Escuela Libre de Derecho

Revista de Investigaciones Jurídicas

48

México, 2024

tirant lo blanch

ESCUELA LIBRE DE DERECHO
1912

Escuela Libre de Derecho

Revista de Investigaciones Jurídicas

48

México, 2024

tirant lo blanch

ESCUELA LIBRE DE DERECHO
FUNDADA EN
1912

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 Alexandro 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

Los textos aquí publicados son de la responsabilidad exclusiva de cada autor y no representan la opinión de la Escuela Libre de Derecho.

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

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

Índice

ARTÍCULOS

REFORMA POLÍTICO-ELECTORAL, PROPUESTA FALLIDA Y SUS IMPLICACIONES EN MÉXICO AL MARGEN DE LOS DERECHOS HUMANOS..... 13
Paