francia.

39 “**Artículo 18.** Derecho de asilo. Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con la Constitución.”

40 Reglamento (UE) No. 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, adoptado el 26 de junio de 2013.

vertido en un obstáculo para el otorgamiento de la protección internacional debido a que, si bien existen varios criterios para determinar el país responsable de analizar la solicitud de refugio, el más utilizado es el del primer país de llegada lo cual representa una fuerte carga para los Estados que colindan con el Mar Mediterráneo.

Por otro lado, el *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*⁴¹ también prevé la existencia de un sistema europeo común en materia de refugio, el cual no ha podido ser implementado debido a la oposición por parte de algunos Estados miembros de la Unión Europea en directa violación del principio de solidaridad y de la obligación de cooperación internacional.

2.1.4. Sistema regional africano.

Para África, cuna de la humanidad, los movimientos migratorios han formado parte de su cultura durante siglos ya que fueron una práctica recurrente entre los grupos nómadas o seminómadas que habitaban la región; sin embargo, hoy en día, los movimientos de personas en África son forzados ya sea por desastres naturales, hambruna, inestabilidad política o violencia generalizada.

Por esta razón, la Organización para la Unidad Africana (en lo sucesivo, la “OUA”)—predecesora de la actual Unión Africana— decidió incluir en la *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*⁴², el derecho a solicitar y recibir refugio cuando se es objeto de persecución.⁴³

Resulta interesante resaltar que, en el continente africano se ha observado una clara tendencia de las personas desplazadas a permanecer dentro de su continente, es decir, existe un predominio de la migración intracontinental sobre la extracontinental, lo cual ha generado una fuerte presión demográfica sobre los países africanos que reciben refugiados; esta particular situación impulsó a la región a adoptar la *Convención de la OUA por la que se Regulan los Aspectos Específicos de los Problemas de los Refugiados en África*⁴⁴, la cual desarrolla un concepto ampliado de refugiado⁴⁵

41 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, adoptado el 12 de junio de 1985.

42 Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, adoptada en Nairobi, Kenia, el 27 de julio de 1987, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana.

43 “Artículo 12. [...]

3. Todo individuo tendrá derecho, cuando esté perseguido, a buscar y obtener asilo en otros países de conformidad con las leyes de esos países y los convenios internacionales.

4. Un extranjero legalmente admitido en un territorio de un Estado firmante de la presente Carta, sólo puede ser expulsado de él en virtud de una decisión tomada de conformidad con la ley.

5. La expulsión masiva de extranjeros estará prohibida. Expulsión masiva será aquella dirigida a un grupo nacional, racial, étnico o religioso.”

44 Convención de la OUA por la que se Regulan los Aspectos Específicos de los Problemas de los Refugiados en África, adoptada el 10 de septiembre de 1969, en Adís Abeba, Etiopía.

45 “Artículo 1º. [...]

2. El término “refugiado” se aplicará también a toda persona que, a causa de una agresión exterior, una ocupación o una dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben gravemente el orden

que permite extender la protección del estatuto de refugiado a personas que no podrían gozar de dicho estatus jurídico conforme a la definición de la Convención de Ginebra de 1951.

En ese tenor, la innovación de la Convención de la OUA, frente a Convención de Ginebra de 1951, consiste en que esta última toma en consideración los temores particulares de la persona, mientras que la primera considera la situación del país de origen —agresión exterior, ocupación o dominación extranjera, o acontecimientos que perturben gravemente el orden público en una parte o en la totalidad del país de origen, o país de su nacionalidad— como determinante para poder solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado.

3. DE LA SOBERANÍA, LA POLÍTICA MIGRATORIA Y LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

Queda claro que las crisis humanitarias actuales no se deben a una falta de regulación internacional ni a la obsolescencia del entramado jurídico creado hace más de setenta años; entonces, *¿por qué parece ser que el sistema a nivel global no funciona?* la respuesta a esta interrogante es complicada, pero un primer acercamiento nos lleva a concluir que, este fenómeno podría deberse no solo a la multiplicación de situaciones generadoras de refugiados, sino también a la poca voluntad política para la observancia y aplicación del sistema internacional para los refugiados.

En las últimas dos décadas, las crisis económicas y los ataques terroristas han provocado el resurgimiento del miedo, el rechazo u odio al extranjero o migrante, generando que los Estados se replanten sus políticas migratorias, endureciendo algunas medidas aduciendo razones de seguridad nacional y relegando a un segundo plano las políticas de protección a los desplazados de manera forzada, dificultando así la aplicación de lo establecido por los instrumentos internacionales e incluso por las legislaciones nacionales que fueron armonizadas con los estándares internacionales.

No obstante, “la proclamación del control absoluto de las fronteras como objetivo primordial de las políticas migratorias, en términos de filtro que no deje pasar al no deseado, es decir, a aquel que es considerado un delincuente peligroso, pero también el inmigrante que no “necesitamos”, el refugiado que desborda el umbral de nuestra capacidad de recepción, como objetivo *sine qua non* de toda política migratoria, es en realidad una aspiración de imposible cumplimiento.”⁴⁶

público en una parte o en la totalidad de su país de origen, o del país de su nacionalidad, está obligada a abandonar su residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o del país de su nacionalidad...”

46 De Lucas, Javier, *Mediterráneo: El naufragio de Europa*, Valencia, Tirant Humanidades, 2016. Consultado el 09 de diciembre de 2021. Obtenido en: www.porrúa.mx

En sentido similar, Luigi Ferrajoli señala que, una de las tres crisis del Derecho es la crisis del Estado-Nación, la cual se manifiesta en el cambio de los lugares de la soberanía y en la alteración del sistema de fuentes, producida por el ingreso de fuentes de carácter internacional a los ordenamientos nacionales⁴⁷; entonces, aunque es manifiesto el ejercicio de la soberanía de un Estado en el control de las migraciones, también es posible pensar que la migración, a su vez, simboliza la erosión de la soberanía del Estado-Nación dada la dificultad para controlar las fronteras. De hecho, es posible afirmar que la porosidad de las fronteras es una de las paradojas manifiestas del proceso de globalización.⁴⁸

Ahora bien, una vez que las personas solicitantes de refugio han logrado escapar del peligro e ingresan al territorio de un Estado, la tentación de optar por una lógica jurídica de la excepcionalidad, de la derogación o al menos suspensión de algunos de los principios y reglas del Estado de Derecho cuando se trata de regular el estatus jurídico de quienes son identificados como amenaza, está latente; existen Estados que respetan escrupulosamente la universalidad de los derechos humanos, otros mantienen reservas legales a algunos de los derechos fundamentales reconocidos por la Convención de Ginebra de 1951 y otros niegan o incumplen los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales de los refugiados.

Dentro de la configuración del orden mundial como sociedad natural de Estados soberanos igualmente libres e independientes, si bien el establecimiento de la política migratoria es expresión de la soberanía y autodeterminación de los Estados, ésta debe en todo momento respetar los derechos que corresponden a los seres humanos, independientemente de su estatus migratorio.

Desde luego que existen potestades discrecionales en materia de derecho de asilo, pero no puede admitirse, desde el enfoque del *ius migrandi*, que la discrecionalidad sea absoluta en cada una de las facultades que ejerce la autoridad a lo largo del procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiado o asilado. Afirmar esto sería tanto como decir que no existe ninguna obligación del Estado en materia de protección de refugiados.⁴⁹

Para Ferrajoli, la superación del carácter ilimitado de la soberanía estatal y, por otra parte, del límite de la ciudadanía para el disfrute de los derechos fundamentales representa, pues, la condición para el desarrollo de un constitucionalismo mundial.⁵⁰ Esto significa que, “aunque los Estados conserven sus límites territoriales, éstos no deberán

47 Ferrajoli Luigi, *Derechos y Garantías: La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2004, p. 16.

48 De Lucas, Javier, *op.cit.*, nota 46.

49 Vázquez, Rodolfo, *Teorías Contemporáneas de la Justicia: introducción y notas críticas*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2019, pp.157 y 158.

50 Ferrajoli Luigi, *op. cit.*, nota 47, p. 32.

constituir obstáculos para la movilidad; y el derecho a vivir y trabajar dentro de un Estado no deberá depender del lado de la frontera en que se haya nacido”.⁵¹

Así, tomar en serio los derechos fundamentales — señala Ferrajoli— quiere decir, tener el coraje de disociarlos de la ciudadanía: tomar conciencia de que la ciudadanía de nuestros países ricos representa el último privilegio de status, el último residuo premoderno de las diferenciaciones personales, el último factor de exclusión y de discriminación, y no —como sucedió en el origen de los Estados modernos— de inclusión e igualdad, la última contradicción irresuelta con la proclamada universalidad de los derechos fundamentales.⁵² Así, los gobiernos de todas las naciones, como representantes de la sociedad, tienen la obligación de garantizar los derechos humanos, no sólo a sus propios ciudadanos, sino también a los refugiados en su territorio.

En sentido similar, Rodolfo Vázquez señala que, la mejor defensa de las minorías culturales o de los migrantes es la superación del relativismo cultural y la afirmación del individuo como agente moral y sujeto de derechos fundamentales. Estos derechos corresponden universalmente a todos los seres humanos y, en cuanto tales, son inalienables e intransigibles o no negociables. Entre tales derechos se encuentra el *ius migrandi*, es decir, el derecho de toda persona a la migración internacional como una extensión del derecho a la libre circulación, no reservada en exclusividad a los ciudadanos.⁵³

En tal sentido, reivindicar el *derecho de migración* como un derecho de la persona debe servir como una idea reguladora de las políticas migratorias, de acuerdo con una política razonable.⁵⁴

Reivindicar que el derecho a la migración debe ser un derecho de las personas no significa negar que los flujos migratorios deban ser regulados: significa que los flujos deben regularse con la finalidad de favorecerlos, eligiendo y no impidiendo (sobre la base del culturalismo que ha reemplazado al racismo) las migraciones de las personas y, mucho menos, permitiendo su gestión como si se tratara de mercancías o de recursos a disposición de los procesos económicos (como una fuerza de trabajo que carece de derechos fundamentales). Por ejemplo, significa reconocer a los inmigrantes «extracomunitarios» la posibilidad «razonable» de obtener la ciudadanía de una Unión Europea que supuestamente se inspira en los valores liberal-democráticos: razonable quiere decir después de una permanencia relativamente breve en el territorio con un trabajo estable y regula.⁵⁵

51 Kymlicka, Will, *La política vernácula: nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, trad. de Tomás Fernández Aúz y Beatriz Eguibar, España, Paidós, 2003, pp. 37-38.

52 Ferrajoli Luigi, *op. cit.*, nota 47, p. 32.

53 Vázquez, Rodolfo, *op. cit.*, nota 49, p. 153.

54 *Ibidem*, p. 156.

55 Vázquez, Rodolfo, *op. cit.*, nota 49, p. 157.

Estas tesis, como es obvio, suponen un distanciamiento muy radical de la práctica de las democracias liberales más consolidadas⁵⁶ para las cuales, el binomio ciudadano-extranjero con límites fronterizos es la realidad aceptada aun cuando se hable de fronteras extendidas o en expansión, como es el caso de la Unión Europea, en el que el extranjero se categoriza como “extracomunitario”.⁵⁷

Sobre este tema, Ferrajoli planteó una interesante propuesta consiste en que, los países de Occidente tendrían el deber de reconocer a todos los pueblos del mundo, casi en concepto de indemnización, el *ius societatis et communicationis*, el *ius peregrinandi* hacia sus provincias, el *ius degendi*, el *ius migrandi* hacia sus ricos países, así como el derecho de adquirir la ciudadanía en virtud del sencillo título —proclamado por Vitoria— de que todos somos personas. En aquel tiempo de conquistas, cuando estos derechos fueron prometidos a todos, no tenían coste alguno para dichos países, puesto que era impensable que hombres y mujeres del “tercer mundo” llegasen hasta Europa y exigieran que fueran tomados en serio en nombre del principio de reciprocidad. Pero hoy, después de haber sido precisamente Europa quien invadió durante siglos el resto del mundo con sus conquistas y con sus promesas, no podemos realizar una operación inversa [...]sin abdicar del universalismo de los principios en que se funda la credibilidad de dichas democracias.⁵⁸

Javier de Lucas señala que, quien no tiene ningún derecho, porque no es ciudadano de ninguna parte y renuncia a la trampa de la asimilación, es el auténtico sujeto universal, y si el fenómeno adquiere dimensiones de masa, con mayor razón. En ese sentido, deberá ser el sujeto primario de los derechos humanos, pues, si estos son los derechos universales, los del hombre sin más, el modelo por excelencia sería precisamente quien no tiene más que su condición de hombre, el refugiado.⁵⁹ Bajo tales supuestos, no es difícil comprender que para Vitale, la única clase de ciudadanía compatible con el *ius migrandi* no es la que se obtiene por la sangre o por el nacimiento, que no es sino un accidente natural, mucho menos por la pertenencia a una etnia o a una religión determinada, todas ellas expresiones de una concepción organicista y naturalista de la ciudadanía, sino más bien por la clase de ciudadanía que corresponde a una sociedad civil ilustrada, la individualista y artificial, como es la que se obtiene, por ejemplo, por el solo hecho de la residencia.⁶⁰

“Es difícil prever si la progresiva extensión de los derechos fundamentales y de sus garantías a la totalidad del género humano llegará a tiempo para prevenir y desactivar los violentos conflictos que su violación produce tanto fuera como dentro de los países ricos; si, en otras palabras, la presión de quienes se encuentran excluidos de los privile-

56 *Ibidem*, p. 156.

57 *Loc. cit.*

58 Ferrajoli Luigi, *op. cit.*, nota 47, p.154.

59 Vázquez, Rodolfo, *op. cit.*, nota 49, p. 154.

60 *Ibidem*, p. 155.

gios de primer mundo alcanzará formas de violencia explosiva —guerras, criminalidad endémica, terrorismo— o por el contrario nos obligará, poco importa si por idealismo o por realismo, a atajar de una vez por todas sus causas: anulando la deuda externa de los países pobres, poniendo en marcha una efectiva política de desarrollo, ampliando gradualmente el derecho de asilo hasta anularlo junto con el privilegio de la ciudadanía, poniendo siempre en discusión nuestro tenor de vida y la visión eurocéntrica del mundo. Es seguro, no obstante, que con esta apuesta está en juego el futuro de la humanidad. Más allá de sus diferentes actitudes personales —optimistas o pesimistas, realistas o idealistas—, los juristas debemos asumir la responsabilidad que corresponde a nuestro oficio.”⁶¹

4. EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD, ¿DEBER MORAL U OBLIGACIÓN?

Nunca antes en la historia se había insistido tanto en la dignidad humana como el fundamento del ordenamiento jurídico, así como en la primacía de los derechos inalienables de las personas⁶²; en la concepción jurídica contemporánea, decir que un ser humano es digno es equivalente a afirmar que tiene derecho a tener derechos, habida cuenta de que la dignidad, en sí misma, confiere a los seres humanos el carácter básico de seres dotados de derechos. Luego entonces, la dignidad humana se presenta como el origen último de todo derecho subjetivo, lo que obliga al Derecho a procurar que *todos* respetemos ese valor intrínseco que acompaña a toda persona.⁶³

Siguiendo esa misma línea de pensamiento, Ariadna Molina señala que, como complemento de la dignidad humana, se encuentra el reconocimiento de la solidaridad, la cual, necesariamente, debe ser desarrollada por los individuos en la convivencia y que, más allá del ejercicio de la tolerancia, se traduce en el *reconocimiento del otro*.⁶⁴

Javier de Lucas establece que la solidaridad debe entenderse como “la conciencia conjunta de derechos y deberes que se despierta o agudiza allí donde nos encontramos ante la presencia o amenaza inminente de un peligro percibido como común.”

Así, el refugio —como institución jurídica—, surge de nuestra propia conciencia de pertenencia al género humano, del reconocimiento de humanidad en los otros, de la obligación de responder frente al peligro que amenaza al otro, de la obligación de proteger su derecho a la vida y su dignidad.

El refugio es una “institución que condensa los principios jurídicos básicos: *humanitas, dignitas, pietas*. Esos tres principios, esas tres exigencias, son cada vez más necesarios en el contexto internacional en el que nos movemos, en el que

61 Ferrajoli Luigi, *op. cit.*, nota 47, p.157.

62 Molina Ambriz, Ariadna, *La Penalización de la Eutanasia en México: un estudio sobre su inconstitucionalidad y el camino hacia su despenalización*, Escuela Libre de Derecho, 2021, p.1.

63 Molina Ambriz, Ariadna, *op. cit.*, nota 62, p.2.

64 *Ibidem*, p. 12.

cada vez hay más causas de persecución, más factores que provocan la huida o desplazamiento forzoso de cada vez más millones de personas.”⁶⁵

No obstante lo anterior, lo cierto es que la intolerancia y la discriminación han alcanzado nuevas formas, y la garantía de los derechos por parte de los Estados es evidentemente frágil e insuficiente.⁶⁶ No deja de ser irónico, que hoy día nos instalemos complacientemente en un mundo globalizado en términos de desterritorialización y, al mismo tiempo, nos aferremos a un severo control de fronteras, así como al olvido del principio de hospitalidad kantiano en el ámbito de las relaciones internacionales y a la terrible violación de los derechos humanos de los refugiados en términos de las necesidades más elementales.⁶⁷

Así, el concepto de “indiferencia globalizada” refleja el paradójico sentimiento de sentirnos *ajenos* a los problemas que aquejan a nuestra sociedad; es decir, por un lado, lamentamos la existencia de refugiados, pero no hacemos nada para ayudarlos, lamentamos la existencia de contrabandistas, pero permitimos que sea la única vía viable para buscar refugio al establecer políticas migratorias restrictivas

“Actualmente enfrentamos una crisis no tanto de números, sino de cooperación y solidaridad, especialmente debido a que los refugiados se quedan en los países vecinos a sus patrias destruidas por la guerra”⁶⁸

En ese tenor, el año pasado las regiones en desarrollo acogieron al 86% de los refugiados bajo el mandato del ACNUR, generando que algunos países se vieran en la necesidad de confinar en campamentos a los refugiados y limitar su acceso a derechos como vivienda digna, educación, salud, alimentos y trabajo; sin embargo, la carga material y económica que representa el atender las necesidades de los refugiados no sólo debe ser responsabilidad del Estado receptor, sino que debe ser responsabilidad de todos los países y, por lo tanto, esta “carga” debe de ser distribuida entre la Comunidad Internacional.

La solidaridad mundial, principio por el que se abordan los desafíos globales de tal modo que se reparten equitativamente costes y cargas, es crucial cuando un puñado de Estados acogen a la mayoría de los refugiados del mundo debido en gran medida a su proximidad geográfica a los Estados afectados por conflictos.”⁶⁹

No obstante, a pesar de que los refugiados son una responsabilidad compartida, la Comunidad Internacional ha realizado un pobre esfuerzo por distribuir equitativa-

65 De Lucas, Javier, *op.cit.*, nota 46.

66 Molina Ambriz, Ariadna, *op. cit.*, nota 62, p.1.

67 Vázquez, Rodolfo, *op. cit.*, nota 49, p. 59.

68 Obtenido de la Red Mundial el 11 de septiembre de 2021. Consultado en: <http://inmigracionyvisas.blogspot.mx/2017/03/cuales-paises-acogen-al-mayor-numero-de.html>

69 Islas López, Abigail, *Asilo y Condición de Refugiado en México*, México, CNDH, Colección sobre la Protección Constitucional de los Derechos Humanos, 2015, pp. 25 y 26.

mente a los refugiados según las capacidades de cada Estado, permitiendo que sean los países más cercanos a las zonas de conflicto, generalmente regiones en desarrollo, los que lleven toda la carga humanitaria, haciendo particularmente difícil contar con los recursos necesarios para responder al gran número de refugiados.

“Aún estamos lejos del ideal del Derecho cosmopolita, de ese Estado de Derecho trasnacional, en definitiva, de la democracia global. Democracia y Derecho son dos herramientas de un *work in progress*, dos condiciones de garantía que evitan que la pretensión de universalidad de los derechos humanos, la vocación de igual reconocimiento de los seres humanos como sujetos de Derecho y de derechos, se quede en ideales o preceptos morales. Que sean sólo un alivio del buenismo, de la buena conciencia, meras expresiones de altruismo que dependen de nuestra benevolencia y no se puede exigir, no se pueden trasladar a deberes positivos, garantizables mediante coacción. El fundamento de esos deberes nos remite, creo a la noción de solidaridad, a una noción de solidaridad abierta.”⁷⁰

La ausencia de solidaridad entre naciones podría ser atribuible a su categorización como recurso ideológico y aspiracional, así como a su concepción como deber moral y, por consiguiente, no exigible. Al respecto, cabe decir que, las crisis humanitarias no se solucionarán a través de la bondad ni de los buenos deseos, sino por medio del cumplimiento de obligaciones jurídicas y, la realidad es que la moral y el Derecho mantienen una estrecha relación, toda vez que, la moral refleja los sistemas de valores adoptados por la conciencia colectiva de las personas y el Derecho recoge estas máximas morales y las dota de obligatoriedad.

En ese sentido, existe un modelo dualista del Derecho —porque se parte de la premisa de que existen dos sistemas de normas distintos, el moral y el jurídico— que da paso a un enfoque distinto en el que el Derecho no solo está compuesto por normas establecidas por una autoridad, sino también, por principios morales (que sirven de justificación de las normas positivizada).⁷¹

Así, el Derecho se convierte en parte de la moral, esto es, una rama de la moralidad política⁷²; y no solo eso, sino que, además, el Derecho no debe identificarse únicamente como un conjunto de normas y principios, sino que debe vérselo como una práctica social, de manera que lo que le da sentido a esa práctica sea, precisamente, el logro de ciertos valores, los valores del Estado constitucional.⁷³ De ahí que el maestro Carlos Santiago Nino sostenga que los jueces, cuando resuelven casos, no tienen que decidir como si estuvieran solos en el mundo, sino tomar la mejor decisión desde el punto de vista de la moral respecto a su contribución a una práctica colectiva; esto pues [...] los objetivos para superar los problemas de cooperación, no se resuelven por acciones

70 De Lucas, Javier, *op.cit.*, nota 46.

71 Molina Ambriz, Ariadna, *op. cit.*, nota 62, p.19.

72 *Loc. cit.*

73 *Loc. cit.*

individuales, o una suma de “acciones individuales”, sino que se resuelven por una *acción colectiva*.⁷⁴

En ese orden de ideas, el principio de solidaridad y cooperación internacional ha sido recogido por importantes instrumentos internacionales, como *la Carta de las Naciones Unidas*⁷⁵, de tal suerte que, representa una obligación vinculante para todos los Estados signatarios:

“**Artículo 1.** Los propósitos de las Naciones Unidas son: [...]

3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los Derechos Humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión...”
(*énfasis añadido*)

En ese tenor, y en virtud de la complementariedad de las vertientes de protección de la persona humana, la obligación de solidaridad y cooperación internacional también resulta aplicable en materia de refugio, tal como lo señala el preámbulo de la Convención de Ginebra de 1951⁷⁶:

“Preámbulo

Las Altas Partes Contratantes, Considerando que la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General, han afirmado el principio de que los seres humanos, sin distinción alguna deben gozar de los derechos y libertades fundamentales,

Considerando que las Naciones Unidas han manifestado en diversas ocasiones su profundo interés por los refugiados y se han esforzado por asegurar a los refugiados el ejercicio más amplio posible de los derechos y libertades fundamentales,

Considerando que es conveniente revisar y codificar los acuerdos internacionales anteriores referentes al estatuto de los refugiados y ampliar mediante un nuevo acuerdo la aplicación de tales instrumentos y la protección que constituyen para los refugiados,

Considerando que la concesión del derecho de asilo puede resultar excesivamente onerosa para ciertos países y que la solución satisfactoria de los problemas cuyo alcance y carácter internacionales han sido reconocidos por las Naciones Unidas no puede, por esto mismo, lograrse sin solidaridad internacional,

Expresando el deseo de que todos los Estados, reconociendo el carácter social y humanitario del problema de los refugiados, hagan cuanto les sea posible por evitar que este problema se convierta en causa de tirantez entre Estados,

74 *Ibidem*, p.20.

75 Carta de las Naciones Unidas, adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional realizada en San Francisco, Estados Unidos de América, el 26 de junio de 1945. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 17 de octubre de 1945.

76 Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, *op. cit.*, nota 21.

Tomando nota de que el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados tiene por misión velar por la aplicación de las convenciones internacionales que aseguran la protección a los refugiados, y reconociendo que **la coordinación efectiva de las medidas adoptadas para resolver ese problema dependerá de la cooperación de los Estados con el Alto Comisionado ...** (*énfasis añadido*)

La Convención de Ginebra de 1951 es, precisamente, el punto donde la *solidaridad* se enlaza con el deber de *hospitalidad*, entendido como un deber universal de acoger a quienes huyendo de un peligro abandonan su hogar, porque la conciencia de que estos peligros nos pueden alcanzar en un momento u otro desvela que los amenazados somos todos, aun en el caso de que de forma inmediata sólo lo sean algunos, incluso lejanos.⁷⁷

Entonces, la solidaridad consiste precisamente en eso, en abrir nuestra sociedad frente a una persona que es considerada ajena a la misma, pero que, a fin de cuentas, es un ser humano y forma parte de *nosotros*.

“La solidaridad y con ella los deberes de solidaridad aparecen unidos a la noción misma de vínculo social, al ser-con-otros, a la pertenencia a un mismo grupo, que puede ser entendido como el nosotros más inmediato, una solidaridad que se cierra en torno a quienes son entendidos como “uno de los nuestros”, pero que puede adquirir la dimensión más abierta del vínculo que nos une con quienes comparten la común condición de seres humanos, sin más atributos, los que pertenecen al mismo género humano.”⁷⁸

En este sentido, ser solidario no se reduce a la mera actitud de constatación de la necesidad del otro o incluso de condolencia, sino a la exigencia de un comportamiento positivo en cuanto a la valoración ética de la relación con los demás. El deber de solidaridad contribuye así a la eliminación de formas de discriminación y a la protección de minorías y sectores de la población marginados, lo que puede, por supuesto, implicar acciones paternalistas o de acción afirmativa por parte del Estado plenamente justificada.⁷⁹

En concordancia con lo anterior, el ACNUR ha establecido tres importantes principios en materia de solidaridad y cooperación internacional: “El primero es el reconocimiento de que la cooperación internacional es un complemento de las responsabilidades de los Estados y no un sustituto de ellos; los Estados no pueden trasladar sus responsabilidades a las organizaciones internacionales. El segundo, que el objetivo que subyace en los acuerdos de cooperación debe ser mejorar la protección de los refugiados y las perspectivas de soluciones duraderas. El tercero, que los acuerdos de cooperación siempre deben estar guiados por los principios básicos de humanidad y

⁷⁷ De Lucas, Javier, *op.cit.*, nota 46.

⁷⁸ *Loc. cit.*

⁷⁹ Vázquez, Rodolfo, *op. cit.*, nota 49, p. 205.

dignidad, y estar alineados con el Derecho Internacional sobre Refugiados y de Derechos Humanos.”⁸⁰

En ese tenor, queda claro que ninguno de los problemas que afectan al futuro de la humanidad puede ser efectivamente resuelto y ninguno de los valores de nuestro tiempo puede ser realizado fuera del horizonte del derecho internacional⁸¹; por lo tanto, todos los Estados están obligados no sólo moralmente, sino jurídicamente a proteger a los refugiados, a garantizar su derecho a la vida y su integridad.

Si bien los instrumentos internacionales han contribuido a aumentar el alcance de la protección del Derecho Internacional de los Refugiados, la tan anhelada universalización del Derecho puede empezar por el establecimiento de un mecanismo de gestión de refugiados — que consistiría en un sistema de distribución entre países, tanto de las personas refugiadas como de los costos materiales y económicos que conlleva el procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado—, el cual representa la vía más adecuada y eficaz para el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por los Estados en materia de protección a refugiados y respeto a los derechos humanos en aras del principio de solidaridad y cooperación internacional.

Para lograr el establecimiento de un mecanismo de gestión de refugiados exitoso es requisito *sine qua non* su universalidad, es decir, que este mecanismo sea implementado por todos o por la gran mayoría de los países del mundo; además, su elaboración debe realizarse con base en los principios de equidad, solidaridad y cooperación internacionales, lo cual requiere del completo abandono de la perspectiva que clasifica a la migración como una amenaza.

Es evidente que la mejor solución a este problema humanitario, y en lo que los Estados deberían enfocar sus esfuerzos, es *prevenir* el surgimiento de nuevos eventos generadores de refugiados; no obstante, como herramienta para responder al desplazamiento masivo de personas que hoy en día acontece, el mecanismo de gestión de refugiados podría representar la segunda mejor opción de solución con incalculables beneficios para la humanidad.

Además, para fortalecer la relación entre solidaridad, democracia y Estado de Derecho hay que empezar por establecer responsabilidades jurídicas y políticas ante el incumplimiento de la obligación de garantizar el derecho al refugio y, consecuentemente, el derecho a la vida de los refugiados; y como señala Ferrajoli, si bien es cierto que a corto plazo no podemos hacernos ilusiones, también lo es que los derechos no caen del cielo, y que un sistema de garantías efectivas no se construye *a priori*, ni en pocos años y ni tan siquiera en pocas décadas. Así fue en el caso del Estado de Derecho y en el de nuestras aún frágiles democracias, implantadas por medio de largas batallas ideales y de luchas

80 Obtenido de la Red Mundial el día 25 de febrero de 2017. Consultado en: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2012/8989>

81 Ferrajoli Luigi, *op. cit.*, nota 47, p. 151.

sangrientas. No sería razonable pensar que éste no será el caso del Derecho Internacional, y tampoco lo sería dejar de comprometernos con el papel que nos corresponde.⁸²

5. CONCLUSIONES

PRIMERA. La práctica de conceder refugio a las personas que temen perder la libertad, integridad o hasta la vida a causa de persecución o violencia, surge de ese instinto básico de proteger al que huye de un peligro que, a su vez, deriva de la propia conciencia de pertenencia al género humano y del reconocimiento de nuestra propia humanidad en los otros.

SEGUNDA. La doctrina que perpetúa la división de las tres vertientes de la protección internacional de la persona humana debe ser superada en definitiva, ya que la única forma de afrontar los desafíos humanitarios es a través de una visión que comprenda la complementariedad de las tres ramas en la consecución del objetivo en común: la salvaguarda de las personas.

TERCERA. A pesar de la existencia de abundante regulación tanto a nivel internacional como nacional, las crisis económicas y los atentados terroristas han provocado el resurgimiento del miedo al *otro*, lo cual ha incidido directamente en la observancia de los instrumentos jurídicos en materia de protección a refugiados.

CUARTA. Muchos Estados que antes portaban la bandera de la universalidad de los derechos humanos, han optado por el establecimiento de políticas migratorias restrictivas y regímenes de suspensión de derechos humanos para los refugiados.

QUINTA. Queda claro que ninguno de los problemas que afectan a la humanidad puede ser efectivamente resuelto fuera del horizonte de la *obligación* de solidaridad internacional, la cooperación efectiva y la responsabilidad compartida.

SEXTA. La solidaridad internacional no tiene cabida en una sociedad que establece políticas migratorias desde una perspectiva miope que resalta las diferencias para justificar un trato discriminatorio.

SÉPTIMA. Ser solidario no se reduce a la mera actitud de constatación de la necesidad del otro o incluso de condolencia, sino a la exigencia de un comportamiento positivo en cuanto a la valoración ética de la relación con otros seres humanos.

OCTAVA. Los Estados se encuentran obligados a tomar en serio los derechos humanos; esto es, se encuentran obligados a disociarlos de la nacionalidad ya que esta categoría representa el último privilegio de estatus, el último residuo premoderno de las diferenciaciones personales, el último factor de exclusión y de discriminación.

82 Ferrajoli Luigi, *op. cit.*, nota 47, pp. 157 y 158.

NOVENA. Todos los Estados están obligados, tanto moral como jurídicamente, a proteger a los refugiados y a garantizar su derecho a la vida, integridad, libertad, alimentación, vivienda digna, trabajo, educación, etc.; por lo tanto, hay que establecer responsabilidades jurídicas y políticas ante el incumplimiento de la obligación de garantizar el derecho al refugio.

DÉCIMA. Si bien no existen parámetros claros sobre cómo deben de cooperar los Estados para la resolución de los problemas de carácter humanitario, la Comunidad Internacional podría empezar por el establecimiento de un *mecanismo global de gestión de refugiados*, herramienta que haría efectiva la tan anhelada universalización de los derechos humanos.

6. FUENTES DE CONSULTA.

Libros

Cancado Trindade, Antonio Augusto, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario: aproximaciones y convergencias*, Guatemala, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1947, pp. 230.

Cancado Trindade, Antonio Augusto, et.al., *Las Tres Vertientes de la Protección Internacional de los Derechos de la Persona Humana: Derechos Humanos, Derecho Humanitario, Derecho de los Refugiados*, México, Porrúa, 2003, pp. 169.

De Lucas, Javier, *Mediterráneo: El naufragio de Europa*, Valencia, Tirant Humanidades, 2016. Consultado el 09 de diciembre de 2021. Obtenido en: www.porrua.mx

Ferrajoli Luigi, *Derechos y Garantías: La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2004, pp.181.

Islas López, Abigayl, *Asilo y Condición de Refugiado en México*, México, CNDH, Colección sobre la Protección Constitucional de los Derechos Humanos, 2015, pp. 51.

Kymlicka, Will, *La política vernácula: nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, trad. de Tomás Fernández Aúz y Beatriz Eguibar, Barcelona, Paidós, 2003.

Martínez Viademonte, José Agustín, *El Derecho de Asilo y el Régimen Internacional de Refugiados*, México, Botas, 1961, pp.174

Vázquez, Rodolfo, *Teorías Contemporáneas de la Justicia: introducción y notas críticas*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2019, pp. 346.

Instrumentos internacionales

Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, adoptada en Nairobi, Kenia, el 27 de julio de 1987, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana.

Carta de las Naciones Unidas, adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional realizada en San Francisco, Estados Unidos de América, el 26 de junio de 1945. Publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 17 de octubre de 1945.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, adoptada el 07 de diciembre de 2000 en Niza, Francia.

Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951. Publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 25 de agosto de 2000.

Convención de la OUA por la que se Regulan los Aspectos Específicos de los Problemas de los Refugiados en África, adoptada el 10 de septiembre de 1969, en Adís Abeba, Etiopía.

Declaración de Cartagena sobre Refugiados, adoptada en el Coloquio sobre la protección internacional de los refugiados en América Central, México y Panamá: problemas jurídicos y humanitarios, celebrado del 19 al 22 de noviembre de 1984 en Cartagena, Colombia.

Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptado en la Ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 31 de enero de 1967. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 25 de agosto de 2000.

Reglamento (UE) No. 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, adoptado el 26 de junio de 2013.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, adoptado el 12 de junio de 1985.

Sentencias de la corte IDH

Corte IDH, Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia, Sentencia del 25 de noviembre de 2013, Serie C No. 272.

Documentos publicados en internet

Obtenido de la Red Mundial el 11 de septiembre de 2021. Consultado en: <http://inmigracionyvisas.blogspot.mx/2017/03/cuales-paises-acogen-al-mayor-numero-de.html>

Obtenido de la Red Mundial el 03 de diciembre de 2021. Consultado en: <https://www.acnur.org/stats/globaltrends/60cbddfd4/tendencias-globales-de-desplazamiento-forzado-en-2020.html>

Tesis profesionales

Molina Ambriz, Ariadna, *La Penalización de la Eutanasia en México: un estudio sobre su inconstitucionalidad y el camino hacia su despenalización*, Escuela Libre de Derecho, 2021.



DIAGRAMAS PARA EL APRENDIZAJE DE LOS PROCESOS ESCRITO Y ORAL EN MATERIA CIVIL, MERCANTIL, FAMILIAR Y DE ADOPCIÓN

ERICK MENA MORENO¹

*Para la comunidad de vivos y muertos de la Escuela Libre de Derecho
con motivo de los 110 años de existencia de nuestra alma mater.*

RESUMEN: El presente artículo tiene por objeto que el lector pueda aprender de una forma práctica y concreta las etapas, plazos, fases y recursos del juicio ordinario civil (proceso escrito), del juicio oral civil, juicio oral familiar (procesos orales), juicio de adopción (jurisdicción voluntaria oral), regulados estos en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México); del juicio ordinario mercantil (proceso escrito) y del juicio oral mercantil (proceso oral) regulados en el Código de Comercio; asimismo el presente trabajo constituye una herramienta didáctica para la enseñanza del derecho procesal considerando la regulación actual de diferentes tipos de procesos.

PALABRAS CLAVE: Juicio ordinario civil, Juicio oral civil, Juicio oral familiar, Juicio de adopción, Juicio ordinario mercantil, Juicio oral mercantil.

ABSTRACT: The purpose of this article is that the reader can learn in a practical and concrete way the stages, deadlines, phases and resources of the ordinary civil trial (written process), civil oral trial, family oral trial (oral processes), adoption trial (oral voluntary jurisdiction), these regulated in the Code of Civil Procedures for the Federal District (today Mexico City); the ordinary commercial trial (written process) and the commercial oral trial (oral process) regulated in the Commercial Code; Likewise, the present work constitutes a didactic tool for the teaching of procedural law considering the current regulation of different types of processes.

-
- 1 El autor es Abogado por la Escuela Libre de Derecho, cuenta con estudios de Especialidad en Propiedad Intelectual por el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México; de Maestría en Derecho Constitucional con Mención Honorífica y Mejor Promedio de su Generación por el Centro de Estudios Jurídicos y Sociales, de Maestría en Derecho con especialización en Litigación Oral (LL.M.) con Mención Magna Cum Laude y reconocimiento "Professor Awards" por la California Western School of Law de San Diego E.U.A., de Doctorado en Derecho por el Instituto Universitario de Alta Formación; investigador del Centro de Investigación e Informática Jurídica de la Escuela Libre de Derecho; profesor de las cátedras de Derecho Mercantil, Derecho Fiscal, Amparo, Contratos Civiles y Mercantiles y Derecho Procesal Civil y Mercantil en la Universidad del Claustro de Sor Juana, miembro del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México y fue Subcoordinador de la Comisión de Derecho Civil de dicha institución, es fundador de la Agrupación de Abogados Latinoamericanos y es socio de Camarillo, Mena, Dávila y Narváez., bufete dedicado al litigio constitucional, administrativo, telecomunicaciones, derecho civil, mercantil y de familia.

KEYWORDS: Civil ordinary trial, Civil oral trial, Family oral trial, Adoption trial, Commercial ordinary trial, Commercial oral trial.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. JUICIO ORDINARIO CIVIL. 4. JUICIO ORAL FAMILIAR. 5. JUICIO DE ADOPCIÓN. 6. JUICIO ORDINARIO MERCANTIL. 7. JUICIO ORAL MERCANTIL. 8. CONCLUSIONES. 9. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Mi experiencia docente me ha permitido comprobar que constituye un problema para los estudiantes del derecho procesal civil, mercantil y familiar el poder entender de una forma sencilla las diversas etapas y plazos de los procesos escritos y orales; de igual forma constituye un problema para los docentes el explicar de una forma ágil las diversas etapas de los procesos, de tal manera que los alumnos y alumnas puedan entender y aprender las etapas postulatoria, probatoria, preconclusiva y conclusiva o de fallo

El presente trabajo tiene por objeto explicar de una forma muy clara y concreta todas las etapas del juicio ordinario civil y juicio oral civil, así como del juicio oral familiar regulados por el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y de los juicios ordinario y oral mercantil regulados por el Código de Comercio, lo anterior mediante una redacción sencilla de los requisitos para presentar la demanda, la prevención y admisión de la misma, el emplazamiento, la contestación y sus requisitos, la vista con excepciones y defensas, la audiencia previa en tratándose de juicios ordinarios y la audiencia preliminar en tratándose de juicios orales, la audiencia de pruebas en juicios ordinarios y audiencia de juicio en tratándose de juicios orales, la oportunidad de formular alegatos, la emisión de las sentencias y la posibilidad o no de recurrir las mismas señalándose además el artículo que establece el plazo para cada una de esas etapas procesales, incluyéndose esquemas de cada uno de esos procesos para que el lector pueda entender de una forma ejemplificada todo el trámite de ese proceso desde su inicio y hasta su fin en primera instancia.

2. JUICIO ORDINARIO CIVIL

El juicio ordinario civil se encuentra regulado en los artículos 255 al 429 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

El artículo 255 señala los requisitos que debe observar la demanda; en caso de que esta fuere obscura o irregular el actor tiene un término de cinco días hábiles para aclarar o subsanar la misma conforme al diverso artículo 257.

Una vez subsanada la omisión o en caso de que la demanda estuviere ajustada a derecho esta se admitirá y se ordenará emplazar al demandado de forma personal en términos de los artículos 114 fracción I y 259 del Código de Procedimientos Civiles.

Emplazado el demandado este tiene un término de quince días para contestar la demanda conforme al artículo 256, contestación que debe observar los requisitos del artículo 260.

Con la contestación de demanda, se dará vista al demandado por un término de tres días hábiles en términos del artículo 272-A

El demandado al formular la contestación puede reconvenir al actor, y este último tendrá un plazo de nueve días hábiles para dar contestación a la contrademanda conforme al artículo 272, contestación que debe ajustarse a los requisitos del artículo 260.

El actor reconvenional tendrá un plazo de tres días hábiles para desahogar la vista con las excepciones y defensas del demandado reconvenional en términos del artículo 272-A.

Una vez desahogadas las vistas respectivas respecto de las excepciones y defensas del demandado y demandado reconvenional en su caso, se señalará fecha para la celebración de la Audiencia Previa de Conciliación y Excepciones Procesales dentro de los diez días hábiles siguientes de integrada la litis, esto también conforme al artículo 272-A.

En caso de que en la Audiencia Previa no se depure el juicio por una excepción procesal ni tampoco se logre un convenio entre las partes, en la misma audiencia o al día siguiente se abrirá el juicio a prueba por un término común de diez días hábiles conforme al artículo 290 del Código.

Al día siguiente de que concluya el periodo de diez días hábiles comunes para ofrecer pruebas, el Juzgado debe dictar auto de admisión de estas conforme al artículo 298 del Código de Procedimientos Civiles; en el mismo auto deberá citarse a las partes a la Audiencia de desahogo de Pruebas, la cual deberá tener verificativo dentro de los treinta días hábiles siguientes conforme al diverso artículo 299.

La Audiencia de desahogo de pruebas podrá diferirse para su continuación dentro de los veinte días hábiles siguientes de la fecha de su primera celebración, la cual podrá también diferirse en una segunda ocasión por un evento de caso fortuito o fuerza mayor, todo conforme al artículo 299.

En la Audiencia de desahogo de pruebas las partes deben formular sus alegatos verbalmente por un cuarto de hora o bien presentar sus conclusiones por escritos, esto conforme a los artículos 393 y 397 del Código.

Concluida la audiencia pasarán los autos para dictar sentencia y en ese momento podrá dictarse la misma conforme al artículo 397 o bien dictarse esta dentro de los quince días hábiles siguientes de la citación para sentencia, término que podrá ampliarse por otros diez días hábiles todo conforme al artículo 87 del Código de Procedimientos Civiles; sentencia que deberá ajustarse a los requisitos del artículo 81 del Código.

Las etapas y términos previamente descritos del juicio ordinario civil son las siguientes:



3. JUICIO ORAL CIVIL.

El juicio oral civil se encuentra regulado en los artículos 969 al 1018 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

La procedencia de este juicio conforme al artículo 969 del Código de Procedimientos Civiles es respecto de todas las contiendas sobre la propiedad o demás derechos reales, cuyo valor de la cosa sea inferior a la cantidad que el artículo 691 establece para que un juicio sea apelable, sin que sean de tomarse en consideración intereses y demás accesorios reclamados a la fecha de interposición de la demanda, procediendo también este juicio oral civil respecto de contiendas sobre derechos personales cuya suerte principal sea inferior a la cantidad para la procedencia del recurso de apelación.

Esa cantidad indica el artículo 969 se actualiza anualmente por el Consejo de la Judicatura de la Ciudad de México; el monto actualizado al año 2022 es de \$757,365.46 (setecientos cincuenta y siete mil trescientos sesenta y cinco pesos 46/100 M.N.)² por lo que toda controversia cuya cuantía rebase ese monto no podrá tramitarse por esta vía oral civil.

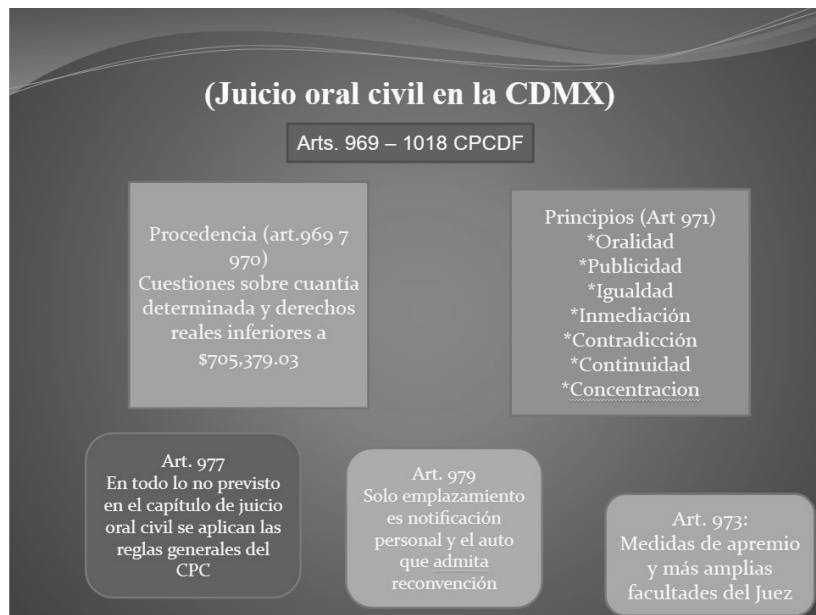
2 Lo anterior conforme al Acuerdo Volante V-37/2021 publicado por el Consejo de la Judicatura de la Ciudad de México el 10 de enero de 2022 y consultable en el sitio web: https://www.poderjudicialcdmx.gob.mx/wp-content/uploads/AVISO_V_37_2021.pdf

Por otra parte, conforme al diverso artículo 970 el juicio oral civil será improcedente respecto de juicios especiales y cuando las prestaciones reclamadas en la demanda tengan una cuantía indeterminada.

El artículo 971 señala que los principios procesales de oralidad, publicidad, igualdad, inmediación, contradicción, continuidad y concentración serán los rectores de este proceso, ello a fin de hacerlo ágil, unificado y con la mayor intervención del Juez en las audiencias y actos procesales.

El artículo 973 faculta al Juez para dictar medidas de apremio y para conducir el proceso como rector del mismo.

El artículo 977 señala la aplicación supletoria del Código de Procedimientos Civiles a todo lo no previsto en ese capítulo especial; por otra parte, el artículo 979 señala que solo el emplazamiento y el auto que admite la reconvención son de notificación personal.



En cuanto al trámite del proceso, este principia con una demanda que debe cumplir con los requisitos señalados en el artículo 980 y a la cual deben acompañarse las pruebas que se tengan conforme al diverso artículo 982; en caso de prevención de la demanda el promovente tendrá un plazo de tres días hábiles para subsanar sus omisiones conforme al artículo 981.

Subsanadas las prevenciones o de estar ajustada a derecho se admitirá la demanda, ordenando el emplazamiento al demandado en los términos señalados por el artículo

984; el demandado tendrá un plazo de nueve días hábiles para contestar la misma conforme al artículo 983, contestación que deberá ajustarse a los requisitos del artículo 985.

En caso de que se entable reconvenición, el demandado reconvenido tendrá igualmente nueve días hábiles para contestar la misma conforme al artículo 986.

Tanto el actor principal como el actor reconvenicional tendrán un plazo de tres días hábiles para desahogar la vista con las excepciones y defensas de su contraparte conforme al artículo 985.

Dentro de los diez días hábiles siguientes de que esté integrada la litis se señalará fecha para la celebración de la Audiencia Preliminar conforme al artículo 988, esta audiencia conforme a los artículos 1000 al 1005 comprenden las fases de depuración, conciliación, fijación de acuerdo sobre hechos no controvertidos, fijación de acuerdos probatorios, admisión de pruebas y citación para la Audiencia de Juicio.

La Audiencia de Juicio debe celebrarse dentro de los quince días hábiles siguientes de celebrada la Preliminar conforme al artículo 1054; esta audiencia se regula por los artículos 1055 al 1057 y en ella se desahogan las pruebas, se formulan alegatos, y se dicta sentencia oral si es posible.

Cabe mencionar que en contra de la sentencia que se dicte en el juicio oral civil tal y como lo marca el artículo 969 no procede recurso alguno, por lo que solo es impugnabile de forma extraordinaria a través del juicio de amparo directo.

Las etapas y términos previamente descritas del juicio oral civil son las siguientes:



4. JUICIO ORAL FAMILIAR.

El juicio oral familiar se encuentra regulado en los artículos 1019 al 1080 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, este es un proceso que no requiere formalidad especial alguna, salvo los casos expresamente establecidos en Ley.

La procedencia de este juicio conforme al artículo 1019 del Código de Procedimientos Civiles es respecto de controversias relacionadas con alimentos; guarda y custodia; régimen de convivencias; violencia familiar; nulidad de matrimonio; rectificación o nulidad de los atestados del registro civil; filiación; suspensión o pérdida de la patria potestad; constitución forzosa de patrimonio familiar; cambio de régimen patrimonial controvertido; y la interdicción contenciosa.

Señala el artículo 1019 que los procedimientos de jurisdicción voluntaria; divorcio; pérdida de patria potestad de menores acogidos por una institución pública o privada de asistencia social; de levantamiento de acta de reasignación para la concordancia sexogenérica; y adopción nacional, se tramitarán conforme a sus reglas generales, ajustándose en lo conducente al procedimiento oral y sus principios, indicando además que solo en caso de pago de alimentos se podrá presentar la demanda y contestación por escrito o comparecencia personal.

La modificación de las resoluciones definitivas dictadas en asuntos de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad guarda y custodia, régimen de convivencias e interdicción contenciosa, se substanciarán en juicio oral autónomo.

No se tramitarán en la vía oral civil los juicios sucesorios, nulidad de testamento, petición de herencia, incapacidad para heredar, modificación de inventario por error o dolo, declaración de ausencia y presunción de muerte, restitución de menores, adopción internacional, diligencias prejudiciales de interdicción y demás juicios de tramitación especial.

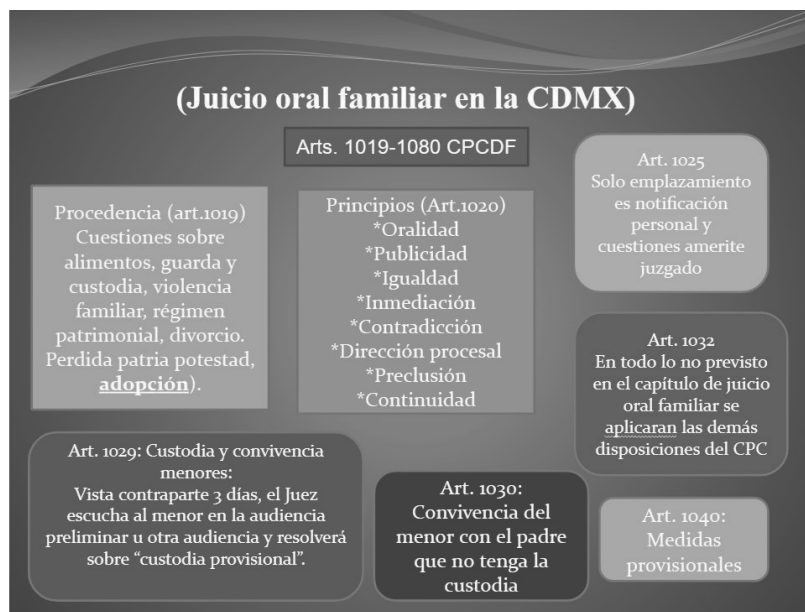
El artículo 1020 señala que los principios procesales de oralidad, publicidad, igualdad, inmediación, contradicción, continuidad y concentración serán los rectores de este proceso, ello a fin de hacerlo ágil, unificado y con la mayor intervención del Juez en las audiencias y actos procesales.

El artículo 1022 faculta al Juez para dictar medidas de apremio y para conducir el proceso como rector del mismo.

El artículo 1029 señala el procedimiento para otorgar la custodia de menores debiendo escucharle cuando sea posible en la Audiencia Preliminar; el artículo 1030 señala que el progenitor que no tenga la custodia del menor podrá convivir con este.

El artículo 1032 señala la aplicación supletoria del Código de Procedimientos Civiles a todo lo no previsto en ese capítulo especial; por otra parte, el artículo 1025 señala que solo el emplazamiento y aquellos actos procesales que así lo estime el tribunal son de notificación personal.

El artículo 1040 faculta al Juez para dictar medidas provisionales.



En cuanto al trámite del proceso, este principia con una demanda que debe cumplir con los requisitos señalados en el artículo 1033 y la cual deben acompañarse además de las pruebas que se tengan una propuesta de convenio cuando así proceda.

En caso de prevención de la demanda, el promovente tendrá un plazo de tres días hábiles para subsanar sus omisiones conforme al artículo 1034.

Subsanadas las prevenciones o de estar ajustada a derecho se admitirá la demanda, ordenando el emplazamiento al demandado; el demandado tendrá un plazo de nueve días hábiles para contestar la misma conforme al artículo 1035, contestación que deberá ajustarse a los requisitos del artículo 1036.

En caso de que se entable reconvencción, el demandado reconvenido tendrá igualmente nueve días hábiles para contestar la misma conforme al artículo 1037.

Tanto el actor principal como el actor reconvenicional tendrán un plazo de tres días hábiles para desahogar la vista con las excepciones y defensas de su contraparte conforme al artículo 1039.

Dentro de los quince días hábiles siguientes de que esté integrada la litis, se señalará fecha para la celebración de la Audiencia Preliminar conforme al artículo 1041, esta audiencia conforme a los artículos 1048 al 1054 tiene dos fases; la primera fase una Junta Anticipa-

da³ con el Secretario en la cual se cruza información y se intercambian pruebas entre las partes, se formulan propuestas de convenio, se establecen acuerdos sobre hechos no controvertidos y se fijan acuerdos probatorios; la segunda fase que es propiamente la Audiencia Preliminar ya con la presencia del Juez, la cual comprende las etapas de depuración, revisión y aprobación del convenio celebrado por las partes cuando fuere el caso, conciliación, aprobación de acuerdo sobre hechos no controvertidos y aprobatorios, resolución de medidas provisionales, admisión de pruebas y citación para la Audiencia de Juicio.

La Audiencia de Juicio debe celebrarse dentro de quince días hábiles siguientes de celebrada la Preliminar conforme al artículo 1054; esta audiencia se regula por los artículos 1055, 1056 y 1057 y debe conformarse por cinco etapas, que son i) formulación de alegatos de apertura los cuales durarán un máximo de diez minutos y se integrarán de una exposición de los hechos y pruebas con las que demuestran sus pretensiones las partes, ii) desahogo de pruebas, declarando desiertas las que no estén debidamente preparadas por causas imputables del oferente, iii) la formulación de alegatos de clausura, los cuales también durarán un máximo de diez minutos y los cuales deben ser conclusiones sobre las pruebas desahogadas y como las mismas acreditan las pretensiones de la parte que formula los alegatos, iv) declarar visto el expediente (cierre de instrucción) y v) dictar sentencia oral, siendo que el Juzgado de Proceso Oral en caso de no dar lectura a la misma en esta audiencia, podrá señalar una fecha de continuación dentro de los 15 días hábiles siguientes.⁴

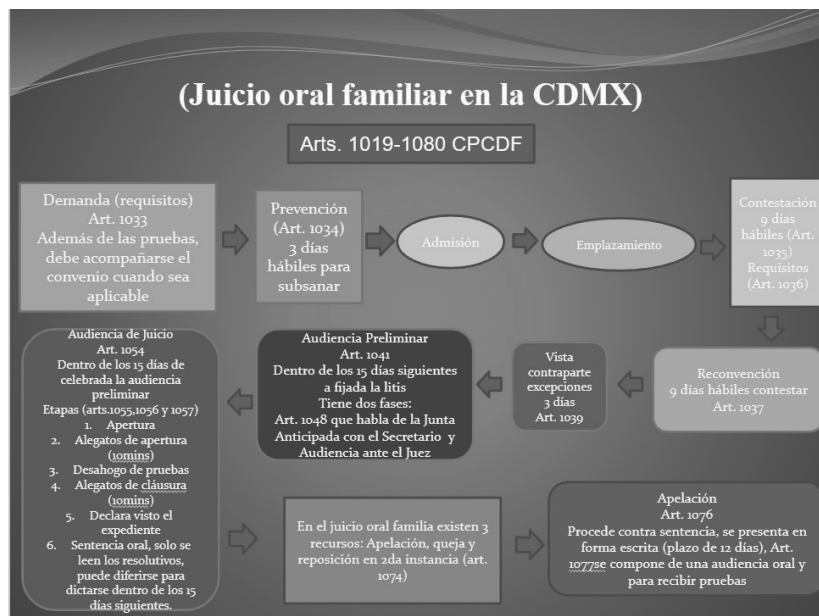
En el juicio oral familiar proceden los recursos apelación, queja y reposición en segunda instancia conforme al artículo 1074⁵; en contra de la sentencia de primera instancia procede el recurso de apelación por escrito conforme al artículo 1076, contándose para ello con un plazo de 12 días hábiles para interponerlo conforme al diverso artículo 692.

3 En mi opinión la Junta Anticipada constituye una contradicción al principio procesal de inmediación que rige a los juicios orales y entre ellos el oral familiar, máxime que el artículo 1020 fracción IV señala que por el principio de inmediación el Juez tendrá contacto directo y personal con las partes y recibirá las pruebas en la Audiencia de Juicio, por lo que no es justificable que con su Secretario se asuman acuerdos sobre hechos no controvertidos y se fijen acuerdos probatorios pues esto corresponde esencialmente al Juez y así sucede en el juicio oral civil como se desprende de los artículos 1000 y 1005 y en el juicio oral mercantil como se desprende de los artículos 1390 Bis 32 y 1390 Bis 36.

4 El juicio oral familiar es el único de los tres juicios orales aquí expuestos (juicio oral civil, juicio oral mercantil y juicio oral familiar) en el que en la Audiencia de Juicio se formulan tanto alegatos de apertura como de clausura, en el juicio oral civil y mercantil solo se formulan alegatos en una ocasión por lo que estos son propiamente dicho alegatos de clausura o de cierre; en mi opinión el juicio oral familiar al permitir la formulación de alegatos de apertura, desahogo de pruebas y formulación de alegatos de clausura es el modelo de audiencia más semejante a las que se desarrollan en los sistemas anglosajones de proceso oral que permiten presentar una teoría del caso al iniciar la audiencia, comprobar esta con pruebas en el desarrollo de la audiencia y justificar como se acreditó esa teoría al concluir la audiencia con el material probatorio desahogado enlazando el mismo con los alegatos de cierre.

5 El juicio oral familiar es el único de los tres juicios orales aquí expuestos (juicio oral civil, juicio oral mercantil y juicio oral familiar) que si admite recursos, ello por la materia de los asuntos que son procedentes de resolución en este juicio y por el presupuesto de los procesos familiares de que en ellos no opera el principio de cosa juzgada, además de que las determinaciones familiares por ser cuestiones de orden público e interés social deben ser objeto de escrutinio judicial en una alzada.

Las etapas y términos previamente descritas del juicio oral familiar son las siguientes:



Los juicios de adopción se tramitan en la Ciudad de México conforme a las disposiciones de los artículos 923, 924 y 925 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que regulan este proceso como jurisdicción voluntaria.

484

constancias de solvencia moral y económica, certificado de idoneidad para el caso de extranjeros, constancia de que el menor ha sido autorizado para entrar y residir permanentemente en dicho Estado, constancias de su legal estancia en México y la autorización de la Secretaría de Gobernación para llevar a cabo una adopción, toda esta documentación traducida en su caso al español, apostillada o legalizada por el Cónsul mexicano; en el auto admisorio que le recaiga a la solicitud inicial de adopción el Juez señalará fecha para la audiencia, la que se deberá desahogar dentro de los diez días siguientes al mismo.

El artículo 924 del Código de Procedimientos Civiles señala que una vez que se tengan los documentos a que se refiere el artículo 923, el Juez resolverá dentro del tercer día lo que proceda sobre la adopción; plazo que ahora está en conflicto con el señalado en el artículo 31 Bis 11 del Decreto de reformas a la Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la Ciudad de México que le otorga un plazo mayor que es de 15 días hábiles improrrogables contados a partir del día siguiente de la entrega por parte de la autoridad administrativa del expediente de adopción completo para que el Juez resuelva sobre la misma

El artículo 925 del Código de Procedimientos Civiles impone obligaciones al Juez que conozca de la adopción al señalar que las actuaciones deberán ser continuas, presenciando personalmente todas las diligencias y sin que estas puedan delegarse a otro funcionario judicial.

Por otra parte, los artículos 1019 al 1080 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal regulan el trámite de los juicios orales familiares en una modalidad contenciosa; toda vez que la adopción se tramita como jurisdicción voluntaria por no haber controversia o litigio, únicamente se utilizan algunas disposiciones normativas del título décimo octavo del Código de Procedimientos para compaginar el trámite con lo dispuesto en los artículos 923 a 925 del mismo ordenamiento.

El artículo 1019 del Código de Procedimientos Civiles otorga competencia a los Jueces de Proceso Oral en la Ciudad de México para conocer de los juicios de jurisdicción voluntaria de adopción en la capital de nuestro país.

Conforme al artículo 1033 el proceso inicia con una petición que debe observar los requisitos señalados en ese numeral, a la cual deben acompañarse las pruebas y adjuntarse el consentimiento del tutor o de la institución que tiene a su cargo al menor.

En caso de que la petición incumpla los requisitos sustantivos de los artículos 390 a 410-E del Código Civil para el Distrito Federal o los requisitos adjetivos de los artículos 923, 924, 925 y 1033 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el Juzgado de Proceso Oral prevendrá por tres días hábiles al promovente para subsanar su omisión, bajo el apercibimiento de desechar su petición de adopción.

Una vez subsanada la petición o en su caso que la misma cumpla con los requisitos legales, esta se admitirá a trámite, ordenando requerir al DIF Ciudad de México para que remita los reportes de las valoraciones psicológicas, socioeconómicas y de trabajo social, junto con el certificado de idoneidad y el reporte de adoptabilidad del menor,

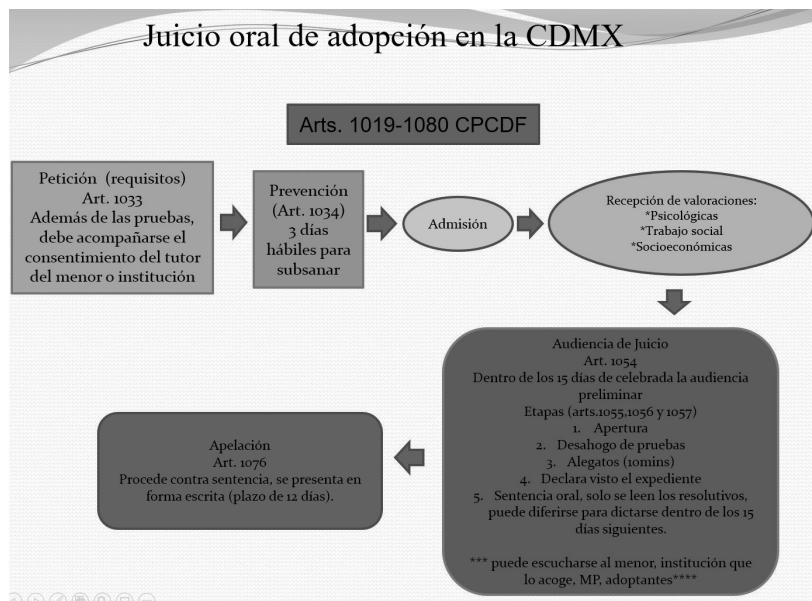
información que conforme a los artículos 31 Bis 9 y artículo 31 Bis 11 del Decreto de la Ley de los derechos de niñas, niños y adolescentes de la Ciudad de México de 10 de febrero de 2021 deberían ser remitidos en un plazo de 5 días hábiles improrrogables.

El Juzgado de Proceso Oral deberá señalar conforme al artículo 1054 del Código de Procedimientos Civiles la fecha de celebración de la audiencia de juicio, ello en un plazo de 15 días hábiles de que tenga por recibida la documentación correspondiente por parte del DIF Ciudad de México.

La audiencia de juicio conforme a los artículos 1055, 1056 y 1057 del Código de Procedimientos Civiles debe conformarse por cinco etapas, que son i) formulación de alegatos de apertura, momento en que normalmente los adoptantes manifiestan su intención de adoptar, ii) desahogo de pruebas, en la cual debe ratificarse el consentimiento para la adopción por quien legalmente lo puede otorgar, puede escucharse al menor de edad si su edad lo permite asistido del asistente de menores, recibir testigos, peritos, etc., iii) la formulación de alegatos de clausura, iv) declarar visto el expediente (cierre de instrucción) y v) dictar sentencia oral, siendo que el Juzgado de Proceso Oral en caso de no dar lectura a la misma en esta audiencia, podrá señalar una fecha de continuación dentro de los 15 días hábiles siguientes.

La sentencia que se dicte es apelable por escrito, contándose para ello con un plazo de 12 días hábiles, salvo que los promoventes, el Ministerio Público o la institución que otorgó el consentimiento se conformen con la misma, en cuyo caso la sentencia causará ejecutoria en ese momento.

Las etapas y términos del juicio de adopción son las siguientes:



6. JUICIO ORDINARIO MERCANTIL

El juicio ordinario mercantil se encuentra regulado en los artículos 1377 al 1390 del Código de Comercio.

El artículo 1378 señala los requisitos que debe observar la demanda, la fracción VIII de dicho artículo indica que deben ofrecerse las pruebas que el actor pretenda rendir en juicio⁶; en caso de que esta fuere obscura o irregular el actor tiene un término de tres días hábiles para aclarar o subsanar la misma conforme al diverso artículo 1380.

Una vez subsanada la omisión o en caso de que la demanda estuviere ajustada a derecho esta se admitirá y se ordenará emplazar al demandado de forma personal en términos del artículo 1068 Bis del Código de Comercio.

Emplazado el demandado este tiene un término de quince días para contestar la demanda conforme al artículo 1378 fracción IX segundo párrafo, contestación que debe observar los requisitos del artículo 1378 del Código y en la cual deben oponer el demandado las excepciones perentorias que tenga a su favor tal y como lo marca el artículo 1381 del Código de Comercio.

Con la contestación de demanda, se dará vista al demandado por un término de tres días hábiles en términos del artículo 1373 fracción IX tercer párrafo.

El demandado al formular la contestación puede reconvenir al actor, y este último tendrá un plazo de nueve días hábiles para dar contestación a la contrademanda conforme al artículo 1378 penúltimo párrafo del Código.

El actor reconvenional tendrá un plazo de tres días hábiles para desahogar la vista con las excepciones y defensas del demandado reconvenional en términos del artículo 1378 fracción IX penúltimo párrafo.

De oficio o a petición de parte el juicio se abrirá a prueba por un plazo de cuarenta días hábiles de los cuales los diez primeros son para ofrecer pruebas y los treinta restantes para desahogarlas; el Juez puede señalar un plazo menor de cuarenta días hábiles para pruebas pero deberá indicar cuantos días serán para ofrecimiento y cuantos para desahogo procurando que estos se señalen proporcionalmente; asimismo y cuando hubiere pruebas que deban practicarse fuera del lugar del juicio se recibirán a petición de parte dentro del término de sesenta días hábiles si se trata de pruebas a recibirse en nuestro país y hasta de noventa días hábiles si tuviere que recibirse las mismas en el extranjero, esto conforme al artículo 1383.

6 La fracción VIII del artículo 1378 ha creado problemas y confusiones procesales en el foro ya que algunos tribunales exigen que se ofrezcan pruebas con la demanda y si no sucede así las tienen por no ofrecidas en el momento procesal oportuno, mientras que otros tribunales aplicando el artículo 1383 del Código correctamente establecen que pueden ofrecerse pruebas en los primeros diez de los cuarenta días de prueba que se tienen conforme a este artículo, mi recomendación es que ofrezcan pruebas en su demanda y vuelvan a ofrecer las mismas en la apertura del juicio a prueba que se realice conforme al 1383.

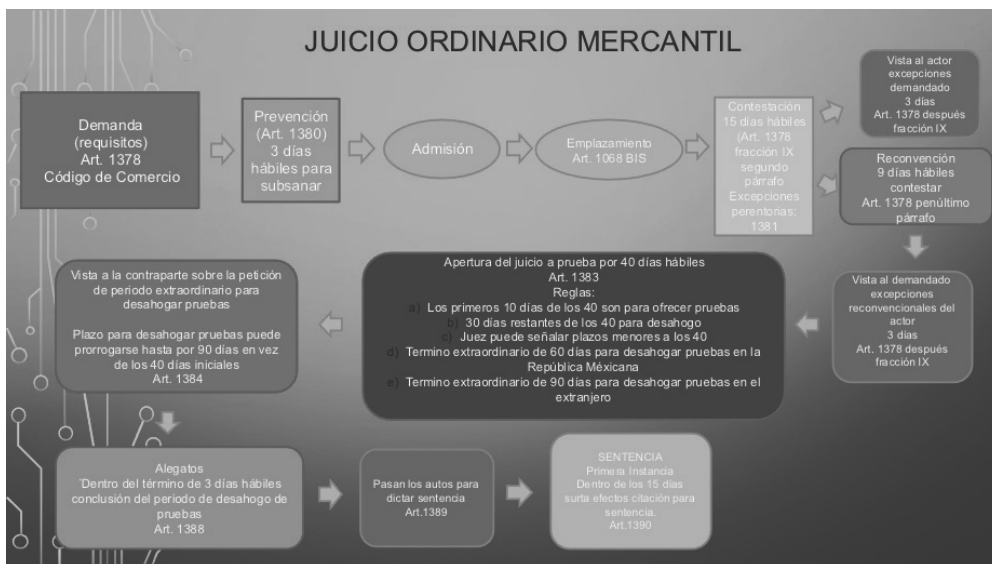
Para recibir pruebas fuera del lugar de residencia del Juzgado, el promovente debe solicitarlo en los diez primeros días del periodo probatorio, indicando los nombres, apellidos y domicilio de las partes o testigos que hayan de ser examinados cuando se trate de pruebas confesional o testimonial, exhibiendo en el mismo acto el pliego de posiciones o los interrogatorios a testigos y designando los archivos públicos o particulares donde se hallen los documentos que hayan que testimoniarse o presentarse originales; en el caso de concederse el término extraordinario el juez por cada prueba para la que conceda dicho término determinará una cantidad que el promovente deposite como sanción pecuniaria en caso de no rendirse la misma, las cuales se tramitarán mediante exhorto, todo conforme al artículo 1383 del Código de Comercio.

Asimismo, podrá otorgarse un periodo extraordinario de desahogo de pruebas más allá de los cuarenta días que inicialmente marca el Código y el cual no podrá exceder de noventa días; esa petición debe solicitarse en el plazo inicial de diez días para ofrecimiento, el Juez con la petición dará vista a la contraparte por tres días hábiles y decidirá lo conducente conforme al artículo 1384.

Las partes conforme al artículo 1388 tendrán un término común de tres días hábiles para formular alegatos una vez concluido el periodo de desahogo de pruebas; transcurrido el termino para formular alegatos pasarán los autos para dictar sentencia conforme al artículo 1389.

La sentencia deberá dictarse dentro de los quince días hábiles siguientes de la citación para ello conforme al artículo 1390 del Código de Comercio.

Las etapas y términos previamente descritas del juicio ordinario mercantil son las siguientes:



7. JUICIO ORAL MERCANTIL.

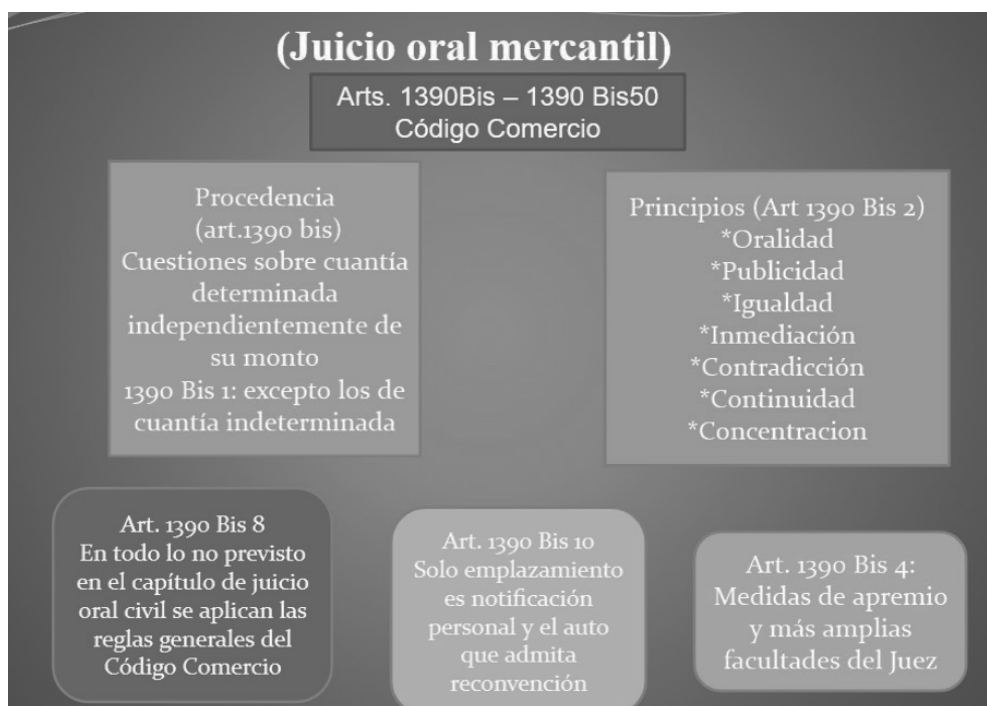
El juicio oral mercantil se encuentra regulado en los artículos 1390 Bis a 1390 Bis-50 del Código de Comercio.

La procedencia de este juicio conforme al artículo 1390 Bis es cuando las prestaciones de la demanda versen sobre una cuantía determinada independientemente de su monto; por otra parte, y conforme al diverso artículo 1390 Bis-1, el juicio oral mercantil será improcedente cuando las prestaciones reclamadas en la demanda tengan una cuantía indeterminada.

El artículo 1390 Bis-2 señala que los principios procesales de oralidad, publicidad, igualdad, intermediación, contradicción, continuidad y concentración serán los rectores de este proceso, ello a fin de hacerlo ágil, unificado y con la mayor intervención del Juez en las audiencias y actos procesales.

El artículo 1390 Bis-4 faculta al Juez para dictar medidas de apremio y para conducir el proceso como rector del mismo.

El artículo 1390 Bis-8 señala la aplicación supletoria del Código de Comercio a todo lo no previsto en ese capítulo especial; por otra parte, el artículo 1390 Bis-10 señala que solo el emplazamiento y el auto que admite la reconvención son de notificación personal.



En cuanto al trámite del proceso, este principia con una demanda que debe cumplir con los requisitos señalados en el artículo 1390 Bis-11 y la cual deben acompañarse las pruebas que se tengan conforme al diverso artículo 1390 Bis-13.

En caso de prevención de la demanda, el promovente tendrá un plazo de tres días hábiles para subsanar sus omisiones conforme al artículo 1390 Bis-12.

Subsanadas las prevenciones o de estar ajustada a derecho se admitirá la demanda, ordenando el emplazamiento al demandado en los términos señalados por el artículo 1390 Bis-15; el demandado tendrá un plazo de nueve días hábiles para contestar la misma conforme al artículo 1390 Bis-14, contestación que deberá ajustarse a los requisitos del artículo 1390 Bis-17.

En caso de que se entable reconvencción, el demandado reconvenido tendrá igualmente nueve días hábiles para contestar la misma conforme al artículo 1390 Bis-18.

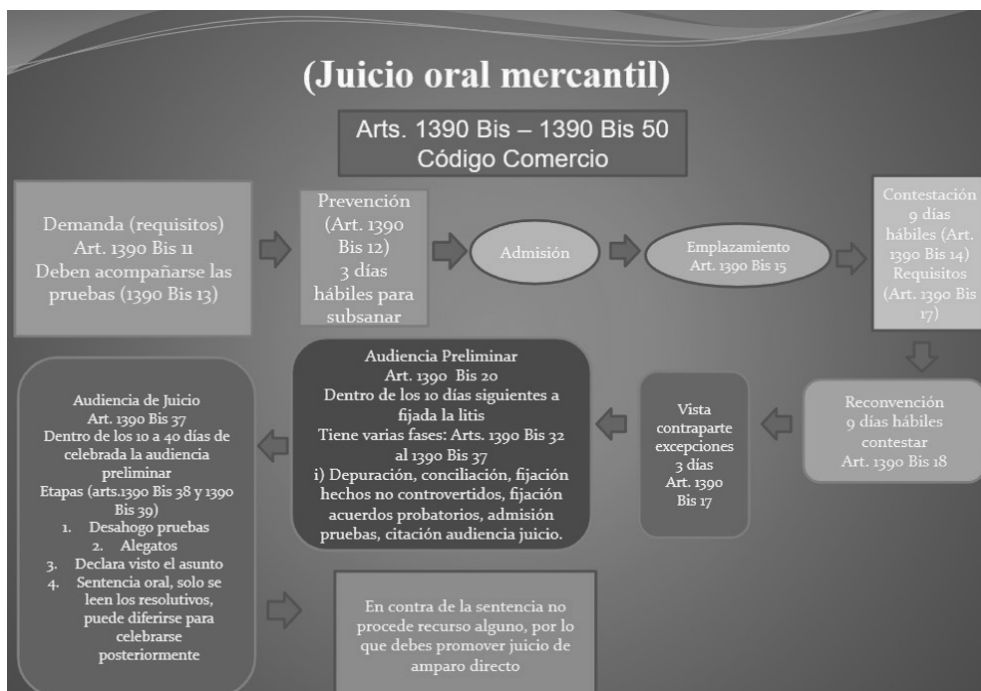
Tanto el actor principal como el actor reconvenicional tendrán un plazo de tres días hábiles para desahogar la vista con las excepciones y defensas de su contraparte conforme al artículo 1390 Bis-17.

Dentro de los diez días hábiles siguientes de que esté integrada la litis, se señalará fecha para la celebración de la Audiencia Preliminar conforme al artículo 1390 Bis-20, esta audiencia conforme a los artículos 1390 Bis-32 al 1390 Bis-37 comprenden las fases de depuración, conciliación, fijación de acuerdo probatorios, admisión de pruebas y citación para la Audiencia de Juicio.

La Audiencia de Juicio debe celebrarse dentro de cuarenta días hábiles siguientes de celebrada la Preliminar conforme al artículo 1390 Bis-37; esta audiencia se regula por los artículos 1390 Bis-38 y 1390 Bis-39 y en ella se desahogan las pruebas, se formulan alegatos, y se dicta sentencia oral si es posible.

En contra de la sentencia que se dicte en el juicio oral mercantil como lo indica el artículo 1390 Bis no procede recurso alguno, por lo que solo es impugnabile de forma extraordinaria a través del juicio de amparo directo.

Las etapas y términos previamente descritas del juicio oral mercantil son las siguientes:



8. CONCLUSIONES

El juicio ordinario civil y mercantil contemplan elementos comunes en su fase postulatoria y algunas diferencias en su fase probatoria y preconclusiva, (i) ambos inician con una demanda, (ii) en caso de omisión de algún requisito en el juicio ordinario civil se tienen cinco días para subsanar la prevención y en el juicio ordinario mercantil se tienen tres días para atender las observaciones, (iii) existe admisión del juicio, (iv) en ambos se ordena el emplazamiento al demandado de forma personal, (v) se otorga en ambos juicios un término de quince días para contestar la demanda, (v) se otorga en ambos juicios un término de tres días para desahogar la vista con las excepciones y defensas, (vi) se otorga en ambos juicios un plazo de nueve días para contestar la reconvencción, (vii) en el juicio ordinario civil existe una audiencia previa de conciliación y excepciones procesales que debe celebrarse dentro de los diez días de fijada la litis, (viii) en ambos juicios se otorga un plazo de diez días para ofrecer pruebas, (ix) en el juicio ordinario civil se debe celebrar una audiencia de desahogo de pruebas dentro de los treinta días siguientes a la admisión de las mismas, la cual puede diferirse para continuar en otros veinte días y puede prorrogarse por otros diez días más por un evento de caso fortuito o fuerza mayor, mientras que en el juicio ordinario mercantil se concede un plazo de treinta días para desahogo, el cual puede ampliarse a sesenta días cuando existan pruebas que recibir en la república mexicana y hasta noventa días

cuando existan pruebas que recibir en el extranjero, (x) en el juicio ordinario civil los alegatos se formulan en la audiencia de pruebas o se presentan conclusiones por escrito, mientras que en el juicio ordinario mercantil se otorga un plazo de tres días para formularlos, (xi) en ambos juicios los autos pasan para dictar sentencia, (xii) en ambos juicios se tiene un término de quince días para dictar sentencia, el cual en el juicio ordinario civil puede ampliarse por otros diez días.

Por su parte el juicio oral civil, mercantil y familiar contemplan esencialmente la misma estructura consistente en (i) la presentación de la demanda acompañando y ofreciendo pruebas desde el escrito inicial, (ii) la prevención en un breve termino de tres días, (iii) la admisión, (iv) el emplazamiento siendo este personal, (v) un término de nueve días para contestar la demanda y acompañando y ofreciendo las pruebas del demandado, (vi) un plazo de nueve días para contestar la reconvencción, (vii) una vista por tres días con las excepciones respectivas, (viii) el señalamiento de una audiencia preliminar, siendo que aquí si existe diferencia en el término para su señalamiento y en su estructura pues en el juicio oral civil y mercantil esta se celebra dentro de los diez días hábiles siguientes de que esté integrada la litis mientras que en el juicio oral familiar esta se celebra dentro de los quince días hábiles siguientes de que esté integrada la litis, además de que la audiencia preliminar en materia familiar contempla la junta anticipada y la audiencia propiamente dicha frente al juez, (ix) la audiencia de juicio siendo que también existe diferencia en su término para la celebración pues en el juicio oral civil esta se celebra dentro de los diez a cuarenta días hábiles siguientes de celebrada la preliminar, en el juicio oral mercantil esta se celebra dentro de los cuarenta días de celebrada la audiencia preliminar y en el juicio oral familiar esta se celebra dentro de los 15 días de celebrada la preliminar, (x) que en la audiencia de juicio se reciban pruebas, se formulen alegatos y se dicte sentencia de ser posible en la misma audiencia o con posterioridad, (xi) dentro de la audiencia de juicio el juicio oral familiar contempla la posibilidad de formular alegatos de apertura y clausura mientras que el juicio oral civil y mercantil solo contemplan alegatos de cláusula, (xii) que el juicio oral civil y mercantil no admiten recurso alguno por lo que en contra de la sentencia solo procede el amparo directo, mientras que el juicio oral familiar si contempla recursos.

Finalmente el juicio de adopción es un juicio que se tramita en la Ciudad de México como un proceso de jurisdicción voluntaria conforme a las disposiciones de los artículos 923, 924 y 925 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y también aplicando algunas disposiciones de los artículos 1019 al 1080 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que regulan el trámite de los juicios orales familiares en una modalidad contenciosa; (i) esencialmente se trata de una petición a la que deben acompañarse las pruebas y el consentimiento del tutor o tutriz del menor, (ii) se tiene un plazo de tres días para desahogar la prevención si la hubiere, (iii) solventada esta o si la petición esta ajustada a derecho se admite la petición y (iv) se ordena requerir a las autoridades (esencialmente el DIF) para que remitan las valoraciones psicológicas, socioeconómicas y de trabajo social que hubieren practicado a los adoptantes, (v) dentro de los quince días hábiles recibidas las valoraciones se señala

fecha para la Audiencia de Juicio, (vi) en la Audiencia de juicio se formulan alegatos de apertura, se desahogan pruebas, se ratifica el consentimiento para la adopción, se escucha al menor cuando su edad lo permite, se formulan alegatos de clausura, se cierra la instrucción y se dicta sentencia de ser posible, (vii) si no se dictó la sentencia en la Audiencia de Juicio, esta se dictará quince días después, (viii) la sentencia es apelable dentro de un plazo de doce días hábiles conforme al artículo 1076 del Código de Procedimientos Civiles.

9. BIBLIOGRAFÍA

- ARELLANO García Carlos, *Teoría General del Proceso*, 15ª ed., Porrúa, México, 2006.
- BECERRA Bautista José, *El Proceso Civil en México*, Porrúa, México, 1980.
- BRISEÑO Sierra Humberto, *Derecho Procesal*, Oxford University Press, México, 1999.
- BUCIO Estrada Rodolfo, *Derecho Procesal Civil*, Porrúa, México 2011.
- CONTRERAS Vaca José Francisco, *Derecho Procesal Civil: Teoría y Clínica*, Oxford University Press, México, 2011.
- GOMEZ Lara Cipriano, *Derecho Procesal Civil*, Trillas, México, 1987.
- FAIRÉN Guillén Víctor, *Teoría General del derecho procesal*, UNAM, México, 1992.
- FIX Zamudio Héctor y Ovalle Favela José, *Derecho Procesal*, Enciclopedia Jurídica Mexicana, Tomo XI, Porrúa, México, 2002.
- GARCÍA Rojas Gabriel, *Derecho Procesal Civil, Poder Judicial de la Federación*, México, 1998.
- MENA Moreno, Erick, *La suspensión en las controversias constitucionales*, México, Tesis profesional Escuela Libre de Derecho, 2013, 158 pp.
- MENA Moreno, Erick, *Cumplimiento por el Estado Mexicano de las medidas urgentes y medidas provisionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Memoria profesional para obtener el grado de Maestro en Derecho Constitucional, 2015, 70 pp.
- MENA Moreno, Erick, *Régimen Jurídico de la Adopción en la Ciudad De México*, Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho, número 45, Tirant Lo Blanch, 2021.
- OVALLE Favela José, *Teoría General del Proceso*, Oxford University Press, México, 2005.
- PALLARES Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, Porrúa, México 2001.
- PALLARES Eduardo, *Tratado sobre las acciones*, Porrúa, México
- SAID Alberto e Isidro M. González Gutiérrez, *Teoría General del Proceso*, Iure editores, México, 2007.



ANÁLISIS DE LA SENTENCIA ARTAVIA MURILLO Y OTRAS VS. COSTA RICA COMO VERDADERA CREACIÓN SUPRANACIONAL DEL DERECHO EN MATERIA DE DERECHO A LA VIDA Y DERECHOS REPRODUCTIVOS

MARÍA JIMENA OCAMPO BERNAL¹

RESUMEN: El presente trabajo de investigación tiene como propósito dilucidar el impacto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos generó a raíz de la emisión de la sentencia Artavia Murillo vs. Costa Rica en la cual se delimitó el margen interpretativo que debe de tener el derecho a la vida frente a la protección absoluta que ciertos estados tienden a brindarle en aras de proteger la vida prenatal.

La importancia de esta sentencia radica en que por vez primera el tribunal interamericano interpretó el artículo 4.1 de la Convención Americana, declarando la incompatibilidad de la protección absoluta de la vida prenatal con el texto de la propia Convención y delimitando que la protección que los Estados deben de brindar a la vida prenatal debe de ser gradual e incremental de acuerdo con el grado de desarrollo y que esta garantía de protección se da necesariamente a través de la protección a las mujeres y personas gestantes.

PALABRAS CLAVE: “Derecho a la vida”, “protección absoluta”, “concepción”, “derechos de las mujeres” “restricciones injustificadas”

ABSTRACT: The purpose of this research paper, is to elucidate the impact generated by the Interamerican Court of Human Rights as a result of issuing the Artavia Murillo vs. Costa Rica judgment, in which the Court established the interpretative margin that the right to life should have compared with the absolute protection that certain States tend to prescribe to this human right in order to protect prenatal life.

The importance of this judgment lies in the fact that for the first time the Interamerican Court interpreted article 4.1 of the American Convention, declaring the incompatibility of absolute protection given to prenatal life with the text of the Convention itself, the Court ruled that the protection that should be given to prenatal life can not be absolute, thus it should be gradual and incremental according to the degree of development of life itself, therefore the protection that must be given by the States is only guarantee by protecting women and people with the capability to gestate.

KEYWORDS: “Right to life” “absolute protection of life” “conception” “women’s rights” “unjustified restrictions”

¹ Licenciada en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle, alumna del primer semestre de la Maestría en Derecho Constitucional en la Escuela Libre de Derecho.

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES DEL CASO. 2. CONSIDERACIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS RESPECTO A LA PROTECCIÓN ABSOLUTA DE LA VIDA Y SU INCOMPATIBILIDAD CON LA CONVENCIÓN. 2.1. Consideraciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a la interpretación adecuada del concepto “concepción”. 2.2 De la interpretación del artículo 4.1 de la Convención, protección al derecho a la vida. 4. CASO MEXICANO: LA RECEPCIÓN DE LA PROTECCIÓN ABSOLUTA DE LA VIDA POR PARTE DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. 5. CONCLUSIÓN. 6. FUENTES DE CONSULTA.

1. ANTECEDENTES DEL CASO

El 3 de febrero de 1995 el Ministerio de Salud de Costa Rica emitió el decreto ejecutivo número 24029-S, el cual tenía como finalidad autorizar y regular la ejecución de la fecundación in vitro respecto de parejas conyugales, por lo que este decreto estableció diversas normas que fueron cuestionadas posteriormente ante la Sala Constitucional de dicho estado, las cuales consistían en lo siguiente:

“Artículo 9.— En casos de fertilización in vitro, queda absolutamente prohibida la fertilización de más de seis óvulos de la paciente por ciclo de tratamiento.

Artículo 10.— Todos los óvulos fertilizados en un ciclo de tratamiento, deberán ser transferidos a la cavidad uterina de la paciente, quedando absolutamente prohibido desechar o eliminar embriones, o preservarlos para transferencia en ciclos subsecuentes de la misma paciente o de otras pacientes.

Artículo 11.— Quedan absolutamente prohibidas las maniobras de manipulación del código genético del embrión, así como toda forma de experimentación sobre el mismo.

Artículo 12.— Queda absolutamente prohibido comerciar con células germinales – óvulos y espermatozoides – para ser destinados a tratamiento de pacientes en técnicas de reproducción asistida, sean éstas homólogas o heterólogas.

*Artículo 13.— El incumplimiento de las disposiciones aquí establecidas faculta al Ministerio de Salud para cancelar el permiso sanitario de funcionamiento y la acreditación otorgada al establecimiento en el que se cometió la infracción, debiendo remitirse el asunto en forma inmediata al Ministerio Público y al Colegio Profesional respectivo, para establecer las sanciones correspondientes.”*²

Posteriormente el 7 de abril de 1995 un ciudadano interpuso ante la Sala Constitucional de Costa Rica una acción de inconstitucionalidad contra el mencionado Decreto Ejecutivo alegando sustancialmente lo siguiente: (i) el Decreto resulta inconstitucional pues violenta el derecho a la vida, (ii) la práctica de la fecundación in vitro violenta la vida humana y (iii) la vida humana se inicia desde el momento de la fecundación por

2 Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 28 de noviembre de 2012, pág. 23, párr.69.

lo tanto cualquier destrucción o desechamiento del óvulo fecundado constituye una violación al derecho a la vida de los no nacidos.

En consecuencia el 15 de marzo del año 2000, la Sala Constitucional dictó la sentencia No. 2000-02306 declarando procedente y fundada la acción del ciudadano inconforme, asimismo determinó basándose en el principio de reserva de ley que no es posible que un decreto regule materias que únicamente pueden ser reguladas por el poder legislativo— derecho a la vida y dignidad – por lo tanto el decreto resultaba inconstitucional pues el poder ejecutivo no se encuentra facultado para restringir los aludidos derechos.

Asimismo, la Sala Constitucional entendió que la protección a la vida que delimita el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos³ se da desde el momento de la concepción, es decir desde la unión del espermatozoide y el óvulo.

De esta manera, el tribunal costarricense arribó a las siguientes conclusiones: (i) las prácticas de fecundación in vitro atentan contra la vida y dignidad del ser humano, entendiendo a este como sujeto de protección desde la concepción como el fenómeno de unión de un óvulo y un espermatozoide, (ii) el derecho a la vida se declara en favor de absolutamente todos, inclusive los no nacidos, (iii) el derecho internacional da un reconocimiento pleno a la personalidad jurídica del no nacido.

Por lo tanto, determinó que las prácticas de fecundación in vitro son contrarias a la constitución costarricense y al artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por violentar el derecho a la vida y dignidad de las personas concebidas no nacidas.

Posteriormente en el año 2008, varias de las víctimas del presente caso interpusieron diversos recursos judiciales contra la Caja Costarricense del Seguro Social por no contener dentro de sus programas de acceso a la salud las técnicas de reproducción asistida, entre ellas la fecundación in vitro, no obstante, ninguna de estas demandas judiciales prosperó en virtud del precedente dictado por la Sala Constitucional en la sentencia No. 2000-02306.

Por lo tanto, como puede observarse en Costa Rica existió una prohibición absoluta de la fecundación in vitro en virtud de la sentencia de la Sala Constitucional, lo que para las víctimas generó una restricción desproporcionada, injustificada y excesiva en su vida privada y familiar, pues esta generó las condiciones para que las víctimas no pudieran ejercer su derecho a la autodeterminación en su vertiente de la decisión personalísima de ser padres, a través del uso de las técnicas de reproducción asistida.

3 “Artículo 4 Derecho a la Vida 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”

2. CONSIDERACIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS RESPECTO A LA PROTECCIÓN ABSOLUTA DE LA VIDA Y SU INCOMPATIBILIDAD CON LA CONVENCIÓN

El presente asunto tuvo como finalidad resolver las siguientes preguntas: ¿la Sala Constitucional de Costa Rica puede dentro de su margen de apreciación nacional determinar que la vida humana comienza desde el momento de la concepción y por lo tanto considerar que los óvulos fecundados deben de ser considerado personas en términos del artículo 4.1 de la Convención? y ¿la sentencia de la Sala constituyó una restricción injustificada y desproporcionada en los derechos fundamentales a la vida privada, integridad y libertad y autonomía personal de las victimas al restringirles acceder a la fecundación in vitro?

Como punto de partida resulta pertinente esquematizar los argumentos que las partes hicieron valer para defender sus posturas, previo a aterrizar las consideraciones de la Corte al respecto:

Comisión Interamericana de Derechos Humanos	• El artículo 4.1 no establece un derecho absoluto o categórico a la vida en relación con las etapas prenatales, pues existe un reconocimiento internacional del concepto de protección gradual e incremental de la vida del no nacido. • El derecho interno puede conceder la protección más amplia a los derechos, sin embargo, dichas ampliaciones no pueden suprimir el goce y ejercicio de otros derechos. • Postular la fertilización como el surgimiento de la vida humana es arbitrario e incorrecto, el no nacido es un bien jurídico, pero no una persona. • Los tratados internacionales de derechos humanos no contienen una referencia expresa de la cual se deduzca que un embrión o preembrión es una persona. • Es insostenible la posición del margen de apreciación nacional, pues hace depender el contenido sustancial del derecho de la interpretación estatal.
Costa Rica	• La evidencia científica ha demostrado que la vida humana comienza desde la fecundación del óvulo, por lo tanto el embrión humano es un ser humano de conformidad con la definición del artículo 1.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.⁴ • De una interpretación teleológica de la Convención, es obvio que la intención de los Estados parte era proteger la vida desde el momento de la concepción. • Los términos “fecundación” y “concepción” son sinónimos. • Los tratados internacionales protegen al ser humano desde su individualidad, la cual puede determinarse desde el momento de la fecundación. • Al no existir consenso en relación con el inicio de la vida humana, debe otorgarse un margen de apreciación nacional a efecto que el Estado pueda válidamente regular la fecundación in vitro.

4 Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos, 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.”

2.1. Consideraciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a la interpretación adecuada del concepto “concepción”

Por lo tanto, a raíz de estos argumentos la Corte realizó una interpretación exhaustiva del artículo 4.1 de la Convención centrándose en determinar si la interpretación de la Sala Constitucional de Costa Rica de entender que existe una protección absoluta de la vida es admisible a la luz de la convención.

Ahora bien, el tribunal costarricense considera que su sentencia resulta adecuada a la luz de la obligación de los Estados parte de adoptar las medidas necesarias que disuadan cualquier amenaza al derecho a la vida, por lo tanto consideró que este alcance de dicho derecho resulta absoluto respecto del embrión en el marco de la inviolabilidad de la vida, por lo tanto para poder calificar dicha aseveración la Corte procede a realizar un análisis de los conceptos de “persona”, “ser humano”, “concepción” y “en general” contenidos en los artículos 1.2 y 4.1 de la Convención.

En principio la Corte precisa que el concepto de “persona” está estrechamente vinculado con las menciones que hace la propia Convención respecto de “ser humano” y “concepción”, definiciones que deben de ser leídas y entendidas a la luz de la literatura científica.

Asimismo, asevera que la cuestión de ¿cuándo comienza la vida humana? no es una pregunta que se pueda responder únicamente desde el punto de vista legal, sino que involucra valoraciones biológicas, médicas, éticas, morales, filosóficas y religiosas. De esta manera retomando consideraciones de tribunales nacionales como la Corte Suprema de los Estados Unidos al resolver el famoso caso *Roe vs. Wade* de 1973 en el sentido que no corresponde a la judicatura especular en la respuesta a dicha cuestión.

En este sentido, la Corte realizó el siguiente ejercicio para determinar a partir de cinco premisas lógicas como debe de interpretarse el concepto de “concepción”, a saber:

1. Es procedente definir el momento de concepción de acuerdo con la Convención Americana
2. Hay que diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: (i) la fecundación entendida como la unión de un espermatozoide y un óvulo y (ii) la implantación de este óvulo fecundado en el útero de la mujer.
3. Que, si bien un óvulo fecundado puede considerarse una célula genéticamente diferente y con la información biológica necesaria para el desarrollo de un ser humano, si este no se implanta en el útero materno las posibilidades de desarrollo humano son nulas.
4. La concepción no puede ser entendida como un proceso excluyente del cuerpo de la mujer, toda vez que el embrión no tiene posibilidad de desarrollo real si no se implanta correctamente.

5. Solo se da un embarazo si se ha implantado un óvulo fecundado correctamente en el útero de la mujer.

Por lo tanto, debe entenderse a la concepción de conformidad con el sistema interamericano de derechos humanos como el momento en el cual ocurre la implantación de un óvulo fecundado en el útero de la mujer o persona gestante, por lo que antes de este momento no es factible aplicar la protección establecida en el artículo 4.1 de la Convención.

2.2 De la interpretación del artículo 4.1 de la Convención, protección al derecho a la vida

Una vez establecida la definición adecuada para delimitar lo que el tribunal interamericano entiende como concepción a la luz de los derechos humanos, se da a la tarea de fijar una interpretación adecuada de la protección que se debe de dar al derecho a la vida en el sentido si esta debe de ser absoluta o gradual.

Por lo que en primer término se parte de una interpretación sistemática e histórica, de conformidad con los artículos 31.4 y 32 de la Convención de Viena⁵ según los cuales es factible utilizar como método de interpretación los trabajos preparatorios de los tratados y dar a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes, por ello la Corte analiza cual fue el significado que los Estados parte de la Convención pretendían asignarle a la protección a la vida.

En tal sentido, la Corte concluye que de una interpretación histórica y sistemática se determina que los trabajos preparatorios no ofrecen una respuesta sobre el punto en controversia y que el hecho que la Convención utilice la expresión “toda persona” en diversos artículos no suficiente para sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en dicho instrumento.

De igual forma, tomando en consideración que el proceso de concepción ocurre dentro del cuerpo de la mujer, es factible concluir que el sujeto directo de protección del artículo 4.1 de la Convención es precisamente la mujer embarazada no así el embrión, toda vez que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección

5 31. Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. [...] 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

32. Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

a la mujer y por lo tanto no es procedente partiendo de esta interpretación sistemática e histórica del sistema interamericano otorgar el estatus de persona al embrión.

Ahora bien, en segundo lugar, la Corte analiza el argumento del Estado que se basa en que el sistema universal de protección de derechos humanos brinda al embrión una protección absoluta sobre su derecho a la vida y lo reconoce como persona, para ello la Corte estudia los principales instrumentos del sistema universal, para concluir que de ningún tratado internacional en concreto se desprende la intención de brindar protección absoluta a la vida de los no nacidos.

En principio se desestiman tales afirmaciones pues de la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos se desprende que los derechos plasmados en la misma son inherentes a las personas desde el momento de nacer, por lo tanto, el término “ser humano” utilizada en dicho instrumento no incluye dentro de su protección a los embriones.

Asimismo, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos contrario a lo manifestado por el Estado tampoco se deriva una protección absoluta de la vida del no nacido, pues de un análisis de los trabajos legislativos se observa que desde el principio existía un rechazo a la protección absoluta de la vida por parte de los Estados firmantes.

De igual forma el Comité de Derechos Humanos en sus observaciones general nunca se han pronunciado en este sentido, al contrario, se ha demostrado la preocupación de la comunidad internacional respecto del derecho a la vida de las mujeres cuando existen leyes prohibitivas del aborto legal seguro y gratuito.

En las mismas circunstancias los principios de igualdad y no discriminación que sustentan la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer establecen que se deben de privilegiar los derechos de la mujer embarazada sobre el interés estatal de proteger la vida en formación.

Finalmente, respecto de la supuesta especial protección otorgada por la Convención sobre los Derechos del Niño a los embriones, se desestima toda vez que el hecho que el artículo 1 de dicho ordenamiento defina a las niñas y a los niños como “todo ser humano menor de dieciocho años”⁶ no se refiere de manera explícita a la protección del no nacido.

A continuación, la Corte realiza una interpretación evolutiva, la cual resulta acorde con el artículo 29 de la propia Convención, así como con la Convención de Viena tomando en consideración que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos que

6 “Artículo 1: Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”

van de la mano con el desarrollo de las sociedades y con el hecho que al momento de la adopción del artículo 4.1 no existía la fecundación in vitro.

De esta manera se estudia el desarrollo en el derecho comparado del estatus legal del embrión, tomando en consideración de manera destacada el caso Vo. vs. Francia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el cual se determinó que la potencialidad del embrión y su capacidad para convertirse en una persona requiere de una protección especial en nombre de la dignidad humana, sin convertirlo en una persona con derecho a la vida.⁷ Asimismo se cita la sentencia del caso Roche C. Roche y otros de la Corte Suprema de Irlanda en la cual se estableció que el concepto de “*unborn child*” no es aplicable a los embriones obtenidos en el marco de la fecundación in vitro y por lo tanto no se les reconoce el derecho a la vida.

Por lo tanto, se concluye que las tendencias de regulación del derecho internacional no reconocen que el embrión tenga un estatus jurídico equiparable al de las personas y por lo tanto no existe un derecho a la vida que deba de ser protegido por el derecho. Asimismo, la Corte considera que en la praxis la mayoría de los Estados parte permiten y regulan la fecundación in vitro.

En este sentido los Estados han considerado que la protección al embrión debe ser gradual e incremental en el entendido que se permitan las técnicas de reproducción asistida avaladas por la ciencia, por lo tanto, no es dable considerar que la protección a la vida del embrión sea absoluta y mucho menos que deba ser considerado como persona en términos de la Convención.

Así pues, de una interpretación evolutiva se afirma que la verdadera finalidad del artículo 4.1 de la Convención es salvaguardar el derecho a la vida, sin que ello implique la negación de otros derechos, la cláusula “en general” contenida en dicho numeral tiene como objeto permitir que ante un conflicto de derechos sea posible invocar excepciones a la protección del derecho a la vida desde la concepción.

De esta manera la lectura más adecuada de la Convención a la luz del principio de interpretación más favorable y el objeto y fin del tratado es que el artículo 4.1. no busca que se entienda al derecho a la vida como un absoluto, cuya supuesta protección pueda justificar la violación a otros derechos reconocidos por el sistema, si no como un derecho susceptible de tener modulaciones y tratándose de vida prenatal este se va incrementando de forma gradual de conformidad con el grado de desarrollo prenatal.

Al respecto, la Corte no desconoce que los Estados parte tengan un legítimo interés por proteger la vida prenatal, no obstante, este no debe de anteponerse a otros derechos en particular los de las mujeres y personas gestantes.

7 Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 28 de noviembre de 2012, pág. 77, párr.247.

Por consiguiente, se arribó a las siguientes conclusiones respecto de la interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos:

1. El embrión no puede considerarse como persona en términos y para los efectos de protección de derecho a la vida consagrados en el artículo 4.1, en este sentido el derecho absoluto a la vida del embrión como sustento de restricción de derechos no tiene cabida en el sistema interamericano de derechos humanos.
2. La concepción en el sentido que hace armonía con el artículo mencionado tiene lugar cuando se da la implantación del óvulo fecundado en el útero de la madre, hasta antes de este momento el embrión no entra dentro del margen de protección del artículo 4.1.
3. La enunciación “en general desde el momento de la concepción” contenida en el artículo aludido tiene como finalidad demostrar que el derecho a la vida no es absoluto, sino gradual e incremental de acuerdo con el desarrollo del ser humano en potencia, debido a que no implica un deber absoluto e incondicional, sino que este es susceptible de tener modulaciones.

Agotado este tema, la Corte continua a analizar si la sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica constituyó una medida injustificada y desproporcional, de esta manera se retoma la jurisprudencia establecida en el tema, tomando como punto de partida que un derecho puede ser restringido por los Estados siempre y cuando las injerencias no sean arbitrarias, estén previstas en ley, persigan un fin valioso y que cumplan con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Sobre particular y como quedó demostrado la protección absoluta del derecho a la vida de los embriones resulta incompatible con la Convención, no obstante, se considera que el sacrificio de los derechos de las víctimas fue desmedido en relación con las supuestas ventajas obtenidas de prohibir la fecundación in vitro en Costa Rica.

A modo que la Corte concluye que la sentencia No. 2000-02306 constituyó una medida desproporcional, arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar de las víctimas, asimismo la sentencia tuvo un impacto diferenciado en las víctimas por su situación de discapacidad, los estereotipos de género y por algunas víctimas respecto de su situación económica.

Por lo que se resolvió que el Estado de Costa Rica era internacionalmente responsable por la violación a los derechos a la integridad personal, libertad personal, vida privada y vida familiar en relación con la obligación de los Estados de respetar los derechos consagrados en los artículos 1.1, 5.1, 7, 11.2 y 17.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, respecto de las dieciocho víctimas.

3. Breve análisis comparativo de las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos frente a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La sentencia *Artavia Murillo vs Costa Rica* sin duda es un parteaguas en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, pues de ella se desprende un importante

criterio de prohibición de la protección absoluta de la vida, como garantía de protección de los derechos a la vida privada y libertad personal en su vertiente de derecho a libre autodeterminación.

Aunque es cierto que en nuestro sistema la Comisión Interamericana ya se había pronunciado al respecto en el caso *Baby Boy vs. Estados Unidos de Norteamérica* en 1981, en el cual la Comisión determinó que la protección del derecho a la vida del no nacido de ninguna manera debe de ser absoluta, no obstante, la sentencia *Artavia Murillo vs Costa Rica* es el primer caso contencioso de la Corte Interamericana, en el cual se acreditan violaciones a derechos fundamentales derivado de la protección absoluta a los no nacidos y su incompatibilidad con la Convención.

En este sentido el Tribunal interamericano enriqueció sus consideraciones gracias a un notable dialogo jurisprudencial derivado de diversas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para efecto de analizar el estatus legal del embrión y llegar a las conclusiones mencionadas en apartados anteriores.

Por lo que en el presente apartado se mencionaran algunos criterios relevantes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto de la protección absoluta a la vida y como esta resulta incompatible con los demás derechos humanos reconocidos por los ordenamientos y quedará demostrado que la sentencia *Artavia Murillo vs. Costa Rica* representa un paso valiente y progresista del tribunal interamericano frente a su homólogo Europeo que muchas veces y por el contexto social e histórico continental ha preferido otorgar cierto margen de apreciación nacional a los Estados respecto a la protección de la vida prenatal.

En principio es importante mencionar la sentencia *Paton vs Reino Unido* de 1980 en la cual la litis se basó en la violación del artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en menoscabo de los no nacidos derivado de la práctica de un aborto voluntario, al respecto el tribunal resolvió que la protección contenida en el artículo 2 del Convenio⁸ no incluye al no nacido, asimismo estableció que el reconocimiento de un derecho absoluto al no nacido es contrario a los propósitos y objetivos de este.

Asimismo, que la vida del embrión se encuentra íntimamente ligada a la de la mujer embarazada y no puede ser considerada al margen de ella, si esta fuera la interpretación correcta del derecho a la vida, las leyes permisivas del aborto estarían prohibidas.

8 Artículo 2: 1. 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.

Dicho criterio ha sido reiterado por el tribunal europeo en los casos *R.H. vs Noruega* y *Boso vs. Italia*.

Asimismo, resulta relevante el caso *Evans vs. Reino Unido* de 2006, en el cual se dilucida el destino de embriones congelados con gametos de un hombre y una mujer que terminaron su relación sentimental, en el cual la mujer alegaba que era su última oportunidad para ser madre y el hombre se opuso a su petición con el argumento que no podía ser forzado a procrear; Por lo que el tribunal se pronunció en el sentido que el derecho a la vida privada comprende la decisión de ser padre o no serlo.

De esta manera el tribunal europeo determinó que no hay violación al derecho a la vida pues los embriones creados por los peticionarios no tienen derecho a la vida dentro del margen de protección del Convenio Europeo.

En el mismo sentido se pronunció el tribunal europeo en *Dickson vs. Reino Unido*, a través del cual se planteó una violación al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁹ —vida privada y familiar— toda vez que el Estado se había negado a otorgar acceso a la peticionaria a inseminación artificial, por lo que la Gran Sala del Tribunal consideró que la decisión de las autoridades británicas sí vulneraba el derecho a la vida privada y familiar, toda vez que impide a los peticionarios con deseo de ser padres el acceso a los medios necesarios para lograr este fin, por lo que determina que son precisamente las afectaciones a los derechos humanos lo que permite restringir el margen de apreciación garantizado a los Estados.

No obstante, en el caso *Parrillo vs. Italia* del año 2015 consistente en la posibilidad de donación de embriones con fines de investigación en relación con el derecho al goce pacífico de las posiciones, la libertad de expresión y la vida privada, el tribunal a mi consideración perdió la oportunidad de pronunciarse respecto al inicio de la vida humana —de conformidad con el sistema de protección europeo— y determinó que la ley italiana persigue un fin valioso y por lo tanto es necesaria en una sociedad democrática, en este sentido concedió un margen de apreciación amplio a los Estados al respecto, toda vez que no existe un conceso Europeo respecto al inicio de la vida, contrario a lo sucedido en nuestro sistema interamericano con la sentencia *Artavia Murillo vs. Costa Rica* que fija perfectamente los límites temporales de la protección al derecho a la vida.

Finalmente, uno de los precedentes más relevantes utilizados para reforzar los argumentos contenidos en *Artavia Murillo vs. Costa Rica* es el precedente Europeo de *Vo. vs. Francia* de 2004 en el cual derivado de una situación lamentable de negligencia médica y aborto terapéutico el tribunal europeo determina que en primer lugar no existe un conceso europeo sobre la definición del inicio de la vida, sin embargo, esto no

9 Artículo 8: Derecho al respeto a la vida privada y familiar 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

implica que para efectos del artículo 2 del Convenio Europeo sea factible considerar al embrión como una persona que merezca de la protección brindada por el sistema.

Asimismo, se resalta que efectivamente hay un reconocimiento del embrión como parte de la raza humana derivado de su potencialidad progresiva de convertirse en persona por lo que es necesaria una protección en nombre de la dignidad humana, no así del derecho a la vida.

En adición a los criterios del Tribunal Europeo, en la sentencia analizada en el presente trabajo la Corte Interamericana realiza un dialogo jurisprudencial que podemos calificar de descendente respecto de varios criterios de cortes nacionales, como lo son el Tribunal Constitucional Alemán, Español e inclusive de nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Los cuales han reiterado que la protección a la vida no es absoluta y que los derechos de las mujeres deben de prevalecer al alegado derecho a la vida del no nacido, además que el hecho que la vida sea una precondition para el goce de todos los demás derechos no se puede considerar a la vida como lo más valioso.

De este modo, es dable afirmar que la Corte Interamericana dio un salto cuántico a comparación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en materia de protección a la vida, en el sentido que el tribunal interamericano con la sentencia en estudio fijó las bases sobre las cuales los Estados parte deben de entender y proteger el derecho a la vida de los nacidos —de manera gradual y progresiva— contrario a lo que sucede con el criterio europeo, de otorgar un margen de apreciación nacional un tanto amplio, en el sentido que los Estados pueden determinar en qué momento es dable otorgar protección a la vida prenatal sin que se menoscaben los derechos de la madre, no obstante a consideración de la suscrita dicha línea jurisprudencial resulta un tanto débil frente a la jurisprudencia interamericana que tiende mucho más hacia la protección de los demás derechos en juego.

4. CASO MEXICANO: LA RECEPCIÓN DE LA PROTECCIÓN ABSOLUTA DE LA VIDA POR PARTE DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

En principio es relevante destacar que por lo menos en la última década, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha erigido como un verdadero bastión de protección de derechos humanos, particularmente de derechos de las mujeres frente a injerencias estatales arbitrarias sobre nuestra autonomía corporal y dignidad.

Dichas decisiones han sido congruentes con el régimen de estado laico y la dignidad humana, por lo que evidentemente han sido celebradas por diversos órganos de protección de derechos fundamentales, tal es el caso que en la propia sentencia *Artavia Murillo vs. Costa Rica* la Corte Interamericana retoma ciertos criterios esgrimidos por

el Pleno de nuestra Suprema Corte al resolver las acciones de inconstitucionalidad 146/2007 y 147/2007 respecto a la despenalización del aborto en la Ciudad de México.

En la cual ya se habían pronunciado brevemente en el sentido que ni la Constitución ni el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establecían que el derecho a la vida fuese absoluto, ni que este exigiera un momento específico para el inicio de protección de ese derecho, pues tan solo exige que se cumplan las garantías de la no privación arbitraria de la vida y la no aplicación de la pena de muerte.

Así nuestro tribunal constitucional ha estudiado la prohibición a la protección absoluta de la vida en diversas ocasiones en procedimientos de acciones de inconstitucionalidad todas con tintes similares, pues se trata de estudiar la constitucionalidad de las constituciones locales que protegen la vida de manera absoluta desde la concepción, como respuesta a la fuerte tendencia a la despenalización del aborto y concretamente a las propias decisiones progresistas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en esta materia desde el año 2009.

De esta manera, de los primeros asuntos que llegan a la Corte Mexicana como respuesta a esta tendencia de los estados de proteger a la vida de manera absoluta, como respuesta a la despenalización en la capital son las acciones de inconstitucionalidad 11/2009 y 62/2009 en las cuales se estudia el texto del ordenamiento fundacional de los estados de Baja California y San Luis Potosí.

Mismas que lamentablemente fueron desestimadas porque no se logró alcanzar la mayoría de los votos necesarios en el Pleno —en ambos casos la votación fue de 7 Ministros por la invalidez— no obstante, dichos precedentes nos dan una perspectiva de la postura de nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación años antes de que la Corte Interamericana emitiera la sentencia de *Artavia Murillo vs Costa Rica* y fijara el estándar adecuado de protección de la vida de los no nacidos.

En ambos proyectos se destaca que la protección a la vida, por sí no es contraria a la Constitución, no obstante, el hecho que un cigoto califica como organismo vivo miembro de la especie humana, no es suficiente o razonable considerarlo como persona de acuerdo con la Constitución Federal, pues de esta no se desprende que los no nacidos sean personas más bien solo los reconoce como bienes jurídicamente protegidos.

Por lo que, no es dable considerar que el producto de la fecundación, independientemente de su etapa de desarrollo sea una persona jurídica o individuo para efectos de estar sujeto a la protección que otorga a todas las personas la Constitución Mexicana respecto al derecho a la vida.

De esta manera la Corte basa su principal premisa en el principio de supremacía constitucional, en el sentido que las constituciones locales no pueden equipar al “concebido” con una persona nacida y viable para todos los efectos de protección a derechos humanos a los que haya lugar, pues si ni siquiera la propia Constitución Federal con-

templan como persona al producto de la gestación, tampoco lo deben de hacer las constituciones locales.

Sin embargo, ambos proyectos presentados por el hoy Ministro en Retiro José Fernando Franco Salas, resaltan que, ello no equivale a no reconocer el valor intrínseco de la vida prenatal y la necesidad de su tutela, al contrario, hay un reconocimiento implícito del derecho a la vida prenatal, pero visto desde una óptica de un bien constitucionalmente protegido que no guarda una posición preeminente respecto de otros derechos.

Por lo que, el otorgar una indebida atribución de personalidad a la vida del no nacido resulta inconstitucional, pues ello tiene como consecuencia que se vulnere el derecho a la dignidad, autonomía personal y reproductiva de las mujeres, toda vez que se instrumentaliza a las mujeres como un mero instrumento gestador, perpetuando los roles y estereotipos de género, sin embargo, como ha quedado asentado en los párrafos que anteceden dichas acciones de inconstitucionalidad se desestimaron.

En cambio, más recientemente en el año 2021 al resolver las acciones de inconstitucionalidad 106/2018 y su acumulada 107/2018 la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cambió de sentido su criterio y determinó que no es constitucionalmente válido otorgar una protección absoluta del derecho a la vida del producto de la gestación. Al igual que los procedimientos anteriores, los hechos derivan que el estado de Sinaloa impuso proteger la vida desde la concepción en su constitución local, bajo una óptica de protección absoluta al no nacido.

Por lo que el Pleno por vez primera, determinó que las entidades federativas carecen de competencia para definir cuando comienza la vida humana y el concepto de persona para efectos de la protección del derecho a la vida, pues ello en principio correspondería únicamente a la Constitución Federal, además de que la vida es un *continuum*, por lo que es inaceptable pretender resolver normativamente un dilema sobre el cual no existe siquiera un conceso científico¹⁰, por lo que esta vez el Alto Tribunal no solo basó su decisión en el principio de supremacía constitucional, sino en la evidencia científica y la adecuada ponderación de derechos.

Asimismo, se retoma el razonamiento vertido en la sentencia de Artavia Murillo, en el sentido que la controversia de cuando comienza la vida humana es una cuestión que debe valorarse desde diversas perspectivas, jurídica, moral, científica, ética, moral, biológica, entre otras no obstante el otorgarles ciertos atributos metafísicos a los óvulos fecundados no justifica que se otorgue una protección prevalente e incondicionada del derecho a la vida de dichos embriones.

Se determina pues, que la cuestión sobre la cual debe de pronunciarse la Suprema Corte de Justicia de la Nación es la protección jurídica desde un punto de vista única-

10 Sentencia acción de inconstitucionalidad 106/2018 y su acumulada 107/2018, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, página 39, párrafo 81.

mente normativo, en la cual lógicamente la protección al derecho a la vida encuentra sus propios límites en el ejercicio de otros derechos.

De igual forma no reconoció que la vida en gestación tenga el mismo estatus constitucional que la vida de una persona nacida, la cual incuestionablemente es titular de derechos y retoma el principio de protección incremental y gradual de la vida prenatal establecido en la resolución de la Corte Interamericana, pues es constitucionalmente válido el interés estatal de otorgar protección al producto de la gestación no obstante se reconoce al embrión como bienes constitucionalmente relevantes que deben de protegerse de acuerdo con ese carácter, no así el de persona.

Por lo que el estatus de bien constitucionalmente relevante implica únicamente que su protección no puede ser absoluta o incondicionada y solo puede expresarse a través de la protección de las mujeres y personas gestantes, por lo que la vida en gestación tiene un carácter de bien o valor constitucionalmente relevante y que su protección junto con la vida de las mujeres y personas gestantes es imperiosa en el Estado Constitucional, sin embargo ello no supone un derecho absoluto a la vida del no nacido.

Finalmente, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estipula que ninguna protección a la vida desde la concepción puede generar restricciones en los derechos de las personas ya nacidas o ejecutarse a la luz de la ficción jurídica de la separación del embrión de la persona gestante, por lo que toda protección a la vida prenatal necesariamente se traduce y deberá de encaminarse en una protección a las mujeres y personas gestantes, sin que ello constituya intervenciones arbitrarias en su vida privada o derechos reproductivos.

En este sentido, el reconocimiento de un derecho absoluto del no nacido en aras de un interés estatal de proteger la vida prenatal constituye un menoscabo desproporcionado en los derechos de las mujeres y personas gestantes, por lo que el Estado de Sinaloa no puede tomar decisiones legislativas que disminuyan el goce de derechos en aras de proteger un bien constitucionalmente valioso que es la vida prenatal, cuya protección nunca puede ser absoluta sino gradual.

Por lo tanto, el criterio jurisprudencial mexicano al respecto es que una disposición constitucional que coloca en el mismo estatus jurídico a las personas nacidas respecto de los no nacidos con el propósito de equiparar su protección al derecho a la vida trastoca el orden constitucional y los principios de estado laico, plural y democrático, sin descartar que la vida prenatal tiene una dignidad intrínseca que debe ser protegida por el Estado a través de la protección de las mujeres y personas gestantes.

5. CONCLUSIÓN

En síntesis y a manera de conclusión se reconoce la importancia que tiene la sentencia *Artavia Murillo vs. Costa Rica* en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, toda vez que fija un estándar definido y exacto de protección al derecho a

la vida, el cual debe de ser gradual e incremental, nunca absoluto, con el objetivo que los Estados parte no puedan maniobrar dentro de dicho margen y así proteger los derechos a la vida privada, dignidad y autonomía personal de las mujeres y personas gestantes, pues como concluyó la Corte la verdadera protección al derecho a la vida se da a través de la protección de estas últimas.

Por lo tanto, a la luz de los razonamientos vertidos podemos concluir que la sentencia *Artavia Murillo vs. Costa Rica* es verdadera creación supranacional del derecho, toda vez que la interpretación dada al artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos al fijar los estándares de protección al derecho a la vida se incorpora al corpus iure internacional de los derechos humanos, tan es así que nuestra propia Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido fallos basándose en las consideraciones de la sentencia de mérito, brindando una protección especial a las mujeres y personas gestantes.

6. FUENTES DE CONSULTA

Corte IDH, Caso *Artavia Murillo y otros ("Fecundación In Vitro") vs. Costa Rica*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 28 de noviembre de 2012.

Sentencia acción de inconstitucionalidad 106/2018 y su acumulada 107/2018, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

Ruiz Miguel Alfonso et al, "Derecho a la vida y Constitución: consecuencias de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *Artavia Murillo v. Costa Rica*" <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34744.pdf> consultado el 5 de noviembre de 2021.

Cenedesi Bom Costa Rodrigues Renata "El Nuevo Concepto del Derecho a la Vida en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en Universidad Carlos III de Madrid e-Archivo https://core.ac.uk/display/30047157?utm_source=pdf&utm_medium=banner&utm_campaign=pdf-decoration-v1 consultado el 5 de noviembre de 2021.

Farnós Amorós Esther "La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: De Evans c. Reino Unido a Parrillo c. Italia" *Revista de Bioética y Derecho* no. 36 de la Universidad de Barcelona, https://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n36/bioetica_tribunal.pdf, consultado el 5 de noviembre de 2021.

LA NECESIDAD NORMATIVA DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ DESDE LA PERSPECTIVA POLÍTICO-ELECTORAL Y GUBERNAMENTAL EN EL ESTADO MEXICANO, A LA LUZ DEL *CORPUS IURIS* DEL DERECHO INTERNACIONAL

ALEJANDRA MALINALLI ORTIZ JÁCOME¹

RESUMEN: Ante la creciente vulneración del interés superior de la niñez en materia electoral y gubernamental, la actuación del Estado juega un papel fundamental, pues al dotar de eficacia el ingreso del Derecho Internacional de los derechos humanos ordenando replantear a nivel constitucional este principio, se evitaría su constante conculcación.

PALABRAS CLAVE: Interés superior de la niñez, constitución, propaganda política, propaganda gubernamental, electoral.

ABSTRACT: After the growing offences of the childhood surpassing interest in electoral and governmental subjects, State's performance plays an important role, since it contributes with efficiency at the entry of International Law of humans rights commanding to line up, at constitutional level this principle, it would avoid constant infringements.

KEYWORDS: Childhood surpassing interest, Constitution, political propaganda, governmental propaganda, electoral.

SUMARIO: 1. LOS DERECHOS HUMANOS COMO EXIGENCIAS DE PERSONAS VULNERABLES. 2. ¿QUÉ ES EL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ? 2.1. Concepto y aplicación. 2.2. Derecho sustantivo. 2.3. Principio jurídico interpretativo fundamental. 2.4. Norma de procedimiento. 3. MARCO CONVENCIONAL Y LEGAL DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ. 4. CONTENIDO Y ALCANCE EN LA PROPAGANDA POLÍTICO-ELECTORAL. 4.1. Propaganda político-electoral. 4.2. Límites a la propaganda político-electoral. 4.3. Propaganda gubernamental. 4.4. Límites a la propaganda gubernamental. 5. PRECEDENTES RELEVANTES Y JURISPRUDENCIA APLICABLE. 6. OMISIÓN LEGISLATIVA DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ EN LA MATERIA POLÍTICO-ELECTORAL Y GUBERNAMENTAL. 7. CREACIÓN DE UN MARCO NORMATIVO EN LA MATERIA POLÍTICO-ELECTORAL Y GUBERNAMENTAL. 8. CONCLUSIÓN. 9. FUENTES DE CONSULTA.

1. LOS DERECHOS HUMANOS COMO EXIGENCIAS DE PERSONAS VULNERABLES

— ¿Te acuerdas cuando el juez habló contigo?
— Recuerdo que el juez me dio una manzana y me cayó bien.
Después salió así como que su lado malo.
— Mujer menor de edad.²

¹ Maestrante en Derecho Constitucional en la Escuela Libre de Derecho.

² SCJN. *Protocolo para juzgar con perspectiva de niñez e infancia*. México. 1ª. Edición, noviembre 2021. P. 40.

Al hablar de personas vulnerables nos referimos a aquellas cuyas necesidades o intereses se encuentran amenazados o insatisfechos a causa de la posición política, social, cultural o económica que ocupan en la comunidad.³

Ejemplo de estas categorías son las mujeres, las personas migrantes, personas discapacitadas, personas en pobreza extrema, comunidades indígenas, comunidad LGBT-TTIQ+ y las niñas, niños y adolescentes.

Desde esta perspectiva, los derechos pueden verse como exigencias de los sujetos más débiles frente a los más fuertes, esto es, como pretensiones de quienes se encuentran en una situación de vulnerabilidad frente a quienes detentan cualquier tipo de poder, tanto en el ámbito público como en el privado.⁴

En ese sentido, la obligación de garantizar estos derechos tiene el objetivo de mantener el disfrute de ellos y mejorarlos, lo que exige la conducta positiva del Estado para asegurar la realización del derecho, implicando una perspectiva global de realización de los derechos humanos en el país⁵, como el derecho a la protección de la identidad, mismo que será materia de análisis en el presente instrumento, a la luz del interés superior de la niñez.

2. ¿QUÉ ES EL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ?

2.1. Concepto y aplicación

El interés superior de la niñez es un principio constitucional y convencional de interpretación que establece que, ante la toma de una decisión que involucre niñas, niños y adolescentes, se debe evaluar y ponderar las posibles repercusiones en sus derechos y asegurar una protección plena.⁶

Dicho principio exige la prevalencia de los derechos de la infancia frente a cualquier otro interés, por lo que, ante un conflicto, se debe ponderar por encima de cualquier otro ese derecho infantil⁷, de modo que, cualquier medida o decisión pública que pue-

3 Aparicio Wilhelmi, Marco y Pisarello, Gerardo, "Los derechos humanos y sus garantías. Nociones Básicas", en *Los derechos humanos en el siglo XXI: continuidad y cambios*, Huygens, Madrid, 2008. P.9

4 Ídem

5 Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel, *Los derechos en acción*. Obligaciones y principios de derechos humanos FLACSO-México, México, 2017, pp. 71-78.

6 Artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

7 Acción de inconstitucionalidad 2/2010 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, párrafo 129: "El ejercicio de los derechos fundamentales de las niñas y los niños se encuentra por encima de cualquier otro interés y las autoridades están no sólo obligadas a garantizar ese ejercicio, sino a velar porque el mismo se cumpla. Cuando se anteponen los derechos de la infancia con los de sus padres, la autoridad tiene obligación de ponderar por encima de cualquier otro, ese derecho infantil."

da afectar a la niñez requiere adoptar medidas reforzadas o gravadas, para protegerlos con una mayor intensidad⁸.

Por eso, las autoridades del Estado deben garantizar y sancionar aquellas intromisiones arbitrarias e ilegales en la intimidad de las niñas, niños y adolescentes, que atenten contra su honra, imagen y reputación.

2.2. Derecho sustantivo

Ahora bien, el interés superior como derecho sustantivo se refiere a que el derecho de niñas, niños y adolescentes sea una consideración primordial siempre que se tenga que tomar una decisión que les afecte, ya sea personal o colectivamente.⁹

Esto implica que las autoridades, incluyendo las jurisdiccionales tienen la obligación de garantizar que el derecho del interés superior se respete siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a una niña, niño o adolescente.¹⁰

2.3. Principio jurídico interpretativo fundamental

Esta dimensión supone que, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá aquella que satisfaga de manera más efectiva el ejercicio de los derechos de la niñez.

Así, cuando se estudian medidas legislativas o administrativas que afectan sus derechos, el interés superior es un principio orientador de la actividad interpretativa que se relaciona con cualquier norma jurídica que tenga que aplicarse a la infancia y la adolescencia en casos que puedan afectar sus intereses.¹¹

2.4. Norma de procedimiento

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que en los procedimientos judiciales en que esté involucrada la infancia y adolescencia, las personas juzgadoras

8 Tesis aislada 1a. LXXXIII/2015 (10a.), de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: “INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO ELEMENTO DE INTERPRETACIÓN EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL.”

9 Charbel Sergio. *La jurisdicción restaurativa del Sistema Jurídico Estatal. Una visión de la regularidad normativa más allá de los parámetros constitucionales y convencionales*. México. 2021. p. 53

10 Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 11, Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención, 12 de febrero de 2009, párrafo 30.

11 Sentencias recaídas al Amparo Directo en Revisión 1187/2010, op. cit.; Amparo Directo en Revisión 1005/2012, resuelto el 12 de septiembre de 2012; Amparo Directo en Revisión 3759/2012, resuelto el 27 de febrero de 2013; Amparo Directo en Revisión 583/2013, op. cit., y Amparo Directo en Revisión 3248/2013, resuelto el 22 de enero de 2014.

cuentan con facultades tuitivas para flexibilizar los principios y normas procesales con objeto de hacerlos compatibles con el principio de interés superior de la infancia.¹²

Es decir, siempre que una decisión afecte a una o más niñas, niños o adolescentes, se deberá incluir la estimación de posibles repercusiones (positivas o negativas) para la niñez, en el proceso para la toma de decisiones.

3. MARCO CONVENCIONAL Y LEGAL DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ

El interés superior de la niñez se encuentra referenciado en múltiples ordenamientos nacionales e internacionales como un eje rector de los asuntos que les involucren.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, es el instrumento internacional que realiza aportaciones al reconocimiento de la subjetividad jurídica de las niñas y niños, subrayando su particular necesidad de especial cuidado.

En ese tenor, el bienestar de la niñez se configura como el principio superior que articula todo el Tratado¹³ destacando la primacía frente al Estado de los derechos y obligaciones de los padres y la protección de la esfera familiar como principios fundamentales¹⁴, sin olvidar una prohibición general de discriminación.¹⁵

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la expresión *interés superior del niño*, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño o niña.

A su vez, el Derecho comparado ofrece avances en la protección de los derechos del menor de edad, muestra de ello lo son los pronunciamientos del entonces Tribunal Constitucional Federal alemán, órgano jurisdiccional que en su momento consideró que el respeto a la dignidad del menor se debe procurar especialmente, y que el deber de control del Estado sobre el cuidado y la educación de las niñas y los niños, deriva fundamentalmente de que es el propio menor como titular de derechos fundamentales quien puede esperar y reivindicar la protección del Estado, debido a que es un ser con un derecho inherente a la dignidad y con el derecho propio al libre desarrollo de su personalidad, tal y como lo mandata en sus primeros artículos la Ley Fundamental de Bonn.

Por ello, el citado Tribunal expuso que los derechos fundamentales del respeto a la dignidad de la persona, esto es, del menor de edad y su derecho al libre desarrollo de la

12 Sentencia recaída al Amparo Directo 22/2016, op. cit., párrafo 55.

13 Artículo 3.

14 Artículos 3, 5 y 18.

15 Artículo 2.1.

personalidad, derivan de la propia Constitución, que entraña, por ende, la protección de la infancia¹⁶.

Por otro lado, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes considera una violación a su intimidad, cualquier manejo directo de su imagen, nombre, datos personales o referencias que permitan su identificación en los medios de comunicación, o bien que menoscabe su honra o reputación, sea contrario a sus derechos o los ponga en riesgo.¹⁷

Ciertamente, los artículos 12, de la Convención sobre los Derechos del Niño y 2, fracción I, 64 y 71, de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, establecen la obligación de los Estados de garantizar al niño, niña o adolescente que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de la edad y su madurez, entendiéndose que la libertad de expresión de los menores conlleva el derecho a que se tome en cuenta su opinión, y por ello, las autoridades en el ámbito de sus respectivas competencias, deberán establecer las acciones que permitan la recopilación de esas opiniones.

En otro aspecto, el artículo 4º, párrafo noveno, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dispone que en todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos.

Ello representa un punto de convergencia con los derechos de las y los menores de edad reconocidos en tratados internacionales y, constituye el parámetro de regularidad especializado respecto de los derechos de la niñez, como el que establece el artículo 1o., párrafo segundo, de la Constitución Federal respecto de los derechos humanos en general.

A su vez, del contenido expreso del artículo 1o. constitucional se advierte la adopción de una protección amplia de los derechos humanos, mediante el reconocimiento del principio *pro personae*, como rector de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, en aquellas circunstancias que favorezcan y brinden mayor protección a las personas, aunado a que también se precisa de manera clara la obligación de observar los tratados internacionales firmados por el Estado Mexicano, al momento de aplicar e interpretar las normas jurídicas en las que se vean involucrados este tipo de derechos, como son los señalados atributos de la personalidad conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

16 Véanse los Recursos de revisión del procedimiento especial sancionador SUP-REP-60/2016 Y ACUMULADOS de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

17 Artículo 77.

4. CONTENIDO Y ALCANCE EN LA PROPAGANDA POLÍTICO-ELECTORAL

Como se indicó, el Estado mexicano, a través de sus instituciones, autoridades y tribunales, tiene la obligación de respetar el interés superior de la niñez, así como de adoptar medidas necesarias para asegurar y maximizar la protección y efectividad de los derechos de las y los niños y adolescentes.

Por ello, en materia electoral, los Tribunales tienen el deber de verificar o analizar con la mayor eficiencia, cuidado y sensibilización, todos aquellos escenarios en que exista la participación o imagen de niñez y adolescencia, ya que son un sector de la población que se encuentra en un grado de vulnerabilidad y riesgo potencial que requieren de una atención y respeto principal.

Al efecto, el derecho fundamental a la propia imagen constituye uno de los rasgos inherentes de la persona, que le permite disponer de su apariencia; considerado por la Suprema Corte como un derecho de defensa y garantía esencial para la condición humana, porque puede reclamarse tanto en defensa de la intimidad violada o amenazada como exigir del Estado que prevenga la existencia de eventuales intromisiones que lo lesione.¹⁸

De ahí que, los límites sobre la captación, reproducción o publicación de la imagen de una persona tratándose de menores de edad exige una protección reforzada debido al interés superior de la niñez.

Por tanto, la libertad de expresión está acotada o se ve limitada en su goce y ejercicio, en tanto los niños, niñas y adolescentes como personas de especial protección constitucional se encuentran en un riesgo mayor de ser sujetos de arbitrariedades, ante publicaciones que los comprometan.

Consecuentemente, en cualquier acto, mensaje o medio de difusión de propaganda político-electoral en el que aparezcan niñas, niños o adolescentes ya sea de manera directa o incidental, debe existir el consentimiento de quien o quienes ejerzan la patria potestad o el tutor o, en su caso, la autoridad debe suplirlos.

Al igual deben contar con las manifestaciones de las y los menores sobre su opinión libre e informada respecto a la propaganda en la que participen.

En caso de que no se tenga esa documentación, independientemente si la aparición fue directa o incidental se deberá difuminar, ocultar o hacer irreconocible la imagen, la voz o cualquier otro dato que haga identificable a los niños, niñas o adolescentes, a fin de salvaguardar su imagen y, por ende, su derecho a la intimidad.

18 Tesis aislada P. LXVII/2009, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: “DERECHOS A LA INTIMIDAD, PROPIA IMAGEN, IDENTIDAD PERSONAL Y SEXUAL. CONSTITUYEN DERECHOS DE DEFENSA Y GARANTÍA ESENCIAL PARA LA CONDICIÓN HUMANA.”

Los sujetos obligados a esas directrices son los partidos políticos, coaliciones, candidaturas, autoridades y personas físicas o morales que se encuentren vinculadas.

4.1. Propaganda político-electoral

Paolo Facchi, entiende este concepto como “un trabajo de presión ejecutado para influir sobre la opinión pública y la conducta de la sociedad, de tal modo que el individuo adopte una opinión y un comportamiento determinado.”¹⁹

Jean Marie Domenach sostiene que “la finalidad de la propaganda es: sugerir o imponer creencias y reflejos que a menudo modifican el comportamiento, la manera de ser e incluso las convicciones religiosas o filosóficas. La propaganda influye, entonces, en la actitud fundamental de la persona humana.”²⁰

En efecto, la propaganda electoral es el conjunto de escritos, publicaciones, imágenes, grabaciones, proyecciones y expresiones que durante la campaña electoral producen y difunden los partidos políticos, las candidaturas registradas y sus simpatizantes, con el propósito de presentarse ante la ciudadanía.

Se encuentra íntimamente ligada a la campaña política de los respectivos partidos que compiten en el proceso para aspirar al poder, pues se trata de la presentación gráfica, en sonido, en proyecciones o en imágenes de los mensajes de las propias candidaturas, propiciando la exposición, desarrollo y discusión de los programas y acciones de los partidos políticos, tanto en sus documentos básicos, como en su plataforma electoral.²¹

4.2. Límites a la propaganda político-electoral

Ahora bien, la propaganda electoral debe someterse a ciertas restricciones impuestas por el Estado, pues únicamente podrá colocarse, colgarse, fijarse, adherirse, proyectarse, distribuirse y pintarse en los lugares y sitios, términos y condiciones establecidos en las legislaciones electorales locales.

A su vez, la propaganda de los partidos políticos, coaliciones, candidaturas y candidaturas independientes, colocada en inmuebles de propiedad privada, deberá registrarse ante el Consejo respectivo, adjuntando copia del permiso escrito del propietario o po-

19 Alanís María del Carmen. “La aplicación imparcial de recursos públicos y la prohibición de propaganda oficial personalizada como garantías de equidad de la contienda electoral” en Sufragio. Revista Especializada en Derecho Electoral. Publicación del Tribunal Electoral del Poder Judicial del Estado de Jalisco, Publicación Trimestral, Diciembre 2009. 3ra. Época, Núm. 2, México.

20 Ídem.

21 Jakez Gamallo, Luis Carlos. Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales. Doctrina, Legislación, Comentarios, Jurisprudencia, Tesis Relevantes y Tematizado, Ed. Porrúa, México, 2006, p. 674.

seedor y deberá contener la identificación precisa del partido político o coalición que registró a las candidaturas.

Por otro lado, no podrá fijarse en lugares de uso común que determinen los Consejos respectivos, previo acuerdo con las autoridades correspondientes y conforme a las bases que los referidos órganos establezcan.

Tampoco se podrá colocar, colgar, fijar, distribuir, proyectar o pintar imágenes en edificios públicos, adherir o pintar propaganda electoral en plazas públicas de los municipios; a excepción del día de mitin o cierre de campaña.

Finalmente, los partidos políticos, coaliciones y candidaturas independientes deberán abstenerse de entregar cualquier tipo de material que contenga propaganda política o electoral en el que se oferte o entregue algún beneficio directo, indirecto, mediato o inmediato, en especie o efectivo, a través de cualquier sistema que implique la entrega de un bien o servicio, ya sea por sí o interpósita persona está estrictamente prohibida a los partidos, candidatos, sus equipos de campaña o cualquier persona.²²

4.3. Propaganda gubernamental

En otro aspecto, se debe entender como propaganda gubernamental, al conjunto de actos, escritos, publicaciones, imágenes, grabaciones, proyecciones y expresiones que llevan a cabo los servidores o servidoras o entidades públicas que tengan como finalidad difundir para el conocimiento de la ciudadanía la existencia de logros, programas, acciones, obras o medidas de gobierno para conseguir su aceptación, difundida por los poderes Federales, estatales y municipales.²³

La anterior definición no es un catálogo taxativo de supuestos o conductas que puedan ser englobadas en ella, sino elementos mínimos subjetivos y objetivos, de modo que exista certeza al perfilar si una determinada conducta constituye o no propaganda gubernamental.

En el desarrollo de su doctrina judicial, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación al resolver el SUP-REP-185/2018, así como el SUP-REC-1452/2018 y acumulado, enfatizó el elemento de la finalidad o intención de la propaganda, como una comunicación gubernamental tendente a publicitar o difundir acciones de gobierno para buscar la adhesión o aceptación de la población; a diferencia de aquella otra comunicación que pretende exclusivamente informar respecto de

22 Lineamientos de propaganda del Instituto Electoral del Estado de México, consultados el catorce de diciembre de 2021. Disponibles en: https://www.ieem.org.mx/d_electoral/lineamientos/propaganda_ieem.pdf

23 Tal definición ha sido reiterada en diversos asuntos, entre ellos, en los SUP-REP-127/2017, SUP-REP-185/2018 y SUP-REP-217/2018; SUP-JRC-108/2018, SUP-RAP-360/2012 y SUP-RAP-428/2012 de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

una situación concreta, para prevenir a la ciudadanía de algún riesgo o comunicar alguna acción concreta, sin aludir a logros o buscar la adhesión o el consenso de la ciudadanía.²⁴

4.4. Límites a la propaganda gubernamental

No obstante lo anterior, los partidos políticos, coaliciones, candidaturas, candidaturas independientes y la ciudadanía coadyuvarán con las autoridades administrativas locales a vigilar que las autoridades estatales y municipales, así como las legislaturas locales se abstengan de:

- Difundir sus logros o programas de gobierno en medios de comunicación social, desde el inicio de las campañas electorales y hasta la conclusión de la jornada electoral. Las únicas excepciones a lo anterior serán las campañas de información de las autoridades electorales, las relativas a los servicios educativos y de salud o las necesarias para la protección civil en casos de emergencia.
- Establecer y operar programas de apoyo social o comunitario que impliquen entrega a la población de materiales, alimentos o cualquier otro elemento que forme parte de sus programas asistenciales o de promoción y desarrollo social, durante los treinta días anteriores al de la jornada electoral, salvo en los casos de extrema urgencia debido a enfermedades, desastres naturales, siniestros u otros eventos de igual naturaleza.²⁵

Como se observa, no existe obligación expresa para las y los actores políticos en materia de propaganda político-electoral, ni para servidores o servidoras públicas para el caso de propaganda gubernamental, prevista en los ordenamientos locales, leyes generales o en la Constitución Federal, respecto de la protección del interés superior de la niñez.

5. PRECEDENTES RELEVANTES Y JURISPRUDENCIA APLICABLE

Resulta pertinente mencionar precedentes que han sido fundamentales para la consolidación y el cumplimiento del principio de interés superior de la niñez.

Dichos precedentes han surgido derivado de la participación de niñas, niños y adolescentes en promocionales que inciden en el debate político o, en procesos deliberativos de decisión política y en los cuales se ha vulnerado el interés superior.

24 Criterio adoptado en el **SRE-PSC-80/2021** de la Sala Regional Especializada del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

25 Lineamientos de propaganda del Instituto Electoral del Estado de México, consultados el catorce de diciembre de 2021. Disponibles en: https://www.ieem.org.mx/d_electoral/lineamientos/propaganda_ieem.pdf

En primer lugar, la Opinión consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estableció que la adopción de medidas especiales para la protección del niño corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que aquél pertenece y que en aras de la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta ese superior interés y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen en la materia.

En segundo término, en el recurso de revisión del procedimiento especial sancionador SUP-REP-60/2016 Y ACUMULADOS la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación vinculó al Consejo General del Instituto Nacional Electoral²⁶, para que en plenitud de atribuciones, emitiera los lineamientos, acuerdos o reglamentos que estimara conducentes, con el propósito de regular de manera integradora, a través de medidas idóneas y eficaces los requisitos que debe cumplir la propaganda política electoral de cualquier índole, cuando se estime necesario proteger el interés superior del menor y de personas en situación de vulnerabilidad.

Por otro lado, en los juicios electorales SUP-JE-92/2021 y el SUP-JE-71/2021 la Sala Superior²⁷ estableció que deben ser sancionados aquellos sujetos que exhiban propaganda política en donde los menores de edad aparezcan con cubrebocas, pues la circunstancia de que se aprecie la imagen parcial de los menores mediante el uso de cubrebocas no exime de la obligación de difuminar sus imágenes.

En otro aspecto, en el SUP-JE-183/2021 se resolvió que acorde a la línea general que ha establecido la Sala Superior, el consentimiento de los menores que participan en propaganda debe ser otorgado por la madre y el padre y como excepción, puede darlo solo uno de los progenitores si manifiesta expresamente que el otro progenitor está de acuerdo y las razones que expliquen su ausencia.

De manera similar, los SUP-REP-170/2018, SUP-REP-650/2018 y SUP-REP-726/2018 dieron origen a la jurisprudencia 20/2019 emitida por la Sala Superior de rubro *PROPAGANDA POLÍTICA Y ELECTORAL. CUANDO APAREZCAN MENORES SIN EL CONSENTIMIENTO DE QUIEN EJERZA LA PATRIA POTESTAD O TUTELA, SE DEBE HACER IRRECONOCIBLE SU IMAGEN*²⁸, que estableció que en todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio de interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos, por lo que, cuando en la propaganda político-electoral, independientemente si es de manera directa o incidental, aparezcan menores de dieciocho años de edad, el partido político deberá recabar por escrito el consentimiento de quien ejerza la patria potestad o tutela, y en

26 En lo sucesivo INE.

27 En lo sucesivo Sala Superior.

28 Criterio consultado el catorce de diciembre de dos mil veintiuno, disponible en: <https://www.te.gob.mx/IUSEapp/tesisjur.aspx?idtesis=20/2019&tpoBusqueda=S&sWord=20/2019>

caso de que no cuente con el mismo, deberá difuminar, ocultar o hacer irreconocible la imagen, la voz o cualquier otro dato que haga identificable a los niños, niñas o adolescentes, a fin de salvaguardar su imagen y, por ende, su derecho a la intimidad.

En mismo sentido se pronunció la Sala Superior en la jurisprudencia 5/2017, de rubro *PROPAGANDA POLÍTICA Y ELECTORAL. REQUISITOS MÍNIMOS QUE DEBEN CUMPLIRSE CUANDO SE DIFUNDAN IMÁGENES DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES*.²⁹

En otro término, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció en la tesis 1ª XL-VII/2011, de rubro *INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. ES UN PRINCIPIO DE RANGO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO EN LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS MENORES PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 4o. CONSTITUCIONAL*, que el interés superior del niño es uno de los principios rectores más importantes del marco internacional de los derechos del niño. En el ámbito interno, el legislador ordinario también ha entendido que el interés superior es un principio que está implícito en la regulación constitucional de los derechos del niño.³⁰

Finalmente, dicho Tribunal en la tesis I.50.C. J/14 de rubro *INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. ALCANCES DE ESTE PRINCIPIO*³¹, determinó que el sistema jurídico mexicano establece diversas prerrogativas de orden personal y social en favor de los menores, lo que implica que en todo momento las políticas, acciones y toma de decisiones vinculadas a esa etapa de la vida humana, se realicen de modo que, se busque su beneficio.

6. OMISIÓN LEGISLATIVA DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ EN LA MATERIA POLÍTICO-ELECTORAL Y GUBERNAMENTAL

La constitución es suprema al ocupar el primer lugar en el sistema jurídico estatal. Esa ordenación del sistema jurídico, con base en un ordenamiento supremo, genera controles sistémicos y hace posible la estabilidad en la sociedad.³²

Este ordenamiento representa el instrumento más importante para dar efectividad a las expectativas normativas de mayor significado para una sociedad, pues su creación garantiza los principios fundamentales del sistema jurídico estatal; parte de bases le-

29 Criterio consultado el catorce de diciembre de dos mil veintiuno, disponible en: <https://www.te.gob.mx/IUSEapp/tesisjur.aspx?idtesis=5/2017&tpoBusqueda=S&sWord=5/2017>

30 Criterio consultado el catorce de diciembre de dos mil veintiuno, disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=25083&Clase=DetalleTesisEjecutorias>

31 Criterio consultado el catorce de diciembre de dos mil veintiuno, disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=25083&Clase=DetalleTesisEjecutorias#:~:text=Los%20tribunales%20federales%20han%20destacado,los%20menores%20vivir%20plenamente%20>

32 Charbel Sergio. *La jurisdicción restaurativa del Sistema Jurídico Estatal. Una visión de la regularidad normativa más allá de los parámetros constitucionales y convencionales*. México. 2021. p. 104.

gítimas, su existencia genera mayor seguridad jurídica y da bases estructurales para el beneficio de las personas.

El respeto a la constitución genera orden en la sociedad, por lo que las autoridades y particulares deben apegarse a los mandatos de la constitución, de lo contrario su actuación es inválida.³³

Con relación al interés superior de la niñez, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos³⁴ ha establecido además de lo previsto en el artículo 4^o³⁵, lo siguiente:

El artículo 3^o constitucional en su párrafo cuarto refiere que el Estado priorizará el interés superior de niñas, niños, adolescentes y jóvenes en el acceso, permanencia y participación en los servicios educativos.

De igual modo, el artículo 29 pauta que en los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de, entre otros, los derechos de la niñez.

Finalmente, el artículo 73 constitucional norma en la fracción XXXIX-P, que el Congreso tiene la facultad de expedir leyes que establezcan la concurrencia de la Federación, las entidades federativas, los Municipios y, en su caso, las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, velando en todo momento por el interés superior de los mismos, así como en materia de formación y desarrollo integral de la juventud, cumpliendo con los tratados internacionales de la materia de los que México sea parte.

Como se puede apreciar, la Constitución prevé el principio del interés superior de la niñez y se garantiza en diversos ámbitos, como el educativo, legislativo, e incluso, el interés superior de la adolescencia se contempla en materia penal.³⁶

No obstante, en materia político-electoral ha sido soslayado, pues la vulneración del derecho a la intimidad de las y los menores es vulnerado constantemente por parte de las candidaturas, partidos políticos y servidoras y servidores públicos, al promocionar indebidamente su imagen.

33 Ídem.

34 En lo sucesivo Constitución.

35 En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos.

36 Artículo 18 constitucional. Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados. La operación del sistema en cada orden de gobierno estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes. Se podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente.

Esto es así, porque el interés por influir en la percepción de la sociedad se ha priorizado respecto del interés superior de la niñez, ya que se ha sobreexposto en gran medida la imagen de las y los menores en la propaganda político-electoral y gubernamental.

Ello, pues el derecho a la imagen de las niñas, niños y adolescentes está vinculado con el derecho a la intimidad y el derecho al honor, entre otros derechos de su personalidad, los que han resultado lesionados a partir de la difusión de su imagen en los medios de comunicación social, como ocurre con los spots televisivos de los partidos políticos.

Por ende, es dable afirmar que, si en los medios de comunicación se recurre a imágenes de menores como recurso propagandístico y parte de la inclusión democrática, se deben resguardar ciertas garantías, como lo es que exista el consentimiento por escrito o cualquier otro medio, de quienes ejerzan la patria potestad o tutela, así como la opinión de la niña, niño o adolescente.

Lo anterior, a fin de resguardar su derecho a la dignidad o intimidad, debido a que no pueden ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, imagen, familia, domicilio o correspondencia; tampoco de divulgaciones o difusiones ilícitas de información de sus datos personales, incluida aquella que tenga carácter informativo a la opinión pública o de noticia que permita identificarlos y que atenten contra su honra.

De ahí que se considere la vulneración del principio del interés superior de la niñez, porque si bien los Lineamientos emitidos por el INE exigen que en las publicaciones con contenido de propaganda político-electoral en las que aparezcan imágenes de menores de edad debe protegerse de manera efectiva el derecho a su imagen, lo cierto es que, no se contempla premisa expresa respecto de ello a rango constitucional federal, ni local.

Para el caso, el artículo 41, apartado C, párrafo primero de la Constitución establece que en la propaganda política o electoral que difundan los partidos y candidatos deberán abstenerse de expresiones que calumnien a las personas.

Refiere que, durante el tiempo que comprendan las campañas electorales federales y locales y hasta la conclusión de la respectiva jornada comicial, deberá suspenderse la difusión en los medios de comunicación social de toda propaganda gubernamental, tanto de los poderes federales, como de las entidades federativas, así como de los Municipios, de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México y cualquier otro ente público. Las únicas excepciones a lo anterior serán las campañas de información de las autoridades electorales, las relativas a servicios educativos y de salud, o las necesarias para la protección civil en casos de emergencia.

Por su parte, el artículo 134 constitucional pauta que la propaganda, bajo cualquier modalidad de comunicación social, que difundan como tales, los poderes públicos, los órganos autónomos, las dependencias y entidades de la administración pública y cual-

quier otro ente de los tres órdenes de gobierno, deberá tener carácter institucional y fines informativos, educativos o de orientación social. En ningún caso esta propaganda incluirá nombres, imágenes, voces o símbolos que impliquen promoción personalizada de cualquier servidor público.

Como se observa, dichas premisas normativas contienen restricciones a la propaganda político-electoral y gubernamental sin que sea contemplado el interés superior de la niñez como eje transversal de dichas actividades a nivel constitucional.

7. CREACIÓN DE UN MARCO NORMATIVO EN LA MATERIA POLÍTICO-ELECTORAL Y GUBERNAMENTAL

Los principios jurídicos son normas jurídicas que establecen los fundamentos y rigen la creación, implementación, regeneración y restauración del sistema jurídico, de un ordenamiento jurídico o de una figura o institución jurídica.³⁷

Dworkin señala que los principios tienen una dimensión que no tienen las reglas: “la dimensión del peso o importancia.” Entre principios de una misma categoría no hay jerarquías, pues de lo contrario “se produciría una incompatibilidad con el carácter pluralista de la sociedad”, lo que hay es un peso o importancia para su aplicación, con respecto a otros, para un determinado caso o persona.³⁸

La dimensión del peso o importancia entre los principios que se contraponen es la base para la resolución de conflictos; quien debe resolver el conflicto debe tener en cuenta el peso relativo de cada uno.

Ahora bien, debido a su función, los principios no requieren de un reconocimiento expreso en disposiciones o enunciados jurídicos, porque son las causas del sistema jurídico, de ordenamientos jurídicos o de figuras o instituciones jurídicas; son presupuestos de estos. Las reglas, para garantizar la seguridad jurídica, deben ser expresas.³⁹

La diferencia que destaca Dworkin es la siguiente: las reglas son aplicables a manera de disyuntivas, de todo o nada. Los principios “no pretenden ni siquiera establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación, más bien enuncia una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión en particular.”⁴⁰

37 Para Dworkin un principio es “un estándar que ha de ser observado... porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.” También señala que “un principio enuncia un objetivo social.” En *Los derechos en serio*, op. cit., nota 154, pp. 72 y 73.

38 Charbel Sergio. *La jurisdicción restaurativa del Sistema Jurídico Estatal. Una visión de la regularidad normativa más allá de los parámetros constitucionales y convencionales*. México. 2021. p. 50.

39 Charbel Sergio. *La jurisdicción restaurativa del Sistema Jurídico Estatal. Una visión de la regularidad normativa más allá de los parámetros constitucionales y convencionales*. México. 2021. p. 48.

40 Ídem.

Los principios son las causas sobre las que se basa el sistema jurídico, un ordenamiento jurídico, o una figura o institución jurídica; las reglas son mandatos concretos para el orden social basados en los principios.

En el particular, se considera que existe una omisión legislativa respecto del principio del interés superior de la niñez, en virtud de que la Constitución no lo contempla en materia electoral y, en consecuencia, no existe marco normativo vinculatorio a ello, que obligue a los partidos políticos, candidaturas y servidores y servidoras públicas a actuar conforme a a dicho principio.

No se soslaya que el artículo 4º constitucional refiere que en todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos, sin embargo, esta obligación debe ser requerida a las y los actores políticos dentro y fuera de un proceso electoral, pues como ha quedado demostrado, este principio ha sido vulnerado de manera reiterada a través de la propaganda política y gubernamental.

Así, se considera que, si dicho principio es tutelado a nivel constitucional para las materias educativa, penal y legislativa, también debe ser exigido para la materia electoral, específicamente tutelado en el artículo 41 y 134 de nuestra carta magna.

Ello, conforme a lo sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha señalado que la expresión interés superior del niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño o niña.

De ahí que si bien, los principios no requieren de un reconocimiento expreso en disposiciones o enunciados jurídicos, la constante conculcación a los derechos de la niñez vuelve necesario su amparo en materia electoral a través de la Constitución, para que así, se legislen normas secundarias que tengan como fin imponer condiciones de aplicación con obligaciones o prohibiciones de carácter concluyente o subsumible en casos genéricos.

Al efecto, para un mayor análisis de la propuesta se transcribe el artículo 41 constitucional apartado c, párrafo primero:

Apartado C. En la propaganda política o electoral que difundan los partidos y candidatos deberán abstenerse de expresiones que calumnien a las personas.

La forma en la que se propone sea reformada es la siguiente:

*Apartado C. En la propaganda política o electoral que difundan los partidos y candidatos deberán **tutelar el interés superior de la niñez** y abstenerse de expresiones que calumnien a las personas.*

Ahora bien, respecto de la propaganda gubernamental a continuación se cita el contenido del artículo 134 penúltimo párrafo:

La propaganda, bajo cualquier modalidad de comunicación social que difundan como tales, los poderes públicos, los órganos autónomos, las dependencias y entidades de la administración pública y cualquier otro ente de los tres órdenes de gobierno, deberá tener carácter institucional y fines informativos, educativos o de orientación social. En ningún caso esta propaganda incluirá nombres, imágenes, voces o símbolos que impliquen promoción personalizada de cualquier servidor público.

La propuesta de reforma es la siguiente:

*La propaganda, bajo cualquier modalidad de comunicación social que difundan como tales, los poderes públicos, los órganos autónomos, las dependencias y entidades de la administración pública y cualquier otro ente de los tres órdenes de gobierno, deberá tener carácter institucional y fines informativos, educativos o de orientación social. En ningún caso esta propaganda incluirá nombres, imágenes, voces o símbolos que impliquen promoción personalizada de cualquier servidor público **o que vulneren el interés superior de la niñez.***

Como consecuencia de ello, los manuales, protocolos y recomendaciones que han sido emitidas por el INE en materia de propaganda política-electoral, adquirirán obligatoriedad, vinculando a las y los actores políticos a tutelar el principio citado en sus actuaciones.

Además, es necesario resaltar que en materia de propaganda gubernamental no existe reglamentación o protocolo alguno que regule la actuación de las y los servidores públicos con relación al interés superior del menor de edad.

Por lo que, el incluir la tutela de este principio para la propaganda citada conllevaría la protección de las y los menores más allá de lo normado para la propaganda político-electoral, al ser nula su protección en el ámbito de gobierno.

De ello se colige que cuando en la propaganda, independientemente si es de manera directa o incidental, aparezcan menores de dieciocho años de edad, se deberá recabar por escrito el consentimiento de quien ejerza la patria potestad o tutela, y en caso de que no cuente con el mismo, deberá difuminar, ocultar o hacer irreconocible la imagen, la voz o cualquier otro dato que haga identificable a los niños, niñas o adolescentes, a fin de salvaguardar su imagen y, por ende, su derecho a la intimidad.

Consecuentemente, el incumplimiento a ello deberá ser sancionado por las autoridades electorales.

Así, se dotaría de eficacia el ingreso del Derecho Internacional de los derechos humanos, ordenando replantear a nivel constitucional la tutela del interés superior del menor de edad y en consecuencia al conjunto del ordenamiento jurídico que lo abordan.

8. CONCLUSIÓN

La obligación de garantizar los derechos de la niñez como personas vulnerables, exige la conducta positiva del Estado para asegurar su realización, implicando una perspectiva global de los derechos humanos en el país.

En México, la vulneración del interés superior de la niñez es una práctica frecuente por parte de candidaturas, candidaturas independientes, partidos políticos y servidoras y servidores públicos a través de la propaganda político-electoral y gubernamental, ya que los protocolos y recomendaciones que actualmente existen en la materia no han fungido con carácter vinculante.

Por ello, se propone la reforma a los artículos constitucionales 41 apartado C y 132 penúltimo párrafo, para que se contemple la observancia y tutela del interés superior de la niñez en materia electoral y gubernamental.

Lo anterior puesto que cuando se trata de menores de edad, el Estado debe velar por el respeto al derecho a la imagen de los niños, niñas y adolescentes y, para tal fin, cuando se utilice su imagen en la publicidad, ésta debe estar sujeta a ciertos requisitos en beneficio a su derecho a la dignidad o intimidad, el cual se debe respetar debido al señalado interés superior.

En ese tenor, dicho principio debe estar reflejado cada vez más en las leyes, políticas públicas y, por supuesto, en las decisiones tomadas por los tribunales, pues solo así podremos hablar de una auténtica tutela de derechos para este grupo vulnerable, dotando de eficacia el ingreso del Derecho Internacional de los derechos humanos en el país.

9. FUENTES DE CONSULTA

Alanís María del Carmen. *“La aplicación imparcial de recursos públicos y la prohibición de propaganda oficial personalizada como garantías de equidad de la contienda electoral”* en Sufragio. Revista Especializada en Derecho Electoral. Publicación del Tribunal Electoral del Poder Judicial del Estado de Jalisco, Publicación Trimestral, Diciembre 2009. 3ra. Época, Núm. 2, México.

Aparicio Wilhelmi, Marco y Pisarello, Gerardo, *“Los derechos humanos y sus garantías. Nociones Básicas”*, en *Los derechos humanos en el siglo XXI: continuidad y cambios*, Huygens, Madrid, 2008.

Charbel Sergio. *La jurisdicción restaurativa del Sistema Jurídico Estatal. Una visión de la regularidad normativa más allá de los parámetros constitucionales y convencionales*. México. 2021.

Jakez Gamallo, Luis Carlos. Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales. Doctrina, Legislación, Comentarios, Jurisprudencia, Tesis Relevantes y Tematizado, Ed. Porrúa, México, 2006.

Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel, *Los derechos en acción*. Obligaciones y principios de derechos humanos FLACSO-México, México, 2017.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 11, Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención, 12 de febrero de 2009.

Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

Lineamientos de propaganda del Instituto Electoral del Estado de México.

SCJN. Protocolo para juzgar con perspectiva de infancia y adolescencia. 2021.

Acción de inconstitucionalidad 2/2010 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Tesis aislada 1a. LXXXIII/2015 (10a.), de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: “*INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO ELEMENTO DE INTERPRETACIÓN EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL.*”

Sentencias recaídas a los Amparos Directos en Revisión 1187/2010, 1005/2012, 3759/2012, 583/2013 y 3248/2013.

Sentencia recaída al Amparo Directo 22/2016.

Tesis aislada P. LXVII/2009, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: “*DERECHOS A LA INTIMIDAD, PROPIA IMAGEN, IDENTIDAD PERSONAL Y SEXUAL. CONSTITUYEN DERECHOS DE DEFENSA Y GARANTÍA ESENCIAL PARA LA CONDICIÓN HUMANA.*”

Recursos de revisión del procedimiento especial sancionador SUP-REP-127/2017, SUP-REP-185/2018 y SUP-REP-217/2018 de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Juicio de revisión constitucional SUP-JRC-108/2018, de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Recursos de apelación SUP-RAP-360/2012 y SUP-RAP-428/2012 de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Procedimiento especial sancionador SRE-PSC-80/2021 de la Sala Regional Especializada del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Opinión consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Recursos de revisión del procedimiento especial sancionador SUP-REP-60/2016 Y ACUMULADOS de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Juicios electorales SUP-JE-92/2021 y el SUP-JE-71/2021 de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Recursos de revisión del procedimiento especial sancionador SUP-REP-170/2018, SUP-REP-650/2018 y SUP-REP-726/2018 de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Jurisprudencia 20/2019 emitida por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, de rubro *PROPAGANDA POLÍTICA Y ELECTORAL. CUANDO APAREZ-*

CAN MENORES SIN EL CONSENTIMIENTO DE QUIEN EJERZA LA PATRIA POTESTAD O TUTELA, SE DEBE HACER IRRECONOCIBLE SU IMAGEN.

Jurisprudencia 5/2017 emitida por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, de rubro *PROPAGANDA POLÍTICA Y ELECTORAL. REQUISITOS MÍNIMOS QUE DEBEN CUMPLIRSE CUANDO SE DIFUNDAN IMÁGENES DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.*

Tesis 1ª XLVII/2011 emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro *INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. ES UN PRINCIPIO DE RANGO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO EN LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS MENORES PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 4o. CONSTITUCIONAL.*

Tesis I.50.C. J/14 emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro *INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. ALCANCES DE ESTE PRINCIPIO.*



LA INVIABILIDAD DE LA *CADENA DE CUSTODIA* EN MATERIA ELECTORAL¹

ARTURO RAMOS SOBARZO

RESUMEN: A través del presente artículo se pretende dar una visión general sobre el empleo de la cadena de custodia en materia electoral, así como la línea jurisprudencial que ha seguido el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación sobre este tema, así como la mostrar la incompatibilidad de la cadena de custodia y el sistema de nulidades electorales.

ABSTRACT: Through this article, it is intended to give an overview of the use of the chain of custody in electoral matters, as well as the jurisprudential line that the Electoral Tribunal of the Judicial Branch of the Federation has followed on this subject, as well as showing the incompatibility of the chain of custody and the system of electoral annulments.

PALABRAS CLAVE: Cadena de custodia electoral, nulidades electorales, determinancia electoral, derecho electoral.

KEYWORDS: Electoral chain of custody, electoral annulments, electoral determination, electoral law.

SUMARIO: 1. CADENA DE CUSTODIA CONTRAS PRINCIPIOS DE LAS NULIDADES. 2. LA UTILIZACIÓN DE LA CADENA DE CUSTODIA EN EL DERECHO ELECTORAL. 3. LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LA CADENA DE CUSTODIA EN MATERIA ELECTORAL. 3.1. Una posible sentencia fundadora de la cadena de custodia en electoral (SDF-JRC-3/2011). 3.2. Invocación de la afectación de la cadena de custodia en elección de gobernador(a) (SUP-JRC-399/2017). 3.3. Acreditamiento SUP-JDC-1014/2017 y acumulado. 3.4. La cadena de custodia como objeto de análisis de perspectiva constitucional (SUP-REC-1311/2017). 3.5. La violación a la cadena de custodia y su posible sanción (SUP-RAP-86/2018). 3.6. La elección de gobernador(a) en Puebla: Primer capítulo, el recuento de toda la elección (SUP-JRC-176/2018). 3.7. La elección a la gubernatura de Puebla: Segundo capítulo, la validación de la elección (SUP-JRC-204/2018 y acumulado). 3.8. La procedencia del recurso de reconsideración cuando se aduzcan irregularidades que puedan afectar de manera grave los principios constitucionales y convencionales de las elecciones (SUP-REC-1638/2018). 3.9. La cadena de custodia al interior de los partidos políticos (SUP-REC-376/2019). 3.10. Irregularidades acontecidas pero posteriores a la constitución de la votación (SUP-JRC-32/2019). 4. INCOMPATIBILIDAD DE LA CADENA DE CUSTODIA Y EL SISTEMA DE NULIDADES ELECTORALES. 4.1. Principios y características esenciales de las nulidades en materia electoral. 5. CADENA DE CUSTODIA CONTRA PRINCIPIOS DE LAS NULIDADES. 6. CONCLUSIONES. FUENTES CONSULTADAS.

1 Director del Centro de Investigación e Informática Jurídica de la Escuela Libre de Derecho y profesor de la materia de derecho electoral en la misma institución. Agradezco a los doctores Luis Octavio Vado Grajales y Arturo Camacho Loza por sus comentarios sobre el presente artículo.

1. CADENA DE CUSTODIA CONTRAS PRINCIPIOS DE LAS NULIDADES

La *cadena de custodia* es una figura en materia probatoria penal que ha sido utilizada hace algunos años en el ámbito electoral sobre todo en lo que tiene que ver con el debido resguardo de los paquetes electorales y documentación electoral. Lo anterior cobra una relevancia notable puesto que a la postre tiene que ver con el reflejo de la voluntad ciudadana a través del voto.

A partir del caso de la elección a la gubernatura de *Puebla* (SUP-JRC-204/2018 y acumulado), en donde una postura minoritaria de la Sala Superior sostuvo que el incumplimiento en la cadena de custodia de los paquetes electorales podría acarrear la nulidad de la elección de gobernador de ese Estado en 2018, dicha figura ha cobrado relevancia.

Ese precedente ha sido uno de los más importantes por la implicación de la decisión y por utilizar una figura típica del ámbito probatorio penal al derecho electoral. Cabe señalar que ese asunto no es el primero en donde utiliza, sin embargo, sí fue uno en el cual, su aplicación tuvo una repercusión de primer orden. Así, al margen de la viabilidad o no de la utilización de esta figura, la pretensión en el presente trabajo busca trazar cierta línea jurisprudencial en torno a ella y poder de esa manera, posteriormente realizar un análisis sobre su aplicación. En ese sentido, la intención de este trabajo consiste en reunir un cierto número de sentencias que hayan tenido como litis fundamental el tema de la cadena de custodia.

Previamente al desarrollo de esta línea jurisprudencial, en el presente texto explicaremos algunas notas características de la figura de la cadena de custodia para una mejor comprensión.

Por otra parte, dado que se trata de una investigación sobre una determinada doctrina judicial, en el presente trabajo utilizaremos hasta cierto punto la metodología implementada por Diego López Medina con las llamadas *líneas jurisprudenciales*. En efecto, dado que la cadena de custodia tiene una presencia relativamente reciente, es oportuno registrar la trayectoria de este tema en la jurisprudencia electoral.

Las líneas jurisprudenciales tienen la enorme utilidad de que se trata de una técnica que busca hacer patente la forma en cómo una determinada jurisdicción o tribunal ha dado tratamiento a una figura jurídica.

Así los conceptos de *sentencias hito*, *sentencia fundadora* y *sentencias consolidadoras* resultan fundamentales para el presente estudio. Las sentencias hito son aquellas que "... han tenido consecuencias conceptuales profundas y duraderas en la configuración de una o varias líneas jurisprudenciales" (López Medina, 2002,162)². Este tipo de sen-

2 Estas sentencias son aquellas del tipo *leading case* del derecho angloamericano o *grand arret* de la cultura jurídica francesa.

tencias a su vez se dividen en dos categorías: **1)** sentencias fundadoras, las cuales son “... a menudo muy ambiciosas en materia doctrinaria y en las que se hacen recuentos históricos y comparados (a falta de experiencia jurisprudencial local) de los principios y reglas relacionadas con el tema bajo estudio” (López Medina, 2002,164); y, **2)** las sentencias hito consolidadoras de la línea “son aquellas en las que la Corte trata de definir con autoridad una subregla de derecho constitucional y en la que usualmente se decanta un balance constitucional complejo que en el comienzo fue planteado por la sentencias fundadoras”.³

¿Qué es la cadena de custodia?

Doctrinalmente se define como:

“Un procedimiento destinado a garantizar la individualización, seguridad y preservación de los elementos materiales y evidencias recolectados de acuerdo con su naturaleza o incorporados en toda investigación de un hecho punible destinados a garantizar su autenticidad, para los efectos del proceso. Entregados a los laboratorios criminalísticos o forenses por la autoridad competente a fin de analizar y obtener, por parte de los expertos, técnicos o científicos un concepto pericial.” (Henao, 2012, 9)

De esta forma, la cadena de custodia es propiamente una figura del derecho procesal penal y de acuerdo con nuestro sistema jurídico se define como “el sistema de control y registro que se aplica al indicio, evidencia, objeto, instrumento o producto del hecho delictivo, desde su localización, descubrimiento o aportación, en el lugar de los hechos o del hallazgo, hasta que la autoridad competente ordene su conclusión.”⁴

Asimismo, el Código Nacional de Procedimientos Penales establece que con el objeto de corroborar los elementos materiales probatorios y evidencia física, en la cadena de custodia se tomarán en cuenta los siguientes factores: “identidad, estado original, condiciones de recolección, preservación, empaque y traslado; lugares y fechas de permanencia y los cambios que en cada custodia se hayan realizado; igualmente se registrará el nombre y la identificación de todas las personas que hayan estado en contacto con esos elementos.”⁵

Por su parte, otros autores conceptualizan a la cadena de custodia como “... un procedimiento de control que se emplea a fin de garantizar la autenticidad de las pruebas frente a afectaciones como alteración, daño, reemplazo, contaminación, vicio o destrucción del material probatorio. La autenticidad de las pruebas, por su parte, es uno de los aspectos que permiten examinar su credibilidad” (Gama, 2014, 51).

3 *Ibidem.*

4 Artículo 227 del Código Nacional de Procedimientos Penales. Esta misma definición es retomada en la *Guía Nacional* sobre la cadena de custodia.

5 *Ibidem*

Por otro lado, si se toma en cuenta la cadena de custodia de evidencia digital esta se compone de cuatro etapas: procesamiento, traslado, análisis y almacenamiento (PGR, 2018, 5). Lo anterior revela que con independencia del material que se resguarde, busca conservar la autenticidad de ello pues su vulneración trascenderá en la valoración probatoria.

Como puede observarse, la figura de cadena de custodia es una institución jurídica eminentemente probatoria. En esencia busca hacer prevalecer y conservar los elementos probatorios que pueden establecer la responsabilidad de tipo penal.

Concomitantemente, el régimen legal penal de nuestro país establece una serie de responsabilidades de quienes tienen a su cargo el aseguramiento de indicios, vestigios, objetos, instrumentos o productos del hecho delictivo. Así, el Código Nacional de Procedimientos Penales establece que será responsabilidad de dicha conservación, quien tenga la función de tener contacto con dichos indicios, vestigios o evidencia.⁶

Algunas medidas mínimas que deben realizarse son: 1) realizar un inventario de los objetos a conservar, 2) tomar las providencias necesarias para la debida preservación del lugar de los hechos o del hallazgo y de los indicios, huellas, o vestigios del hecho delictivo y 3) Los bienes asegurados y el inventario correspondiente se pondrán a la brevedad a disposición de la autoridad competente, de conformidad con las disposiciones aplicables.⁷

Lo anterior es relevante porque este tipo de cuestiones eventualmente podrían retomarse al ámbito de las autoridades administrativas electorales, concretamente el INE, en el sentido de establecer criterios uniformes a los OPLEs a fin de tener reglas más claras en el resguardo de los paquetes electorales de manera posterior a la jornada electoral y de cara a un posible recuento ordenado judicialmente, lo anterior en el Reglamento de Elecciones.

2. LA UTILIZACIÓN DE LA CADENA DE CUSTODIA EN EL DERECHO ELECTORAL

La doctrina judicial electoral, desde su evolución a partir de la década de los 90 del siglo pasado se ha visto en la necesidad de recurrir a figuras de otras disciplinas jurídicas para resolver determinados casos llevados a esa jurisdicción.

La materia procesal ha sido la cual con mayor frecuencia se ha recurrido. De ahí que no sea raro que, por ejemplo, durante la elección presidencial de 2006 ante el planteamiento de recuento de votos (o nuevo escrutinio y cómputo) se haya recurrido a los

6 Artículo 228 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

7 Artículo 230 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

llamados *incidentes de previo especial pronunciamiento*⁸, figura típicamente prevista en el derecho procesal civil. Es muy probable que este elemento haya propiciado que en la consecuente reforma legal electoral del año de 2008 se incluyera la supletoriedad del Código Federal de Procedimientos Civiles en la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral (artículo 4, párrafo 2) a fin de facilitar la aplicación de cualquier otro incidente⁹ y en general en la sustanciación y resolución de los medios de impugnación.

Tal vez el caso más conocido y emblemático fue la aplicación de múltiples principios del derecho administrativo sancionador a secas al derecho administrativo sancionador electoral. La necesidad de dotar de plena efectividad a este campo (con pleno respeto al debido proceso) en temas de fiscalización o el cumplimiento de determinadas normas legales relacionadas con el debido desarrollo de los procesos electorales fue lo que implicó acudir a una doctrina más desarrollada.¹⁰ En ese sentido, de manera temprana se consideró que la utilización de los principios del derecho administrativo sancionador se debía partir a su vez de los principios del derecho penal o *ius puniendi*.¹¹

Otros ejemplos más específicos de la aplicación de nociones del derecho penal es la importante doctrina conocida como *levantamiento del velo* la cual sirvió para dotar de criterios a la autoridad administrativa en la investigación de las actividades de los partidos políticos.¹²

En ese contexto, la aplicación de la cadena de custodia se une a ese repertorio de experiencias provenientes de otros ámbitos jurídicos al terreno electoral sobre todo en aspectos que tienen relación con el resguardo de los paquetes electorales no solo previo al cómputo respectivo, sino incluso posterior, esto de cara un posible recuento de votos administrativo u ordenado judicialmente. Para algunos, ello es positivo pues amplía los márgenes y categorías del derecho electoral al acudir a otras disciplinas jurídicas.

De esta forma, el tema de la cadena de custodia en materia electoral tiene una doble connotación pues recae en aspectos sustantivos que pueden o no dar pie a la nulidad de la elección y por otro, como causa de esto último, tiene una vertiente procesal de tipo pro-

8 Un primer ejemplo de ello es el incidente sobre la pretensión de nuevo escrutinio y cómputo por razones específicas identificado correspondiente al SUP-JIN-6/2006.

9 A partir de una búsqueda en los sistemas de localización de sentencias del TEPJF podemos encontrar con relativa frecuencia la utilización de los llamados *incidentes innominados*.

10 Una obra que tuvo particular resonancia fue la obra de Alejandro Nieto y su *Derecho administrativo sancionador* publicado por Tecnos.

11 Esto se refleja en la conocida tesis XLV/2002 de rubro DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ELECTORAL. LE SON APLICABLES LOS PRINCIPIOS DEL IUS PUNIENDI DESARROLLADOS POR EL DERECHO PENAL.

12 Cabe señalar que la aplicación de esta doctrina se atribuye al magistrado José Luis de la Peza, lo cual seguramente se debe a su experiencia en temas financieros y bancarios (De la Mata, 2018, 150). El *levantamiento del velo* es también conocido como *piercing the corporate veil* o *disregard of the legal entity*.

batorio. Desde nuestro punto de vista debe tomarse en cuenta estos aspectos para profundizar en el estudio de esta figura dentro de una línea jurisprudencial determinada.

Por otro lado, a partir de una atalaya meramente doctrinal, Raymundo Gama, en seguimiento a postulados en materia probatoria de Anderson, Schum y Twining, ubica el tema de la cadena de custodia en materia electoral en la categoría de la credibilidad (Gama, 2014, 55). En efecto, estos autores conciben que en las pruebas tangibles (aquellas que son fuente directa de los que se pretende probar), su credibilidad depende de tres atributos: autenticidad, precisión y confiabilidad (Anderson, Schum y Twining, 2005).

Lo anterior es fundamental para poder analizar el grado de rigor en el análisis probatorio, así como los alcances que debe de tomarse en cuenta en el contexto jurídico mexicano, concretamente en lo electoral.

En ese sentido, debe destacarse que, como parámetro general, si bien el uso de la noción de cadena de custodia en la justicia electoral es realmente incipiente (son pocas las sentencias que han acudido a ese material doctrinal) se observa un crecimiento acelerado cuando se acude a la jurisdicción electoral. En paralelo, se ha afirmado por la Sala Superior en la sentencia del SUP-REC-376/2019 que la aplicación de la cadena de custodia debe hacerse conforme a los parámetros propios de la materia electoral, lo cual torna necesario ubicar sus particularidades.¹³

De esta forma, dicho tribunal ha afirmado sobre la cadena de custodia lo siguiente:

“En el Derecho Electoral, se ha referido especialmente como el cúmulo de indicios relacionados con el cuidado, manejo y resguardo de los paquetes electorales. Sin embargo, la aplicación de las instituciones y principios penales al Derecho Electoral debe hacerse en atención a los diferentes principios y valores que tutela esta materia (...)

Así, el análisis de violaciones a la “cadena de custodia de la paquetería electoral” debe ser acorde con los principios del sistema electoral de nulidades de casilla y, con el principio de conservación de los actos válidamente celebrados.

De esta manera, el seguimiento puntual del procedimiento previsto y de los actos que se lleven a cabo para asegurar la integridad de la documentación electoral, tiene como finalidad, de ser necesario, constatar con certeza el resultado de una elección para que sea válida como sustento de la legitimidad de los representantes.

13 Dicho planteamiento hace recordar la tesis LVII797 del TEPJF de rubro **SUPLETORIEDAD. REQUISITOS NECESARIOS PARA QUE PUEDA OPERAR TAL INSTITUCIÓN EN MATERIA LABORAL ELECTORAL** la cual establece uno de los tres requisitos para la aplicación supletoria de un determinada figura: que la institución comprendida en la legislación laboral electoral no tenga reglamentación o bien, que teniéndola, sea deficiente, y, d), que las disposiciones que se vayan a aplicar supletoriamente, no se opongan a las bases o principios que integran el sistema legal al que se pretende incorporar la norma supletoria. La tesis se refiere a la materia laboral, pero podría ser útil en nuestro tema a en aras de establecer un estándar adecuado de cómo aplicar ciertas figuras de otras disciplinas jurídicas al ámbito electoral.

Cabe señalar, que aun cuando se ha aceptado por analogía la inclusión de esta figura —propia del derecho penal— dentro de la dogmática jurídica electoral, su intelección y aplicación se debe hacer atendiendo a las particularidades específicas que rigen los procesos electorales. Ciertamente, las normas en materia penal y electoral tienen objetos y finalidades diversas, por lo que exportar figuras jurídicas de una rama a otra, no se debe hacer de manera indiscriminada, sino que han de adecuarse a la concepción y finalidades de cada sistema normativo.

Importa precisar que la vulneración a la cadena de custodia no implica por sí misma una afectación a la prueba, porque en el Código Nacional de Procedimientos Penales se ha establecido que cuando en el procedimiento de cadena de custodia los indicios, huellas o vestigios del hecho delictivo se alteren, no perderán su valor probatorio, a menos que la autoridad competente verifique que han sido modificados de tal forma que hayan perdido su eficacia para acreditar el hecho o circunstancia de que se trate.

Como se puede observar, al inicio de la aplicación de la figura de la cadena de custodia, el propio Tribunal se percata y advierte que eventualmente habrá que matizar la utilización de esa figura, dado que la materia electoral y penal persiguen objetos distintos. En este aspecto es cuando debe preguntarse, para qué acudir a una figura ajena al derecho electoral sino no va a resultar del todo compatible.

Finalmente, en dicho precedente se acude a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España en el sentido de que **quien aduzca la manipulación efectiva de la cadena de custodia debe probarla y su simple afirmación para concebir la ruptura de dicha custodia no parece aceptable, ya que debe exigirse la prueba de esa manipulación**. Ese criterio proviene del caso de Puebla (SUP-JRC-204/2018 y acumulado) que más adelante se comentará.

3. LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LA CADENA DE CUSTODIA EN MATERIA ELECTORAL

Si bien la construcción de la línea jurisprudencial se sustenta fundamentalmente en sentencias de la Sala Superior, en la presente investigación se acudirá eventualmente a algunas decisiones judiciales emitidas por las Salas Regionales sobre todo en aquellos casos el tema haya tenido un aspecto central y un desarrollo importante el tema de estudio. Con ello se ampliará la discusión y reflexión sobre la materia de la presente línea jurisprudencial.

3.1. Una posible sentencia fundadora de la cadena de custodia en electoral (SDF-JRC-3/2011)

Uno de los primeros precedentes que utilizó la figura de cadena de custodia con repercusiones importantes fue una decisión de la entonces Sala Regional Distrito Federal del TEPJF, hoy Sala Regional Ciudad de México.

Esta sentencia se caracteriza porque dicho órgano jurisdiccional determinó que no se comprobó la afectación de la cadena de custodia. Cabe señalar que dicha decisión judicial fue precedida de la circunstancia de que en la elección popular de los integrantes del municipio de Albino Zertuche ubicado en Puebla **hubo un empate** de 435 votos entre la coalición “Compromiso por Puebla”, integrada por el Partido Acción Nacional (PAN), Convergencia, Nueva Alianza y Partido de la Revolución Democrática (PRD), y la coalición “Alianza Puebla Avanza”, conformada por el Partido Revolucionario Institucional (PRI) y el Partido Verde Ecologista de México (PVEM). Derivado de la cadena impugnativa, entre otras cuestiones, la Sala Regional ordenó que tuviera lugar un nuevo escrutinio y cómputo la casilla 102, contigua 1. Una vez realizado el recuento, resultó ganadora la coalición “Alianza Puebla Avanza”.

Así, para efectos de la presente investigación, nos remitiremos a los aspectos argumentativos sobre el tema de la cadena de custodia. La coalición actora “Compromiso por Puebla” en primer lugar, alegó que los paquetes electorales correspondientes a la casilla 102, básica y contigua 1, se encontraban abiertos y fueron asegurados posteriormente por parte de la contraloría interna del instituto; por tanto, se rompió la cadena de custodia de los paquetes. En segundo lugar, el sobre que guardaba los votos nulos estaba semiabierto y por tanto hubo una variación de dichos votos como consecuencia del nuevo escrutinio en relación con la cantidad que se verificó en la sesión de cómputo final; además, un voto, calificado en un primer momento como nulo, fue sumado como válido de la coalición “Alianza Puebla Avanza”. Un voto es un voto y ante un embate se volvía crucial. Para la coalición actora, todo lo anterior generó la presunción de manipulación que deja en duda la inviolabilidad de los paquetes electorales, sobre todo cuando el sobre señalado permaneció abierto mucho tiempo (SDF-JRC-3/2011).

La Sala Regional no tuvo por acreditado la violación de los paquetes electorales, ni siquiera como indicios que acreditaran la afectación, y, por tanto, tal circunstancia implicaba que debía prevalecer el resultado surgido en ese segundo momento (recordar que en el primer cómputo había habido un empate). Asimismo, la Sala razonó que tampoco hubo inconformidad alguna sobre las presuntas alteraciones en el manejo y resguardo de los paquetes.

En dicha decisión judicial hubo voto particular del magistrado Roberto Martínez en el sentido que debería prevalecer los resultados electorales originales porque a diferencia de lo sostenido por la mayoría de la Sala, tendría primacía el escrutinio y cómputo realizados originalmente en la casilla, pues no se puede tener certeza del resultado advertido por el tribunal local. Si bien con los indicios probados no se puede concluir la alteración efectiva del paquete, sí se puede sostener circunstancias propicias para ello.

Un estudio a propósito de esta sentencia, se afirma que el problema “...no consiste en determinar si hay indicios de que el paquete electoral fue alterado o no en algún momento (además de que el segundo y tercer agravios no se refieren únicamente a esta circunstancia, sino que se dirigen a poner en duda la certeza del resultado obtenido a partir de la diligencia de apertura y cómputo)” (Gama, 2014, 47). En esa tesitura,

este autor señala que “la cuestión consiste en determinar si, considerando todos estos momentos, hay alguno en el que se genere duda acerca del adecuado aseguramiento y la debida preservación del paquete electoral.”¹⁴

3.2. Invocación de la afectación de la cadena de custodia en elección de gobernador(a) (SUP-JRC-399/2017)

La Sala Superior confirmó la sentencia dictada por el Tribunal Electoral del Estado de Coahuila de Zaragoza¹⁵ en la cual, entre otras cuestiones, se declaró la nulidad de diversas casillas y ordenó la recomposición del cómputo de la elección a gobernador de dicha entidad.

Según la Sala Superior, no le asistía la razón al entonces actor porque a este le corresponde la carga de probar sus afirmaciones, o sea, la violación al principio de certeza al existir una indebida implementación de la cadena de custodia de los paquetes electorales en su traslado desde las mesas directivas de casilla, hasta el comité distrital correspondiente, en términos de lo previsto en la normativa local.

En relación con la carga probatoria, se determinó que sobre la supuesta indebida implementación de la cadena de custodia de los paquetes electorales, como causa de anulación de votación en la elección a la gubernatura, lo infundado del agravio radicó en que un elemento fundamental es la presunción de constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones de las autoridades, aunado al principio de conservación de los actos válidamente celebrados, de ahí que le corresponda a la parte actora destruir tales presunciones.

3.3. Acreditamiento SUP-JDC-1014/2017 y acumulado

En otro caso relativo a la elección de gobernador de Coahuila de ese proceso, de forma similar al anterior, la Sala Superior determinó que **no quedó acreditado con elementos suficientes e idóneos la violación a la cadena de custodia** y resguardo de paquetes electorales.

Lo anterior fue coincidente con lo resuelto por el Tribunal Electoral de Coahuila ya que este desestimó las inconformidades de los enjuiciantes respecto al incumplimiento de la cadena de custodia, en esencia, porque incumplieron con la **carga procesal de identificar cada casilla en lo individual, exponer en cada una de ellas en qué consistió la presunta alteración** y aportar medios de prueba idóneos para acreditar tales afirmaciones.

14 *Ibidem*

15 Se trató del juicio electoral 76/2017 y acumulados.

De esta forma se consideró correcto por parte de Sala Superior el actuar de la responsable porque esta analizó los diversos elementos que se hicieron valer respecto a las presuntas fallas en la implementación de la cadena de custodia de los paquetes electorales, y fue correcto resolver que no se incumplió con lo dispuesto Reglamento de Elecciones.

Cabe señalar que específicamente, en relación con la violación de la cadena de custodia, las pruebas que presentó el demandante no le dieron la razón porque no tuvieron el alcance demostrativo tales documentales, pues no fue suficiente la ausencia de actas circunstanciadas sobre la recepción de esos paquetes electorales en todos los comités, además de que no se presentaron pruebas de violaciones que implicaran la ruptura de la cadena de custodia en la jornada electoral. En ese sentido, la Sala Superior también desestimó el argumento sobre la violación de la cadena de custodia de los paquetes electorales respecto a su entrega tardía a los comités correspondientes sin causa justificada aparente. Por ello se confirmó la determinación del Tribunal Electoral del Estado de Coahuila de Zaragoza¹⁶.

3.4. La cadena de custodia como objeto de análisis de perspectiva constitucional (SUP-REC-1311/2017)

Este precedente destaca por tener lugar en la vía del recurso de reconsideración. Lo interesante de ello es que este primer precedente otorga un caso en donde se analiza si su estudio puede implicar o no, un análisis de constitucionalidad.

Así, la Sala Superior consideró que la sentencia emitida por la Sala Regional Toluca advirtió que dicho pronunciamiento se limitó a **analizar la legalidad de la cadena de custodia y el debido resguardo del paquete electoral** relativo al centro de votación instalado en el municipio de Coquimatlán, Colima. De igual forma, el estudio implicó analizar la legalidad del escrutinio y cómputo de la votación recibida en dicho municipio el día de la elección, a partir del análisis adminiculado del material probatorio aportado en el asunto.

De esta manera, se consideró que en ningún momento la Sala Regional Toluca realizó un estudio ni hizo un pronunciamiento sobre la constitucionalidad o convencionalidad de normas legales o partidistas, ni realizó una interpretación expresa o implícita de alguna disposición de la Constitución Federal que significara la inaplicación de alguna norma partidista, pues la controversia se limitó a temas de legalidad y valor probatorio. De ahí que no se actualizarán las causales de procedencia del recurso de reconsideración.

Para sostener lo anterior, la Sala Superior afirma que a su vez, la Regional cuando determina la **vulneración a la cadena de custodia y resguardo del paquete electoral**,

16 Se trató del juicio electoral 148/2017 y acumulados.

no justificó su determinación en argumentos de constitucionalidad o convencionalidad de las normas partidistas aludidas, sino básicamente consideró que no le asiste la razón al recurrente, porque el planteamiento versaba en determinar si existía duda fundada en la integridad del paquete electoral durante sus traslados y resguardo, no así respecto de alguna disposición partidista que fuera opuesta a un principio constitucional aplicable al caso.

Adicionalmente, **la Sala responsable refirió a una serie de lineamientos instituidos como un mínimo de requisitos exigidos a las autoridades electorales para efecto de actuar diligentemente en la debida preservación, resguardo y custodia del material electoral** utilizado el día de la jornada electoral, durante todas las etapas del proceso, desde la etapa de preparación a la conclusión del día de la elección y en sus posibles traslados a diferentes sedes administrativas o judiciales para la realización de cualquier diligencia.¹⁷

Lo relevante de este precedente es que a pesar de la relevancia que puede significar el debido resguardo de los paquetes electorales ello no es tema de relevancia constitucional algo que eventualmente podría contrastarse si un determinada argumentación y situación fáctica podría traducirse en la violación al voto ciudadano, lo cual desde luego tiene un revestimiento constitucional y convencional.

3.5. La violación a la cadena de custodia y su posible sanción (SUP-RAP-86/2018)

El presente asunto reviste un interés particular pues se refiere a la posibilidad de sancionar a personas por un indebido uso del Listado Nominal de Electorales y por tanto el incumplimiento en la cadena de custodia.

El asunto tiene como origen la denuncia presentada por el Director Ejecutivo del Registro Federal de Electores a la Unidad Técnica de lo Contencioso Electoral del INE consistentes en el uso indebido del listado nominal con motivo de su difusión en el sitio de internet *Digital Ocean*. El resultado del procedimiento respectivo tuvo como resolución la imposición de una sanción de reducción del 4% de la ministración anual de financiamiento público para actividades ordinarias permanentes al PRI¹⁸, así como una multa a 3 personas físicas quienes se desempeñaban como funcionarios partidistas.¹⁹

La Sala Superior confirmó la decisión del INE consistente en que quedó acreditada, la manera en cómo se incumplió el deber de cuidado, pues fueron los mencionados fun-

17 Cabe señalar que hay un voto razonado del magistrado Felipe de la Mata Pizaña que señala que este tipo de asuntos no revisten un tema de constitucionalidad o convencionalidad, lo cual es congruente con otros precedentes tales como SUP-REC-1253/2017, SUP-REC-1256/2017 y SUP-REC-1258/2017, todos referentes a renovación de dirigencias partidistas.

18 El monto implicaba un total de casi 44 millones de pesos descontados en seis mensualidades.

19 El monto era equivalente a 150 UMAs lo cual representaba casi 11 mil pesos.

cionarios partidistas los que tuvieron en su poder y resguardo la citada información y, en consecuencia, la responsabilidad sobre su uso. Así, recaía en ellos el debido resguardo de la información, conforme a la normativa electoral. Por ende, pudieron establecer el nexo causal entre los funcionarios del partido que integraron la cadena de custodia, el sujeto infractor y el propio partido político (SUP-RAP-86/2018).

Lo interesante de este precedente es que el tema de la cadena de custodia no sólo es un tema relativo al adecuado resguardo de paquetes electorales sino como materia del derecho administrativo sancionador electoral y las consecuencias que su incumplimiento acarrea.

3.6. La elección de gobernador(a) en Puebla: Primer capítulo, el recuento de toda la elección (SUP-JRC-176/2018)

Este es uno de los precedentes más importantes sobre el estudio de la cadena de custodia en la justicia electoral. Se trata de la impugnación de la elección a la gubernatura del Estado de Puebla. Su importancia radica en el planteamiento de que, derivado de determinadas irregularidades, **la Sala Superior determina el recuento de votos de toda la elección**. Para ello, vinculó al OPLE²⁰ de Puebla, así como a las Salas Regionales de Ciudad de México y Toluca y en su caso al Tribunal Electoral de Puebla.

Así, el partido demandante alegó que el Tribunal Electoral de Puebla fue omiso en pronunciarse sobre las violaciones que ocurrieron a la cadena de custodia de la documentación electoral, con posterioridad a la jornada electoral, que afectaron de manera sustancial la pretensión del incidente de nuevo escrutinio y cómputo, pues advierte que el Consejo General del Instituto Electoral del Estado de Puebla, ordenó la desincorporación de la documentación y material electoral, por lo que diversos representantes de Morena acudieron a la sede de los consejos distritales, donde observaron que distintas personas abrieron los paquetes electorales y sustrajeron material electoral, lo cual se demostró con videos y fotos, los cuales se anexaron a la demanda, violando con ello la cadena de custodia.

Para efectos del tema central de nuestra línea jurisprudencial, debe destacarse que la Sala Superior consideró que tales agravios resultan, inoperantes, **toda vez que la cadena de custodia no es propia del recuento**, es decir, estos motivos de inconformidad se refieren a aspectos que no eran materia del incidente de nuevo escrutinio y cómputo, y en consecuencia escapaban al pronunciamiento en las sentencias interlocutorias sobre la pretensión de apertura de los paquetes electorales.

Finalmente, la Sala Superior determinó que fueron fundados los motivos de disenso planteados por el enjuiciante relativos a la omisión del Tribunal responsable de verifi-

20 Organismo Público Local Electoral así denominados genéricamente a los institutos electorales locales, es decir, la autoridad administrativa electoral. Dicha denominación se derivó de la reforma electoral de 2014.

car las irregularidades que se advierten de las actas de cómputo distrital de la elección para la gubernatura del Estado, lo que genera incertidumbre respecto de los resultados, de ahí que se ordenara el recuento en todos los distritos electorales de ese Estado.²¹

3.7. La elección a la gubernatura de Puebla: Segundo capítulo, la validación de la elección (SUP-JRC-204/2018 y acumulado)

La continuación de esta historia implicó el recuento de toda la elección y el triunfo de Martha Erika Alonso Hidalgo²² con la coalición “Por Puebla al Frente”. Una vez acontecido ello, Morena, Partido Encuentro Social, Miguel Barbosa (a la postre gobernador de ese Estado) y Sergio Mastretta impugnaron tal resultado.

En aras de seguir trazando con rigor la línea jurisprudencial, a continuación, nos referiremos exclusivamente a los temas relacionados con la cadena de custodia, dejando a un lado los otros temas.²³

De esta forma, se acreditaron irregularidades en cuanto a que el resguardo de los paquetes electorales (posterior a la jornada electoral y previo al recuento total) no fue el adecuado en virtud de que: **a)** En algunas ocasiones entró el personal del Instituto sin la presencia de representantes de partidos políticos y **b)** la bitácora de control de acceso a la bodega tenía inconsistencias formales.

A pesar de lo anterior, **la mayoría del pleno de la Sala Superior consideró que no fue determinante las irregularidades anteriores ya que ello no trascendió materialmente a una alteración del contenido de los paquetes electorales** y por ende de los resultados. Se afirmó que la vulneración a la cadena de custodia tendría relevancia en aquellos casos que a partir de indicios suficientes para sostener con alta probabilidad y no por meras suposiciones durante el resguardo se provocó que el contenido de los paquetes electorales fue alterado o viciado de tal forma que un partido o coalición su hubiera visto beneficiado. La contundencia de la mayoría para arribar a tal conclusión fue que la comparación entre los resultados originales con aquellos del recuento. La diferencia entre el primero y segundo lugar varió tan solo 0.47% a favor de la coa-

21 Como dato curioso, el recuento de votos de toda la elección de Puebla se llevó a cabo en las oficinas del TEPJF ubicadas en la calle de Virginia 68 en Coyoacán, sede actual de la Escuela Judicial Electoral. Durante el tiempo de ese recuento total, paralelamente se revisaba la impugnación de la alcaldía de Coyoacán.

22 Como se sabe la entonces gobernadora murió en un fatídico accidente al estrellarse el helicóptero que viajaba con su esposo, otrora gobernador de dicha entidad Rafael Moreno Valle, esto a los pocos días de haber tomado posesión en el cargo.

23 Cabe señalar que el tema fundamental fue precisamente la cadena de custodia con posterioridad a la jornada electoral. De esta forma se calificaron como infundados las alegaciones sobre hechos relativos a la detención de brigadistas de Morena, robo de material electoral, compra generalizada de votos, sustracción de documentos y la existencia del denominado “laboratorio electoral”. Se acreditó actos de violencia en 59 casillas lo que representó el 0.79% de casillas instaladas.

lición impugnante, es decir, prácticamente se mantuvo la misma distancia, de ahí que no era viable la nulidad.

En contrapartida, la posición minoritaria afirmaba que, las irregularidades acontecidas afectaban suficientemente para poner en duda el resultado. El tiempo en que estuvieron resguardadas sin los cuidados efectivos, así como las pocas medidas de seguridad en la bodega respectiva, hacía suponer la afectación en la certeza del contenido de los paquetes electorales. Incluso se llegó afirmar un paralelismo entre la doctrina del llamado *efecto corruptor* del importante caso de Florence Cassez resuelto por la Suprema Corte.²⁴

De esta forma, este precedente se constituye como uno de los más importantes sobre los alcances de la cadena de custodia en materia electoral pues implicó eventualmente la nulidad de una elección a una gubernatura, en este caso, respecto con una de las entidades más importantes del país.

3.8. La procedencia del recurso de reconsideración cuando se aduzcan irregularidades que puedan afectar de manera grave los principios constitucionales y convencionales de las elecciones (SUP-REC-1638/2018)

Este caso resulta interesante dentro de la cadena de la presente línea jurisprudencial pues la Sala Superior estimó cumplido el requisito de procedencia del recurso en comentario en la medida que se afectaban de forma importante los principios constitucionales de las elecciones. Se trataba nada más y nada menos que la elección de Monterrey que nuevamente en una votación dividida, la mayoría determinó la nulidad de la elección de esa importante ciudad del país.

De esta forma, la Sala Superior consideró, que contrario a la presunción de la Sala Regional Monterrey de que los paquetes electorales fueron entregados por las personas facultadas y que, en todo momento, se cumplió la cadena de custodia, sí existieron elementos de convicción **que demostraron una serie de irregularidades que acreditaron fehacientemente la vulneración a la cadena de custodia y la violación al principio de certeza y autenticidad de las elecciones.**

En ese contexto, contrario a lo razonado por el OPLE del Estado de Nuevo León y la Sala Regional, **la Sala Superior no compartió la posición de presumir que efectivamente la cadena de custodia se ajustó, en todos sus eslabones o fases al marco normativo aplicable.**

La Sala Superior consideró que, **la falta de entrega de paquetes electorales evidencia la violación a la debida cadena de custodia ya que no fueron pudo realizarse el escrutinio y cómputo correspondiente**, lo cual constituye una violación grave,

24 Se trata del amparo directo en revisión 517/2011.

pues demuestra el incumplimiento del deber de la autoridad de actuar diligentemente para la debida preservación, resguardo y custodia del material electoral utilizado el día de la jornada electoral.

Por otra parte, en sus respectivas demandas, entre otras cuestiones, se argumentó que fue indebido que el Tribunal Electoral local anulara la votación recibida en 114 casillas por considerar vulnerada la cadena de custodia. Sin embargo, la Sala Regional determinó la convalidación de 187 casillas, al razonar sustancialmente que no se vulneró la cadena de custodia, es decir, la responsable se pronunció sobre más casillas de las que originalmente fueron anuladas por la mencionada razón, sin justificación alguna.

Finalmente, al determinar que los resultados contenidos en las casillas pudieran no obedecer a la verdadera voluntad del electorado, por **no contar con los elementos suficientes que permitieran arribar a la convicción de que se preservó la cadena de custodia**, es que debía anularse o invalidarse por estar respaldado en bases que trastocan los valores democráticos de una elección.

En razón de lo ya expuesto **la mayoría de la Sala Superior resolvió revocar la sentencia impugnada, así como la del Tribunal Electoral de Nuevo León, y declaró la nulidad de la elección de miembros del ayuntamiento de Monterrey**, del proceso electoral 2017-2018. En ese tenor, ordenó a la Comisión Estatal Electoral de Nuevo León, que convocara a una elección extraordinaria.

Cabe señalar que se emitió un voto particular firmado por los magistrados De la Mata, Rodríguez e Infante en el sentido de que no debió ser procedente el recurso de reconsideración en virtud de que el tema de la cadena de custodia no podría ser un tema de constitucionalidad o convencionalidad que actualizara la procedencia del recurso de reconsideración.

3.9. La cadena de custodia al interior de los partidos políticos (SUP-REC-376/2019)

Este precedente destaca por tratar el tema de la cadena de custodia en un asunto intrapartidario ya que versó sobre la elección de la dirigencia estatal del PAN en Veracruz.

En dicho asunto, la mayoría de la Sala Superior **estimó substancialmente fundado el concepto de queja que hacen valer los agraviados, en donde hacen alusiones a las violaciones o irregularidades relacionadas con la cadena de custodia** de los paquetes electorales.

El argumento central por dilucidar consistió respecto a la cadena de custodia de los paquetes electorales y el grado de afectación al principio de certeza, en relación con el fiel reflejo de la voluntad de la militancia.

En este precedente la Sala Superior afirmó que en derecho electoral, la cadena de custodia se ha referido especialmente como el cúmulo de indicios relacionados con

el cuidado, manejo y resguardo de los paquetes electorales. **Sin embargo, la aplicación de las instituciones y principios penales al derecho electoral debe hacerse en atención a los diferentes principios y valores que tutela esta materia. En el caso, el análisis de violaciones a la “cadena de custodia de la paquetería electoral” debe ser acorde con los principios del sistema electoral** de nulidades de casilla y, con el principio de conservación de los actos válidamente celebrados. Ahora bien, quedó demostrado que, en la mayoría de la paquetería electoral, **no existió un debido resguardo en atención a los lineamientos de la cadena de custodia, lo cual representaba una obligación de la autoridad partidista a fin de salvaguardar la certeza de los resultados como principio rector en materia electoral.**

En razón de lo anterior, la Sala Superior revocó la sentencia dictada por la Sala Regional Xalapa, al resultar fundados los argumentos vinculados con la violación a la cadena de custodia, asimismo, confirmó la resolución emitida por el Tribunal Electoral de Veracruz.

Cabe señalar que hubo voto particular de la magistrada Janine Otálora en el sentido de que no se cumplía con el requisito de procedencia del recurso de reconsideración sobre un tema de constitucionalidad o convencionalidad, mientras que el magistrado José Luis Vargas Valdez señaló que la decisión debería tomar la forma de una revocación lisa y llana.

3.10. Irregularidades acontecidas pero posteriores a la constitución de la votación (SUP-JRC-32/2019)

Este precedente destaca porque a pesar de que determinadas irregularidades acontecieron tales como hechos de violencia, el cómputo de los votos correspondientes pudo constituirse y por tanto no trascendieron al cómputo final de la votación.

Los demandantes aducen que la Sala responsable consideró, de forma ilegal, que en la elección extraordinaria del ayuntamiento no se vulneró el principio de certeza, porque los hechos de violencia que ocurrieron en el centro de votación fueron posteriores al escrutinio y cómputo de la votación recibida en casillas, así como a la publicación de los resultados.

En opinión de los actores, lo indebido de esa consideración radica en que, los hechos de violencia provocaron que los funcionarios de casilla se retiraran del centro de votación y dejaran la documentación electoral en el interior de los salones de clase en que fueron instaladas las casillas.

Lo anterior se consideró infundado porque las irregularidades no trascendieron al resultado de la elección porque:

- 1) Los hechos de violencia acontecieron después del escrutinio y cómputo, así como a la publicación de los resultados.

- 2) No existen elementos de prueba de los cuales se advierta que la documentación de las casillas haya sido alterada o manipulada.

Las razones de la Sala Superior tienen que ver con la línea jurisprudencial en el sentido de que la declaración de nulidad de una elección constituye la sanción más drástica y radical que puede adoptarse, ya que deja sin efectos los derechos político-electorales ejercidos no sólo por los contendientes, sino por la ciudadanía en general. Por tanto, **si hace falta determinada documentación se reconstruye con otros materiales electorales, tal y como aconteció en el presente asunto con el cartel que se fija afuera de la casilla** y con las copias al carbón, esto a partir del principio de conservación de los actos válidamente celebrados.

Adicionalmente, del análisis de los elementos de prueba se advierte que la comparación de los resultados de la votación asentados en los carteles respectivos y los que arrojó el nuevo escrutinio y cómputo ante el Consejo Distrital son sustancialmente idénticos. La coincidencia sustancial entre los resultados asentados en el correspondiente cartel como en las actas de recuento generan certeza de que no existió alteración o manipulación de la documentación electoral o en los resultados de la votación. La parte actora no controvierte la autenticidad o contenido de las pruebas analizadas, menos aún, aporta elementos de convicción que acrediten, aún de manera indicaría, que la documentación electoral no es auténtica o que los resultados considerados por la autoridad sean distintos. El análisis de todo el caudal probatorio genera convicción de que no existió alteración o manipulación de la documentación electoral. De ahí que no les asista razón a los actores en cuanto a que se vulneró el principio de certeza por alteración o manipulación de la documentación electoral.

Ejemplo de mera legalidad al estudiar la cadena de custodia SUP-REC-496/2019 y SUP-REC-19/2019

Finalmente, en este apartado incluimos dos precedentes recientes en los cuales se aborda el tema de la cadena de custodia. Cabe señalar que la forma de plantear el agravio en el caso del SUP-REC-496/2019 se consideró genérico y artificioso. Si bien se estudia el fondo del asunto, al final se decidió en esa sentencia que la perspectiva analizada en las instancias anteriores eran aspectos de mera legalidad.²⁵

Por otra parte, en el SUP-REC-19/2019 se desechó precisamente por no tener ningún tema de constitucionalidad y legalidad, sin embargo, hay voto particular de la magistrada Mónica Aralí Soto Fregoso en el sentido de que se colma el requisito de procedibilidad al verse relacionado el tema de ajustes de género. Lo anterior es relevante pues a partir de la presente línea jurisprudencial se puede derivar otras en el sentido de definir cuando puede estudiarse la cadena de custodia vía recurso de reconsideración y

25 De igual forma, debe mencionarse que en el SUP-RAP-113/2019 el planteamiento de la cadena de custodia se realizó a partir de un escrito de *amicus curiae* (amigo de la Corte).

cuando es un aspecto de mera legalidad que implica su desechamiento. Ello tiene que ver una auténtica *ratio decidendi* de diversos asuntos.

Ejemplo de irregularidades en la cadena de custodia en el SUP-REC-869/2015.

En donde se declaró la nulidad de la elección de Presidente Municipal y Regidores del Ayuntamiento de Centro, Tabasco, por el principio de mayoría relativa y, entre otras cuestiones, se ordenó al Congreso del Estado y al Ople a que convocaran y organizaran una elección extraordinaria.

En dicha resolución se señaló que existió una falta de seguridad y certeza del proceso electoral, dado que se incumplió con la cadena de custodia de dichos paquetes electorales.

En dicho asunto se determinó que existió una diferencia de 117 paquetes electorales de los cuales se desconoció, cuál fue su destino una vez concluida la jornada electoral en cuestión, lo que representa el 15.02% del total de las casillas según el encarte.

Lo anterior aunado a las inconsistencias relacionadas con la omisión de precisar los funcionarios que entregaron o recibieron los paquetes electorales, así como el estado que guardaban al momento de ser entregados al Consejo Municipal, devienen en una falta de seguridad y certeza del proceso electoral, dado que se incumplió con la cadena de custodia de dichos paquetes electorales.

4. INCOMPATIBILIDAD DE LA CADENA DE CUSTODIA Y EL SISTEMA DE NULIDADES ELECTORALES

En este apartado pretendemos demostrar la inviabilidad de una figura como la cadena de custodia en derecho electoral, concretamente en materia de nulidades. Para ello es necesario, explicar brevemente, en términos generales la naturaleza de las nulidades de votación.

4.1. Principios y características esenciales de las nulidades en materia electoral

Las nulidades en derecho electoral tienen características propias que se distinguen de otras disciplinas jurídicas como claramente la materia civil, por ejemplo, en electoral se torna irrelevante las nociones de nulidad relativa y la nulidad absoluta.

De esta forma, la nulidad en estos rubros recae sobre un voto, la votación de toda una casilla o grupo de ellas o incluso de toda una elección.

Los principios fundamentales de las nulidades en electoral son la *determinancia* y el **principio de la conservación de los actos válidamente celebrados**.²⁶

26 Otros principios de las irregularidades que provocan nulidad, que incluso han sido constitucionalizados, son las características de *graves* y *dolosas*, así como que sean comprobadas de manera *objetiva* y

La *determinancia*²⁷ es un principio fundamental que puede explicarse como la trascendencia e importancia en el tipo de irregularidad que dependiendo de su dimensión da lugar precisamente a la nulidad de un voto, votación de casilla o casillas o de toda una elección. Este concepto, previsto a nivel legal ha sido desarrollado sobre todo jurisprudencialmente. De esta forma, si una irregularidad NO es determinante no producirá efectos anulatorios en la votación. Este concepto tiene una enorme relación con la noción de *gravedad* de las irregularidades para efectos de poder anular.

En esa línea, tradicionalmente se ha distinguido entre *determinancia cuantitativa* y *determinancia cualitativa*.²⁸ La primera categoría, como su nombre lo refiere, entraña un criterio aritmético o numérico, o sea, que la trascendencia o importancia de la irregularidad tiene lugar cuando una cantidad igual o mayor a la diferencia de votos entre los partidos políticos que obtuvieron el primero y el segundo lugar en una elección. Para mayor claridad el siguiente ejemplo:

Ejemplo de irregularidad determinante:

Partidos	Resultado de la votación
Partido Colorado (1er lugar)	220
Partido Fucsia (2do lugar)	200
Votos de personas que votaron sin credencial para votar	30

Cuadro 1. Elaboración propia

En el ejemplo, la determinancia provoca la nulidad de votación de casilla ante el hipotético caso de que se hubieran admitido 30 votos de personas que no tenían credencial para votar, lo cual es irregular. La nulidad tiene lugar porque esos 30 votos superan la diferencia entre el primero y segundo lugar que es de 20 votos, por tanto, si presuntivamente esos 30 votos irregulares (que no se pueden identificar por la secrecía del voto) podrían implicar el triunfo del primer lugar, es por ello que se anula esa votación, en aras de la certeza electoral.

material, tal y como establece la última parte del artículo 41 constitucional sobre las causales de nulidad de toda elección. Sin embargo, por desde nuestra perspectiva los principios que fundamentan a la nulidad en materia electoral son los ya mencionados: determinancia y principio de conservación de los actos válidamente celebrados.

27 En español no existe la palabra *determinancia*, sino determinante, sin embargo, en el lenguaje electoral ha adquirido carta de naturalización.

28 Al respecto debe citarse la jurisprudencia 39/2002 de rubro NULIDAD DE ELECCIÓN O DE LA VOTACIÓN RECIBIDA EN UNA CASILLA. CRITERIOS PARA ESTABLECER CUÁNDO UNA IRREGULARIDAD ES DETERMINANTE PARA SU RESULTADO, así como la tesis XXXI/2004 de rubro NULIDAD DE ELECCIÓN. FACTORES CUALITATIVO Y CUANTITATIVO DEL CARÁCTER DETERMINANTE DE LA VIOLACIÓN O IRREGULARIDAD.

Por el contrario, utilizando casi el mismo ejemplo, no se actualiza la nulidad si por ejemplo ocurre de la siguiente manera:

Ejemplo de irregularidad NO determinante:

Partidos	Resultado de la votación
Partido Colorado (1er lugar)	220
Partido Fucsia (2do lugar)	200
Votos de personas que votaron sin credencial para votar	10

Cuadro 2. Elaboración propia

Como se puede observar, a pesar de que diez votos serían considerados irregulares, no son determinantes, es decir, importantes o trascendentes para anular la casilla porque incluso si se adjudicaran al segundo lugar, el primer lugar mantendría el triunfo de todas formas, de ahí que deba prevalecerse el voto.

En la **determinancia cualitativa**, como su nombre lo indica, se refiere al contenido o manera en materializarse una irregularidad. En contraste a la anterior, no se trata de una afectación cuantificable o numérica, sino que con ese concepto se analiza la magnitud de las irregularidades para determinar si por su gravedad existe una afectación sustancial a los resultados, por la violación a los principios constitucionales que deben regir todos los procesos electorales democráticos.²⁹ Los ejemplos son muchos como la utilización de recursos públicos por parte de un gobernador³⁰ o la aparición de un logotipo de un partido político en el short de un boxeador.³¹

Por su parte, el **principio de los actos válidamente celebrados** fue uno de los criterios aplicados en la justicia electoral tal y como la conocemos hoy en día. Dado que, con el nuevo modelo de ese tipo de justicia, lo que se buscó fue maximizar la validez del

29 En el última tesis XXXI/2004 destacamos que “El aspecto cualitativo atiende a la naturaleza, los caracteres, rasgos o propiedades peculiares que reviste la violación o irregularidad, lo cual conduce a calificarla como grave, esto es, que se está en presencia de una violación sustancial, en la medida en que involucra la conculcación de determinados principios o la vulneración de ciertos valores fundamentales constitucionalmente previstos e indispensables para estimar que se está en presencia de una elección libre y auténtica de carácter democrático” *Ibidem*.

30 Un caso claro con esas características es el SUP-JRC-678/2015 el cual implicó la nulidad de elección de gobernador de Colima y a partir de la cual se empieza a enarbolar el llamado principio de neutralidad de los servidores públicos. Al respecto la tesis V72016 de rubro PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD. LO DEBEN OBSERVAR LOS SERVIDORES PÚBLICOS EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES (LEGISLACIÓN DE COLIMA).

31 Se trata de la sentencia por la cual se anula la elección de la capital Morelia, Michoacán, dado que el boxeador mexicano Juan Manuel Márquez en una de las peleas que sostuvo contra Manny Pacquiao en Las Vegas (en la cual perdió el primero) utilizó el logotipo del PRI. Ello, entre otras cuestiones, produjo la nulidad de esa elección por la violación a principios constitucionales. Al respecto se recomienda el comentario a la sentencia (De la Torre, 2014).

voto, es decir, que prevaleciera la expresión del sufragio a pesar del acaecimiento de determinados hechos ilegales. Solamente se lograría vencer esa validez, si la irregularidad trastocaba de manera clara la certeza en la forma de ejercer el sufragio, es decir, la nulidad se tornaba en la excepción pues la organización electoral tiene el propósito que el voto cuente para la renovación de cargos de elección popular. La manera de traducir ese principio consiste en que “lo útil no puede ser viciado por lo inútil”.³²

De esta manera, ambos principios en buena medida significan los pilares para aplicar la nulidad o no de una determinada votación. Significa la guía fundamental para esa consecuencia dado que son comunes a todas las causales de nulidad de votación de casilla y de toda una elección.³³

5. CADENA DE CUSTODIA CONTRA PRINCIPIOS DE LAS NULIDADES

Como se podrá derivar de lo anterior, hay un choque frontal en la aplicación de la noción de cadena de custodia en conflictos que tienen que ver planteamientos de nulidad de votación en casilla relacionados con el manejo de paquetes electorales.

En ese contexto, por paquetes electorales nos referimos a todo el material contenido antes y después de la elección entre lo cual destaca por encima de todo los votos sufragados por la ciudadanía.

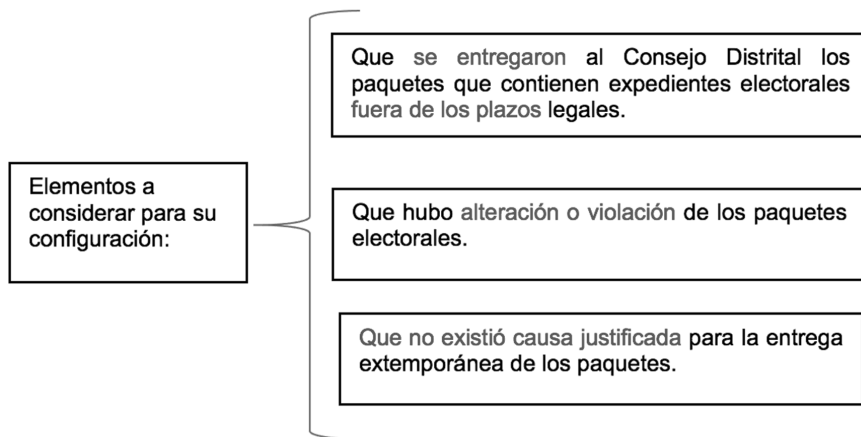
Así, la incompatibilidad tiene lugar porque mientras en la cadena de custodia por regla general, el trastocamiento del debido resguardo acarrea la invalidez probatoria, en el ámbito electoral, ciertas irregularidades pueden no ser determinantes y por tanto conservar la validez de la votación a pesar de que ciertos hechos hayan sido contrario a las normas.

Un ejemplo para explicar lo anterior. Una causal de nulidad de casilla relacionada justamente con el manejo, guardia y custodia de los paquetes electorales consiste en la **entrega extemporánea de paquetes electorales** prevista en el artículo 75, fracción I de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

Dicha causal tiene como consecuencia la nulidad si acreditan tres extremos que prevé la normativa:

32 Lo anterior se contiene en la jurisprudencia 9/98 de rubro PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DE LOS ACTOS PÚBLICOS VÁLIDAMENTE CELEBRADOS. SU APLICACIÓN EN LA DETERMINACIÓN DE LA NULIDAD DE CIERTA VOTACIÓN, CÓMPUTO O ELECCIÓN

33 Poner artículos



Así, para dar lugar a la nulidad de votación en casilla por esta causal debe acreditarse que: 1) la entrega de los paquetes electorales se realizó fuera de los plazos legales, 2) que no hubiera causa justificada para lo anterior y 3) que no hubiera alteración. Sin embargo, conforme a la jurisprudencia de la Sala Superior en función de la *determinancia* y del principio de conservación de los actos válidamente celebrados, a pesar de que eventualmente hubiera habido entrega extemporánea sin causa justificada, si en los hechos no se demuestra una alteración de los paquetes electorales no se traduce la nulidad. Ello se resuelve en la siguiente jurisprudencia 7/2000:

ENTREGA EXTEMPORÁNEA DEL PAQUETE ELECTORAL. CUANDO CONSTITUYE CAUSA DE NULIDAD DE LA VOTACIÓN RECIBIDA EN CASILLA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE SONORA Y SIMILARES).—

La causa de nulidad de los sufragios recibidos en una casilla, relativa a la entrega extemporánea del paquete electoral, sin que para ello medie causa justificada, se actualiza únicamente, si tal irregularidad es determinante para el resultado de la votación. En efecto, la causa de nulidad prevista en el artículo 195, fracción VI, del Código Electoral para el Estado de Sonora se integra por tres elementos explícitos, a saber: a) la entrega del paquete electoral; b) el retardo en dicha entrega, y c) la ausencia de causa justificada para el retardo, así como con el elemento de carácter implícito consistente, en que la irregularidad generada por los referidos elementos sea determinante para el resultado de la votación. Si se actualizan esos elementos explícitos, se produce también la demostración del elemento implícito, mediante la presunción *iuris tantum* de que el vicio o irregularidad es determinante para el resultado de la votación; pero como tal presunción admite prueba en contrario, si queda demostrado que la irregularidad no fue determinante para el resultado de la votación, no se surtirá la hipótesis de nulidad de que se trata. Esto es así, porque los artículos 161 a 163 del Código Electoral para el Estado de Sonora establecen una serie de formalismos, dirigidos a salvaguardar la integridad del paquete electoral, en el lapso que transcurre entre la clausura de casilla y la recepción del paquete por el consejo electoral correspondiente, con el fin de garantizar que el cómputo de la elección se efectúe sobre la base real de los

resultados obtenidos en cada casilla. Asimismo, la interpretación sistemática y funcional de los artículos 41, fracción III, párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 161 a 163, 194 y 195, fracción VI, del ordenamiento electoral citado conduce a estimar, que con la hipótesis de nulidad se sanciona la falta de certeza sobre la integridad del paquete electoral, con lo cual no queda garantizado que el cómputo de la elección se haga sobre los verdaderos resultados de la casilla correspondiente. Pero si en el expediente está evidenciado que el paquete electoral permaneció inviolado, a pesar del retardo injustificado en la entrega, o bien, se demuestra que los sufragios contenidos en el paquete coinciden con los registrados en las actas de escrutinio y cómputo de la casilla, es claro que en tales circunstancias, el valor protegido por los preceptos citados no fue vulnerado y, por tanto, aun cuando la irregularidad hubiera existido, ésta no fue determinante para el resultado de la votación, lo que provoca que al no surtir el requisito implícito de referencia deba tenerse por no actualizada la causa de nulidad.

Es decir, no basta que se constate alguno de los elementos que anulan la votación, al final del día debe acreditarse la *determinancia* sea explícita o implícita.

Como se puede observar ciertas irregularidades, como puede ser la entrega extemporánea fuera de los plazos legales, bajo los criterios consolidados en relación con la votación, no siempre acarrearán su nulidad, como de manera genérica sí acontece con la idea de cadena de custodia. Por el contrario, desde una perspectiva probatoria penal, ese retraso fuera del tiempo legal podría implicar su nulidad, salvo que el caso concreto presentara características específicas.

No obstante, en materia electoral debe de acreditarse el requisito de determinancia para poder acreditarse la nulidad de una elección; ello a pesar de que en la cadena de custodia hayan existido algunas irregularidades, que desde una perspectiva, pudieren considerarse como una prueba ilícita.

En este punto, debe señalarse que, la prueba ilícita es aquella obtenida en violación de un derecho fundamental. (Limardo Alan, 2021, 3); sin embargo, en materia electoral dicha prueba ilícita debe de cumplir el extremo de determinancia para afectar la nulidad de una elección.

Ello debido a que la determinancia responde a otros principios rectores en materia electoral como el de conservación de los votos válidamente emitidos, en el sentido de que por una o unas cuantas irregularidades, poco significativas, que pudieren presentarse durante el desarrollo de una elección, se declare nula toda una elección, lo cual sería un contrasentido a la participación ciudadana en el marco de una elección democrática.

Bajo este parámetro, debe de presentarse el requisito de determinancia, a pesar de que las pruebas presentadas presenten una serie de irregularidades –las cuales puedan ser subsanadas o no—, pero que dichas irregularidades no sean significativas dentro de una elección al grado de cumplir con el requisito de determinancia.

Sobre esto último debe destacarse un criterio jurisprudencial reciente en el sentido de que no necesariamente el rompimiento de la cadena de custodia no torna ilícitos los datos de prueba relacionados con la evidencia respectiva lo cual podría ir en contra de nuestra afirmación, pero analicemos dicho criterio el cual no es jurisprudencia obligatoria:

CADENA DE CUSTODIA. SU TRANSGRESIÓN NO TORNA ILÍCITOS LOS DATOS DE PRUEBA.

La transgresión a los principios legales de cadena de custodia, no torna ilícitos los datos de prueba relacionados con la evidencia respectiva. La ilicitud es un tema que atañe a la manera en que se obtiene la prueba en tanto que la cadena de custodia es la manera en que se preserva la misma. Conforme al artículo 264 del Código Nacional de Procedimientos Penales, **los datos de prueba obtenidos contra derechos fundamentales conllevan su exclusión o nulidad; en cambio, los indicios alterados por violación a la cadena de custodia repercuten en su valoración**, pues el numeral 228 del mismo código, determina que aquéllos no perderán su valor probatorio a menos que la autoridad competente verifique que han sido modificados de tal forma que pierdan su eficacia. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 275/2019. 30 de enero de 2020. Unanimidad de votos. Ponente: Héctor Lara González. Secretaria: Laura Olivia Sánchez Aguirre. (Énfasis añadido)

Como se podrá analizar claramente, dicho criterio sí reconoce que los datos obtenidos ilícitamente contra derechos humanos afectan la validez de la prueba no así los indicios que podrán ser objeto de valoración de la prueba. De esta forma, si la ruptura de la cadena de custodia implica la violación de derechos como la presunción de inocencia o algún otro derecho, desde luego perderá su valor en la medida que ha sido modificada sustancialmente el resguardo.

Finalmente podrá decirse que la cadena de custodia se ha invocado como una afectación que tiene lugar entre el primer conteo de votos y un nuevo escrutinio de votación y que por ello no podría aplicarse los criterios de nulidad mencionados porque anteceden a dicho recuento, sin embargo, ello olvida que tales principios pueden de igual forma ser aplicados.

6. CONCLUSIONES

- La línea jurisprudencial del TEPJF ha utilizado la noción de cadena de custodia sobre todo en el manejo de paquetes electorales.
- A veces la creatividad jurisdiccional puede llevar a utilizar figuras jurídicas provenientes de otras disciplinas jurídicas como fue el caso de la cadena de custodia en electoral. Acudir a ello puede ser funcional en la medida que la utilización de cierta figura suple carencias en cualquier disciplina como puede ser lo electoral, sin embargo, se torna muy cuestionable cuando dicha aplicación va en contra de principios fundamentales como los ya explicados en el ámbito concreto de las nulidades.

- De esta forma, la inviabilidad de la cadena de custodia en el manejo y resguardo de los paquetes electorales se debe a que, a pesar del acontecimiento de ciertos hechos irregulares, no siempre acarrea la nulidad o invalidez cómo sí opera al romper la cadena de custodia en términos generales.

FUENTES CONSULTADAS

- Anderson, Terence, David Schum y William Twining, (2005), *Analysis of evidence*. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press.
- Angulo González, Rubén Darío, (2016), *Cadena de custodia en criminalística*, Ediciones Doctrina y Ley.
- Conferencia Nacional de Procuración de Justicia y Conferencia Nacional de Secretarios de Seguridad Pública, *Cadena de custodia. Guía Nacional*, Gobierno de México, 42 pp. (Consultable en https://www.criminalistasforenses.org.mx/docs/cadena-de-custodia_guia-nacional.pdf)
- Cervantes, Esteban Agustín, (2016), *La cadena de custodia en el procedimiento penal mexicano*, México: Tirant Lo Blanch.
- De la Mata, Felipe, (2018), “Introducción. La cátedra José Luis de la Peza” en *José Luis de la Peza. Un retrato del jurista, maestro y juez electoral*, Franco González Salas y Felipe de la Mata Pizaña (coords.), México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 143-153 pp.
- De la Torre, Rosa María, (2014), *Anulación de elecciones por violación a principios constitucionales. El caso Morelia*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, (Serie Comentarios a las Sentencias del Tribunal Electoral).
- Gama, Raymundo, (2014), *Aplicación de la cadena de custodia en materia electoral. Caso Albino Zartuche*, México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, (Serie Comentarios a las Sentencias del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Vertiente Salas Regionales).
- Henao Noreña, Juan Fernando, (2012), *La cadena de custodia en el sistema penal acusatorio*, Medellín: Universidad de Medellín. Especialización en derecho penal acusatorio, 69 pp.
- Limardo, Alan, (2021) “Regla de exclusión de la prueba ilícita: una reevaluación de sus fundamentos con perspectiva comparativa”, en Rovatti, Pablo (coord.) *Manual sobre Derechos Humanos y prueba en el proceso penal*, México: SCJN.
- López Medina, Diego, (2002), *El derecho de los jueces*, Bogotá: Legis-Uniandes, Facultad de Derecho.
- Olea Valencia, Juan José, (2012), *Siete preguntas de oro acerca de la cadena de custodia*, México: Ubijus Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.
- Procuraduría General de la República, (2018), *Guía técnica de cadena de custodia de evidencia digital*, Unidad de Investigaciones Cibernéticas y Operaciones Tecnológicas, México: Procuraduría General de la República, 24 pp.
- Ramos Sobarzo, Arturo, (2016), *La constitucionalidad de las candidaturas independientes*, México: Tirant Lo Blanch.



LOS ABOGADOS EN EL ESTADO DE MÉXICO EN LOS AÑOS SETENTA DEL SIGLO XIX: ENTRE LA CONTINUIDAD Y LA TRANSICIÓN JURÍDICA

MARIO A. TÉLLEZ G.¹

RESUMEN: Este trabajo tiene como objetivo analizar el complicado camino de la transición jurídica en el Estado de México entre el casuismo y la codificación en los años setenta del siglo XIX.

ABSTRACT: This work aims to analyze the complicated path of the legal transition in the State of Mexico between casuism and codification in the seventies of the nineteenth century.

PALABRAS CLAVE: Transición, casuismo, codificación.

KEYWORDS: Transition, casuism, codification.

SUMARIO: I. LOS ANTECEDENTES Y PRIVILEGIOS DE LOS ABOGADOS EN LA TRANSICIÓN EN EL ESTADO DE MÉXICO. II. LOS EXÁMENES DE ABOGADO. III. EL LIC. PEDRO RUANO Y MATA. IV. COMENTARIOS FINALE. V. BIBLIOGRAFÍA CITADA. ANEXO I.

I. LOS ANTECEDENTES Y PRIVILEGIOS DE LOS ABOGADOS EN LA TRANSICIÓN EN EL ESTADO DE MÉXICO

Existe diversos estudios que explican la transición del *ius commune* de origen medieval a la codificación entre finales del siglo XVIII y parte del XIX en España y América Hispánica, en donde el casuismo y el uso y abuso del arbitrio judicial finalmente cedieron el paso definitivo a la aplicación literal de la ley bajo el paraguas constitucional.² Lo que nosotros vamos a presentar en este trabajo es cómo se dio la transición en el Estado de México en la década de los años setenta del siglo XIX, que es precisamente cuando se logró cronológicamente la promulgación de los códigos locales, para observar los elementos de continuidad, resistencia y transformación en el mismo período.

El ángulo de análisis a través del cual vamos a observar este proceso es a través de una de las fuentes más atractivas para entender el fenómeno: los expedientes de quienes aspiraron en esa época a obtener el título de abogado. Además de describir el contenido

1 Profesor titular. UAM Cuajimalpa.

2 Para un amplio recuento bibliográfico ver Fernández Arrollo, Diego, "La codificación del derecho internacional privado en América Latina. (Ámbitos de producción jurídica y orientación metodológicas)", Tesis doctoral, Madrid, Universidad Complutense, 2015, <https://eprints.ucm.es/id/eprint/53495/1/5312297645.pdf>; y Guzman, Alejandro, *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, 2000, http://www.larramendi.es/es/catalogo_imagenes/grupo.do?path=1000187

do de los expedientes, vamos a detenernos en las materias que estudiaron para ponderar su formación y en el examen escrito que presentaron ante el Tribunal para valorar la correspondencia con esa formación. Finalmente fueron los aspirantes a alcanzar este título y sus profesores, abogados en el ejercicio de la profesión como juzgadores, litigantes, funcionarios o políticos, los responsables directos para alcanzar el triunfo de la codificación; entendida aquí como la aplicación del texto de la ley al caso concreto por parte del juzgador.

Y para entender mejor lo que sucedería más tarde en la entidad es oportuno plantearse la siguiente pregunta: ¿qué sucedió en los primeros años de la época independiente con los aspirantes a graduarse de abogados en el Estado de México? Una vez establecido el sistema federal se decidió que la materia educativa quedaba reservada al ámbito de los estados. Por ello, al igual que en todo el país, frente a la necesidad de crear un nuevo Estado —el de México— y de los retos que había que enfrentar, las autoridades estatales dieron continuidad básicamente a los requisitos que se solicitaban en la época colonial; seguramente como lo resolvieron las demás entidades del país: 1) “haber estudiado jurisprudencia en alguno de los colegios de la república”; 2) haber practicado por tres años en un estudio de abogado; y 3) haber sido examinado y aprobado por dos instituciones vinculadas al mundo de los abogados;³ se trataba del examen teórico y el práctico, haciéndose eco todavía de la vieja tradición medieval de que la teoría se aprendía en las aulas y el derecho vigente en las prácticas de tribunales y en los estudios jurídicos de los abogados.⁴

Uno de los primeros e importantes retos que enfrentaron en esos años quienes querían hacer la carrera del foro en la entidad fue que solo se impartía en la ciudad de México, en donde tenían su domicilio las instituciones educativas más importantes del país y capital del Estado y del país, pero muy pronto las autoridades locales fueron desplazadas de allí para mudarse en un difícil y costoso peregrinar a Tlalpan, Texcoco y Toluca, entre 1826 y 1830, después de varios episodios de complicadas batallas. En este período los aspirantes locales tuvieron que lograr su título de bachiller en la capital y para obtener el título abogado no pudieron presentar los dos exámenes como se acostumbraba, dado que la Academia Teórico Práctica que tradicionalmente aplicaba el primero residía en la capital,⁵ sino sólo uno ante el Supremo

3 Decreto núm. 65, tomo I, pp.86-87, Téllez, Mario, *El poder legislativo en México. Temas y casos de institucionalización, historia y derecho*, (contiene DVD con la legislación estatal 1824-2005) México, LV Legislatura et al, 2006. Eran prácticamente los mismos requisitos de la Edad Moderna española, Peset, Mariano, “La formación de los juristas en los siglos XVIII y XIX”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2ª época, núm. 62, 1971, p.608.

4 Morineau, Martha y Román Iglesias, “La enseñanza del derecho romano en la universidad de México”, *V Congreso Latinoamericano de Derecho Romano*, núm. 40, 1986, Pontificia Universidad Católica del Perú, p.42.

5 Así lo declaró en 1827, por ejemplo, un clérigo del “Colegio Seminario de México”: “Que teniendo los requisitos que la ley de seis de junio del año próximo pasado del Honorable Congreso de este Estado exige para presentarse a examen de abogado”, “solicitud del Presbítero Br. D. Miguel Prudencio de Sagazeta e Ilurdoz sobre recibirse de abogado”, López Fontes, José y Téllez G., Mario A., DVD, *Escribanos*

Tribunal de Justicia.⁶ Al término de este conflictivo lapso, la situación regresó a los usos acostumbrados, los aspirantes presentarían dos exámenes, uno ante “tres letrados de ciencia y experiencia designados anualmente por el gobernador” y el otro ante el Tribunal como lo dispuso el decreto 124 de 1830.⁷

Ambos decretos, de 1826 y 1830, determinaron la situación de quienes aspiraron a recibirse de abogados el resto de la primera época federal. Y lo más interesante fue que para los inicios de los años setenta recuperaron su vigencia.

Durante el centralismo la situación no fue muy distinta pero no dudamos que el cambio de régimen y las guerras siguieran afectando la continuidad administrativa en la materia educativa hasta que Santa Ana intentó poner orden con la promulgación del Plan General de Estudios del 18 de agosto de 1843 pero respetando los usos y formas establecidos. Dispuso que en la carrera se estudiaría: “Derecho natural y de gentes, Derecho público y principios de legislación, elementos de derecho romano, derecho civil y criminal, derecho canónico, práctica” (art. 2º), que era el *syllabus* seguido en el Colegio de San Ildefonso (art. 33), muy cercano a los contenidos de las universidades españolas de finales del siglo XVIII, principalmente la de Salamanca. Determinó que la carrera duraría seis años, cuatro de teórica y dos de práctica (arts. 8 y 44). Los aspirantes presentarían dos exámenes, uno ante la comisión elegida por el Tribunal del Departamento o ante el Colegio de Abogados local, y otro ante el propio Tribunal (art. 20).⁸ Este Plan General es relevante no sólo por el intento de ordenar sino porque constituye el puente institucional una vez que se restituyó el sistema federal.

Restablecido el Estado de México tuvieron que pasar algunos lustros para que hubiera una disposición relevante en la materia, se trata del decreto núm. 47 de 1851 que contenía la *Ley Orgánica del Instituto Literario el Estado*,⁹ que siguió la misma lógica de las disposiciones locales de los años veinte. Es cierto que los gobiernos emanados de los distintos regímenes que se alternaron el poder en estas décadas no tuvieron la intención real, y posiblemente tampoco la posibilidad, de cambiar las formas para al-

y abogados del siglo XIX mexicano 1803-1905, México, Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, 2003.

- 6 Decreto núm. 65, tomo I, pp.86-87, Téllez, *op. cit.*, 2006. En ese examen se le proponía al pretensor una de dos opciones, desarrollar alguna institución civil o criminal, o proponer un proyecto de sentencia de primera o segunda instancia sobre algún expediente en particular para luego ser cuestionado por los magistrados del Tribunal.
- 7 Tomo I, pp.157-158, Téllez, *op. cit.*, 2006.
- 8 Dublán, tomo IV, pp.514-523, en Téllez G., Mario A., López Fontes, José, *La legislación mexicana de Manuel Dublán y José Ma. Lozano*, El Colegio de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, 2004.
- 9 Decreto núm. 47, tomo V, pp.50-58, Téllez, *op. cit.*, 2006. En este decreto se dispuso que se estudiaría durante cuatro años Derecho Natural, Derecho de Gentes, Derecho Romano, Derecho Patrio, Derecho Canónico, Derecho Constitucional y Bellas Letras, y dos años más de práctica; de estos últimos, por la mañana, un año en un juzgado de primeras letras y otro en el Tribunal Superior de Justicia. Por la tarde, dos años en un estudio de abogado.

canzar el título de abogado pero también lo es que las guerras intestinas y los cambios régimen terminaron por afectar seriamente las posibilidades de lograr la continuidad que se pretendía. En efecto, como lo habían anticipado Jorge Mario García Laguardia y María del Refugio González, “los primeros años de vida independiente no fueron favorables para la enseñanza, la cual atravesó por una etapa de crisis. Las distintas escuelas que había en la época colonial fueron cerradas unas abandonadas otras traspasadas al gobierno las más [...]. La universidad no escapó a este proceso”¹⁰ ni las demás instituciones de educación.

No es posible soslayar que en 1867 con el triunfo liberal, el Presidente Benito Juárez llamó a Gabino Barreda a crear la Escuela Nacional Preparatoria y que a decir de Leopoldo Zea:

El positivismo no llegó a México como una doctrina nueva a la que había a la que había que estudiar para estar al tanto de las expresiones de la cultura. [...]. Se trata de una doctrina filosófica puesta al servicio de un determinado grupo político y social en contra de otros grupos. [...]. Los positivistas mexicanos eran muy conscientes de este carácter instrumental de su filosofía.¹¹

Y este mismo año, de facto, se hizo del gobierno del Estado Mariano Riva Palacio, quien invitaría poco después a Barreda para que en el Instituto Literario del Estado se estableciera en la medida de lo posible el plan de estudios de la Escuela Nacional Preparatoria.¹² En efecto, y como también Zea lo dice, los positivistas pretendieron transformar a la sociedad a través de la educación. Los primeros cambios en la educación estatal llegarían de la mano del siguiente gobernador Lic. Alberto García, pero no trascendieron a los estudios de la carrera de jurisprudencia, se quedaron a nivel de los estudios preparatorios.

Para la década de los años setenta, que es el período que nos interesa, hemos podido consultar dieciséis expedientes de otros tantos aspirantes a abogado, cuatro para 1870-71, diez para 1876 y dos para 1878-79. Un primer elemento que destaca es que de los dieciséis, apenas cuatro, no tuvieron una dispensa por haber dejado inconclusas una o varias de las materias del *syllabus* o por no haber concluido el tiempo establecido para la práctica en estudio de abogado o en un juzgado, lo cual nos parece muy elocuente;

10 Citados por Marcín Balsa, Fernando, “Transformación del derecho y universidad: apuntes a la polémica en torno al estudio y enseñanza del derecho romano en México a mediados del siglo XIX”, José Caballero, Antonio y Cruz, Óscar (coords). *Historia del derecho. Memoria del Congreso Internacional de Cultura y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, 2005, cita 8.

11 Zea, Leopoldo, *El positivismo y la circunstancia mexicana*, Lecturas Mexicanas, México, FCE SEP, 1985, p. 28.

12 Barreda, Gabino, *Opúsculos, discusiones y discursos. Coleccionados y publicados por la asociación medotófila Gabino Barreda*, México, Imprenta del Comercio, de Dublán y Chavez, 1877, p. 23, https://catalogo.iib.unam.mx/F/-/?func=findb&find_code=SYS&local_base=bndm&format=999&request=000388118

dispensas que fueron publicadas por el Congreso estatal en varios decretos.¹³ Aunque no es definitiva la evidencia, esta proporción tan alta de dispensas frente al número total de exámenes, muestra lo extendido que era esta práctica y lo complicado que podía resultar cumplir con los requisitos para presentar el examen de abogado. Por supuesto que también cabe la posibilidad de un posible abuso de esa institución.

Ésta fue una de las tantas instituciones jurídicas heredada del régimen colonial, y a pesar de las objeciones que representaba, fue rápidamente incorporada al país para dar viabilidad al incipiente y desarticulado derecho mexicano. En efecto, como el Escriche en la edición de 1837 lo refiere, la dispensa era “el privilegio ó esencion graciosa de lo ordenado por las leyes generales; y el instrumento ó escrito que contiene esa esencion o privilegio. Hay dispensa de edad, de parentesco, y otras”. Y a pie de página añade un dato muy importante, que por decreto de 1 de julio de 1824, se declaró que serían los congresos locales los que las otorgarían.¹⁴

Vale la pena recordar que en el Congreso del Estado de México hubo al menos una discusión a fondo en 1824 para utilizar o rechazar el uso de la institución de la dispensa. Estaba claro que era un privilegio que iba en contra del principio de aplicación general de la ley pero con los vaivenes políticos y la interrupción del orden institucional, los legisladores y autoridades locales optaron por seguirla aplicando en buena parte del siglo.

Frente al caos de las interminables interrupciones administrativas la dispensa se convirtió en una institución indispensable para facilitar la graduación de muchos abogados, imposible saber cuántos, pero al menos para el período que nos ocupa, fueron más los que la obtuvieron que quienes lograron completar los requisitos. Es cierto que la administración pública en lo general, y la de justicia en lo particular, demandaba la presencia de abogados para profesionalizar sus funciones, por ello, el Congreso la concedió innumerables ocasiones.

De los tres decretos publicados para conceder dispensas, el 118 de 1875 fue el que mayor número concedió en la década y contiene algunas particularidades que vale la pena destacar. Por razones que desconocemos, en este año de 1875 el Ejecutivo estatal estuvo ausente y “por ministerio de ley” el Presidente del Superior Tribunal de Justicia del Estado, Lic. Dionisio Villarelo, “encargado del Ejecutivo”, decretó que se permitía a Luis G. Ruano presentar su examen de abogado, dispensando que la duración de sus estudios fuera menor a los seis años establecidos por la ley. A Felipe Villarelo, Guadalupe R. Inclán, Federico Inclán, Trinidad González, Carlos A. Martínez, Enrique Morales se les dispensaba del estudio de diversas materias de los cursos preparatorios.

13 Decreto 142 de 1869, tomo VII, pp. 67-68; decretos 118 y 235 de 1875, tomo XI, pp. 202-203 y 217-218; decreto 89 de 1878, tomo XIV, p. 146, Téllez, *op.cit.*, 2006.

14 Escriche, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*. Edición y estudio introductorio por María del Refugio González, México, UNAM, 1996. pp. 204-205.

¡Pero a Luis Cano y Rodríguez, Trinidad M. Murguía y Celso Legorreta se les otorgó esa excepción por “los estudios preparatorios, con excepción del de latinidad y lógica”! Esto último parece un exceso y sólo nos queda preguntar si este grupo de aspirantes gozaron de muchas influencias o en la entidad hacían tanta falta los abogados como para alcanzar tal nivel de excepción. No lo sabemos con certeza pero por el momento nos inclinamos a pensar que se trató de lo primero.

Tampoco sabemos si había parentesco entre el Presidente del Tribunal, Lic. Dionisio Villarello y Felipe Villarello ni del otro aspirante Luis G. Ruano con el Lic. Pedro Ruano, jurista destacado e influyente en la entidad, como adelante veremos, pero las coincidencias en los apellidos son de lo más interesantes, sobre todo si tenemos en cuenta que el entorno social seguía como siempre, eran muy pocos los que podían acceder a los estudios profesionales, principalmente por la falta de recursos económicos para estudiar, y por consecuencia, sólo las familias con cierto nivel de recursos podían financiar los estudios de sus hijos o aquellos aspirantes que encontraban algún generoso patrocinio que les permitiera continuar sus estudios.¹⁵ Sobre el tema de los costos de los estudios hay que agregar otra particularidad, de las diez dispensas otorgadas por este decreto 118 de 1875, de forma excepcional, ocho cuentan con la fotografía del aspirante; hecho que no se explica en ningún lado. Los otros dos no la tienen ni tampoco los demás del mismo período de estudio, lo cual abona para pensar que esos ocho aspirantes contaban con una situación más desahogada que sus compañeros. Aun cuando la fotografía se había inventado medio siglo antes, sería casi tres décadas después, a finales del Porfiriato, cuando se hizo común que los expedientes de abogado la incluyeran. Es decir, se trataba de un lujo que en esos momentos muy pocos podían pagar.

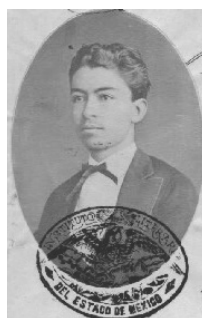
Luis G. Ruano



Felipe Villarello



G. Rodrigo Inclán



Federico Inclán



15 Francois-Xavier Guerra lo puso en estos términos: “en 1878, un poco más de tres mil alumnos se encuentran en la secundaria, poco menos de cinco mil en las escuelas profesionales, y esto para una población de 9.5 millones de habitantes, *idem*, *México: del Antiguo Régimen a la Revolución*, tomo I, México, FCE, 1988. p. 404.

Trinidad González



Carlos Martínez



Enrique Morales

Luis Cano
y Rodríguez

II. LOS EXÁMENES DE ABOGADO

Para hacer más ligera la exposición del trabajo no parece aconsejable revisar detalladamente los 16 expedientes con los que contamos, sólo nos detendremos en algunos, privilegiando dos características, el orden cronológico y los más representativos. Comencemos por el primero de la lista. Se trata de Agustín Martínez de Castro, graduado en 1871.¹⁶ El expediente inicia con un certificado expedido por el director del Instituto Literario del Estado de México en donde se especifica la calificación del examen anual que por cuatro ocasiones tuvo el pretensor en sus estudios de jurisprudencia y luego en otro documento se dice que Martínez de Castro cursó su carrera, sin añadir más información, conforme a lo establecido por la *Ley Orgánica del Instituto Literario* de 1851, la cual dice: “El derecho Natural y de Gentes, se estudiará en un año; el Romano y Patrio comparados, en cuatro; el Canónico en tres; el Constitucional, en uno, y las bellas letras en otro”.¹⁷ Se trata de un *syllabus* que muestra elementos de una muy incipiente transición en el que dominan los cursos de formación de antiguo régimen y a penas uno, el derecho constitucional, que se puede inscribir dentro del proceso de codificación. En seguida aparecen los demás certificados que dan cuenta de su estancia en estudio de abogado y en los juzgados estatales para avalar su práctica. Como la mayoría de los otros aspirantes, fue dispensado por decreto estatal núm. 142,¹⁸ junto con otros dos, para no cumplir con la práctica de un año que por ley debía tener en el Tribunal Superior de Justicia. En el documento se señala que la “Junta examinadora

16 “El c. Martínez de Castro Agustín pide billete para su examen previo de abogado”, Téllez, *op.cit.*, 2003.

17 Téllez, tomo V, *op.cit.*, 2006, pp.50-58.

18 Los otros dos beneficiarios fueron José Ma. Rivero y Luis G. Sobrino y Ortiz. El impreso del decreto núm. 142 aparece en el expediente: “El c. Martínez de Castro Agustín...”, Téllez, *op.cit.*, 2003; así como en el tomo VII, pp.60-78, Téllez, *op.cit.*, 2006.

de abogados”, de la que formó parte el Lic. Pedro Ruano, le aplicó el primer examen. Este jurista, como se verá, se volvió casi omnipresente en estos años en el entorno jurídico del Estado. A él nos referiremos con más detalle en el apartado siguiente. De regreso al caso de Agustín Martínez de Castro, el Tribunal le aplicó el segundo examen en virtud de los decretos núm. 65 de 7 de junio de 1826 y del núm. 124 de 17 de junio de 1830, ya referidos arriba, así como del art. 29 del *Reglamento* de 27 de junio de 1850.¹⁹ Un elemento muy interesante a destacar es que el pretensor, como en pocas ocasiones hemos podido apreciar, fue reprobado en el segundo examen y, por ello, tuvo que reallizar dos proyectos de sentencia, una sobre rapto y la otra por lesiones. Al final, en su segunda oportunidad, fue aprobado por unanimidad.

Por cuanto al primer proyecto, en sus “considerandos” (sic) expuso que “no está probado el cuerpo del delito en el asalto y rapto”. Y “Con fundamento de la razón de la ley 2ª tít.16 lib. 11 de la Nov. Recop, Doctrina de Escriche, palabra “Sobreseimiento”, art. 2º del decreto no. 55 de 1º de junio de 1868. Se confirma el auto [...] que mandó sobreseer” esta causa.²⁰ Amén de la extensa descripción que hizo el aspirante previamente de la causa criminal que le correspondió en esta primera oportunidad, su fundamentación doctrinal y legislativa fue muy breve, acorde con los parámetros establecidos por el casuismo. En el documento que lo consigna se puede leer que “concluido el acto y aviendose procedido a la votación que dio por resultado tres bolas negras y una blanca, con fundamento del precitado artículo” 29 del “Reglamento de 27 de junio de 1850”, el cual dice: “... procediéndose en seguida á la votación entre los tres ministros que hayan examinado, y se estará a lo que vote la mayoría.”²¹ El artículo citado dice que serían tres los ministros que debían examinarlo pero en el acta que lo registra la votación fue de tres a uno, entonces hubo cuatro examinadores y lo reprobaron casi por unanimidad. El aspirante se conformó con el resultado y con los seis meses que le dieron para presentarse a examen nuevamente.

19 Este art. 29 describe por primera ocasión de forma puntual cómo se recibiría un aspirante de abogado ante el Pleno del Tribunal; formas que seguramente ya se llevaban a cabo en los años previos pero que a partir de la promulgación del Reglamento quedaban institucionalizadas, Téllez, tomo V, *op.cit.*, 2006, pp.173-197.

20 NV 11, 16 2 “Se puede dar sentencia en los pleytos civiles y criminales, probada y sabida la verdad, aunque falte alguna de las solemnidades del orden de los juicios”, Rodríguez de San Miguel, Juan N., *Pandectas Hispano-megicanas*, tomo III, Estudio introductorio de María del Refugio González, México, UNAM, 1991, p. 190. La voz “sobreseimiento”: “La cesacion en el procedimiento criminal contra un reo. En cualquier estado en que aparezca inocente el procesado se sobreseerá desde luego respecto a él, declarando que el procedimiento no le pare ningún perjuicio en su reputacion...”. Esta voz no aparece en la edición de Escriche de 1837, que es la editada por la UNAM en 1993. Sí en una edición más tardía. El art. 2º, del decreto núm. 55 de 1º de junio de 1868 se refiere a la buena fama que debía tener una persona, probada por el testimonio de cinco personas intachables para no ser considerado “plagiarío o ladrón” y, por lo tanto, procesado y sentenciado. Téllez, tomo VI, *op.cit.*, 2006, p.267.

21 Este art. 29 describe por primera ocasión de forma puntual cómo se recibiría un aspirante de abogado ante el Pleno del Tribunal; formas que seguramente ya se llevaban a cabo en los años previos pero que ahora quedan institucionalizados, Téllez, tomo V, *op.cit.*, 2006, pp.173-197.

Por cuanto al segundo proyecto expuso “que el delito consta probado plenamente por la fe de heridas”, que el agresor lo aceptó, “que la herida fue clasificada de grave por accidente”, “que la ofendida es la cónyuge del agresor” y que días antes la lesionada había pasado la noche en casa de otro hombre lo que había motivado la cólera de su marido. “Con fundamento de los arts. 37, 36 fracc. 1ª, del 31 de la ley de 5 de enero de 1857 y ley 8ª tít. 31 Part. 7ª [juzgando definitivamente] fallo” y condenó al reo a ocho meses de prisión con descuento del tiempo de prisión que ya había sufrido, así como a pagar la curación de su esposa.²² Con estas argumentaciones Agustín Martínez de Castro y con las respuestas que les dio a los ministros examinadores finalmente recibió su título de abogado por unanimidad.

En función del orden cronológico y por la homonimia de los apellidos, parece interesante detenernos en el caso de Luis G. Ruano, graduado en 1876.²³ Lamentablemente tenemos una laguna documental entre 1871 y 1875. Sin embargo, antes de iniciar el análisis del expediente se debe tener presente que en 1872 se había promulgado una nueva *Ley Orgánica del Instituto Literario*²⁴ que reguló los estudios profesionales en la entidad, la cual, como en casos anteriores, constituyó en buena medida para la carrera de jurisprudencia un eslabón de continuidad con sus predecesoras, salvo por una cuestión relevante, agregó un tercer examen a los dos que tradicionalmente se habían aplicado desde el mundo colonial. No conocemos la razón expresa de los legisladores para impulsar este cambio, posiblemente esta decisión estaba influida por el positivismo pero no podríamos afirmarlo con certeza, pero parece lógico inferir que consideraron que los dos exámenes que se aplicaban previamente no eran ya suficientes para garantizar un mínimo de conocimientos de los aspirantes en esos momentos y agregaron un tercero y con ello, presionaban para que la preparación de los aspirantes fuera más exigente.

Con un par de años de diferencia, en 1874, fue promulgado el Código penal estatal²⁵ que aspiraba a transformar de fondo la administración de justicia. También se modificaría el formato de ciertos documentos que integraban los expedientes de los aspirantes a abogado.

La *Ley Orgánica del Instituto Literario* de 1872 contiene 97 artículos y pretendió, como su nombre lo indica, organizar los estudios de bachillerato y profesionales impartidos en dicho Instituto; además de sustituir a la de 1851. Por lo que se refiere a los estudios de jurisprudencia en su artículo 11 dispuso que la carrera duraría seis años —

22 En realidad se trataría de los artículos 35 y 36 porque este último no tiene fracciones y el art. 35 sí, *Ley para juzgar a los ladrones, homicidas, heridores y vagos*, de 5 de enero de 1857, Téllez, tomo VIII, *op.cit.*, 2004, p.330 y ss., mientras que la P 7, 31, 8 tiene como encabezado “Qué cosas deben catar los jueces, ante que manden dar las penas: e por que razones las pueden crecer, o menguar, o toller”, Rodríguez de San Miguel, tomo III, *op.cit.*, 1991, pp-649-650.

23 “Expediente sobre recepción de abogado del C. Luis G. Ruano”, Téllez, *op.cit.*, 2003.

24 Decreto núm. 42, tomo X, pp.60-78, Téllez, *op.cit.*, 2006.

25 Tomo XII, *passim*, Téllez, *op.cit.*, 2006.

así sucedía desde el mundo colonial-, cuatro de teórica y dos de práctica. Allí se enlistaron las materias del *syllabus*: Derecho natural y de gentes e historia de los derechos. Derecho romano y patrio comparados. Tratado de matrimonio por derecho canónico. Elementos de derecho constitucional, administrativo, internacional y marítimo.²⁶ En este listado de materias en contraste con las que se establecieron en 1851 significaban un avance en la transición jurídica, al menos en el papel. Es evidente la convivencia tardía de las dos corrientes jurídicas que se mezclaron entre el siglo XVIII y XIX en la transición del *ius commune* de origen medieval, todavía con importantes influencias del *corpus iuris civilis* y del *corpus iuris canonici*, con la codificación racionalista; allí se mezclaron el casuismo y el arbitrio judicial con la aplicación literal de la ley; al final “triunfaría” esta última pero después de diversos y espasmódicos avances y retrocesos, sobre todo en la última parte del período.

En el expediente de Luis G. Ruano de 1876²⁷ se expone que los estudios de teórica de este pretensor comprendieron:²⁸

Primer año de jurisprudencia, elementos de Derecho natural por J G Henecio, Tratado de matrimonio por Cavallario contenida en su obra grande titulada “Instituciones de Derecho canónico desde el capítulo 26 hasta el 31. Historia del derecho canónico por Flackc [sic] contenido en su obra “Prolegómenos de derecho” título 4º.

Segundo año, el libro 1º y el título 1º del libro 2º de la “Instituta de Justiniano comentada por Arnolfo Vinnio y comparada con las disposiciones del derecho español y particularmente con el código civil del Estado de México y los primeros tomos del derecho de gentes de Vattele.

Tercer año, los títulos del 21 al 28 inclusive y el título 6º del libro 4º de las instituciones de Justiniano comentada por Vinnio y comparadas con el derecho español y con el código civil del Estado. Las primeras leyes del digesto de *reguli juris* comentadas por Bronchorst y traducidas y comentadas con nuestro derecho particular por el profesor del ramo licenciado Pedro Ruanof.

Cuarto año, los títulos del 2º al 16º inclusive de la Instituta de Justiniano comentada por el jurisconsulto Arnolfo Vinnio comparada con el derecho español y con el código civil del Estado.²⁹

26 “[...]. En los dos años de práctica se hará el estudio de los códigos de procedimientos, civil y criminal; de principios de legislación y de la legislación comparada en una academia teórico-práctica, y asistirán los concursantes a uno de los juzgados de 1ª instancia para la práctica”, Decreto núm. 42, tomo X, pp.60-78, Téllez, *op.cit.*, 2006.

27 “Expediente sobre recepción de abogado del C. Luis Ruano”, Téllez, *op.cit.*, 2003.

28 Cabe señalar que *syllabus* de la Escuela Nacional Jurisprudencia en 1877 era parcialmente distinto, básicamente porque allí ya se debía impartir en el sexto año “medicina legal” y “procedimientos criminales”, Pérez de los Reyes, José Antonio, “Miguel Salvador Macedo y Sarabia: su vida y su obra”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, vol. XIII, 2001, p.171.

29 Respecto del documento de los estudios de teórica de este aspirante hay que destacar que el nivel de descripción no se observa en los expedientes de 1871, por ello, en el Anexo I decidimos modernizar la bibliografía y agregar algunos comentarios sobre las obras listadas. Aunque esta diferencia no parece

Si comparamos estos contenidos con los que establecía *La Ley Orgánica* de 1872 la coincidencia es poca; es decir, entre lo establecido por la norma y la realidad había una gran distancia. Está claro que lo estudiado por Luis G. Ruano eran conocimientos de un aspirante formado en el antiguo régimen; tenían una vocación eminentemente romanista, muy similares a los de Agustín Martínez de Castro a principios del período de estudio bajo la *Ley Orgánica* de 1851. En la boleta de Luis G. Ruano no aparece el derecho constitucional, administrativo, internacional y marítimo que supuestamente debía estudiar. Lo que sí está en su expediente, en un certificado de una foja muy escueta en la que no se aporta mayor información, es que con el Lic. Pedro Ruano,³⁰ “abogado de los tribunales de la república y catedrático de jurisprudencia en el Instituto Literario del Estado de México”, el aspirante Luis G. Ruano había estudiado: “elementos de derecho constitucional, marítimo, administrativo, internacional, de legislación y legislación comparada. Certifico igualmente que el mismo joven Ruano á asistido a mi estudio por el espacio de un año, con el objeto de hacer su práctica para recibirse de abogado”.³¹ Esto es, en la realidad se estaba frente a la complicada situación de que quien expidió ese certificado, al mismo tiempo que le impartió esas materias —y a todos los demás aspirantes que estuvieron con él en esos años— de forma simultánea también le permitió hacer prácticas profesionales en su estudio.³²

Pero si esto no fuera suficiente problema, hay que tomar en cuenta que el mismo licenciado Pedro Ruano se había graduado varias décadas atrás, en 1849, período en el que sólo se enseñaba el derecho de antiguo régimen, por lo que las nuevas materias derivadas del racionalismo y de la codificación que supuestamente habría de impartir en los años setenta tuvo que aprenderlas por su cuenta; no sabemos cuándo ni a dónde pero así tuvo que haber sido si nos atenemos a la veracidad del certificado que expidió. Al final, lo que sí queda claro con este ejemplo es la complicada situación que se vivía en el Instituto Literario en esos años de la transición jurídica en el ámbito más importante, el de la enseñanza y aprendizaje del derecho.

Así, bajo estas circunstancias formativas, y en la que ya estaba vigente el código penal local y la *Ley Orgánica* de 1872, cabe preguntarse entonces cómo proyectó su resolución Luis G. Ruano al caso que le dieron para su tercer examen, el cual se refería al reconocimiento de una deuda entre dos socios. Por principio y de forma anecdótica, hay que señalar que el proyecto de sentencia rompió como pocas veces con el tradicional formato de los exámenes de su época. No incluyó al principio lo que hemos

haber sido causado por la *Ley Orgánica* de 1872 porque en otros momentos previos, como lo veremos en el caso del Lic. Pedro Ruano, también se hicieron listados con ese nivel de detalle.

30 Desconocemos por completo si el aspirante Luis G. Ruano era pariente del Lic. del mismo apellido. No hemos localizado ninguna información al respecto pero sabedores que desde el mundo colonial hubo importantes redes familiares de abogados podemos suponer que era muy probable dicho parentesco.

31 “Expediente sobre recepción de abogado del C. Luis Ruano”, Téllez, *op.cit.*, 2003.

32 Hoy en día se les conoce como despachos; espacio en el que los abogados reciben a sus clientes.

denominado en otro trabajo la parte “introdutoria”,³³ en la que el aspirante expresaba frecuentemente los obstáculos y penas que tenía que superar, así como la falta de conocimientos jurídicos, lo hizo al final. La causa sobre la que tenía que proyectar era: “sobre reconocimiento de cuenta de una sociedad”; en la realidad se trataba de dudas en la administración de una pulquería entre dos socios. Inició su proyecto con la prolija descripción de la *litis* y casi para terminar resolvió en estos términos: “Se confirma por sus propios fundamentos legales el auto apelado referido condenándose a la parte de Lara en las costas de este juicio con fundamentos de las leyes 8 título 22 pada. 3 y de la 2 título 19 libro 11 de la NR [Novísima Recopilación]”.³⁴ Este fue su proyecto de sentencia, parco, otra vez al viejo estilo del casuismo, con el sustento de los ordenamientos correspondientes también. Es cierto que previamente, en la narración del caso, sí se hace mención de varios artículos de la “ley de procedimientos”, refiriéndose al código respectivo pero ¿podía haber hecho un mayor esfuerzo técnico jurídico para adscribirse al proceso codificador? No lo sabemos. Lo que sí es cierto es que la *litis* sobre la que tenía que hacer su proyecto no estaba contemplada en el código y, por lo tanto, tenía que resolver con las disposiciones aplicables al caso. En realidad fue el Tribunal Superior el que lo empujó a resolver en esas circunstancias al darle un expediente con esas características. Para los ministros examinadores su exposición fue suficiente para otorgarle el título de abogado.

Veamos un caso más, el del aspirante Enrique Morales graduado también en 1876.³⁵ Hay constancia de que estudió en los mismos libros que su compañero Luis G. Ruano y el omnipresente Lic. Pedro Ruano también le dio el certificado de estudios de las nuevas materias. A este aspirante se le pidió para su tercer examen hacer un proyecto de sentencia de apelación por un “conato de homicidio”. En su proyecto propuso modificar la sentencia de primera instancia —disminuir de dos años a seis meses de prisión—. Así lo expuso: se juzgó al inculcado por un “conato de homicidio” pero

esta base es falsa porque nada revela en el reo la intención de matar a la referida Hernandez y por el contrario las circunstancias de pasar esta por su mujer propia y la de usarse los azotes en otro tiempo de menor ilustración como un castigo, están manifestando que lo que Beltrán quería era corregir a su mujer de la que el supuso falta y consistió en haberle reconvenido ella por haber entrado tarde a su casa la noche anterior que no está comprobado de otro modo que Beltrán quisiera matar a la referida Hernandez por lo cual se debe juzgar el hecho de los golpes en sí mismo y no como conato de otro delito que así considerados están comprendidos en el artículo segundo del decreto 22 de julio de 1833 que se manda aplicar a los casos de heridas que sanan en 15 días por el artículo 57 de la ley de 5 de enero

33 Téllez G., Mario A., “Los exámenes de abogados en el Estado de México del siglo XIX”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, año 34, núm. 34, 2010, pp. 777 y ss.

34 P 3, 22, 8 “Como el juzgador debe condenar en Juyzio al vencido, en las costas que fizo su contendor” y NV 11, 19, 2 “Modo de hacer la condenación de costas, quando la sentencia del inferior se confirme ó revoque”, Rodríguez de San Miguel, tomo III, *op.cit.*, pp. 179-180 y 220 respectivamente.

35 “Expediente sobre recepción de abogado del C. Enrique Morales”, Téllez, *op.cit.*, 2003.

de 1857, que en el caso y según la certificación, las contusiones de la citada Hernández sanaron en 11 días que el referido artículo segundo es general.³⁶

De este proyecto destacan varias cosas. Para fundamentar su sentencia no echó mano de los códigos ni del derecho de antiguo régimen porque el reciente código penal de 1874 igual que en el caso anterior, no contemplaba en ninguna parte el tipo penal de “conato de homicidio”. De forma muy hábil, nos parece, es la referencia que hizo el aspirante al art. 11 de la ley de 1857, que en alguna parte dice “Si el delito cometido fuere menor que el intentado se tendrá como circunstancia agravante el conato” (sic) y de a partir de aquí fundamentó su proyecto. Argumentó su decisión exclusivamente en la legislación promulgada después de la independencia pero al estilo del casuismo, a lo que hay que sumar que se inscribió en la tendencia del viejo sistema para dulcificar la pena. También destaca que se desmarcó sutilmente de la violencia contra la mujer: “la de usarse los azotes en otro tiempo de menor ilustración como un castigo”. El tema de la “intencionalidad” del posible delincuente, sobre la que centró también parte de su discurso, era de larga data en el derecho criminal.³⁷ Sus argumentos fueron suficientes para titularse de abogado.

Veamos un caso más del mismo año de 76, el expediente de Luis Cano y Rodríguez.³⁸ Por cuanto a su formación teórica, recibió la misma que sus compañeros y de nuevo fue el Lic. Ruano quien le extendió la constancia de materias cursadas con él y de asistencia a su estudio. A este aspirante, le encomendaron dar una resolución en segunda instancia sobre un delito de heridas para su tercer examen; delito con una de las mayores incidencias en el país y, por lo tanto, con mayor facilidad para sentenciar:

[...] no obstante, de ser clasificada de leve la herida y no obstante lo dispuesto en los artículos 1º y 2º del decreto de 22 de julio de 1833 y el artículo 57 de la ley de enero de 1857 en virtud de que el código penal gradúa la pena en estos casos; por el tiempo que dura la curación de las heridas y quedo el paciente expedito para trabajar, imponiendo un año de prisión siempre que el impedimento pase de quince días, quedando por lo mismo alterados los preceptos de la ley de julio y 5 de enero.

Lo que sí es evidente, por consecuencia, es que sentenció, *mutatis mutandis*, con una argumentación jurídica y casuista muy similar a la de su compañero Enrique Morales, pero con una diferencia sustancial, en este caso el código penal de 1874 dedica toda una sección a este delito, la 49ª *De las lesiones y heridas*, la cual fue prácticamente ignorada

36 “Bando. Contiene la Circular de la secretaría de Justicia, de 22, que inserta el decreto de la misma fecha. Prevenciones dirigidas á expeditar la administración de Justicia en el Distrito y Territorios: facultades a los juzgados de 1ª instancia y dotación de sus subalternos”, Tomo II, DVD Téllez, y López Fontes, 2004, pp.541-542 y “Para juzgar a los ladrones, homicidas, heridores y vagos”, ley de 5 de enero de 1857, Tomo VIII, Téllez, y López Fontes, *op.cit.*, 2004, pp.330-342.

37 Entrada voz “intención”, Escriche, *op.cit.*, 1996.

38 “El c. Luis Cano Rodríguez solicita billete para recibirse de abogado”, Téllez, *op.cit.*, 2003.

por el aspirante al mencionarla de pasada en una frase. Aun así fue aprobado por unanimidad en su tercer examen. Parece que a juicio de los ministros examinadores podía no ser relevante que los futuros abogados fundamentaran sus sentencias en los códigos.

Para concluir esta revisión, nos detenemos en el expediente de Pedro Martínez López de 1879,³⁹ el cual inicia con el certificado en el que se describen las materias que cursó en sus estudios “preparatorios” y “profesionales”. Estos últimos fueron muy parecidos a los de otros aspirantes, sólo que en este caso pidió examinarse de forma extraordinaria de las siguientes materias: “Derecho internacional y marítimo por [Juan Gaspar] Bluntschli. Derecho constitucional por Santiesteban. Derecho administrativo por Lares. Economía política por [José] Garnier. Historia del Derecho romano por Dupin. Historia del Derecho español por Serna y Montalván. Legislación comparada, el primer libro de los motivos y concordancias del Código civil español por D. Florencio García Goyena. Principios de legislación por Montesquieu”; las mismas que sus compañeros poco antes habían aprobado con el Lic. Pedro Ruano; quien por cierto para estos momentos era el rector del Instituto Literario del Estado de México, aunque eso no impidió que fuera uno de los tres sinodales en este examen extraordinario. Por los textos referidos está claro que Martínez López estudió para estos exámenes extraordinarios en literatura reciente y, por lo tanto, distinta a la de sus predecesores.

A este pretensor le correspondió en su tercer examen hacer un proyecto de sentencia sobre un homicidio entre jornaleros; uno de los delitos de mayor incidencia en esos años. Una vez realizada la descripción de los autos de la causa expuso:

“que el cuerpo del delito resulta comprobado legalmente [...], que el inculpado confiesa expresamente ser el autor de la herida [...], que esta confesión por estar administrada hace prueba plena art. 385 cod. de proc. [...], que habiéndose seguido la muerte del herido, y resultando probada del proceso la lesión debe considerarse como la causa real y eficiente de la muerte, por no constar que el herido haya muerto por una causa ulterior o posterior al delito art. 875 del cod. penal [...], que en consecuencia el inculpado es responsable de la muerte, [... que] debe tenerse en cuenta la agravante de haberse causado la herida con arma prohibida [...] la cual es de sexta clase art. 31 frac. 7 del cod. penal y las atenuantes de confesión [...] y de perdón gratuito que también son de sexta clase art. 37 frac. 6 cod. penal; que hechas las operaciones aritméticas resulta que la pena media debe disminuirse en una décima quedado reducida a 3 años 219 días y que conforme al art. 139 del cod. penal debe abonarse al inculpado el tiempo corrido [que había estado en prisión]. Por estas consideraciones y fundamentos legales fallo que debía condenar y condeno [al inculpado a 3 años 219 días de prisión]. hágase saber; explíquese al inculpado que puede apelar en el acto o dentro de 5 días.

Este proyecto de sentencia por su lógica expositiva, por su argumentación y por su fundamentación jurídica está ubicado ya en la plenitud de la codificación; abandonó

39 “El C. Pedro Martínez López solicita recibirse de abogado”, Téllez, *op.cit.*, 2003.

por completo al casuismo. Pero además, a este suspirante le correspondió hacer su proyecto sobre un delito de gran recurrencia y contemplado en el código. El caso del aspirante Cruz S. Armas fue en la misma dirección.⁴⁰ En su expediente se consigna que aprobó las mismas materias que Pedro Martínez, con la misma bibliografía, salvo que no las presentó de forma extraordinaria, por lo que se puede inferir que las cursó. Todo lo cual muestra que la transición se estaba completando y que la nueva generación de juristas ya se estaba formando plenamente a la luz de la codificación. Sin embargo, algo que tampoco podemos dejar de pensar es que posiblemente algo pasó entre 1876 y 1879 que abone a explicar cómo en un momento había una clara confusión entre el casuismo y la codificación por parte de los aspirantes y tres años después se puede observar una definición jurídica total en la codificación. Es cierto que precisamente en este año de 1876, por un decreto del Ejecutivo,⁴¹ se reformó la *Ley Orgánica* de 1872 pero no parece que explique en su totalidad los cambios sufridos en estos tres años, aunque es posible que en algo haya influido. De forma breve, con el ánimo de hacerlos más especializados, este decreto segmentó los estudios preparatorios para quienes querían estudiar alguna de las carreras profesionales ofertadas; y en el caso de los que pretendían jurisprudencia disminuyeron las materias en los estudios preparatorios y aumentó la materia de medicina legal para los estudios profesionales.

III. EL LIC. PEDRO RUANO Y MATA

No dudamos que en otros estados hayan existido familias y grupos de abogados que dominaran su entorno, incluso provenientes desde el mundo colonial. Conocemos el destacado y documentado caso para la ciudad de México que Alejandro Mayagoitia ha publicado de forma parcial —está por publicar la obra completa—. Nosotros, sin pretenderlo al principio, nos fuimos dando cuenta poco a poco de que el Lic. Pedro Ruano, nacido en Cadereyta, Querétaro,⁴² fue una figura muy relevante para el Estado de México, sobre todo para la década que aquí nos interesa.

Lamentablemente lo que sabemos sobre su vida es poco y en algunos casos erróneo; acaso pequeños fragmentos y otras tantas suposiciones. No tenemos certeza de que el aspirante a abogado Luis Ruano, a cuyo expediente nos referimos arriba, haya sido su familiar. Por otro lado, uno de los fragmentos más importantes con el que contamos es su expediente para alcanzar el título⁴³ y el otro es su omnipresencia en el mundo jurídico de la entidad en los años setenta como abogado, profesor, funcionario y académico.

Por lo que se refiere a sus estudios para abogado, un elemento a destacar es que transcurrieron entre el centralismo, la invasión norteamericana y el regreso a la época fe-

40 “El C. Cruz S. Armas solicita examinarse de abogado”, Téllez, *op.cit.*, 2003.

41 Tomo XIV, DVD Téllez, *op.cit.*, 2006, pp.XX-XIV.

42 Buchanan, Elizabeth, *El Instituto de Toluca bajo el signo del positivismo*, Toluca, UAEM, 1981, p. 25.

43 “Expediente promovido por el Br. D. Pedro Ruano, solicitando se le admita a examen de abogado”, Téllez, *op.cit.*, 2003.

deral en el Colegio Nacional de San Ildefonso, aunque obtuvo el título en el Estado. Su solicitud para ser examinado fue iniciada el 21 de febrero de 1849 y se graduó el 1 de marzo siguiente, ocho días después. Señaló que los documentos que presentaba se ajustaban a la ley centralista de 18 de agosto de 1843. Esta rapidez en la obtención de su título no era una novedad en el Estado, así sucedió en innumerables casos a lo largo del siglo,⁴⁴ pero contrasta con las alegaciones que hizo personalmente sobre las demoras que sufrió por el cierre del “Colegio Nacional de San Ildefonso” por causa de la invasión norteamericana. Sólo en un documento de todo el expediente se habla de “Pedro Ruano y Mata” y por ello conocemos su apellido materno. En su certificado de estudios sobre gramática latina se dio cuenta que había traducido, entre otras, el prólogo y las vidas de “Milciades”, “Temístocles”, “Cimon”; “las oraciones primera y segunda de Cicerón contra Catilina”. “Sus potencias y dedicación son tales, que en nueve meses estudió las cuatro clases de la gramática”, concluía el documento. Desde joven había dado muestras de su talento para la traducción de la que años más tarde daría buenos ejemplos. Aparece otra certificación en la que se señala que en atención al art. 12 de la ley de agosto de 1843, presididos por el Rector del Colegio Nacional de San Ildefonso, examinaron al “cursante jurista” Miguel Flores Heras, Miguel Lerdo de Tejada y Julio de los Ángeles Ruano y Ramírez; y en virtud del mismo artículo también se describen las materias que estudió anualmente en la carrera de jurisprudencia:

1er año. “Todo el dro. natural de Heineccio [obra de la cual haría también años después una traducción]⁴⁵; los tres primeros tomos del de gentes por Vattel”.

2º. “Los titos. 1, 2, 3, 6, 8. Hasta el 15 y desde el 21 hasta el 26 del libro 1º.; ítem, los titos., ley 2º año. Del 1º al 14, del 17 al 19 del lib. 2º de las Recitaciones de Heineccio y los titos. 20 y 21 del lib. 2º del Comento. por Vinnio”.

3er año. “Presentó los Prolegómenos y los Capitos. del Lib. 1 al 6, el 11, 16, 17 y 18 del tom. 1º prima. pte. de Dro. Canónico por Cavalario. El lib. 1º del Dro. Patrio por Sala.

4º año. “Los siete primeros capítulos del tomo 5º. tercera parte del dro. canónico por Cavalario.

Este nivel de descripción de los textos en los que debían estudiar los aspirantes, como ya lo señalamos, es muy similar al de los expedientes de 1876, pero además, y acaso más relevante, evidencia que la bibliografía en la que estudiaron en los años 40 era casi la misma 25 años después (ver el Anexo I); salvo el libro *Prolegómenos del Derecho o Enciclopedia Jurídica* de N. Falck. Por ello, es muy probable que Pedro Ruano fuera su promotor; de allí que no parece nada extraño que incluyera su propio texto *Traducción*

44 Téllez G., Mario A., “Los abogados en el Estado de México entre 1824-1835: Más apuntes para su estudio”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 43, 2019, pp. 540 y ss.

45 Poco antes de concluir este artículo hemos encontrado casualmente en una librería de viejo de la ciudad de México que también tradujo la obra *Elementos de derecho natural por J. Gottlieb Heineccio* (ver Apéndice I).

a las explicaciones de Ever Bronchost. Esta continuidad bibliográfica no es una revelación porque ya se sabía, no obstante, nos parece interesante documentarla con un ejemplo. Más tarde, el propio Ruano también publicó *Elementos de Derecho Natural por J. Gotlieb Henecio, traducido al castellano para uso de los alumnos de derecho en el Instituto Literario de esta capital por el Lic. Pedro Ruano, profesor de jurisprudencia en el mismo edstablecimiento, quien dedica respetuosamente esta traduccion al digno jefe del Estado C. Lic, Jesus Alberto García, y al mismo establecimiento a quien tiene la honra de pertenecer*, Toluca, Tip. Del Instituto Literario, dirigida por Pedro Martínez, 1873. No deja de llamar la atención el tono de la dedicatoria al gobernador en turno; seguramente impulsada por el propio traductor.

En su expediente también aparece manuscrito el decreto por el que a Pedro Ruano y a Nicolás Suárez se les dispensó de año y medio de práctica⁴⁶ así como otros certificados de que asistió a un juzgado de letras y al estudio de un abogado (Mariano Arizcorreta, gobernador del estado en ese momento). El caso que se le dio para proyectar una sentencia fue la demanda civil que la Compañía de Jesús había entablado en contra de quien había sido propietario de una hacienda, que a su vez la había vendido previamente a un tercero. El dueño original había condicionado la venta a la Compañía a que la primera transacción se deshiciera, lo cual no sucedió. Pedro Ruano propuso rechazar la demanda y refirió como fundamento la P 5, 11, 14 “Como non puede ser demandada la cosa que es otorgada por promission, fasta que venga el dia, o que se cumpla la condición sobre que fue fecha”;⁴⁷ que le daba de forma contundente la razón. Fue aprobado en su segundo examen y graduado como abogado. Al final, si comparamos el expediente de Pedro Ruano de 1849 con los que hemos descrito arriba para los años setenta, *mutatis mutandis*, son evidentes los elementos de continuidad.

De acuerdo a Alejandro Mayagoitia, Pedro Ruano tal vez fue pariente de Francisco Ruano Calvo y Oláez, que fue declarado ciudadano del Estado de México en 1827 y tuvo una activa vida en el Poder Judicial del Estado —como juez y magistrado—, además de otros cargos en la administración estatal. Pedro Ruano, de acuerdo con el propio Mayagoitia, fue juez de primera instancia en Temascaltepec y Toluca, juez de distrito en Guanajuato y Querétaro así como juez de lo criminal en la ciudad de México, todo, en los años cincuenta. Por otra fuente, se sabe que fue secretario de la Legación de México en Italia, secretario de Hacienda local, secretario de Gobierno y activo participante en la formación de los códigos civil y penal estatales.⁴⁸ En el ámbito académico es en donde lo hemos podido observar con mayor detenimiento; fue profesor del Instituto Literario, según Mayagoitia,⁴⁹ su rector en dos ocasiones —Buchanan sólo

46 En el manuscrito del expediente aparece fue que fue promulgado el 15 de febrero de 1849 pero en la Colección de Decretos aparece con fecha del 24 de enero, respectivamente en “Expediente promovido por el Br. D. Pedro Ruano, [...]”, Téllez, *op.cit.*, 2003, y tomo III, p.214, Téllez, *op.cit.*, 2006.

47 En N.2995, tomo II, Rodríguez de San Miguel, *op.cit.*, p.554.

48 Buchanan, *op.cit.*, p. 25.

49 Entrada “Ruano Calvo y Oláez, Francisco”, Mayagoitia, *en prensa*.

habla de una-. Sabemos que fue litigante por que en esa condición extendió distintos certificados a pretensores de abogado así como miembro de las comisiones encargadas de aplicar el primer examen a los aspirantes para obtener el título y traductor al menos de dos libros ya referidos, es decir, cultivó prácticamente todos los espacios posibles en el mundo del derecho de su época.

Sólo tenemos alguna información de su *Traducción a las explicaciones de Ever Bronchost*. No se conoce el éxito editorial de esta obra pero posiblemente no fue mucho; a pesar de la noticia de su publicación en *El Derecho*, de su mención en la *Bibliografía Jurídica Mexicana* de Manuel Cruzado de 1905, como lo refiere María del Refugio González, y de haber sido libro de texto; sólo se conoce la edición de 1868. Parte de la explicación la da el jurista de su época M. M. Ortiz de Montellano, cuando refiere que “a pesar de ser la primera en su género en nuestro país, que viene a revivir el gusto por los estudios clásicos del derecho, que muy de prisa va perdiéndose” y que iba cediendo paso al empirismo desde su perspectiva;⁵⁰ es decir, pareciera que este libro salió a la luz tardíamente, cuando la batalla ideológica la iba ganando definitivamente el proceso de codificación.

Y sí, posiblemente la obra escrita de Ruano llegó de forma tardía, pero dada la influencia que tuvo en el foro y en la formación de abogados del Estado de México en los años setenta, bien valió la pena abrir un espacio sobre su trayectoria; fue formado en la vieja escuela pero en su condición de influyente académico tuvo que renovar su conocimiento en la práctica para impartirlo a las nuevas generaciones. Fue posiblemente de las últimas figuras de esa estirpe.

Así, a pesar de esta exitosa carrera jurídica, como hijo de su tiempo, diría March Bloch, y respondiendo a la época del romanticismo mexicano en la que le tocó vivir, según Mayagoitia, “dejó a su familia en tal pobreza que dos amigos suyos, los abogados Isidro Montiel y Duarte y Prisciliano Díaz González pidieron, a través de la prensa, auxilios para ella.”⁵¹

IV. COMENTARIOS FINALE.

Después de este recorrido, podemos apreciar que los abogados graduados en la década de los setenta, no obstante que algunos iniciaron su carrera con los códigos promulgados, tuvieron una formación ambigua que se fue decantando hacia la codificación jurídica pero ese proceso tardó varios años, por ello, no debe extrañar que entre los más avezados se puedan encontrar expresiones que sintetizan las contradicciones de su formación: “Grande fue mi vacilación de la legislación que debiera adoptar, decidiéndome al fin por la moderna, en virtud de las razones en la sentencia expresadas.”⁵²

50 González, Ma. del Refugio, “Las reglas del derecho en México durante el siglo XIX”, *Anuario Jurídico*, IJ-UNAM, XI, 1984, pp.350 y ss.

51 Entrada “Ruano Calvo y Oláez, Francisco”, Mayagoitia, *en prensa*.

52 “El C. Felipe Villarello solicitando recibirse de abogado”, 1876, López Fontes, Téllez, *op.cit.*, 2003.

Con *La Ley Orgánica de 1872* y la publicación de los códigos estatales, a quienes estudiaban la carrera de derecho se les impuso vivir en una contradicción académica mayor de la que vivían antes. Previo a la publicación de los códigos los alumnos estudiaban en la literatura de la transición⁵³ que difundía el derecho romano, el casuismo y el derecho comparado entre aquel y el derecho real⁵⁴ y, por el otro lado, el racionalismo, y la necesidad de contar con los códigos era un reclamo de varias décadas que flotaba en el ambiente. Esto en la parte teórica, y en la parte práctica, debían aprender el derecho del foro en los juzgados y en los estudios de los abogados formados en la vieja tradición pero una vez que se publicaron los códigos la contradicción se incrementó porque tenían la obligación de aplicarlos pero no lo hicieron o no pudieron hacerlo de inmediato, en ocasiones porque la materia que tenían que resolver no estaba incluida en ellos o porque no habían tenido ni la formación académica ni la práctica correspondiente. Hubo que esperar a que pudiera consolidarse poco a poco, con avances y retrocesos. Incluso, parte de la responsabilidad de realizar la transición descansó sobre los hombros de personajes como el Lic. Pedro Ruano que fue formado en la vieja escuela pero con los años tuvo que modernizarse para lograr la transformación del sistema. Dicho en palabras de Mariano Peset para la universidad española del siglo XVIII, los alumnos del Estado de México hacia finales de la década de los setenta seguían todavía atrapados en la transición de la Edad Moderna a la implantación de las ideas liberales.⁵⁵ En todo caso, el retraso frente a lo sucedido en España era prácticamente de un siglo.

Un cambio importante de forma en *La Ley Orgánica de 1872* fue el aumento de dos a tres exámenes. Desconocemos las motivaciones pero se puede inferir que se intentó aumentar el rigor en la obtención del título de abogado. Sin embargo, a la luz de la información que pudimos consultar no podemos afirmar que hubiera significado una mejora evidente en la calidad de los exámenes manuscritos. Las diferencias entre los que se presentaron antes y después de ese año no están marcadas por la temporalidad si no por los talentos de los aspirantes que los presentaron. No sabemos si esa diferencia se pudo apreciar en el intercambio oral de preguntas y respuestas al momento de comparecer ante los examinadores. Hasta ahora, no hemos encontrado ninguna evidencia al respecto.

53 Jaime del Arenal lo había señalado varios años antes, *idem*, “Historia de la enseñanza del derecho romano en Michoacán (México) 1799-1910”, *Anuario Jurídico*, XI, 1984, UNAM, p.255.

54 Al menos las obras de Vinnio e Hinnecio fueron incorporadas al plan de estudios de la Universidad de Salamanca en 1771, Peset, , p.613. Mariano Peset, en otra parte, refiriéndose al siglo XVIII español refiere: “El romanismo, por tanto, infesta las dos vertientes fundamentales de hacer doctrinal de los juristas. La teórica más abocada a los problemas propios del Derecho romano, la práctica a las soluciones que han de regir las relaciones entre los hombres de la edad moderna, sus disputas en tribunales o sus actos jurídicos”. Y lo mismo pasaba con los textos de los prácticos más influyentes como la *Curia Filípica* de Juan Hevia Bolaños y otros más. No así con José Febrero y su *Librería de Escribanos o instrucción teórico práctica para principiantes de 1772* ni con J. Marco Gutiérrez y su *Febrero reformado y anotado o librería de escribanos, abogados y jueces* de 1818 que apuntaban más en dirección del fortalecimiento del derecho patrio español en la práctica, como apuntaba él mismo, Peset, Mariano, “Derecho romano y real en las universidades del s. XVIII”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 45, 1975, pp.290 y ss.

55 Peset, *op.cit.*, 1971, p.605.

Así, para que la transición se completara de forma definitiva había que reformar los programas de estudio y esperar a que egresaran los primeros cuadros. Mientras eso no sucediera la convivencia de ambos derechos en el mundo del foro sería lo más natural. Amén de seguir disfrutando de viejos privilegios institucionales como la dispensa para remontar parte de los impedimentos que iban ralentizando la formación de nuevas generaciones de abogados que demandaba la administración pública y la sociedad.

Antes de terminar, también tenemos que llamar la atención sobre el hecho de que quienes estaban encargados por parte del Tribunal Superior de dar los expedientes a los aspirantes para que formularan su proyecto de sentencia, una vez promulgados los códigos, no tuvieron mucho cuidado de dar casos cuya problemática no estuviera contemplada por dichos códigos. Nosotros elegimos los expedientes presentados de forma azarosa y varios de ellos tenían esa condición. No sabemos si fue intencional o no esa elección pero cabe plantearse por lo menos la duda.

A partir de los casos revisados para este trabajo podríamos concluir que entre el inicio y el final de la década sí se aprecia la transición entre el casuismo y la codificación pero son evidentes las circunstancias de una formación ambivalente, contradictoria y tardía, por ello se entiende que actuaran de manera errática hasta que cambiaran los planes de estudio y egresaran las primeras generaciones para que una vez en el foro pudieran aplicar los códigos vigentes. Está por hacerse una revisión de conjunto pero a partir de los casos particulares que hemos mostrado, podemos inferir por donde fueron los ejes principales del cambio en el Estado de México.

V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Arenal Fenochio, Jaime del, "Historia de la enseñanza del derecho romano en Michoacán (México) 1799-1910", *Anuario Jurídico*, XI, 1984, UNAM.

Barreda, Gabino, *Opúsculos, discusiones y discursos. Coleccionados y publicados por la asociación medotófila Gabino Barreda*, México, Imprenta del Comercio, de Dublán y Chavez, 1877, en https://catalogo.iib.unam.mx/F/-/?func=findb&find_code=SYS&local_base=bndm&format=999&request=000388118

Barrientos, Javier, *La cultura jurídica en la Nueva España*, México, UNAM, 1993.

Buchanan, Elizabeth, *El Instituto de Toluca bajo el signo del positivismo*, Toluca, UAEM, 1981.

—, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, París, Casa Editorial Garnier Hermanos, Rue Des Saints-Peres, nú. 66. sfe.⁵⁶

Escrache, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*. Edición y estudio introductorio por María del Refugio González, México, UNAM, 1996.

56 Esta edición, en su estudio introductorio, María del Refugio González lo tiene fechado en 1870 pero en la edición que tuvimos a la vista no lo está.

- Fernández Arrollo, Diego, "La codificación del derecho internacional privado en América Latina. (Ámbitos de producción jurídica y orientación metodológicas)", Tesis doctoral, Madrid, Universidad Complutense, 2015, <https://eprints.ucm.es/id/eprint/53495/1/5312297645.pdf>
- González, Ma. del Refugio, "Las reglas del derecho en México durante el siglo XIX", *Anuario Jurídico*, IIJ-UNAM, XI, 1984.
- Guerra, Francois-Xavier, *México: del Antiguo Régimen a la Revolución*, tomo I, México, FCE, 1988.
- Guzmán, Alejandro, *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, 2000, http://www.larramendi.es/es/catalogo_imagenes/grupo.do?path=1000187
- López Fontes, José, y Mario A. Téllez G., DVD, *Escribanos y abogados del siglo XIX mexiquense 1803-1905*, México, Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, 2003.
- Llamosas, Esteban, "Historiar un universo: Trayectos de Vinnio, antiguo régimen tipográfico y romanismo en la España de los siglos XVIII y XIX", *Revista de Historia del Derecho*, N° 52, julio-diciembre 2016, http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1853-17842016000200010&lng=es&nrm=iso
- Marcín Balsa, Fernando, "Transformación del derecho y universidad: apuntes a la polémica en torno al estudio y enseñanza del derecho romano en México a mediados del siglo XIX", José Antonio Caballero y Óscar Cruz (coords). *Historia del derecho. Memoria del Congreso Internacional de Cultura y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, 2005.
- Mayagoitia, Alejandro, "Notas sobre pasantía y pasantes en la ciudad de México a finales del período virreinal", *Ars Iuris*, no. 34, 2005.
- , "Notas acerca de las relaciones familiares y vidas de abogados novohispanos según sus expedientes en el Ilustre y Real Colegio de Abogados de México", *en prensa*.
- Merryman, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, México, FCE, 1998.
- Müller Guzman, Karl, "Bibliografía", *Revista de estudios histórico-jurídicos*, núm. 41, 2019, Valparaíso, <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552019000100569>
- Morienau, Martha y Román Iglesias, "La enseñanza del derecho romano en la universidad de México", *V Congreso Latinoamericano de Derecho Romano*, núm. 40, 1986, Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Pérez, Fernando, "La teoría del derecho natural y de gentes de Johannes Heineccius en la cultura jurídica iberoamericana", *Revista estudios histórico jurídicos*, no.37, Valparaíso, oct. 2015, <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552015000100017>
- Pérez de los Reyes, Marco Antonio, "Miguel Salvador Macedo y Sarabia: su vida y su obra", *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, vol. XIII, 2001, 165-194 pp.
- Peset, Mariano, "La formación de los juristas en los siglos XVIII y XIX", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2ª época, núm. 62, 1971.
- , "Derecho romano y real en las universidades del s. XVIII", *Anuario de Historia del Derecho Español*, 45, 1975.
- Rodríguez de San Miguel, Juan N., *Pandectas Hispano-mexicanas*, tomo II, III, Estudio introductorio de María del Refugio González, México, UNAM, 1991.

- Saldaña, Javier, "Moral y derecho. De nuevo sobre el contenido de la *Regulae Iuris* del derecho romano clásico y su recepción en el derecho mexicano", Nuria González Martín, *Estudios en homenaje a Marta Morineau*, tomo I, México, UNAM, 2006.
- Salinas Araneda, Carlos, "Los textos utilizados en la enseñanza del derecho canónico en Chile republicano" *Anuario de Historia de la Iglesia*, núm. 10, 2001, Universidad de Navarra Pamplona, España, <https://www.redalyc.org/pdf/355/35501019.pdf>
- Tau Anzoátegui, Víctor, *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del derecho indiano*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992.
- Téllez G., Mario A., José López Fontes (compiladores), *La legislación mexicana de Manuel Doblón y José Ma. Lozano*, El Colegio de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, 2004.
- López Fontes, José, y Mario A. Téllez G., DVD, *Escribanos y abogados del siglo XIX mexiquense 1803-1905*, México, Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, 2003.
- Téllez G., Mario A. (coordinador), *El poder legislativo en México. Temas y casos de institucionalización, historia y derecho*, (contiene DVD con la legislación estatal 1824-2005) México, LV Legislatura et al, 2006.
- Téllez G., Mario A., "Los exámenes de abogados en el Estado de México del siglo XIX", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, año 34, núm. 34, 2010.
- , "Los abogados en el Estado de México entre 1824-1835: Más apuntes para su estudio", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 43, 2019.
- Zea, Leopoldo, *El positivismo y la circunstancia mexicana*, Lecturas Mexicanas, México, FCE SEP, 1985.

ANEXO I

- a. Heineccio, Johannes, *Historia del derecho natural y de gentes*, con diversas ediciones. Para el caso del Estado de México el Lic. Pedro Ruano hizo una traducción de esta obra en 1873, aunque desconocemos de qué edición extranjera, la cual, seguramente era la que debía utilizarse en los cursos del Instituto. *Elementos de derecho natural por J. Gottlieb Heineccio. Traducida al castellano para uso de los alumnos de derecho en el Instituto Literario de esta capital, por el Lic. Pedro Ruano, profesor de jurisprudencia en el mismo establecimiento, quien dedicare respetuosamente esta traducción al digno jefe del Estado, Lic. Jesús Alberto García y al mismo establecimiento a quien tiene la honra de pertenecer*. Toluca, Tip. del Instituto Literario, dirigida por Pedro Martínez, 1873.

Este autor fue profesor de las universidades de Halle, Franeker y Frankfurt entre 1708 y 1727. Durante el siglo XVIII fue uno de los juristas más influyentes en la Europa de su época. También tuvo una importante presencia en las bibliotecas americanas e incluso se sabe que esta obra tuvo traducciones al español en Perú antes que en España. "La ilustración católica debe a Heineccius ser puente y punto de conexión entre las innovaciones protestantes hechas en la disciplina

del derecho natural y de gentes desde el siglo XVII y la segunda escolástica que dominaba las aulas de las universidades hispánicas en el siglo XVIII.” En esta obra Heineccio expuso resumidamente las principales tesis de los iusnaturalistas protestantes desde Hugo Grocio, pasando por Pufendorf y hasta Emmer de Vattel pero también pasó, al igual que otros autores protestantes, por el tamiz de la censura inquisitorial para después difundirse ampliamente en América y España. Esta *Historia del derecho natural y de gentes* inclusive fue promovida por la corona para incorporarse a los planes de estudio peninsulares al menos hasta el primer tercio del siglo XIX; de allí que no sea fácil aceptar que sirvió de sustento doctrinal a los independentistas hispanoamericanos.⁵⁷

- b. Cavalario, Domingo, *Instituciones del Derecho Canónico*, traducido del latín al español por Don José Antonio de Ojea, París, Librería de A. Bouret y Morel, 1848.⁵⁸

Es posible saber por la internet que hay al menos una edición resumida contemporánea. De este canonista italiano sabemos muy poco. Domingo Cavallario nació en Garapoli, Italia (1724-1781). “En Nápoles siguió la carrera eclesiástica y de allí se desplazó a Roma, ciudad donde residió algunos años. Con posterioridad se retiró a Altamura donde se consagró a estudios jurídicos tanto civiles como canónicos. Frutos de ellos fueron sus *Institutionis iuris canonici* publicadas en Nápoles en 1771”. Y tenemos noticia que esta obra en 1838 fue considerada como libro de texto en el Instituto Nacional de Chile, antes Universidad de San Felipe⁵⁹ por lo que, a pesar de no tener el prestigio de otras obras similares, sí tuvo presencia continental. Además, hay que tener presente que por su propia naturaleza el derecho canónico ha tenido una mayor continuidad dogmática y doctrinal a lo largo de los siglos.

- c. Falck, Niels Nicolaus, *Prolegómenos del Derecho o Enciclopedia Jurídica*, obra escrita en alemán, por N. Falck, profesor de derecho de la Universidad de Kiel. Traducida al castellano, y acomodada al estudio del derecho en España por Don Ruperto Navarro Zamorano y Don José Álvaro de Zafra, abogado del ilustre Colegio de Madrid, Madrid, Boix Editor, Imprenta y Librería, calle de Carretas, núm. 8 y 27, 1845.

Desconocemos si tuvo otras ediciones. Niels N. Falck (1784-1850) es el autor de esta bibliografía del que menos sabemos. Fue un jurista e historiador alemán,

57 Pérez, Fernando, “La teoría del derecho natural y de gentes de Johannes Heineccius en la cultura jurídica iberoamericana”, *Revista estudios histórico-jurídicos*, no.37, Valparaíso, oct. 2015, <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552015000100017>

58 <http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1080047477/1080047477.html>, consultado el 6 de abril de 2021 (“capítulo XX. Del sacramento del matrimonio”).

59 Salinas Aranedá, Carlos, “Los textos utilizados en la enseñanza del derecho canónico en Chile republicano” *Anuario de Historia de la Iglesia*, núm. 10, 2001, Universidad de Navarra Pamplona, España, <https://www.redalyc.org/pdf/355/35501019.pdf>, p.261.

con ciertas actividades políticas, pero finalmente dedicado a la academia en la Universidad de Kiel en donde se formó y en la que años después fue profesor. Fue un autor prolífico.⁶⁰ Sólo podemos agregar que vivió en una época en donde la Escuela Histórica encabezada por Savigny, entre otros, tuvo una enorme importancia en influencia y rivalizó con la escuela francesa.

- d. Vinnio, Arnoldo, “Instituciones de Justiniano”, con múltiples ediciones.

Arnold Vinnen fue profesor en Leiden desde 1633. Ésta fue posiblemente su obra más influyente y longeva. Tuvo diversas ediciones, reediciones, comentarios, recortes y el expurgo de la inquisición española, a partir del cual dicen algunos estudiosos logró una mayor difusión. Inclusive fue anotada por el jurista prusiano Johanes Heineccio, y también corregido y anotado en 1780 por Juan Sala; texto conocido como el *Vinnius castigatus*. Mariano Peset dice de este autor y su obra: “En verdad, Vinnio, fue el oráculo de las escuelas jurídicas durante el siglo [XVIII], desplazando otras obras de esta índole. Fue modelo y norma, que apenas encontró enemigos en las aulas”.⁶¹ “A cada paso por la prensa un nuevo Vinnio”. Y a pesar de ser fustigada por los seguidores de Savigny en el siglo XIX siguió siendo publicada.⁶² En México, al menos desde finales del XVIII, se consultaba esta obra según Jaime del Arenal.⁶³ Pero al final, sobre todo en las ediciones tardías, fue una puerta de entrada a las leyes romanas, al *ius commune* y al derecho real.

- e. Vattel, Emmerich de, *El derecho de gentes o principios de la ley natural aplicados a la conducta, y a los negocios de las naciones y los soberanos*, Madrid, Imprenta de D. León Amarita, 1834.

También tuvo diversas ediciones. De Vattel fue un jurista y diplomático suizo del siglo XVIII. Esta obra fue de gran importancia en distintos tantos países. De acuerdo a Elisabetta Fiocchi, en la reseña de Karl Müller, su éxito se explica en parte por ser de fácil comprensión, por tratar de temas relevantes para la época y porque se basó en el sistema del influyente filósofo Christian Wolff. Así, de acuerdo a Müller, en su *Derecho de gentes*, de Vattel destaca que una nación, en el ejercicio de su soberanía, debe gobernarse con su propia autoridad y leyes para luego poder pertenecer a la gran sociedad de las naciones. Al ser influenciado por el iusnaturalismo, para este autor, los Estados deben considerarse libres

60 https://en.wikipedia.org/wiki/Niels_Nikolaus_Falck, consultada el 24 de agosto del 2021.

61 Peset, *op.cit.*, 1975, p.317. No se puede omitir que la primera edición es del siglo XVII y que después, en el siglo siguiente, alcanzó numerosas ediciones y reediciones en Europa y América Latina.

62 Llamosas, Esteban, Historiar un universo: Trayectos de Vinnio, antiguo régimen tipográfico y romanismo en la España de los siglos XVIII y XIX”, *Revista de Historia del Derecho*, N° 52, julio-diciembre 2016, http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1853-17842016000200010&lng=es&nrm=iso, pp.226 y ss.

63 Citado por Barrientos, Javier, *La cultura jurídica en la Nueva España*, México, UNAM, 1993, p.131.

e independientes de la misma forma que los hombres. Hace referencia al principio de no intervención consagrando que la libertad y la independencia de las naciones se basa en la libertad original de los individuos. En coincidencia con autores iusnaturalistas como Grocio y con el principio *pacta sunt servanda*, asume que ante la promesa de un acuerdo, no solo surge una obligación para quien la generó, sino también un derecho para quien espera su cumplimiento, y por lo tanto, no habrá seguridad en el comercio entre los hombres y los estados si no creen que están obligados a mantener ese acuerdo. La observancia este principio es igualmente necesario para mantener el orden y la paz entre las naciones.⁶⁴

- f. Ruano, Pedro, *Traducción a las explicaciones de Ever Bronchost acerca del título del Digesto sobre las diversas reglas del derecho antiguo*, Lara, México, 1868.⁶⁵

A decir de María del Refugio González, Ever Bronchost fue profesor de la Universidad de Leiden desde 1587 y su obra fue publicada originalmente en 1624, alcanzando diversas ediciones. En ella “comentó y explicó, una a una, las reglas del D50.17 [Digesto título 17 del libro 50]” y “permitió la equiparación, o identificación, de las *regulae iuris* a los principios generales del derecho”. Esas *regulae iuris*, de acuerdo a González, son un listado de proposiciones y extractos de casos particulares que servían de máximas enriquecidas “en siglos posteriores con otras reglas que procedían tanto del derecho canónico como del derecho castellano”. La publicación de la obra fue difundida en la prensa y tuvo un amplio comentario del propio Ortiz de Montellano en el primer número de *El Derecho. Periodico de Jurisprudencia y Legislación*, órgano que se convertiría rápidamente en un medio de gran influencia en el medio jurídico. Ortiz de Montellano, reconociendo la importancia de la obra de Bronchost, señaló que no había dado “orden a las materias ni incorporado los adelantos que habían tenido las legislaciones con posterioridad al siglo XVI”, lo que sí hizo la obra de Ruano como traductor. “Los peligros de la aplicación, aunque en cuanto adelantos en materia de legislación poco alcanzará, puesto que nosotros estamos en este punto un poco más atrás del siglo XVI”. También corrigió “las citas del propio Bronchost, y va anotando el texto de la explicación de cada una de las reglas del Derecho D.50.17 con la legislación castellana, las glosas de sus comentaristas, la doctrina del derecho común, civil (romano), canónico y leyes mexicanas, incluyendo textos constitucionales.”⁶⁶

64 Müller Guzman, Karl, *Revista de estudios histórico-jurídicos*, núm. 41, 2019, Valparaíso, <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552019000100569>.

65 Citado en Saldaña, Javier, “Moral y derecho. De nuevo sobre el contenido de la *Regulae Iuris* del derecho romano clásico y su recepción en el derecho mexicano”, Nuria González Martín, *Estudios en homenaje a Marta Morineau*, tomo I, México, UNAM, 2006, p.430.

66 González, *op.cit.*, pp.350 y ss.



EL DERECHO A LA CONSULTA Y LA CONSTRUCCIÓN DE UNA AGENDA GERONTOLÓGICA DE LA DEMOCRACIA MEXICANA

LUIS OCTAVIO VADO GRAJALES¹

RESUMEN: La democracia mexicana se encuentra en un proceso de envejecimiento, que obliga a tomar decisiones concretas que permitan ajustarla a esta realidad, que se irá profundizando en el futuro. A su vez, las personas adultas mayores tienen una serie de derechos vinculados a la materia electoral, que deben ser materializados en acciones previa consulta, sin que exista hasta el momento una norma que regule la forma de su realización. A partir de un caso que se considera análogo, se establecen en este artículo las bases para la realización de dicha consulta por las autoridades electorales, lo que también sirve como fundamento para su revisión en sede judicial.

PALABRAS CLAVE: Consulta, envejecimiento, agenda gerontológica, envejecimiento, adultos mayores.

ABSTRACT: Mexican democracy is in an aging process which forces us to take concrete decisions that allow it to adjust to this reality, which will deepen in the future. Older people have a series of rights related to electoral matters which must be materialized in actions after consultation, without there being up to now a rule that regulates the way in which this should be made. Based on a case that is considered analogous, this paper establishes the bases for conducting said consultation by the electoral authorities, which also serves as a basis for its review in court.

KEY WORDS: Consultation, aging, gerontological agenda, aging, older adults.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. DATOS DEMOGRÁFICOS Y ELECTORALE. III. MARCO NORMATIVO. IV. ACCIONES Y CONSULTA. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La democracia mexicana requiere una agenda gerontológica. Esto es, un entramado de normas, políticas públicas, líneas jurisprudenciales, acciones afirmativas etc., que garanticen la participación política de las personas mayores² en la democracia, no solo en la electoral.

1 Doctor en Derecho. Profesor-investigador de la Escuela Judicial Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

2 Por tales me refiero a aquellas personas que tengan sesenta o más años, que residan en el país; esto conforme con el artículo 3° de la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores.

En esta agenda, las medidas a implementar deben ser producto de una consulta con la población interesada, no solo porque resulte lo más justo en cuanto a un ideal de participación, sino en razón del mandato legal de realizarla.

Para sostener la afirmación anterior, presentaré los datos que demuestran el envejecimiento de la población, el marco normativo aplicable, un caso concreto de acción afirmativa y los requisitos de la consulta previa, extraídos por analogía.

Como trasfondo de este trabajo, se encuentran la universalidad del voto, la igualdad de este, la calidad de ciudadanía y su conservación a lo largo del tiempo.

Las preguntas que guían este trabajo son las siguientes:

¿Existe un envejecimiento de la población mexicana, y, por tanto, de la ciudadanía?, ¿qué derechos tienen las personas adultas mayores que incidan en la participación política? ¿cómo debe tomarse en cuenta a las personas adultas mayores en la toma de decisiones que realicen las autoridades electorales, cuando les afecte de alguna manera?

Asumo que debe ser interés de las autoridades electorales, fiscales, partidos políticos y de toda la sociedad, la construcción de una agenda gerontológica de nuestra democracia. Su elaboración debe partir de la escucha de las ciudadanas y ciudadanos mayores, no de la romantización de la tercera edad ni de la suposición o los estereotipos.

II. DATOS DEMOGRÁFICOS Y ELECTORALE.

Para enmarcar las dimensiones del reto que presenta para la democracia mexicana la tercera edad, presento los siguientes datos: el Censo de Población y Vivienda 2020 (INEGI 2020), arroja que la población total de nuestro país es de 126,014,024 personas, con una edad mediana de 29 años, con un índice de envejecimiento según la Encuesta Intercensal 2015 (INEGI 2015) de 58, que va en crecimiento³, de hecho, esta tendencia aumenta en el mundo debido a avances médicos y científicos, generando una serie de retos, derivados del aumento en la expectativa de vida (Bellver 2020).

A su vez, la Encuesta nacional de dinámica demográfica 2018 (INEGI 2018), nos indica que la población mayor de 60 años es de 15,400,000, lo que representa un 12.3% del total, de igual forma, que entre 2014 y 2018 la población menor de 15 años pasó del 27.5% al 25.3% del total. En cuanto a discapacidad, el 49.9% de las personas que viven con ella tienen 60 o más años.

Proyectando algunos datos del futuro (Zúñiga y Vega 2004), tenemos que para el año 2050, la población de 60 y más años será del 28% del total; para ese año la edad media será de 47, y aún más cerca, en 2034, será igual el número de niños y niñas y el de per-

3 El índice de envejecimiento expresa la relación entre personas mayores de 65 años y personas menores de 15 años (CEPAL s/f)

sonas adultas mayores. Este estudio contiene una aseveración importante: viven más personas adultas mayores en zonas urbanas, pero la estructura de la zona no urbana está más envejecida

En otro texto (Klein y Ávila Eggleton 2015) se afirma que viven en precariedad social o vulnerabilidad el 72% de las personas adultas mayores, lo que genera un grave riesgo de descuidadización e infantilización. Esto las expone a situaciones tales como el maltrato, la discriminación, el abandono, el abuso, la pobreza, la marginación y problemas para transportarse (Sánchez Aceves 2015, 223-225)

A su vez, un estudio sobre participación ciudadana en los comicios del 2018 (INE 2019), arroja como resultados que el porcentaje de personas de 60 años o más que conforman la Lista Nominal de Electores es del 16% del total; que el porcentaje de abstencionismo de las personas entre 80 y 84 años es del 41%, mismo que sube al 60.8% cuando se tienen 85 años o más.

Considero que puede afirmarse lo siguiente:

- El envejecimiento de la población en México es una realidad.
- Las proyecciones señalan que la estructura poblacional mexicana acelerará su envejecimiento en los próximos años.
- El porcentaje de personas mayores como parte de la Lista Nominal de Electores irá en aumento.
- Un número importante de personas mayores se encuentren en situación de discapacidad o de precariedad social.
- El abstencionismo electoral aumenta conforme mayor es la edad.

Por tanto, para mantener la democracia electoral mexicana, es necesario tomar medidas que aseguren la participación de las personas mayores, considerando las situaciones de precariedad y discapacidad en que suelen encontrarse, lo que puede suponerse aumenta la posibilidad de tener una representación política insuficiente, así como encontrarse en situación de riesgo frente a las acciones de compra y coacción del voto.

III. MARCO NORMATIVO

En México contamos con la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores, publicada el 25 de junio de 2002. Esta norma resulta relevante en tanto fija una serie de derechos, así como obligaciones de las autoridades.

Respecto a las autoridades, si bien establece obligatoriedad expresa hacia el Ejecutivo Federal, sus dependencias, la administración pública, entidades federativas y municipios, así como los órganos descentralizados y desconcentrados, en su artículo 2°; tam-

bién lo es que ya en su primer numeral establece que es obligatoria en todo el territorio nacional. De esto desprendo que, incluso autoridades no mencionadas expresamente como son los órganos constitucionales autónomos y los tribunales se encuentran obligados a cumplir esta ley, en el marco del artículo primero constitucional y acorde con una interpretación pro-persona.

Los principios rectores de esta ley, que tienen impacto en la materia de nuestro artículo, se encuentran en su artículo 4°, y son los siguientes:

I. Autonomía y autorrealización. Todas las acciones que se realicen en beneficio de las personas adultas mayores orientadas a fortalecer su independencia, su capacidad de decisión y su desarrollo personal y comunitario;

II. Participación. La inserción de las personas adultas mayores en todos los órdenes de la vida pública. En los ámbitos de su interés serán consultados y tomados en cuenta; asimismo se promoverá su presencia e intervención;

III. Equidad. Es el trato justo y proporcional en las condiciones de acceso y disfrute de los satisfactores necesarios para el bienestar de las personas adultas mayores, sin distinción por sexo, situación económica, identidad étnica, fenotipo, credo, religión o cualquier otra circunstancia

IV. Corresponsabilidad. La concurrencia y responsabilidad compartida de los sectores público y social, en especial de las comunidades y familias, para la consecución del objeto de esta Ley, y

V. Atención preferente. Es aquella que obliga a las instituciones federales, estatales y municipales de gobierno, así como a los sectores social y privado a implementar programas acordes a las diferentes etapas, características y circunstancias de las personas adultas mayores.

A su vez, se establecen los derechos de las personas mayores, dentro del artículo 5°. Para efectos de este texto, son relevantes los siguientes:

- Integridad, dignidad y preferencia: en sus vertientes de pleno disfrute de sus derechos, disfrutándolos en entornos donde puedan ejercerlos libremente.
- Certeza jurídica: concretamente, a recibir el apoyo de las instituciones en el ejercicio de sus derechos.
- Participación: que se traduce en su inclusión en la planeación del desarrollo social, y en formar parte de los órganos de representación y consulta ciudadana.

De las disposiciones anteriores, podemos ir construyendo lo siguiente:

- ✓ Todas las autoridades están obligadas a respetar, proteger y promover, en el ámbito de sus competencias, los derechos de las personas de la tercera edad.
- ✓ Los principios que se desprenden de la Ley obligan a favorecer la participación y realizar la consulta de las personas mayores en la fijación de políticas públicas y acciones que tengan impacto en sus vidas.

- ✓ En su accionar, las dependencias públicas deberán atender a la autonomía personal de las personas mayores, así como su atención equitativa, adecuada y preferente.
- ✓ La edad no debe ser óbice para el ejercicio de los derechos ciudadanos, entre otros, los de participación política.

Así, las autoridades deben garantizar el ejercicio pleno de los derechos que la ley contempla para las personas mayores, incluyendo el derecho a la consulta.

Ahora bien, ¿a qué tipo de consulta hace referencia esta Ley? ¿a la prevista por el artículo 35, fracción VIII, de la Constitución?, de ser así, aplicaría la Ley Federal de Consulta Popular.

Considero que no, dado que dicho instrumento está previsto para “asuntos de trascendencia nacional”, y en los casos en que sea solicitada por quienes tienen la legitimación para hacerlo. Dicho de otra manera, la consulta popular se trata de ocupar de asuntos en los cuales no hay obligatoriedad de realizarla, y que incluso cabe la posibilidad de que, solicitada que sea, se niegue su celebración.

En el caso de la consulta de las personas mayores, se establece como un derecho del que se destacan los siguientes elementos:

1. No está sujeto a condicionante alguna, por tanto, no puede ser negado.
2. Se refiere a las personas que integran ese colectivo.
3. Su carácter es obligatorio, así que no cabe ni obviarlo ni negarlo.

Por tanto, hablamos de un tipo de consulta diverso al de la popular, ya que la que nos ocupa es obligatoria y circunscrita en cuanto a las personas que deban ser convocadas.

Excluida la posibilidad de aplicar las reglas para el supuesto previsto por el artículo 35 constitucional, ¿Qué norma establece los requisitos de la consulta, así como su procedimiento?, pregunta a la que debemos contestar que no existe dicha disposición. Esto es, hay una laguna (Bobbio 2002, 208-233) en cuanto al procedimiento que no ha impedido que se tome al menos una acción afirmativa, pero que requiere ser cubierta, lo que propongo hacer a partir del método de integración denominado la analogía.

IV. ACCIONES Y CONSULTA

De lo que llevamos hasta aquí, puede extraerse que existe un reto del envejecimiento de la democracia mexicana, que exige su atención tanto para garantizar la viabilidad a futuro de esta, como para cumplir con los mandatos legales existentes. Así, resulta necesario construir una auténtica “Agenda gerontológica de la democracia mexicana”, que contextualice las situaciones de posible precariedad y discapacidad que aumentan

la vulnerabilidad de las personas mayores, agenda que puede construirse sobre los siguientes temas:

- a) Mecanismos para emitir el voto, ya sea anticipado, postal o en casa.
- b) Educación cívica específica, más allá de la romantización de la tercera edad.
- c) Prevención de la descuidadización, no solo en el tema meramente electoral sino también de participación ciudadana.
- d) Integración en agendas de partidos, como un deber de lealtad democrática hacia la sociedad, en cuanto a los cambios generacionales.
- e) Análisis de la representación política de las personas de la tercera edad.
- f) Prevención de la compra y coacción del voto; con programas adaptados a las circunstancias propias del envejecimiento.
- g) Prevención del clientelismo electoral, reconociendo la posible vulnerabilidad del grupo de personas adultas mayores.

Las acciones de la agenda propuesta deben tomarse desde políticas públicas, acciones afirmativas, programas públicos, etc.; en una coparticipación que incluya los poderes gubernamentales, los órganos administrativos electorales, los tribunales comiciales e incluso los partidos políticos, considerando el requisito de la consulta pública.

Un ejemplo de una acción afirmativa en la materia lo tenemos con el IEEP-CO-CG-06/2021, acuerdo tomado por el Instituto Estatal Electoral y de Participación Ciudadana de Oaxaca, en el que se aprobaron los Lineamientos respecto de paridad de género para los comicios en curso.

En dichos Lineamientos, se aprobó la postulación de personas mayores de sesenta años para las diputaciones locales y los ayuntamientos, en el primer caso al menos 1 fórmula completa; en el segundo, el 10% de candidaturas en cada segmento de competitividad.

De los argumentos dados en el acuerdo para la aprobación de los Lineamientos, destaco el siguiente: “Esto toda vez que al dar la posibilidad de que los adultos mayores participen y tomen decisiones en los ámbitos social y político, les permite seguir sintiéndose parte de la sociedad aun cuando se hayan retirado de la vida laboral activa, y es por esto que se deben seguir abriendo espacios y promoviendo la participación de los adultos mayores en acciones que sean cada vez más reales y efectivas.” (IEPCO 2021, p.18)

Si bien el acuerdo en cita, en el tema que nos ocupa, fue revocado mediante sentencia en el expediente RA/04/2021, por parte del Tribunal Electoral del Estado de Oaxaca, al considerar la extemporaneidad de la decisión de la autoridad administrativa electoral, sirve de base para estudiar el cómo se deben tomar medidas atinentes a los

derechos político-electorales de las personas adultas mayores, como se analizará en lo subsecuente.

Espero haber dejado claro tanto la necesidad de tomar medidas para avanzar en la Agenda Gerontológica, como en la existencia de un cuerpo normativo que incide en su creación. Del mismo, se desprende el derecho de las personas de la tercera edad a ser tomadas en cuenta en las acciones en su beneficio.

Esto me lleva a afirmar que, medidas positivas como la que aquí he ejemplificado y otras más, deben estar precedidas de un procedimiento de consulta que, si bien sea distinto al previsto por el artículo 35 constitucional, garanticen que se escuche la voz de las personas a quienes se les busca beneficiar. Dicho procedimiento de consulta no ha sido regulado, lo que genera una omisión legislativa que, no obstante, debe ser colmada con independencia de la inacción parlamentaria⁴.

Hasta la escritura de este artículo, no ha habido un pronunciamiento de nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre el tema de la consulta a las personas adultas mayores. Pero contamos con algunos antecedentes que permiten concluir que, de cuestionarse una medida tomada sin consulta, esta pueda ser revocada por tal razón.

Lo importante de lo anterior es que el asunto puede presentarse no solo ante la SCJN, sino también en sede electoral.

Dado que no hay un caso concreto aplicaré analógicamente uno que considero adecuado. Primero lo expondré, para después construir el argumento analógico (Gascón 2014, 265-266, Bobbio 2002, 233-238).

Me refiero a la acción de Inconstitucionalidad 1/2017, promovida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, contra la Ley para la Atención y Protección de las Personas con la Condición del Espectro Autista y/o Trastornos del Neurodesarrollo del Estado de Nuevo León. Aunque el planteamiento inicial del asunto se centró en cuestiones diversas a la necesidad de una consulta previa, el Pleno de la Suprema Corte consideró necesario abordar el punto.

De hecho, los párrafos 22 a 32 de la sentencia en comento, desarrollan la idea de por qué, previo a la emisión de la Ley impugnada, debió realizarse una consulta. Presento a continuación los razonamientos, de manera resumida:

- ✓ La legislación nacional y los tratados firmados por nuestro país requieren una consulta con las personas que se encuentran en el espectro autista, previa a la aprobación de leyes o políticas públicas que les afecten.

⁴ En el amparo en revisión 1144/2019, que se ocupó de la omisión legislativa respecto de la consulta indígena, la Segunda Sala de nuestra Suprema Corte, determinó la existencia de dicha inacción y vinculó al Congreso de la Unión para que realice el procedimiento legislativo para crear la norma faltante. En el caso de este artículo, podría presentarse la misma circunstancia.

- ✓ La consulta debe ser precedida por una convocatoria abierta, pública, incluyente y accesible.
- ✓ La consulta debe contar con un procedimiento para recibir y procesar las participaciones de las personas que se encuentren en el espectro autista.
- ✓ Se debe comunicar oportunamente el procedimiento a seguir.
- ✓ Se debe constatar la participación de personas que se encuentren en el espectro autista en la consulta.

Por tanto, una consulta en la materia debe realizarse con la debida convocatoria, que establezca y dé a conocer el procedimiento de participación, así como el cercioramiento de la participación de personas integrantes de la comunidad convocada.

En el caso concreto, no se realizó la consulta de dicha manera, sino mediante mesas de trabajo sin que se cumplieran los requisitos indicados, lo que provocó la inconstitucionalidad de la norma⁵.

Me parece que los elementos anteriores son aplicables al supuesto de la consulta debida a las personas adultas mayores, debido a que ambas consultas previstas por las normas, la de las personas que se encuentran en el espectro autista y la de adultas mayores, tienen las siguientes similitudes:

1. Son diversas de las reguladas en el artículo 35 constitucional.
2. No están sujetas a condicionante alguna que autorice la negativa a realizarlas.
3. Se refieren a personas que integren un colectivo definido.
4. Su realización está prevista como obligatoria.
5. Como semejanza esencial, la falta de regulación.

Si bien existen diferencias entre ambos supuestos, que se circunscriben a que están previstas para colectivos distintos, y a que en el caso de personas mayores no tiene cobertura directa por algún tratado firmado por nuestro país⁶; me parece que se trata de diferencias accesorias que no atienden a la naturaleza de las consultas ni a su obligatoriedad, que comparten ambos casos.

5 En el engrose del asunto, la ministra Yasmín Esquivel Mossa y el ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, presentaron votos particulares en los que desarrollaron la manera en que deba realizarse la consulta ordenada.

6 Existe la *Convención Interamericana Sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*, que no ha sido firmada por nuestro país. Véase Wilde 2019.

Así, considero que lo previsto en la Acción de Inconstitucionalidad 1/2017, en cuanto a los requisitos para la realización de consultas, es aplicable en el supuesto previsto para las personas adultas mayores.

Si bien podría intentarse una analogía con los requisitos para la consulta en materia indígena, que se ha definido por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en la jurisprudencia 37/2015; estimo que no es posible, dado que en tal caso se cuenta con la necesaria participación de sus instituciones representativas lo que es un elemento fundamental que deriva de los sistemas normativos internos; y en el caso de las personas adultas mayores no existen ni instituciones propias con carácter representativo, ni usos y costumbres derivadas de la pertenencia a un grupo de edad.

Ciertamente, a partir de la jurisprudencia citada, y de las resoluciones que ha tomado el Tribunal Electoral, es de esperarse que en el caso que aquí analizo, el criterio de la judicatura comicial sea el de sostener la necesidad de la consulta, con las características ya apuntadas.

CONCLUSIONES

México es un país que envejece de manera irremediable, sin que se vislumbre alguna posibilidad de que se revierta tal situación. Esto presenta una serie de retos importantes para la democracia mexicana, sin obviar los que se puedan presentar en otros campos de la vida nacional.

La situación de vulnerabilidad social, así como de precariedad, presentan un panorama difícil para el envejecimiento de cualquier persona, pero también para nuestra sociedad, lo que nos exige una atención concreta por medio de políticas públicas, de acciones que debemos empezar a implementar.

La calidad de ciudadano, de ciudadana, se define por ser sujeto del Estado. Esto es, ser partícipe de las decisiones políticas, y no mero objeto de las determinaciones del gobierno; implica participar en la discusión pública, proponer acciones, presentarse en una candidatura, participar en la organización de las elecciones y votar, desde luego.

Los estudios demuestran, además, que las edades avanzadas significan un valladar para el ejercicio pleno de la ciudadanía, del voto en particular. Todo esto obliga a generar una Agenda Gerontológica de la Democracia Mexicana, que atienda aspectos como la garantía real de participación, la formación cívica, la protección contra los intentos de compra y coacción del voto, la debida representación política, entre otros; dentro de un marco comprensivo de la realidad social.

Por su parte, es un derecho de las personas adultas mayores el participar en la toma de decisiones que les afecten, mediante la consulta, que, si bien no se ha desarrollado su procedimiento ni en ley ni en jurisprudencia, en un caso análogo se han fijado principios que resultan aplicables.

Las personas de la tercera edad deben ser convocadas oportunamente a la realización de una consulta previa a la emisión de las políticas, acciones afirmativas o leyes que les afecten. La misma debe ser debidamente publicitada, también debe contener el procedimiento a seguir, y en su ejecución se debe constatar la real participación del grupo convocado.

Como se ilustra con el caso de las medidas tomadas en Oaxaca, en la materia electoral los órganos administrativos empiezan a estar atentos al tema y a generar acciones en la materia, por lo que el adecuado desarrollo de la consulta se vuelve un imperativo para garantizar tanto los derechos de las personas adultas mayores, como la constitucionalidad de las medidas, en el caso de que sean impugnadas en tribunales.

Por último, la judicatura electoral, en su función de control de constitucionalidad, ha generado una línea jurisprudencial de respeto y expansión de los derechos fundamentales, por lo que es esperable que, en los casos que se le presenten, mantenga la misma postura y tutele la realización adecuada de las consultas, paso previo para la construcción de la citada Agenda Gerontológica.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y artículos

- Bellver Capella, Vicente. 2020. Forever young? Ethics and policies on increasing human lifespan. En *New Challenges for Law. Studies on the Dignity of Human Life*. José María Puyol Montero, 151-172. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Bobbio, Norberto. 2002. *Teoría General del Derecho*. 2ª ed. Bogotá: Themis. (traducción de Jorge Guerreño R.)
- Gascón Abellán, Marina, coord. 2014. *Argumentación jurídica*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Klein, Alejandro y Ávil-Eggleton, Marcela. Ciudadanización y descuidanización de los adultos mayores. El proceso electoral de 2012. México. *Sociológica* vol.30 no.86 México sep./dic. 2015, disponible en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-01732015000300005 (última visita el 5 de enero de 2021)
- Sánchez Aceves, J. Arturo. 2015. La discriminación por razón de edad de los adultos mayores en el ámbito laboral del sector gubernamental. En *Aportaciones actuales a los derechos humanos en la vida jurídica mexicana*. Eduardo Barajas Languren y Tadeo Eduardo Hübbe Contreras, 219-261. México: Tirant lo Blanch.
- Wilde, Zulema. 2019. Los derechos humanos de los adultos mayores. En *Familia, derechos humanos y Derecho Internacional Privado*. Eduardo Picand Albónico y Leonel Pereznie-to Castro, 161-172. México: Tirant lo Blanch.
- Zúñiga, Elena, y Vega, Daniel. *Envejecimiento de la población en México. Reto del siglo XXI*. México. Consejo Nacional de Población, 2004, disponible en http://www.conapo.gob.mx/es/CONAPO/Envejecimiento_de_la_poblacion_de_Mexico__reto_del_Siglo_XXI, (última vista el 8 de enero de 2021)

Acuerdos, estudios y documentos.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). S/F Documento consultable en: https://celade.cepal.org/redatam/ryesp/sisppi/webhelp/indice_de_envejecimiento.htm (última consulta el 15 de diciembre de 2020)

Instituto Estatal Electoral y de Participación Ciudadana de Oaxaca. Acuerdo IEEP-CO-CG-04/2021. Visible en: <http://www.ieepco.org.mx/archivos/acuerdos/2021/IEEPCO-CG042021.pdf> (última consulta el 6 de enero de 2021)

Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática. Encuesta Intercensal 2015. Visible en: <https://www.inegi.org.mx/programas/intercensal/2015/> (última consulta el 13 de octubre de 2020)

Encuesta nacional de dinámica demográfica 2018. Consultable en: <https://www.inegi.org.mx/programas/enadid/2018/> (última consulta el 29 de diciembre de 2020)

Censo de Población y Vivienda 2020. Consultable en <https://www.inegi.org.mx/temas/estructura/> (última consulta el 15 de enero de 2021)

Instituto Nacional Electoral. Estudio muestral sobre la participación ciudadana en las elecciones federales de 2018. Visible en <https://centralectoralelectoral.ine.mx/2019/08/14/estudio-muestral-la-participacion-ciudadana-las-elecciones-federales-2018/> (última consulta el 13 de octubre de 2020)

Leyes

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores.

Ley Federal de Consulta Popular.

Sentencia y jurisprudencia

Amparo en revisión 1144/2019 Quejosa: Norma Angélica Garzón Martínez y otros. Recurrentes: Cámara de Diputados y Cámara de Senadores del Congreso de la Unión (autoridades responsables)

Jurisprudencia 37/2015. CONSULTA PREVIA A COMUNIDADES INDÍGENAS. DEBE REALIZARSE POR AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS ELECTORALES DE CUALQUIER ORDEN DE GOBIERNO, CUANDO EMITAN ACTOS SUSCEPTIBLES DE AFECTAR SUS DERECHOS. Disponible en <https://www.te.gob.mx/IUSEapp/tesisjur.aspx?idtesis=37/2015&tpoBusqueda=S&sWord=37/2015>

Recurso de apelación RA/04/2021, Tribunal Electoral del Estado de Oaxaca, parte actora Partido del Trabajo, autoridad responsable Consejo General del Instituto Estatal Electoral y de Participación Ciudadana de Oaxaca, disponible en <https://teeo.mx/images/sentencias/RA-04-2021.pdf>



LA REFORMA SOBRE SALUD MENTAL: ¿PROGRESISMO O ¿RESPONSABILIDAD DEL ESTADO?

FERNANDO VILLASEÑOR RODRÍGUEZ

*Encerrado en el navío de donde no se puede escapar, el loco
es entregado al río de mil brazos, al mar de mil caminos, a esa gran
incertidumbre exterior a todo.*
Historia de la Locura en la Época Clásica, Michel Foucault.

RESUMEN: En este artículo me referiré a la historia, regulación y modelos de atención de la salud mental, teniendo como objetivo analizar la reciente reforma que en esta materia se hizo a la Ley General de Salud. Sostendré la opinión de que la reforma es omisa e insuficiente para regular el proceso de la desinstitucionalización psiquiátrica que propone. Defenderé la postura de que los efectos de la reforma pueden ser más perjudiciales que benéficos para los usuarios de los servicios de salud mental, particularmente para aquellos que ahora se encuentran internados en los asilos y hospitales.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la Salud Mental, Reforma Ley de Salud, Desinstitucionalización, Derechos de los usuarios de los servicios de salud mental, Enfoque Comunitario del Derecho a la Salud Mental.

ABSTRACT: In this paper I will refer to the history, regulation, and models for mental healthcare regarding the recent reform made to the General Health Law. I will affirm that the reform is negligent and insufficient in regulating the process of psychiatric deinstitutionalization that it proposes. I will also defend the position that the effects of the reform may be more harmful than beneficial for users of mental health services, particularly for those who are now confined to nursing homes and hospitals.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. HISTORIA DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE SALUD MENTAL. II. NORMATIVIDAD INTERNACIONAL, REGIONAL Y NACIONAL SOBRE SALUD MENTAL. III. LA REFORMA SOBRE SALUD MENTAL A LA LEY GENERAL DE SALUD (2022). 1. El financiamiento del tratamiento y rehabilitación correrá a cargo de los usuarios o sus familias. 2. Algunos usuarios con padecimientos y trastornos de alto riesgo no responden al tratamiento conforme con el modelo comunitario. 3. Requiere de vivienda especializada para muchos de los usuarios de los servicios de salud mental. 4. Previene el tratamiento de otros problemas médicos (concomitantes y diversos). 5. Falta de adhesión al tratamiento como problema para los usuarios y sus familias. 6. Tiene una correlación con el aumento en la tasa de suicidios. 7. Aumenta la criminalidad y victimización. 8. Implica mayores costos para las familias y la comunidad. 9. Libera al Estado de su obligación como garante del Derecho a la Salud Mental. CONCLUSIONES. BIBLIOHEMEROGRAFÍA CITADA

INTRODUCCIÓN

El 16 de mayo de 2022 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma a la Ley General de Salud, enfocada a la “salud mental y las adicciones”. La reforma, es consecuencia de más de 10 años de reclamos de organizaciones de la sociedad civil, usuarios de los servicios de salud mental¹ y académicos especializados en Derechos Humanos, y tuvo un arduo trayecto con diversas propuestas de grupos parlamentarios, así como ajustes y modificaciones en ambas Cámaras hasta su eventual aprobación y promulgación en este año.

La reforma tiene varios cambios sobre la manera de conceptualizar la enfermedad y la salud mental, en especial, la capacidad de decisión del usuario de sus servicios y el internamiento voluntario, así como la fusión de las áreas de salud mental y control de las adicciones. Quizás el cambio más controversial tenga que ver con la desinstitucionalización², reducción y eventual eliminación de los hospitales psiquiátricos, y la transición hacia un modelo de servicios psiquiátricos ofrecidos desde los hospitales generales y la comunidad.

En este texto pretendo mostrar que, aunque la reforma implica un paso importante para la dignificación de las comunidades con discapacidad, la reducción de estigmas para los usuarios de servicios de salud mental, y una visión holística y reintegradora de quienes padecen trastornos psiquiátricos temporales o permanentes, también deja en estado de indefensión a muchas personas que siguen requiriendo de un internamiento controlado, reduce la inversión pública en programas de salud mental, y justifica con la bandera de “libertad individual” y “autorresponsabilidad” la omisión de lo que en realidad es una obligación del Estado mexicano. Considero que la desinstitucionalización que propone la reforma es omisa en establecer los apoyos, estructurales y presupuestales, que implica la transición hacia la atención comunitaria y que tampoco considera la situación de los usuarios que hoy se encuentran internos o la de sus familiares.

Para exponer mis argumentos, primero me referiré a la transición histórica de las políticas públicas sobre salud mental, pasando de los modelos asistenciales y de asilos, a aquellos otros garantistas y de derechos humanos, para, finalmente, llegar al actual paradigma comunitario y reintegrativo de la salud mental. En segundo lugar, en lo estrictamente jurídico, expondré cuáles son los principales instrumentos internacio-

- 1 La más reciente revisión en doctrina internacional sobre salud mental recomienda el uso de la voz “usuarios” en vez de “pacientes” o “enfermos mentales” trataré de usar esta acepción siempre que me sea posible.
- 2 Entendida ésta como “el proceso por el que se pasa de mantener a las personas que sufren un trastorno mental confinadas en hospitales psiquiátricos (manicomios) a darles una atención digna e integrada en la sociedad basados en modelos teóricos de calidad de vida” Lafuente Lázaro, Sonia; Santos, Francisco, González, José et. Al, “Desinstitucionalización y calidad de vida en pacientes esquizofrénicos”. *Rev. Asoc. Esp. Neuropsiq.* [online]. vol.27, n.22, 2007.

nales y regionales que se refieren a esta materia y luego entraré a estudiar cómo se han armonizado la legislación nacional y local en nuestro país. Finalmente, estudiaré la reforma de salud para centrarme en el proyecto de desinstitutionalización, destacando ventajas y desventajas de lo que considero serán sus efectos en el contexto nacional.

I. HISTORIA DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE SALUD MENTAL

De acuerdo con Thornicroft, Graham y Tansella³, la historia de la atención de la salud mental en el siglo pasado, conforme a las naciones más desarrolladas económicamente, se puede estudiar en relación con tres períodos históricos. Un Primer Período, ubicado entre 1880 y 1950, se refiere al surgimiento y auge del asilo como institución por excelencia para la reclusión y tratamiento del enfermo mental. Un Segundo Período, que comprende de 1950 a 1980, implica el declive y eventual desaparición del asilo. Por último, un Tercer Período, que va desde 1980 hasta la actualidad representa un desarrollo de servicios de salud mental comunitarios, descentralizados y, casi en todos los casos, sin el apoyo del Estado.

Primer Período. El auge del asilo (1880-1950).

Este periodo se distingue por la construcción y ampliación de los asilos como instituciones alejadas del domicilio de los pacientes. La función de los asilos era la contención custodial y la provisión de necesidades básicas para la supervivencia de personas con una amplia gama de anomalías y trastornos clínicos y sociales. Los asilos en este periodo actuaron principalmente como depositarios de aquellos individuos considerados intratables o socialmente desviados.

La elección de sitios remotos para la edificación de los asilos se ajustaba tanto a la necesidad de eliminar la amenaza percibida para la seguridad pública, como por los puntos de vista imperantes de la época, sobre la higiene mental que sugerían “la vida campestre para la revitalización de los enfermos”. Sin embargo, una consecuencia secundaria de esta elección geográfica fue la segregación profesional de psiquiatras y enfermeras del cuerpo principal de la práctica clínica, así como de los centros de formación profesional situados en los hospitales universitarios metropolitanos.

Para explicar el auge de los asilos, hay que identificar tres consideraciones centrales: clínicas, humanitarias y económicas. Así, por ejemplo, sobre la primera consideración, en 1842, los nuevos Comisionados nombrados conforme con la Ley de Pobres de Inglaterra señalaban que “debe recordarse que, con los locos, el primer objeto debe ser su curación por medio del adecuado tratamiento médico.” (Poor Law Commission, 1842). Las consideraciones humanitarias, por su parte, permitieron que diversas ramas de las principales iglesias, tanto en Europa como en América, consiguieran apoyo social

3 Thornicroft, Graham, and Michele Tansella. *Better Mental Health Care*, Cambridge University Press, 2008.

y financiamiento económico para construir asilos a fin de proteger a “los menos afortunados ante los ojos de Dios”. Sobre la consideración económica, en 1838 Eduardo Gulson, Comisionado Asistente de la Ley de Pobres, recomendó transferir el cuidado de los “lunáticos” de las instituciones penitenciarias a los asilos de pobres del condado ya que esto implicaría que “se mantendrían con la mitad o un tercio de los gastos que ahora estaban generando para las arcas del rey”. De esta manera, un encadenamiento práctico y utilitario de las consideraciones clínicas, morales y financieras llevaron al auge, crecimiento y proliferación de los asilos a finales del Siglo XIX y principios del XX.

Aunque Thornicroft sugiere la anterior delimitación periódica, hay casos dónde la división no fue tan clara y en los que, de hecho, se retienen o retoman instituciones de periodos anteriores como el asilo. En Japón, por ejemplo, el número de camas en asilos psiquiátricos en 1960 era 95,067, pero este número aumentó a 172,950 en 1965 e incluso, tan recientemente como 1993, había 1672 hospitales psiquiátricos que contenían 362,963 camas; un grado de hospitalización muy superior al que existe en la mayoría de las naciones económicamente desarrolladas⁴.

Segundo Periodo. El declive del asilo (1950-1980).

A pesar del auge del asilo, la segunda mitad del Siglo XX implicaría su declive a partir del concepto de “desinstitucionalización”. Este nuevo concepto, popular hasta nuestros días, y uno de los elementos más importantes de la Reforma a la Ley General de Salud de este año, se basa en varios cambios sociológicos, farmacológicos, administrativos y legales⁵.

Sobre estos primeros cambios hay que señalar que desde mediados de 1950, surge una perspectiva sociológica que criticaba los efectos nocivos de la estancia prolongada en las grandes instituciones psiquiátricas. Los psiquiatras Wing y Brown señalaron que el “institucionalismo”, como política pública de contención y reclusión en la salud mental, afectaba de forma particularmente grave a los pacientes crónicos, y tras hacer un estudio longitudinal respecto de pacientes de larga estancia en tres hospitales británicos, concluyeron que “las condiciones sociales en las que vive un paciente (particularmente la pobreza del entorno social) son en realidad responsables de parte de su sintomatología (particularmente los síntomas negativos)”⁶. Para estos autores, los asilos no podían curar a los enfermos porque la enfermedad estaba en la sociedad que los había alienado y sólo reintegrándose a esa sociedad podrían encontrar una verdadera cura.

4 Omata W. [*The origin of mental hospitals in Japan and its typological classification*]. *Seishin Shinkeigaku Zasshi*. 2003;105(2):200-6.

5 Shorter E. *A History of Psychiatry: From the Era of the Asylum to the Age of Prozac*. New York: John Wiley & Sons, Inc.; 1997.

6 Wing JK and Brown G. *Institutionalism and Schizophrenia*. Cambridge: Cambridge University Press; 1970.

Por otro lado, los tipos de tratamiento farmacológico también estaban cambiando rápidamente. Dentro de los tres años siguientes a la formulación, registro y autorización de la clorpromazina en 1952, su uso como agente antipsicótico se fue generalizando e implicó una reducción de un número importante de pacientes en todos los hospitales del mundo⁷. El inicio de la prevalencia farmacológica para el tratamiento de los trastornos psiquiátricos podría ubicarse en estos años con efectos patentes para la psiquiatría hasta la actualidad.

Los cambios administrativos y legales en las políticas de salud pública también fueron especialmente importantes para acelerar el declive de los asilos psiquiátricos. En los Estados Unidos, por ejemplo, la introducción de Medicaid en la década de 1960 promovió la transferencia de la responsabilidad operativa y financiamiento de los programas de salud mental de la Federación a cada uno de los estados de la Unión Americana. Conforme con ello, la “desinstitucionalización”, aunque había sido formulada y promovida por distintos académicos y activistas en el campo de la salud mental, ahora, por su posibilidad de abatir (o evadir) costos fue reapropiada por la administración del presidente Gerald Ford. En 1975, el entonces Director del Instituto Nacional de Salud Mental describió tres componentes esenciales para un nuevo enfoque “desinstitucionalizado” de protección a la de salud mental: i) la prevención de admisiones incorrectas en hospitales psiquiátricos a través de la provisión de instalaciones comunitarias; ii) la reinserción a la comunidad de todos los pacientes que han recibido una preparación adecuada; y iii) el establecimiento y mantenimiento de los sistemas comunitarios de apoyo a los pacientes no institucionalizados.⁸

El anterior momento fue un punto de inflexión para la atención comunitaria de la salud mental y, como ocurre en muchos temas de políticas públicas y programas de bienestar social, una vez que EE. UU. puso el ejemplo, varios países europeos primero (como Italia y Francia) y latinoamericanos después (como Argentina y poco a poco, México), empezaron a restar la hegemonía a los asilos como institución omnímoda para la reclusión y tratamiento de pacientes psiquiátricos. Aunque, como explicaré más adelante, la transición al modelo comunitario fue desigual y con avances y retrocesos en cada país, no hace falta decir que el motor de ese cambio obedeció principalmente a razones económicas más que a la apertura y experimentación con otros tratamientos de reintegración social.

Tercer Periodo. Desarrollo de la atención comunitaria (desde 1980).

Aunque el antecedente más remoto para la atención comunitaria de la salud mental se encuentra en la administración Kennedy, no es sino hasta que, con los movimientos sociales de finales de los años 70s que buscaban la rehabilitación de personas con en-

7 Jones K. *A History of Mental Health Services*. London: Routledge and Kegan Paul; 1972.

8 Bachrach L. *Deinstitutionalization: An Analytical Review and Sociological Perspective*. Rockville, MD: US Department of Health, Education and Welfare; 1976.

fermedades mentales graves, se promulga la Ley de Sistemas de Salud Mental durante el gobierno del presidente Jimmy Carter. La Ley financió los sistemas comunitarios de apoyo a la salud mental que coordinarían la atención general de la salud mental y los servicios de apoyo social. La Ley fue resultado de las recomendaciones del Informe de la Comisión de Salud Mental de 1978, en el cual se reconocía que las instituciones y hospitales psiquiátricos no producían resultados eficaces ni duraderos y que, por tanto, era necesario transitar a un nuevo modelo de protección de la salud mental en un entorno comunitario. Con el informe y la nueva Ley, comenzó en EE. UU. el auge de los Centros Comunitarios de Salud Mental y una nueva era para las políticas públicas sobre esta materia.

El centro comunitario de salud mental, tal como se prevé en esa Ley de Sistemas de Salud Mental⁹, es un programa de servicios de salud mental bajo un sistema unificado de atención con los siguientes objetivos:

- Ofrecer una completa y variada gama de servicios cerca del domicilio de los pacientes.
- Proporcionar estos servicios a todas las personas de la comunidad independientemente de su capacidad de pago.
- Permitir que un paciente se transfiera fácilmente de un tipo de servicio a otro a medida que cambien sus necesidades (continuidad de la atención).
- Fortalecer los recursos comunitarios para la prevención de enfermedades mentales.

Cada centro debe tener sus propias características, reflejando las necesidades y recursos especiales de la comunidad. Sin embargo, cuando estén completamente desarrollados, todos los centros deberán proporcionar al menos los siguientes servicios esenciales:

- Servicios para pacientes hospitalizados
- Servicios ambulatorios
- Hospitalización parcial, como atención diurna o nocturna
- Servicios de emergencia proporcionados las 24 horas del día.
- Consulta y servicios educativos disponibles para agencias comunitarias y personal profesional

Pero a pesar de lo vanguardista de este nuevo paradigma auspiciado por los demócratas Kennedy y Carter, en 1981, el presidente Ronald Reagan derogó la mayor parte de

9 Mental Health Systems Act (1980; 96th Congress S. 1177)

la Ley por considerar que “implicaba un costo excesivo para la Federación y que no se preveían suficientes mecanismos de supervisión”¹⁰. Desde entonces, tanto en EE. UU como en otros países europeos y latinoamericanos, el enfoque comunitario de salud mental ha reducido su subvención presupuestaria o, de plano, ha dejado de ser apoyada por el Estado¹¹. Si bien el enfoque comunitario de la salud mental ha seguido en transformación constante desde los años 80s, han sido muy pocos los países que lo han apoyado institucional y presupuestalmente, delegando a la sociedad civil y a las organizaciones nacionales e internacionales estas responsabilidades.

Con este breve recorrido panorámico, tomando en cuenta que ni el alcance ni la extensión de este texto me permite entrar al detalle de cada uno de estos periodos, y menos de los procesos anteriores de atención a la salud mental,¹² lo que queda claro es que a lo largo del siglo XIX y principios del XX, los servicios de salud mental han tenido un trayecto que ha ido desplazando el centro de gravedad de los hospitales psiquiátricos a los servicios basados en la comunidad.

II. NORMATIVIDAD INTERNACIONAL, REGIONAL Y NACIONAL SOBRE SALUD MENTAL

Aunque parezca difícil de creer, no fue sino hasta hace aproximadamente dos décadas que los derechos de las personas con alguna forma de discapacidad mental comenzaron a ser regulados a nivel internacional y considerados, propiamente, como derechos humanos¹³. Tradicionalmente, se interpretaba que los derechos de las personas con discapacidad mental eran protegidos en cierta medida bajo el principio general de que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, por lo que las personas con discapacidad mental “no necesitan ninguna prueba adicional para demostrar que merecen ciertos derechos.”¹⁴. No obstante, la cláusula de igualdad formal no era suficiente para lograr una equidad material, por lo que progresivamente resultó evidente que era necesario construir una protección específica y diferenciada

10 Lyon-Levine, Marta; Levine, Martín; Zusman, Jack (marzo de 1985). “Desarrollos en la Declaración de derechos de los pacientes desde la Ley de sistemas de salud mental” en *Reporte de la Ley de Discapacidad Mental y Física. Vol. 9 No. 2*.

11 Este punto será relevante de recordar cuando analice la propuesta comunitaria de la reforma de salud mental en México, ya que, como explicaré más adelante, no se prevé un financiamiento o apoyo por parte del Gobierno Federal o los Gobiernos Estatales para el desarrollo de este tipo de programas.

12 Desde la famosa Nave de los Locos que describe Foucault en su “Historia de la locura en la época clásica”; las persecuciones de personas con enfermedades psiquiátricas por acusarlas de hechicería que se describen en el *Malleus Maleficarum*; o el internamiento de personas con discapacidad mental al lado de personas con enfermedades contagiosas e incurables o de criminales de alto riesgo conforme a la criminalística organicista del siglo XIX, hay mucho y muy bien escrito sobre estos temas.

13 Perlin, Michael and Szeli, Eva ‘Mental Health Law and Human Rights: Evolution and Contemporary Challenges’, disponible en: https://www.researchgate.net/publication/300109155_Mental_Health_Law_and_Human_Rights

14 Arena Ventura, Carla, *International Law, Mental Health and Human Rights* disponible en: <https://humanrights.nd.edu/assets/134859/venturamentalhealth.pdf>.

para proteger el derecho a la salud mental por sí mismo. Consecuente con lo anterior comenzó a generarse un desarrollo convencional, normativo y jurisprudencial en el sistema internacional que dio lugar a los principales instrumentos internacionales sobre derechos humanos que inciden directamente en el tema de la salud mental.

Instrumentos internacionales sobre los derechos de salud mental

Considero que los principales instrumentos del sistema internacional sobre la materia son los siguientes:

1. Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH, 1948),
2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR, 1966),
3. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ICESCR, 1966)
4. Declaración sobre los Derechos del Retrasado Mental (sic) (Resolución 26/2856, 1971).
5. Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental. (AG.46/119, Principios de Salud Mental, 1991).
6. Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (AG.48/96, PCD, 1993).
7. Guías de la OMS para la Promoción de los Derechos de las Personas con Trastornos Mentales (OMS, 1996)
8. Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD, 2006).

Los tres primeros instrumentos conforman lo que comúnmente se conoce como la “Carta Internacional de Derechos Humanos”¹⁵. Estos instrumentos fijaron estándares fundamentales para la interpretación, protección, defensa y en general establecieron un marco de derechos humanos para todas las naciones miembros de la ONU. Aunque la DUDH no es formalmente vinculante, y que ni el ICCPR ni el ICESCR brindan protección específica a las personas con discapacidad mental, no obstante esa limitante, sí establecen principios fundamentales para salvaguardar y promover estos derechos en su relación con los más clásicos derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales.

Por ejemplo, según las disposiciones del ICCPR, las personas con discapacidad mental pueden abogar por un trato más humano y condiciones especiales de confinamiento

15 International Bill of Rights.

cuando son internados en una institución psiquiátrica¹⁶. El ICESCR por su parte es el primero en desarrollar la protección a la salud como obligación del Estado incluido el deber (de acuerdo con su artículo 12) de garantizar el derecho al “disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. Además, de acuerdo con la Observación General 5 del Comité del ICESCR de 1996, las disposiciones del artículo 12 se interpretan como expresamente aplicables a las personas con discapacidad mental y física.

Sin embargo, algunos académicos han argumentado que estos instrumentos carecen de disposiciones específicas para las personas con discapacidad mental, lo que perjudica su aplicación práctica. Theresa Degener, académica y activista sobre discapacidad ha opinado en este sentido que:

“Los borradores de la Carta Internacional de Derechos Humanos no incluían a las personas con discapacidad como un grupo distinto vulnerable a las violaciones de derechos humanos. Ninguna de las cláusulas de igualdad de ninguno de los tres instrumentos de este Proyecto de Ley... menciona la discapacidad como categoría protegida.”¹⁷

Algunos juristas incluso han argumentado que estos instrumentos internacionales excluían a las personas con discapacidad mental de su protección. Clarence Sundram por ejemplo, sostiene que:

“El reconocimiento genérico de los derechos humanos no ha sido suficiente para reunir a las personas con discapacidad mental porque ha habido una larga historia en la sociedad de considerarlos como una clase separada, con derechos separados y restringidos. Peor aún, los abusos a los que han estado expuestas las personas con discapacidad mental generalmente no han sido reconocidos como violaciones de los derechos humanos, ni siquiera por las organizaciones que se dedican al trabajo con estos derechos”¹⁸.

Sin embargo, la exclusión de los derechos de salud mental de la corriente principal del derecho internacional comenzó a abordarse en las dos últimas décadas del siglo XX. La percepción de que el derecho a la salud mental no era un derecho específico dentro de la categoría de los derechos humanos fue cambiando como resultado de un gran movimiento y enormes esfuerzos por parte de muchos actores participantes. Después de estos esfuerzos, muchas personas comenzaron a comprender cuán interconectadas estaban realmente las leyes de derechos humanos y las leyes de salud mental porque: (1) la política de salud mental afecta los derechos humanos; (2) las violaciones de los

16 Cameron, Jasmine, “Mental Health Law: International Legal Standards and Human Rights”, *Legal Dialogue*, October, 2017. Disponible en: <https://legal-dialogue.org/mental-health-law>

17 Theresa Degener, *International Disability Law - A New Legal Subject on the Rise*: 18 BERKELEY J. INTL. L. 180, 187 (2000).

18 CJ Sundram, “Lost in the Shadows: Willowbrook and the Era of Institutionalization” (presentation paper) *Fulfilling the Promise*, Albany Law School, Marzo 22, 2013, 4, disponible en: http://webjcli.org/article/view/367/470#_ftn74

derechos humanos afectan la salud mental; y (3) la promoción positiva tanto de la salud mental como de los derechos humanos se refuerzan mutuamente¹⁹.

Tras la Carta Internacional de Derechos Humanos, hubo varios instrumentos relacionados con la salud mental que, si bien no fueron legalmente vinculantes, fueron adoptados por la ONU y varios de sus Estados miembros en la década de 1970. Dentro de ese periodo destaca la Declaración sobre los derechos de las personas con retraso mental (sic)²⁰ de 1971 que sirvió como una primera guía para las buenas prácticas en el área de la salud mental comunitaria.

En la década de 1980, ocurrieron varios eventos en el desarrollo del sistema internacional de estándares de salud mental, incluido el anuncio de las Naciones Unidas de 1981 como el Año Internacional de las Personas con Discapacidad, el Programa de Acción Mundial de las Naciones Unidas para las Personas con Discapacidad en 1983 y la declaración del Decenio de las Personas con Discapacidad en 1992²¹.

Paralelamente, en la década de 1990 se estaban llevando a cabo otras iniciativas, incluida la adopción por la Asamblea General de las Naciones Unidas de los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental (Principios MI por sus siglas en inglés). Algunos académicos caracterizaron los Principios de MI como “los estándares internacionales de derechos humanos más completos para las personas con discapacidades mentales, y su adopción fue un paso global fundamental para reconocer los problemas de los derechos de las personas con discapacidad mental dentro del ámbito de los derechos humanos”²². Específicamente, los Principios de MI proponían un enfoque más humano, menos restrictivo y más individualizado hacia las personas con discapacidad mental, y establecían que sus tratamientos debían realizarse bajo la autoridad independiente e imparcial de tribunales de salud mental de cada institución médica²³. Los Principios MI, sin embargo, aún reflejaban las antiguas prácticas sin el “consentimiento informado” y permitían el tratamiento médico involuntario cuando se consideraba que una persona carecía de la capacidad de decidir por sí misma²⁴.

19 Gostin, Lawrence, *The Human rights of person with Mental Disabilities: A Global prospective on the Application of Human rights Principles to Mental Health*. p. 27, disponible en: <http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1088&context=facpub>

20 Más adelante este término fue sustituido por el más adecuado de discapacidad mental.

21 United Nations, *10th anniversary of the adoption of Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)*, disponible en: <https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities/the-10th-anniversary-of-the-adoption-of-convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities-crpdc-rpd-10.html>

22 Perlin, Michael and Szeli, Eva, *Mental Health Law and Human Rights: Evolution and Contemporary Challenges*, p. 16. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/300109155_Mental_Health_Law_and_Human_Rights.

23 CJ Sundram, *Op. Cit.*

24 *Ídem.*

Otros documentos que en la década de 1990 sirvieron como referencia interpretativa, pero no fueron jurídicamente vinculantes, incluyen a las Normas Uniformes para la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (1993) y las Guías de la OMS con Diez principios básicos y Directrices para la promoción de los derechos humanos de las personas con trastornos mentales (1996).

Finalmente, en 2001 la Asamblea General de las Naciones Unidas estableció un Comité Ad Hoc “para considerar propuestas para una convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad.”²⁵ El Comité incluyó a más de 40 representantes de diferentes países y más de 400 representantes de diversas ONGs²⁶. Estas organizaciones adoptaron el lema “nada sobre nosotros sin nosotros”, y sus contribuciones basadas en experiencias personales de vida con discapacidad hicieron que este proceso fuera mucho más importante. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad fue el resultado de cinco años de trabajo y ocho sesiones del Comité²⁷.

En este orden de ideas, el 13 de diciembre de 2006, la Asamblea General de la ONU adoptó el principal instrumento internacional para proteger los derechos de las personas con discapacidad: la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD) junto con su Protocolo Facultativo. Si bien los instrumentos, declaraciones, documentos y otras iniciativas anteriores habían establecido fundamentos y una cobertura general para las personas con discapacidad mental, la CRPD fue el principal instrumento integral que estableció estándares legales internacionales para la protección específica de los derechos de las personas con discapacidad como un grupo vulnerable definido; además, a diferencia de otros instrumentos, la CRPD sí es jurídicamente vinculante. No sólo eso, sino que después de que la CRPD se abriera a la firma el 30 de marzo de 2007, se convirtió en el tratado internacional ratificado más rápidamente en la historia. A partir del 11 de septiembre de 2017, 174 estados y la Unión Europea ratificaron la Convención, lo que representa el 89% de los Estados miembros de las Naciones Unidas permitiendo que ésta entrara en vigor el 3 de mayo de 2008²⁸.

La CRPD establece un marco internacional integral para guiar la elaboración de leyes y políticas nacionales con el objetivo final de construir una sociedad inclusiva para las personas con discapacidad, incluidas aquellas con alguna forma de discapacidad mental. La Convención también establece el Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad al cual los Estados Parte deben infor-

25 Comprehensive and Integral Convention to Promote and Protect the Rights and Dignity of Persons with Disabilities, G.A. Res. 168, U.N. GAOR, 56th Sess., 88th plen. mtg., U.N. Doc. A/56/583/Add.2 (2001).

26 UN, *10th anniversary... Op. Cit.*

27 Arlene S. Kantor, *The promise and challenge of the disability convention*, p. 308, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2109836

28 UN, *10th anniversary... Op. Cit.*

mar periódicamente su progreso en la implementación de la Convención. Fundamentalmente, el Artículo 33 de la Convención requiere que los gobiernos garanticen que los representantes de la sociedad civil, en particular las personas con discapacidad y sus organizaciones representativas, participen plenamente en el seguimiento de la implementación de la Convención. Asimismo, para los Estados que hayan ratificado el protocolo facultativo, las personas que se consideren víctimas de violaciones a la Convención pueden presentar denuncias formales²⁹.

Si bien la CRPD se consideró un “cambio de paradigma” en las actitudes y enfoques hacia las personas con discapacidad, el trabajo de inclusión más importante probablemente se hace en los instrumentos regionales y en las normas nacionales que implementan los estándares establecidos por la CRPD. Son estas normas regionales, más próximas e individualizadas, las que inciden en la vida cotidiana de las personas con discapacidad y en las sociedades en su conjunto.

Instrumentos regionales sobre los derechos de salud mental

Considero que los principales instrumentos regionales para Latinoamérica sobre la materia son los siguientes:

1. Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de la Salud (OPS, 1991).
2. Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (OEA, 1996).
3. Recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Promoción y Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad Mental (CIDH, 2001).
4. Resolución cd47.r1 de la Organización Panamericana de la Salud (OPS). La discapacidad: Prevención y Rehabilitación en el Contexto del Derecho al Disfrute del Más Alto Nivel Posible de Salud Física y Mental y Otros Derechos Relacionados (OPS, 2006).
5. Plan de Acción sobre Salud Mental 2015-2020 (OPS, 2015)

En América Latina la introducción de la Declaración de Caracas de 1990 significó el inicio de un proceso de reforma de la atención psiquiátrica y marcó un hito en la región al señalar que “la reestructuración de la atención psiquiátrica en la Región implica la revisión crítica del papel hegemónico y centralizador del hospital psiquiátrico en la prestación de servicios”³⁰. La propuesta de la Convención es reemplazar el viejo

²⁹ *Ídem*.

³⁰ Declaración de Caracas. Párr.2.

modelo hospitalocéntrico de la psiquiatría, concentrado en la atención hospitalaria del paciente con enfermedades mentales, por una prestación de servicios descentralizada, participativa, integral, continua, preventiva y con enfoque comunitario y de protección a los derechos humanos³¹.

El nuevo modelo comunitario y social que promueve la Declaración, en el que todos los servicios deben prestarse integrados y basados en la comunidad, permite un acercamiento distinto a la discapacidad mental que corresponde al modelo del Tercer Período que describí en la sección anterior. La Declaración de Caracas exhorta también a que tanto la sociedad civil como las autoridades sanitarias, el personal médico y administrativo y los legisladores promuevan y protejan los derechos de las personas con discapacidad mental en el marco internacionalmente acordado, y que busquen la reestructuración de la atención psiquiátrica existente.³²

Por su parte, la Convención Interamericana recoge los principios del modelo comunitario de la Declaración de Caracas al incluir en su artículo 1 la discapacidad mental y establecer, en su artículo 2, la obligación de que los Estados adopten "...a) Medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración..³³

Aún más específicamente, la Recomendación de la CIDH de 2001, en su numeral 4 recomienda:

"...4. Promover e implementar a través de legislación y planes nacionales de salud mental la organización de servicios comunitarios de salud mental cuyos objetivos sean la plena integración de las personas con discapacidad mental en la sociedad y la participación de organizaciones profesionales, asociaciones de usuarios y familiares, sus amistades, organizaciones de asistencia social y otros miembros de la comunidad en la rehabilitación del paciente mental..³⁴

El antecitado objetivo también se identifica en la Resolución cd47.r1 de la OPS, ya que en su inciso e) insta a los Estados a que: "promuevan la creación de programas y

31 Muñoz, L. F., Muñoz, C. X., & Uribe, J. M. (2020). "La rehabilitación psicosocial en Colombia: la utopía que nos invita a seguir caminando". *Avances En Psicología Latinoamericana*, 38(3). <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.8547>

32 Torres Lagarde, Mercedes, "Desarrollo de estándares internacionales en materia de salud mental", *Opinión y Debate*, CIDH, Número 11-noviembre 2010.

33 Artículos 1 y 2 de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (OEA, 1996).

34 Recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Promoción y Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad Mental (CIDH, 2001).

estrategias comunitarias de rehabilitación con la participación de las organizaciones de personas con discapacidades que estén vinculadas a la atención de salud en sus diferentes niveles e integradas en el sistema de salud”³⁵.

Finalmente, en este mismo sentido, se mantuvo el Plan de Acción sobre Salud Mental 2015-2020 que establece como principio que “no hay salud sin salud mental” y empieza por reconocer que:

“La organización de los servicios de salud mental no es uniforme en América Latina y el Caribe. Algunos países han implementado soluciones innovadoras basadas en la comunidad. Muchos otros aún tienen un sistema altamente centralizado, donde la respuesta a los problemas de las personas con trastornos mentales y trastornos por alcohol u otras sustancias se concentra en hospitales psiquiátricos, con escaso o nulo desarrollo de servicios de salud a nivel primario o secundario. En ALC, el 86,6% de las camas psiquiátricas se encuentran en hospitales psiquiátricos, el 10,6% en hospitales generales y solo el 2,7% en residencias comunitarias”³⁶.

Por lo anterior, el Plan establece como una de sus principales líneas de acción: “mejorar la capacidad de respuesta de los sistemas y servicios de salud mental y de atención de los trastornos relacionados con sustancias psicoactivas, para brindar una atención integral y de calidad en entornos comunitarios.” El Plan dedica 11 puntos de sus recomendaciones para desarrollar y hacer efectiva esa línea de acción específica, y considera inevitable y muy necesaria la transición del modelo del hospital psiquiátrico monoespecializado a un modelo descentralizado, comunitario y compartido con otros servicios de salud.

Resulta evidente conforme a los instrumentos antes citados que en Latinoamérica el paradigma comunitario que identifiqué en el Tercer Periodo histórico, ha sido un objetivo pendiente por realizarse. Empero, como veremos en la siguiente sección, aunque este objetivo es encomiable, en México puede implicar indeseables efectos secundarios si no se comprende toda su complejidad.

Regulación nacional sobre el Derecho a la Salud Mental

Tanto los instrumentos internacionales como los regionales referidos en la sección anterior reconocen que resulta fundamental incluir los principios, estrategias y mecanismos para hacer efectivos los derechos a la salud mental en las normas nacionales de los Estados Parte.

35 Resolución cd47.r1 de la Organización Panamericana de la Salud (OPS). La discapacidad: Prevención y Rehabilitación en el Contexto del Derecho al Disfrute del Más Alto Nivel Posible de Salud Física y Mental y Otros Derechos Relacionados (OPS, 2006).

36 Punto 16 del Plan de Acción sobre Salud Mental (OMS/OPS, 2015)

En nuestro país, además de la obligatoriedad de los instrumentos internacionales de derechos humanos de acuerdo con el control de convencionalidad, la protección a la salud mental comienza a ser regulada a partir del derecho a la salud contenido en el artículo 4 constitucional que en su cuarto párrafo indica:

“Toda Persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución. La Ley definirá un sistema de salud para el bienestar, con el fin de garantizar la extensión progresiva, cuantitativa y cualitativa de los servicios de salud para la atención integral y gratuita de las personas que no cuenten con seguridad social.”

Conforme con lo anterior, la CPEUM no distingue una categoría específica para la salud mental dentro del derecho a la salud. La constitución, al tener una vocación general, delega esa tarea a la Ley (o leyes) para definir bases, modalidades, competencias y posibles concurrencias sobre el tema de la protección a la salud. La Ley a la que hace referencia el párrafo cuarto es, precisamente, la Ley General de Salud, publicada originalmente el 7 de febrero de 1984, pero que hasta 2013, estableció el concepto integral de salud. Este cambio conceptual quedó plasmado en el reformado artículo 72 de la Ley en cita, que señala: “Para los efectos de esta Ley, se entiende por salud mental el estado de bienestar que una persona experimenta como resultado de su buen funcionamiento en los aspectos cognoscitivos, afectivos y conductuales, y, en última instancia el despliegue óptimo de sus potencialidades individuales para la convivencia, el trabajo y la recreación”.

Todavía más, de conformidad con los instrumentos regionales, en el último párrafo de ese artículo 72, se agregó que: “La atención de los trastornos mentales y del comportamiento deberá brindarse con un enfoque comunitario, de reinserción psicosocial y con estricto respeto a los derechos humanos de los usuarios de estos servicios”. Sin embargo, en la práctica, este enfoque no se materializó ya que no tuvo desarrollo en leyes o reglamentos específicos, lo cual generó que desde el 2013 y hasta la fecha, activistas, académicos y usuarios de los servicios de salud mental hayan pugnado por una protección específica para la salud mental, defendiendo varios de ellos, el enfoque comunitario.

Hasta el día de hoy, en México no existe una ley general de salud mental, pero sí existen algunas leyes locales que se refieren a la materia. De las 32 entidades del país, sólo 14 cuentan con una Ley de Salud Mental (es decir, el 43.8%): Baja California, Campeche, Chihuahua, Ciudad de México, Jalisco, Michoacán, Morelos, Nuevo León, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Yucatán y Zacatecas. La Ciudad de México y Morelos publicaron sus leyes en febrero y octubre de 2011, respectivamente. La mitad de las leyes fueron publicadas en 2018 y el resto entre 2011 y 2017³⁷.

37 Valdez-Santiago R, Marín-Mendoza E, Torres-Falcón M. “Análisis comparativo del marco legal en salud mental y suicidio en México”. *Salud Pública Mex.* 2021; 63:554-564, p. 560.

Las leyes estatales de salud mental retoman la definición de salud mental del artículo 72 de la LGS; sin embargo, en algunos casos se identifican variantes con especificaciones, como “el bienestar psíquico que experimenta de manera consciente una persona”. Los estados de Jalisco y Sonora retoman otras definiciones que comparten similitudes, al señalar que es un estado de bienestar en el cual el individuo es consciente de sus propias capacidades, puede afrontar las tensiones normales de la vida, trabajar de forma productiva o fructífera y es capaz de hacer una contribución a su comunidad. Esta definición es similar a la planteada por el estado de Veracruz en su Ley de Salud³⁸.

A la falta de una Ley General de Salud Mental, hay que agregar que no existe un ordenamiento de carácter federal que sirva de guía y ofrezca directrices a los Estados para armonizar la legislación sobre salud mental en los componentes que señala la OMS³⁹, a saber: a) organización de servicios; b) recursos humanos; c) participación de usuarios y sus familias; d) abogacía, defensa y promoción; e) protección de derechos humanos; e) igualdad de acceso a los servicios de salud mental; f) financiamiento; g) mejora de calidad; y f) sistemas de evaluación⁴⁰.

III. LA REFORMA SOBRE SALUD MENTAL A LA LEY GENERAL DE SALUD (2022)

La falta de conceptos unificados y protecciones consensuadas para los derechos relacionados con la salud mental, fue el punto de partida para que académicos y grupos de la sociedad civil pugnarán por una transformación respecto de la protección, defensa y promoción de la salud mental en la Ley. Desde la anterior reforma a la Ley en 2013, se multiplicaron reclamos sobre los internamientos involuntarios, la falta de reconocimiento de capacidad jurídica, la aplicación de terapias y tratamientos farmacológicos invasivos e incapacitantes sin la voluntad del usuario y la falta de atención a las familias y comunidades a las que pertenecían las personas con trastornos o discapacidades mentales.

38 *Ídem*.

39 Sin embargo, el Consejo Nacional de Salud Mental (Consame), creado en 2004, es un órgano de coordinación nacional que tiene entre sus funciones proponer, supervisar y evaluar la política y estrategias nacionales para atender la salud mental. El Consame, además, propone programas de prevención, atención y rehabilitación y celebra acuerdos y convenios con los gobiernos estatales para atender problemas específicos en el campo de la salud mental. Sin embargo, de acuerdo con el estudio de Valdéz, Marín y Torres, actualmente, sólo 13 entidades federativas tienen prevista la creación de tales consejos: Baja California, Chihuahua, CDMX, Jalisco, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Yucatán y Zacatecas.

40 World Health Organization. *World Health Organization Assessment Instrument for Mental Health Systems WHO-AIMS Version 2.2*. Ginebra: OMS, 2005. Disponible en: https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=445:2008-hoaims-general-information&Itemid=40615&lang=es

De esta manera, y aunque hubo casi una decena de proyectos legislativos desde el 2013 por parte de diversas organizaciones de la sociedad civil, partidos políticos y autoridades federales y locales de instancias de salud, fue apenas el pasado 16 de mayo de 2022 cuando se aprobó una reforma a la LGS denominada “sobre salud mental” que pretende resolver los anteriores reclamos.

La reforma modificó los artículos 72, 73, actual primer párrafo y las fracciones I, II, III, IV, V, VII, VIII y actual IX; 74; actual 74 Bis, 75; 76, primer párrafo; y 77; adicionó los párrafos tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno y décimo al artículo 51 Bis 2; el artículo 72 Bis; el artículo 72 Ter; un primer párrafo, recorriéndose el actual, y las fracciones IX, X y XI, recorriéndose la actual IX en su orden, al artículo 73; 73 Bis; 73 Ter; 74 Ter; 75 Bis y 75 Ter; finalmente, derogó la fracción V Bis del artículo 73; el Capítulo I del Título Décimo Primero y el artículo 184 Bis de la Ley General de Salud.

En la reforma, identifiqué 5 ejes principales, que siguiendo el orden topográfico del articulado considero que son: a) La eliminación de los internamientos involuntarios para los usuarios de servicios de salud mental y el requerimiento del consentimiento informado en todos los casos, b) La definición amplia, integrativa, comunitaria e integral de salud mental tanto como política pública como estándar de apreciación normativa, c) La fusión de las áreas de salud mental y adicciones, d) La desinstitucionalización, reducción y eventual eliminación de los hospitales psiquiátricos y la transición hacia un modelo de servicios psiquiátricos desde los hospitales generales y la comunidad, e) La atención de los familiares y el círculo social cercano de las personas que experimentan dificultades psicoemocionales o condiciones de salud mental.

Aunque cada uno de estos ejes merecería analizarse a profundidad, yo quiero centrarme en la desinstitucionalización, reducción y eventual eliminación de los hospitales psiquiátricos para implementar en su lugar el modelo comunitario en México. Los artículos y modificaciones relevantes sobre el particular incluyen menciones específicas al nuevo enfoque comunitario en el artículo 72 Bis, el cual indica que:

“El propósito último de los servicios de salud mental es la recuperación y el bienestar, el despliegue óptimo de sus potencialidades individuales para la convivencia, el trabajo y la recreación.....*La atención a la salud mental deberá brindarse con un enfoque comunitario*, de recuperación y con estricto respeto a los derechos humanos de los usuarios de estos servicios, en apego a los principios de interculturalidad, interdisciplinariedad, integralidad, intersectorialidad, perspectiva de género y participación social”.

Así como en el artículo 73 que establece que:

“*Los servicios y programas en materia de salud mental y adicciones deberán privilegiar la atención comunitaria*, integral, interdisciplinaria, intercultural, intersectorial, con perspectiva de género y participativa de las personas desde el primer nivel de atención y los hospitales generales...”

Pero cualquier posibilidad de duda sobre la obligatoriedad de este nuevo enfoque sobre las políticas públicas de salud mental, se resuelve con el nuevo artículo 74 que dispone que:

“Para garantizar el acceso y continuidad de la atención de la salud mental y adicciones, se deberá de disponer de establecimientos ambulatorios de atención primaria y servicios de psiquiatría en hospitales generales, hospitales regionales de alta especialidad e institutos nacionales de salud.”

Aún más contundente, cuando deja en claro que no sólo se trata de una complementariedad de modelos sino de la elección de uno sobre otro, continúa en su redacción:

“Asimismo, para eliminar el modelo psiquiátrico asilar, no se deberán construir más hospitales monoespecializados en psiquiatría; y los actuales hospitales psiquiátricos deberán, progresivamente, convertirse en centros ambulatorios o en hospitales generales dentro de la red integrada de servicios de salud.”

Aunque pudiera criticarse en estricta técnica legislativa el incluir argumentos técnicos en una norma general (el referirse a modelos psiquiátricos), no es por mucho el único ejemplo en nuestro corpus normativo nacional. Lo que sí resulta preocupante es que ni en los artículos anteriores ni en otra parte de la reforma, ni siquiera en los artículos transitorios, se especifica la manera en que se llevará a cabo la desinstitucionalización e implementación del modelo comunitario.

Si bien de manera genérica y por fórmula, se especifica en el Segundo Transitorio que “Para la ejecución y cumplimiento de las disposiciones contenidas en el presente Decreto, se realizarán de forma gradual y progresiva (sic.) en los tres niveles de atención, considerando los recursos disponibles”; en el Tercero Transitorio que “El Ejecutivo Federal tendrá un plazo no mayor a 180 días naturales a partir de la entrada en vigor del presente Decreto para emitir las disposiciones reglamentarias que permitan proveer en la esfera administrativa lo previsto en el presente Decreto y actualizar las ya existentes con el fin de su armonización incluidas las normas oficiales mexicanas en la materia.”; y en el Cuarto Transitorio que “Las erogaciones que se generen con motivo de la entrada en vigor del presente Decreto, se realizarán con cargo al presupuesto autorizado de los ejecutores de gasto correspondientes”; ni las reglas para la “transformación gradual”, ni las disposiciones reglamentarias, ni las presupuestarias han sido emitidas o siquiera especificadas a la fecha en que escribo este texto (habiéndose cumplido con ventaja los 180 días que establece la reforma).

Desde luego, podríamos concluir que se trata de una norma imperfecta o de un producto legislativo para justificar el trabajo de los representantes que buscan reelegirse o conseguir votos para su partido; al final de cuentas, no sería ni la primera ni la única de este tipo de reformas. El problema que identifiqué no es el de “otra norma de papel” que se convertirá en programática en el mejor de los casos o en letra muerta en el peor de los mismos, lo peor no es que “al final no pase nada”, sino que la reforma y su proyecto

de desinstitucionalización, así cómo está propuesto, sí se intente implementar en los términos (y vaguedades) actuales.

Como expuse en la primera sección de este texto, la historia de los modelos de atención a la salud mental se escribe desde los países industrializados, económicamente estables, con niveles de desigualdad controlados y con una relativa activa participación política por parte de la sociedad civil. No es casual que estos modelos y paradigmas se establezcan desde los centros hegemónicos hacia las periferias, ni tampoco que las transiciones se iniciaran voluntaria y experimentalmente en países como EE. UU., Inglaterra, Francia o Alemania, pero se impusieran, ya sea como resultado del colonialismo abierto o del imperialismo camuflado, en países en vías de desarrollo.

Desde luego, por vía de investigaciones y reportes serios de violaciones a los derechos humanos en hospitales psiquiátricos, tanto a nivel internacional⁴¹ como nacional,⁴² parecería evidente que la transición de los institutos o asilos psiquiátricos a los servicios comunitarios y descentralizados no sólo sería razonable, sino urgente. Sin embargo, para que exista una desinstitucionalización efectiva primero hay que garantizar que sea posible, entendiendo por ello no sólo la voluntad política, sino las condiciones de infraestructura, presupuesto y cultura cívica para que pueda llevarse a cabo. No sólo eso, sino que contrario al slogan de los primeros activistas sobre la discapacidad “nada sobre nosotros sin nosotros”, la reforma y su proyecto de desinstitucionalización no toma en cuenta a un importante grupo de sus pretendidos beneficiarios o sus familias.

Tanto en nuestro país como en muchos otros se ha señalado que es necesario acabar con los asilos psiquiátricos para que sus usuarios puedan ser mejor atendidos por sus familias y sus comunidades: ¡Nunca más la tiranía del manicomio cuando está el cariño y la atención de la gente más cercana al enfermo! Lo que este mensaje no tiene en cuenta es que un alto porcentaje de las personas con discapacidad mental que se encuentran internadas en los centros psiquiátricos del país fueron puestos ahí precisamente por sus familiares, o que sus comunidades se encargaron de internarlos cuando no pudieron hacer una denuncia penal para su encarcelamiento en el sistema penitenciario.

La romantización del apoyo familiar y comunitario no es otra cosa sino una manifestación específica del modelo residual del Estado moderno conocido como “familismo”. Según este constructo, “los servicios sociales forman una red de seguridad y sólo cuando los canales “naturales” del bienestar —el mercado privado, *la comunidad y la familia*— se rompen “puede entrar en juego el bienestar social proporcionado por el Estado, e incluso en ese supuesto sólo debe hacerlo temporalmente”⁴³. Cómo lo señala

41 Human Rights Watch, *Living in Chains: Shackling of People with Psychosocial Disabilities Worldwide*, 2020.

42 Documenta, *¿Por razón necesaria? Violaciones a los derechos humanos en los servicios de atención a la salud mental en México*, México 2020.

43 Titmuss, Richard, “Social Policy” en: Stephan Leibfried and Steffen Mau (Eds.), *Welfare States: Construction, Deconstruction, Reconstruction* Volume I. (Cheltenham: Edward Elgar Pub., 2008) pp. 30-31

Titmuss, el argumento del bienestar primario proporcionado por la familia y la comunidad ha sido una estrategia para adelgazar el Estado de Bienestar Social sin levantar sospechas de que la elusión de responsabilidad esté motivada por consideraciones económicas.⁴⁴ Conforme con esa lógica, si se deja sin protección a las personas con problemas de salud mental la responsabilidad no es del Estado, sino de las familias y comunidades que de manera egoísta dejan de ayudar a sus miembros más vulnerables.

La manipulación moralista que hace el Estado por medio del familismo no es exclusiva de México ni de los países Latinoamericanos, países con economías tan avanzadas como Corea y Japón echaron mano de este constructo para reducir su gasto público en salud y reconfigurar su participación de directores a socios y convertirse finalmente en observadores sobre las medidas de protección y seguridad social⁴⁵. No sólo eso, sino que este cambio en la carga de deberes de cuidado suele afectar desproporcionadamente a las mujeres, quienes tradicionalmente han tenido que hacerse cargo de niños, ancianos y enfermos, lo cual implica barreras de participación social y económica, así como brechas de desigualdad adicionales⁴⁶.

Claramente existen muchas y muy importantes ventajas de la desinstitucionalización siendo entre otras: a) igualdad de derechos con relación a la población no internada, b) cuidados y atención cerca del domicilio de los derechohabientes, c) involucramiento y participación familiar, d) reincorporación comunitaria, e) participación en el diseño e implementación de terapias y mecanismos de rehabilitación. Todos estos beneficios han sido argumentados y defendidos por activistas, familiares y usuarios de los servicios de salud mental y, en teoría, han motivado la reforma del 16 de mayo del 2022. Sin embargo, también es necesario identificar las desventajas de la desinstitucionalización, particularmente en el contexto mexicano actual, por ello a continuación detallaré las que considero más relevantes:

1. El financiamiento del tratamiento y rehabilitación correrá a cargo de los usuarios o sus familias.

El pago de consultas y medicamentos psiquiátricos es particularmente oneroso cuando no se subvenciona por instituciones públicas. Medicamentos antipsicóticos, antiepilépticos y estabilizadores del ánimo llegan a costar hasta 6 veces más cuando se adquieren en farmacias particulares. Existe asimismo desabasto en muchas regiones del país debido a la centralización de medicamentos especializados en la CDMX, Guadalajara y Monterrey y un informe ha revelado que en México hay menos de 4,500 psiquiatras para atender a toda la población del país, además de que mientras que en el Estado de Jalisco

⁴⁴ *Ídem.*

⁴⁵ Ver Villaseñor Rodríguez, F. (2020). Mujeres trabajadoras en Japón: perspectivas institucionales, demográficas y jurídicas de la desigualdad laboral. *Revista Interdisciplinaria De Estudios De Género De El Colegio De México*, 6(1), 1-29.

⁴⁶ Ver INMUJERES, *El trabajo de cuidados ¿responsabilidad compartida?*, México, 2017.

hay 493 médicos especialistas, en Guerrero hay solo 26 psiquiatras para todo el Estado, ejemplo que sirve para identificar la contrastante disparidad nacional⁴⁷.

2. Algunos usuarios con padecimientos y trastornos de alto riesgo no responden al tratamiento conforme con el modelo comunitario

El objetivo de la desinstitucionalización es eliminar la necesidad de atención diferenciada para personas con necesidades específicas a fin de reducir su segregación. Sin embargo, dentro del subgrupo de la población que padece una enfermedad o trastorno grave existe a su vez un número de individuos que no responden al tipo de tratamientos que se pueden proveer en instalaciones no monoespecializadas (hospitales de primer nivel, clínicas comunitarias o de salud familiar). Aunque en nuestro país esa estadística es difícil de determinar con exactitud, en Suecia se calculó que 1 entre cada 5 personas con trastornos graves no tendrá beneficios de este tipo de terapia⁴⁸.

3. Requiere de vivienda especializada para muchos de los usuarios de los servicios de salud mental

Cuando los usuarios hacen la transición de los hospitales psiquiátricos al cuidado comunitario, típicamente se requiere de una “casa de transición” o de “vivienda asistida” antes de que puedan vivir solos o mayormente por sí mismos. Este tipo de acomodo requiere de instalaciones específicas que reduzcan riesgos de recaídas y accidentes para sus habitantes, así como espacios y actividades compartidas para lograr una progresión gradual hacia la autosuficiencia. En nuestro país, dónde ni siquiera está garantizado el derecho a la vivienda para la población general, es altamente improbable que se invierta en desarrollos residenciales con tales características, lo que pone la carga de estos enfermos en los particulares. Aunque hay casas y comunidades para estos efectos, son principalmente de carácter privado, con cuotas muy elevadas o sin supervisión por parte de los gobiernos locales; incluso, lamentablemente, en muchas de éstas se han cometido abusos sistemáticos de derechos humanos y algunas son operadas actualmente por la delincuencia organizada.

4. Previene el tratamiento de otros problemas médicos (concomitantes y diversos)

Un estudio reciente en EE. UU. identificó que las personas desinstitucionalizadas suelen tener problemas para comunicar otros problemas de salud que se revisaban como parte de la rutina cuando estaban hospitalizados. Conforme con la investigación, 48%

47 Oficina de Información Científica y Tecnológica para el Congreso de la Unión, *La salud mental en México*, CDMX, INCYTU, no. 7, enero, 2018.

48 Arvidson, H. Ericson, B.C. (2005). “The development of psychiatric care after the mental care reform in Sweden. A case register study”. *Nordic Journal of Psychiatry*, 59 (3), 186-192.

de los individuos que son dados de alta, tienen al menos otro problema médico ya sea relacionado directamente con su trastorno de internamiento, con el uso prolongado de medicamentos farmacológicos o con deficientes hábitos de salud. Los tres problemas de salud más comunes que reportan los cuidadores de personas desinstitucionalizadas son diabetes, hipertensión y artritis, además de que al menos la mitad de las personas internadas por un trastorno mental específico también tienen un problema de abuso de sustancias⁴⁹. Al no tener supervisión constante y como parte del tratamiento psiquiátrico estas otras enfermedades permanecen sin detectarse y contribuyen a la estadística de la OMS según la cual las personas con trastornos de salud mental graves tienen una reducción de 10 a 25 años en su esperanza de vida⁵⁰.

5. Falta de adhesión al tratamiento como problema para los usuarios y sus familias

Estudios revelan que 3 de 4 de los usuarios que reciben medicamentos farmacológicos por trastornos mentales graves empiezan a incumplir con su tratamiento dentro de los 24 meses siguientes a ser transferidos a la atención mental comunitaria. Este patrón es especialmente grave en pacientes con esquizofrenia que tienen una posibilidad de recaída de por lo menos el 40%⁵¹. El problema se extiende a las familias de los afectados por estos trastornos, ya que requieren supervisar, dar seguimiento y muchas veces obligar a seguir el tratamiento incluso contra de la voluntad del paciente. Los ajustes y cambios en medicamentos una vez que se suspende el tratamiento implican costos extras, así como la necesidad de reiniciar con los procesos de habituación y permanencia en el tratamiento; uno de los efectos compuestos de las recaídas.

6. Tiene una correlación con el aumento en la tasa de suicidios.

Un tercio de las personas que reciben un diagnóstico de esquizofrenia tendrán un intento de suicidio y 10% de ese número lo llevará a cabo. 15% de los individuos con un trastorno del ánimo intentará suicidarse, pero este número aumenta hasta el 42% en el caso de los pacientes desinstitucionalizados. La mayoría de las personas internadas por autolesionarse una vez, lo hará nuevamente al menos en una ocasión, y las personas que estuvieron institucionalizadas al menos una vez, tienen entre 10 y 15 veces más probabilidades de suicidarse comparadas con el resto de la población⁵². Estas crudas cifras implican que cuando no se puede ejercer una supervisión permanente, los desinstitucionalizados y sus familias se encuentran en una preocupación constante.

49 Slayter, E.M. (2010). "Disparities in Access to substance abuse treatment among people with intellectual disabilities and serious mental illness". *Health & Social Work*, 35 (1), 48-60.

50 *Ídem*.

51 Salokangas R.K. (2007) "Medical problems in shizophrenia patients living in the community". *Current Opinions in Psychiatry*, 20 (4), 402-405.

52 Yoon J, Bruckner TA. "Does deinstitutionalization increase suicide?" *Health Serv Res*. 2009 Aug;44(4):1385-405.

7. Aumenta la criminalidad y victimización

Aunque es uno de los aspectos más controversiales en los debates de desinstitucionalización, varios estudios apuntan a que la transición fuera de los hospitales psiquiátricos lleva a lo que Gostin llama “nuevos lugares de confinamiento”⁵³. En efecto, aunque muchos de los pacientes ya no pasan su existencia en la reclusión asilar, algunos de ellos cambian su estancia a las instalaciones del sistema penitenciario o al franco abandono en las calles. Kramp y Gabrielsen encontraron una correlación significativa entre la desinstitucionalización y el aumento de delitos como el homicidio, las lesiones y el daño en propiedad privada en Dinamarca. Scmetzer⁵⁴ también identificó que el número de personas con alguna discapacidad mental que son encarceladas ha ido en constante aumento en EE. UU. y que es mayor el número de encarcelamientos dentro de la población psiquiátrica que habita en las comunidades de rehabilitación. Fuller Torrey⁵⁵ reporta un creciente número de incidentes con conducta violenta cometidos por personas desinstitucionalizadas aunque otros muchos estudios como los de Simpson, McKenna, Moskowitz, Skipworth y Barry-Walsh⁵⁶ no encontraron evidencia concluyente sobre tal correlación.

Por lo que hace a la victimización de este mismo grupo de la población, al menos tres estudios longitudinales encontraron que las personas con discapacidad mental tienen una probabilidad entre 2 y 3 veces mayor que la población general de ser víctimas de crímenes violentos. Short, Thomas, Luebbers, Mullen y Olgoff⁵⁷ compararon pacientes esquizofrénicos con la población general en Australia, y resultados similares se encontraron por Teplin, McClelland, Abraham y Weiner⁵⁸ (2005) en EE. UU. Finalmente, Schmetzer⁵⁹ hace inferencias similares a nivel mundial.

8. Implica mayores costos para las familias y la comunidad

Basta⁶⁰ (2013) encontró en su estudio en Creta, Grecia, que cuando se cerró el hospital psiquiátrico local la mayoría de los pacientes regresaron con sus familias lo que au-

53 Gostin, L. (2008) “Old and new institutions for persons with mental illness: Treatment, punishment or preventive confinement?” *Public Health*, 122 (9), 906-913.

54 Schmetzer, A.D. (2007) “Desinstitutionalization and dual diagnosis”, *Journal of Dual Diagnosis*, 3 (2), 95-102.

55 Fuller Torrey, E. (2015) “Desinstitutionalization and the rise of violence”, *CNS Spectrums*, 20 (3), 207-214.

56 Simpson, McKenna, Moskowitz, Skipworth y Barry-Walsh (2004), “Homicide and mental illness in New Zealand, 1970-200”. *British Journal of Psychiatry*, 185 (5), 394-398.

57 Short, Thomas, Luebbers, Mullen y Olgoff (2013). “A case-linkage study of crime victimisation in schizophrenia-spectrum disorders over a period of desinstitutionalization”. *BMC Psychiatry*, 13 (66), 66-75.

58 Teplin, McClelland, Abraham y Weiner (2005). “Crime victimization in adults with severe mental illness”. *Archives of General Psychiatry*, 62 (8), 911-921.

59 Schmetzer, *Op. Cit.*

60 Basta M. (2013). “Desinstitutionalisation and family burden following psychiatric reform”. *European Psychiatry*, 28 (1).

mentó significativamente la carga económica y de trabajo, así como causó alteraciones en los patrones de convivencia familiar al resultar muy difícil la incorporación laboral de los desinstitucionalizados. Resultados similares identificaron Wang⁶¹ y Aviely, Smeloly y Band Winterstein⁶² para Canadá y Australia respectivamente. Desde luego, también hay evidencia en estudios como los de Tossebro y Lundebey⁶³ de que, aunque los familiares son críticos sobre la carga extra y la calidad de los servicios comunitarios de salud mental, la mayoría de ellos prefieren el nuevo modelo comunitario al asilar para sus pacientes.

9. Libera al Estado de su obligación como garante del Derecho a la Salud Mental

Finalmente, una de las consecuencias nocivas que puede generar la desinstitucionalización es que facilita al Estado desentenderse de su papel como garante y rector del derecho a la salud. Se ha visto en países como EE. UU.⁶⁴ Canadá⁶⁵ y Japón⁶⁶ que, al delegar parcial o totalmente los servicios de cuidado a la salud, así como la seguridad social a los particulares, la retórica del “autocuidado” sustituye progresivamente a la de los derechos sociales y el Estado de Bienestar. Aunque el Estado debe permanecer en todo momento como regulador y supervisor del derecho a la salud mental, es común que con la desinstitucionalización reduzca su participación técnica, presupuestaria y de coordinación, alegando que no quiere interferir con las actividades de los particulares. En nuestro país, un argumento similar se usó para desaparecer al Seguro Popular alegando que era mejor transferir sus atribuciones a otras instituciones de salud pública a fin de evitar burocracia innecesaria, ofrecer más cercanía en la atención a los ciudadanos y descentralizar los servicios de salud. Los terribles resultados de esa decisión por decreto se siguen percibiendo actualmente y son la prueba de que se trató de una medida que en el mejor de los casos obedeció a una reducción en el gasto público. Lo cierto es que año con año el gobierno federal ha destinado menos dinero a procurar la salud de los mexicanos. En los últimos años, el gasto por persona en salud disminuyó

61 Wang, K. (2012). “The care burden of families with members having intellectual and developmental disorder: A review of the recent literature”. *Current Opinions in Psychiatry*, 25 (5), 348-351.

62 Aviely, Smeloly y Band Winterstein (2012). “Departure scripts and life review of parents living with abusive adult children with mental disorder”. *Journal of Aging studies*, 34, 48-56.

63 Tossebro y Lundebey (2006). “Family attitudes to deinstitutionalisation: Changes during and after reform years in a Scandinavian country”. *Journal of Intellectual & developmental Disability*, 31 (2), 115-119.

64 Lamarche, Lucie, *Beyond the Rhetoric of Social Rights for the Poor: The Need to Promote a Methodology aimed at Reinforcing International and National Institutions*, (Ethical and Human Dimensions of Poverty Seminar, UNESCO Poverty Project, Sao Paolo, 2003).

65 Porter, Bruce and Jackman, Martha, *Advancing Social Rights in Canada*, Toronto: Irwin Law, 2014: pp 1-31.

66 Ver Villaseñor Rodríguez, Fernando, *Derechos sociales y justiciabilidad: consideraciones en torno al artículo 25 de la Constitución japonesa*, Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019.

un 5.5 por ciento en México, al pasar de 3 mil 826 pesos al año a 3 mil 615 pesos⁶⁷. Con estos datos ¿cómo confiar en que se invertirá mañana en salud mental comunitaria lo que se reduce y ahorra hoy en hospitales y asilos psiquiátricos?

CONCLUSIONES

Aunque resulta un buen esfuerzo para iniciar la transformación del derecho a la salud mental en México, la reforma del pasado 16 de mayo del 2022 a la Ley General de Salud no sólo es insuficiente, sino que, por sus omisiones y pendientes, puede resultar peligrosa. La desinstitucionalización es un objetivo encomiable y la progresión natural de la protección y garantía del derecho a la salud mental, sin embargo, debe ser un proceso planeado, gradual, con sustento técnico, reglamentario y presupuestal y, sobre todo, tomando en cuenta a todos los actores involucrados en este problema de salud nacional.

No son gratuitas las nociones que en el imaginario colectivo pueblan con miedo o con tristeza a los asilos y hospitales psiquiátricos. Desde las cárceles disfrazadas de manicomios hasta la clandestinidad de los “anexos” controlados hoy en día por los cárteles del narco, pasando por las historias, aderezadas con morbo y sensacionalismo, sobre “el Fray Bernardino” o “la Castañeda”, la ficción y la realidad del internamiento psiquiátrico se entremezclan. Lo cierto es que en México seguimos planteando mal las cosas: la pregunta no es si sacar o no a los internos de los asilos psiquiátricos sino ¿a dónde? y ¿cómo?

La desinstitucionalización y la transición hacia el modelo comunitario de atención a la salud mental son metas a las que debemos aspirar, pero no debemos dejar que estas aspiraciones, al no estar sustentadas en un proyecto serio y firme, nos lleven a dejar desprotegidos precisamente a quienes deberían ser beneficiarios de estas transformaciones. La única cosa peor que una reforma que deja la realidad igual, como si no se hubiera promulgado, es aquella que deja las cosas peor que como estaban.

BIBLIOHEMEROGRAFÍA CITADA

Arena Ventura, Carla, International Law, Mental Health and Human Rights disponible en: <https://humanrights.nd.edu/assets/134859/venturamentalhealth.pdf>.

Arlene S. Kantor, The promise and challenge of the disability convention, p. 308, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2109836

Arvidson, H. Ericson, B.C. (2005). “The development of psychiatric care after the mental care reform in Sweden. A case register study”. *Nordic Journal of Psychiatry*, 59 (3), 186-192.

67 Centro de Investigación Económica y Presupuestaria (CIEP), *Reporte sobre Gasto Público en Salud 2020*, México, 2020.

- Aviely, Smeloly y Band Winterstein (2012). "Departure scripts and life review of parents living with abusive adult children with mental disorder". *Journal of Aging studies*, 34, 48-56.
- Bachrach L. *Deinstitutionalization: An Analytical Review and Sociological Perspective*. Rockville, MD: US Department of Health, Education and Welfare; 1976.
- Basta M. (2013). "Desinstitutionalisation and family burden following psychiatric reform". *European Psychiatry*, 28 (1).
- Cameron, Jasmine, "Mental Health Law: International Legal Standards and Human Rights", *Legal Dialogue*, October 2017. Disponible en: <https://legal-dialogue.org/mental-health-law>
- Centro de Investigación Económica y Presupuestaria (CIEP), *Reporte sobre Gasto Público en Salud 2020*, México, 2020.
- CJ Sundram, "Lost in the Shadows: Willowbrook and the Era of Institutionalization" (presentation paper) *Fulfilling the Promise*, Albany Law School, Marzo 22, 2013, 4, disponible en: http://webjcli.org/article/view/367/470#_ftn74
- Degener, Theresa, *International Disability Law – A New Legal Subject on the Rise*: 18 BERKELEY J. INT'L. L. 180, 187 (2000).
- Documenta, *¿Por razón necesaria? Violaciones a los derechos humanos en los servicios de atención a la salud mental en México*, México 2020.
- Fuller Torrey, E. (2015) "Desinstitutionalization and the rise of violence", *CNS Spectrums*, 20 (3), 207-214.
- Gostin, Lawrence, *The Human rights of person with Mental Disabilities: A Global prospective on the Application of Human rights Principles to Mental Health*. p. 27, disponible en: <http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1088&context=facpub>
- Gostin, L. (2008) "Old and new institutions for persons with mental illness: Treatment, punishment or preventive confinement?" *Public Health*, 122 (9), 906-913.
- Schmetzer, A.D. (2007) "Desinstitutionalization and dual diagnosis", *Journal of Dual Diagnosis*, 3 (2), 95-102.
- Human Rights Watch, *Living in Chains: Shackling of People with Psychosocial Disabilities Worldwide*, 2020.
- INMUJERES, *El trabajo de cuidados ¿responsabilidad compartida?*, México, 2017.
- Jones K. *A History of Mental Health Services*. London: Routledge and Kegan Paul; 1972.
- Lafuente Lázaro, Sonia; Santos, Francisco, González, José et. Al, "Desinstitucionalización y calidad de vida en pacientes esquizofrénicos". *Rev. Asoc. Esp. Neuropsiq.* [online]. vol.27, n.22, 2007.
- Lamarche, Lucie, *Beyond the Rhetoric of Social Rights for the Poor: The Need to Promote a Methodology aimed at Reinforcing International and National Institutions*, (Ethical and Human Dimensions of Poverty Seminar, UNESCO Poverty Project, Sao Paolo, 2003).
- Lyon-Levine, Marta; Levine, Martín; Zusman, Jack (marzo de 1985). "Desarrollos en la Declaración de derechos de los pacientes desde la Ley de sistemas de salud mental" en *Reporte de la Ley de Discapacidad Mental y Física*. Vol. 9 No. 2.

- Muñoz, L. F., Muñoz, C. X., & Uribe, J. M. (2020). "La rehabilitación psicosocial en Colombia: la utopía que nos invita a seguir caminando". *Avances En Psicología Latinoamericana*, 38(3). <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.8547>
- Oficina de Información Científica y Tecnológica para el Congreso de la Unión, La salud mental en México, CDMX, INCYTU, no. 7, enero, 2018.
- Omata W. [The origin of mental hospitals in Japan and its typological classification]. *Seishin Shinkeigaku Zasshi*. 2003;105(2):200-6.
- Perlin, Michael and Szeli, Eva 'Mental Health Law and Human Rights: Evolution and Contemporary Challenges', disponible en: https://www.researchgate.net/publication/300109155_Mental_Health_Law_and_Human_Rights
- Porter, Bruce and Jackman, Martha, *Advancing Social Rights in Canada*, Toronto: Irwin Law, 2014: pp 1-31.
- Salokangas R.K. (2007) "Medical problems in schizophrenia patients living in the community". *Current Opinions in Psychiatry*, 20 (4), 402-405.
- Short, Thomas, Luebbers, Mullen y Olgoff (2013). "A case-linkage study of crime victimisation in schizophrenia-spectrum disorders over a period of desinstitutionalization". *BMC Psychiatry*, 13 (66), 66-75
- Shorter E. *A History of Psychiatry: From the Era of the Asylum to the Age of Prozac*. New York: John Wiley & Sons, Inc.; 1997.
- Simpson, McKenna, Moskowitz, Skipworth y Barry-Walsh (2004), "Homicide and mental illness in New Zealand, 1970-200". *British Journal of Psychiatry*, 185 (5), 394-398.
- Slayter, E.M. (2010). Disparities in Access to substance abuse treatment among people with intellectual disabilities and serious mental illness-*Health & Social Work*, 35 (1), 48-60.
- Teplin, McClelland, Abraham y Weiner (2005). "Crime victimization in adults with severe mental illness". *Archives of General Psychiatry*, 62 (8), 911-921
- Thornicroft, Graham, and Michele Tansella. *Better Mental Health Care*, Cambridge University Press, 2008.
- Titmuss, Richard, "Social Policy" en: Stephan Leibfried and Steffen Mau (Eds.), *Welfare States: Construction, Deconstruction, Reconstruction Volume I*. (Cheltenham: Edward Elgar Pub., 2008) pp. 30-31
- Torres Lagarde, Mercedes, "Desarrollo de estándares internacionales en materia de salud mental", *Opinión y Debate*, CIDH, Número 11-noviembre 2010.
- Tossebro y Lundebj (2006). "Family attitudes to deinstitutionalisation: Changes during and after reform years in a Scandinavian country". *Journal of Intellectual & developmental Disability*, 31 (2), 115-119.
- United Nations, 10th anniversary of the adoption of Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), disponible en: <https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities/the-10th-anniversary-of-the-adoption-of-convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities-crpdc-rpd-10.html>

Comprehensive and Integral Convention to Promote and Protect the Rights and Dignity of Persons with Disabilities, G.A. Res. 168, U.N. GAOR, 56th Sess., 88th plen. mtg., U.N. Doc. A/56/583/Add.2 (2001).

Valdez-Santiago R, Marín-Mendoza E, Torres-Falcón M. “Análisis comparativo del marco legal en salud mental y suicidio en México”. *Salud Publica Mex.* 2021; 63:554-564, p. 560.

Wang, K. (2012). “The care burden of families with members having intelectual and developmental disorder: A review of the recent literature”. *Current Opinions in Psychiatry*, 25 (5), 348-351.

Wing JK and Brown G. *Institutionalism and Schizophrenia*. Cambridge: Cambridge University Press; 1970.

Yoon J, Bruckner TA. “Does deinstitutionalization increase suicide?” *Health Serv Res.* 2009 Aug;44(4):1385-405.

IN MEMORIAM Humberto Ruiz Quiroz

Hace unos días nos dejó este abogado y maestro, después de una vida dedicada al ejercicio de la profesión, a cuestiones académicas jurídicas y a la docencia del derecho; su otra gran afición fueron los toros, en donde fue una activista sobre todo en materia de los libros referentes a este arte y a la autoría de diversos artículos sobre esos temas. Presidió Bibliófilos Taurinos de México, asociación de la que fue fundador.

Nació el 8 de enero de 1932, por lo que completó los 90 años de vida. Fue abogado por la Escuela Libre de Derecho en donde obtuvo premios en cuatro de los 5 años de la carrera; su tesis “La Comunidad Conyugal de Bienes en el Derecho Mexicano”, en donde sostuvo que la naturaleza jurídica de la sociedad conyugal es una “comunidad germánica” fue laureada y además se le otorgó el premio Eduardo Trigueros y obtuvo por la misma el diploma y medalla de oro otorgados por el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México. Mantuvo por años relación frecuente con sus compañeros de generación entre quienes recuerdo a Carlos Domínguez, Fernando Gómez, Mercedes Gómez del Campo y Arturo Herbert.

Realizó cursos de posgrado en la Universidad de Madrid, mediante beca otorgada por el Instituto de Cultura Hispánica en 1955 y 1956, en donde hizo amistad con colegas de gran valía como Rodolfo Cruz Miramontes, amistad que conservaron por años.

Fue profesor de la Escuela Libre de Derecho, primero como adjunto de su padre don Luis Ruiz Rueda en los años 60s y también profesor de Introducción al Estudio del Derecho y tuvo a su cargo el Seminario de Derecho Civil hasta 1970. Después en 1984 impartió Derecho Procesal Civil y finalmente, después de haber sido adjunto por dos años, en 1977 y hasta 2013 tomó la cátedra que fuera de su padre primero y de su hermano Luis después, que fue Seguros y Fianzas. También impartió clases y diversos cursos en otras universidades como la Iberoamericana, la Panamericana y en la Asociación Mexicana de Derecho de Seguros, de la que fue miembro.

Autor de diversos artículos de derecho civil y mercantil. Muy señaladamente en materia de contratos en favor de tercero; de contrato de seguro; de fianzas y otros temas. También fue el actualizador de “El Contrato de Seguro”, obra de su padre publicada en forma póstuma.

Miembro de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, desde agosto de 1963 y vocal de su Consejo Directivo, así como de la Sección Mexicana de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (AIDA) desde 1964 de la que fue vicepresidente. Participó en congresos y conferencias de estas agrupaciones como ponente en muchas ocasiones.

Ejerció la profesión privadamente como abogado interno de Fianzas México, S. A. y luego en distintos despachos como Bracho y Ruiz y González de Castilla y Ruiz, para concluir ejerciendo privadamente la profesión por su cuenta.

Fue el hijo menor del profesor don Luis Ruiz Rueda y de doña Teresa Quiroz Aldana; estuvo casado con doña Leonor Prado Nájera, con quien procreó 5 hijos: Humberto, Leonor, Ma. Teresa, Diego y Santiago.

Hispanista de pura cepa, murió el 12 de octubre —día de la hispanidad— y seguramente vino por él la Virgen del Pilar. Descanse en paz.

Octubre de 2022.

Carlos Loperena Ruiz

DISCURSO DEL MAESTRO RICARDO ANTONIO SILVA DÍAZ, RECTOR. EN LA CEREMONIA DE CONMEMORACIÓN DEL 110 ANIVERSARIO DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO

Saludo al Presidente del Congreso de la Unión Don Sergio Gutiérrez Luna.

Saludo al Ministro de la Suprema Corte de Justicia don Jorge Mario Pardo Rebolledo.

Saludo al Presidente del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados don Arturo Pueblita.

Saludo con gran agradecimiento y respeto a las y los integrantes de la Junta Directiva.

Alumnas y Alumnos y nuestro profesorado.

A todas y todos nuestros invitados especiales de los distintos sectores de la academia, la política y la sociedad.

Bienvenidos

SEÑORAS Y SEÑORES:

---0---

Nuestra Escuela nació hace 110 años con un propósito: la enseñanza, la investigación y la difusión de las ciencias jurídicas y sus auxiliares.

Estas palabras, consagradas en nuestro Estatuto, no sólo siguen vigentes en nuestros días, sino que cobran una mayor relevancia cada vez, frente a una sociedad como la nuestra, tan diferente y tan marcada por la desigualdad social.

Desde ese primer momento, la Escuela Libre de Derecho asumió como uno de sus principios torales, la igualdad de oportunidades.

Así lo pensó Emilio Rabasa al proponer que las cuotas de los alumnos no fueran onerosas, circunstancia que no hubiera sido posible sin la gratuidad del servicio del profesorado, ambas empezaron como una voluntad, como un ideal y se fueron convirtiendo en el alma de esta Escuela.

Esta alma ha marcado nuestra forma de ser y nos ha permitido pagar a la confianza que le dieron las autoridades del Estado Mexicano a esta institución,

Desde el Presidente Madero que no dudó en afirmar, que debía acogerse con aplauso la iniciativa privada para impulsar el progreso con el adelantamiento intelectual, cuando se refirió a la fundación de la Escuela Libre de Derecho.

Así como el Presidente Portes Gil con la expedición del Decreto de 1930 y su constitucionalidad decretada por la Suprema Corte.

Confianza si, a una entidad privada, pero lo suficientemente pública, para que quien quisiera estudiar la carrera de abogado, no tuviese impedimento económico que obstaculizara su vocación.

Estos valores fundacionales indicaban, en nuestro primer Reglamento, que serían admitidos como alumnos muchachos provenientes de cualquier tipo de escuela, sin importar su nacionalidad, religión o situación personal.

Esta instrucción en nuestros documentos fundacionales fomentó el ingreso a la Escuela de jóvenes que provenían de las más diversas condiciones sociales y económicas.

Y poco a poco pudo volverse realidad el sueño liberal de la verdadera igualdad de oportunidades.

Seguramente Rabasa, se inspiró en las geniales ideas de José María Morelos, quien pedía que se “educara igual al hijo del más rico hacendado como al del más humilde barretero”.

Para cumplir con esa aspiración de brindar la igualdad de oportunidades, nuestra labor empezó desde los Secretarios de la Libre, como don Manuel Sáenz Larrañaga y don Pedro Barrera Ardura, quienes eran fieles cancerberos para garantizar la calidad del aspirante pero con una sensibilidad hacia sus necesidades y capacidades.

Ese ojo clínico que tenían, a veces deliberadamente laxo para el cobro de las colegiaturas, o para el otorgamiento de becas, fue haciendo de nuestra Escuela una verdadera opción y en algunos casos la única.

Esta es nuestra manera de apoyar el esfuerzo y la vocación juvenil, sin una norma establecida, pero con nuestro compromiso de garantizar la accesibilidad del derecho a la educación superior.

Ninguna razón pecuniaria sería obstáculo para la superación personal y profesional de nadie, por lo que, para esta institución, se volvió importante únicamente el talento, la inteligencia, el esfuerzo: virtudes indispensables para un abogado,

Esta bonita retórica se convierte en realidad si recordamos algunos de tantos casos de éxito en 110 generaciones, en donde de manera generosa la Libre ha sido un espacio educativo que transforma vidas.

Recordemos, por ejemplo, a mediados del siglo XX, en donde se vivían difíciles circunstancias en la sierra del estado de Guerrero, de Huamuxtlán, municipio de pobreza extrema.

Días de guerrillas, de inconformidad social, salir de allí resultaba urgente y vital para poder sobrevivir. Una vocación por el Derecho, llevó a un joven a presentarse a las

puertas de la Libre. El secretario y el Rector, conmovidos por las circunstancias, le otorgaron una beca, eximiéndolo del pago de colegiaturas, mientras el joven encontraba donde vivir y donde trabajar. Las capacidades de Elisur, su voluntad y ganas de superación eran sus notas distintivas.

Precisamente su tesón impresionó gratamente a su maestro de Derecho Constitucional, el recordado Manuel Herrera y Lasso, generando entre ellos una mancuerna que nos permitiría trazar, desde la Escuela Libre de Derecho, el rumbo del Derecho Constitucional durante varias décadas.

Otra historia de oportunidades nos permite recordar, aquellos casos en los que era común que los jóvenes de familias de escasos recursos encontraran en los seminarios católicos una buena alternativa para estudiar, pero el conflicto aparecía cuando la vocación sacerdotal estaba ausente.

Sin embargo, el rigor, el estudio, incluso los acercamientos al latín y a la legislación canónica generaban en los muchachos el interés por otro tipo de vida profesional, que las instituciones públicas no podían brindar, por la falta de reconocimiento de estudios.

La Libre era entonces la gran alternativa para poder avanzar, destacar y triunfar. Así lo pensó un joven que venía de Córdoba, Veracruz, quien decidió emprender el estudio de las ciencias jurídicas y fue, por supuesto, admitido en la Escuela Libre de Derecho.

Muy pronto, primero como pasante, luego como aspirante y finalmente ya como notario público, Fausto se convertiría en la figura más destacada de ese gremio. En un maestro de maestros, en un referente indiscutible, en un hombre sensible que impartió clases por medio siglo, con mucho rigor, con disciplina implacable, pero con una profunda sensibilidad a las causas ajenas.

Esta reiterada e incondicional preocupación por el alumnado, lo llevó a convertirse en Rector y finalmente, sigue dándonos lecciones como profesor emérito.

La Libre siempre fue propicia para quien tenía deseos y ganas de estudiar y superarse. La superación es una constante en todas nuestras egresadas y egresados, ninguna de sus distintas situaciones han sido obstáculo.

Prueba de ello es este otro caso, un joven con legítimos ideales de mejoría y progreso, quién en su primera juventud, vivida en condiciones sencillas y humildes, allá en la zona norte del estado de Veracruz, se había involucrado en movimientos que en ese entonces eran calificados como subversivos.

Detenido, maltratado; sin embargo, tuvo la fortuna de que la primera autoridad del Estado se percatara de la inteligencia sobresaliente de ese muchacho. Lo amonestó severamente y le advirtió que habría tres alternativas: el encierro, el entierro o el destierro.

El muchacho optó por esta última. Vino a la ciudad de México, se acercó a la Escuela Libre de Derecho, cursó satisfactoriamente sus materias, se recibió de abogado y al poco tiempo se convirtió en notario en la ciudad de México.

Más adelante, sus inquietudes lo llevaron a la política y al servicio público, llegando a ser Procurador General de la República, y luego, embajador de México en Francia. Hoy Ignacio ha devuelto a su Escuela la formación que le dio, pues con su liderazgo, dinamizó esta institución.

Hay una constante en las historias que oímos de generación en generación, obstáculos generados por las distintas condiciones sociales, políticas, económicas o incluso familiares, como aquel alumno, hijo de campesinos oaxaqueños, que perdió a su padre a muy temprana edad y la admiración del arduo trabajar de su madre, lo lleva a buscar una alternativa para la superación.

Acudir a la capital a estudiar en la mejor escuela de Derecho del país. Esforzarse desde el primer año, estudiando y trabajando ya, para sostenerse y mandar algo de dinero a su mamá en Oaxaca.

Empeño cotidiano, lucha constante, alcanzar el título profesional de abogado, regresar al terruño, instalar un despacho, atender preferentemente a los humildes, vincularse con las organizaciones sociales, Pablo llegaría a presidente municipal de su ciudad natal, y después del arduo ejercicio profesional podría ver convertida en realidad una ilusión de su mamá: construirle un pequeño hotel turístico, a lo que siempre aspiró cuando trabajó como afanadora.

Pero la libre también permite superar otros obstáculos a personas destacada. A veces el espíritu de rebeldía, la inconformidad, las particulares características de cada persona, sus inquietudes, hasta su indisciplina, los hacen víctima de las escuelas donde estudian.

Esto nos permite recordar esos años setenta de movimientos juveniles, de conciertos de rock, de pelo largo y de hippies, en donde la Libre se convirtió en la única opción para alguien con verdadero talento. Martín fue admitido en ella y su inteligencia natural para el Derecho muy pronto lo hizo destacar.

Recibido de abogado, encontraría un campo propicio para sus habilidades en el servicio público, en las áreas del Derecho Laboral y, además, incursionando en un campo del que sería pionero: el Derecho Cultural. Le llamó la atención la Sociología, perfeccionó sus conocimientos y saberes de esa materia y se convirtió en maestro de ella en nuestra Escuela.

Su temprana muerte malogró un porvenir promisorio y cortó el futuro a un jurista que prometía mucho para la Libre y para el país.

Estas podrían parecer historias excepcionales, pero no, en cada una de nuestras 110 generaciones podemos escuchar una constante: La necesidad de una oportunidad y la

Libre siempre lista para brindarla. Pero esto que hemos construido debe continuar y crecer, pues los obstáculos aun siguen.

Basta ver un reporte sobre educación de hace algunos años emitido por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico en el que señala que México tiene solo un 17% de adultos con un título de educación superior, en un rango de 25 a 64 años.

Además, precisa el informe, que en México es muy difícil conseguir empleo para los egresados de educación superior jóvenes y es preocupante, que el 14.5% de los egresados de educación no participa en el mercado laboral.

Según el *Informe de Movilidad Social en México 2019*, de cada 100 mexicanos que nacen en la pobreza, 74 permanecerán en ella toda su vida.¹ Esta cifra es preocupante, porque significa que la condición socioeconómica de los mexicanos permanece estática y sin posibilidades de mejorar en el corto y en el mediano plazo.

México necesita incentivar la movilidad social, porque sin ella no puede haber progreso. Y esta movilidad y este progreso se logran, en buena medida, con educación. Educación de calidad.

Estos datos nos imponen como una Escuela centenaria una responsabilidad, no solo para continuar como una verdadera puerta de oportunidades que otorguen un título en un papel, sino que permita la satisfacción de necesidades materiales y espirituales en las familias mexicanas.

Durante 110 años el proceso de enseñanza-aprendizaje que tiene lugar en nuestra Escuela, centrado en la seriedad y la exigencia, ha sido y seguirá siendo una pieza fundamental para que cualquier estudiante —con independencia de su origen o su situación— tenga mejores oportunidades para adaptarse a los nuevos entornos que deberá enfrentar a lo largo de su vida.

Un modelo que se centra en la anualidad que permite el fortalecimiento de capacidades de razonamiento deductivo y autoregulación, así como con la oralidad el desenvolvimiento de la seguridad y de expresión.

La Libre debe seguir siendo un punto de inflexión en la vida de sus estudiantes; debe seguir fungiendo como una verdadera puerta de acceso a la superación, pues de esa forma nos convertimos en un auténtico factor de movilidad social, para que el rigor en el estudio se convierta en la única condicionante válida para el éxito académico y socioeconómico.

En concordancia con la visión de nuestros fundadores y con el sentido de nuestro Estatuto, la Escuela debe seguir trabajando con responsabilidad y compromiso, para que la enseñanza de la ciencia jurídica y sus auxiliares dote de un sentido concreto al progreso social.

1 Del Centro de Estudios Espinosa Yglesias. <https://bit.ly/3ple3ST>

Pero sobre todo pueda ser un campo de neutralidad en una vida de extremos. Un espacio de razón frente a la pasión negativa. Esa pasión desmedida en la que cada parte con su estandarte refuerza ese adagio de que la ideología se defiende con vehemencia ciega.

Actitud que solo genera miedo y que cancela a las distintas ideas. Un fanatismo que impide encontrar puntos de contacto. En esa lucha, no puede haber nada más equivocado que actuar sin prudencia. 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. Esa prudencia es la que se encuentra en este espacio educativo, en el que se re dignifica su sentido no como un signo de debilidad sino en un sentido de templanza y moderación.

La discusión en el aula que destruye esa falacia en la que es débil, aquel que no toma una postura y es traidor, aquél que no comparte la ideología.

Después de 110 años, la Libre ha transformado vidas y lo ha logrado gracias a los valores impresos en su alma. Ese círculo virtuoso de pago y agradecimiento entre quienes imparten y reciben clase. Ese ejemplo que nos han puesto por más de medio siglo: Don Francisco de Icaza; Don Ignacio Soto Borja; Don Fauzi Hamdan; Don Francisco Simon Conejos.

Hoy queridos maestros ya pueden sentirse satisfechos, porque su gran trabajo formó generaciones con nuestro sello de agradecimiento, dispuestas a seguir trabajando por nuestra institución pero sobre todo por México.

No es el México de 1912 sino el Mexico de 2022 con necesidades y dinámicas distintas. Y frente a esos retos hoy están aquí los tres mejores promedios de nuestra Escuela, en las que estoy seguro, esta impreso ese valor de gratuidad y esa responsabilidad de cuidar nuestra casa, esa casa que abre puertas a todas y a todos los que lo necesitan.

Paloma Medina, Paulina Zenteno, Hefzi Almazan hoy con sus mejores promedios, ustedes son las representantes de la excelencia en esta escuela. Ustedes son la esperanza que vieron nuestros fundadores hace 110 años, de edificar un espacio que apoyara a las familias mexicanas con la mano estricta y la dureza de quien educa, si, pero con el equilibrio de abrir los ojos ante un reclamo o una necesidad.

Estoy convencido que todas estas personas, todos estos valores que conforman nuestro ADN y nutren nuestra alma escolar nos permitirán seguir cumpliendo muchos siglos más.

En hora buena y larga vida a la Escuela Libre de Derecho

Muchas gracias.

MENSAJE DEL RECTOR DON EMILIO GONZÁLEZ DE CASTILLA DEL VALLE, AL TOMAR POSESIÓN DE SU ALTO ENCARGO, EL 20 DE OCTUBRE DE 2022

Estimados profesoras y profesores, queridos amigos todos.

Breves palabras separándome de la formalidad y de los puntos del orden del día de esta digna Junta General de Profesores.

A todas y todos, profesoras y profesores, que me han apoyado para llegar a esta gran responsabilidad, un agradecimiento obligado. A los profesores y profesoras que han optado por otro candidato, en legítimo ejercicio de su derecho, sólo les pido unión y concordia para poder debatir las diferentes visiones y ópticas en cordialidad, pues es la única forma de llegar a conclusiones que nos permitan tomar las mejores decisiones en beneficio de nuestra querida Escuela.

Los retos que enfrentamos en lo interno y en lo externo, no son pocos ni menores.

El desarrollo y ajuste en nuestro Plan de Estudios para hacerlo más competitivo y acorde a los nuevos tiempos, en especial para su compatibilidad con instituciones extranjeras lo que permitirá un intercambio y una opción para los estudiantes. La continua mejoría de nuestra infraestructura, especialmente tecnológica. La adecuada distribución de tareas en las diferentes secretarías de nuestra Escuela, para evitar cargas excesivas de trabajo. La correcta captación de los mejores alumnos de las preparatorias para que ingresen a nuestro plantel. Los grandes temas de inclusión, no discriminación y eliminación de la violencia, para lo cual se requiere el fortalecimiento de la Unidad de Atención de Quejas. La revisión y adaptación de nuestro marco jurídico interno. El cumplimiento de las diversas obligaciones y compromisos con las autoridades educativas y hacendarias, entre otras. El desarrollo y continua revisión de los cursos de maestría y doctorado. Desarrollar la labor editorial de calidad. La mejoría en el sistema de comunicación entre la Junta Directiva y los Profesores y Profesoras, así como de ellos para con el alumnado. Solo para mencionar algunos temas de urgente atención.

Mal haríamos no atenderlos en unidad y cordialidad, pues lo que se encuentra de por medio es la propia Escuela Libre de Derecho. Debemos trabajar juntos pues nos debemos como profesores a la Escuela, la que en última instancia son los alumnos. Solo así podremos continuar con una enseñanza de excelencia y calidad; solo así podemos honrar nuestro principio y lema en lo que nos corresponde: “El Orden y la Disciplina Quedan confiados al Honor de los Maestros”.

Por ello, los convoco a la unidad y a la cordialidad. La responsabilidad no es sólo de un Rector ni de una Junta Directiva. La responsabilidad es de todos nosotros, sin perjuicio de que tengamos una dirigencia que atienda los temas día a día. Por ello es esencial que trabajemos juntos.

Los convoco a esa unidad y a esa cordialidad. Lo podemos hacer. Lo debemos hacer.

Muchas gracias con mi profundo agradecimiento.

Tirant Online México, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa.



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

 atencion.tolmex@tirantonline.com.mx



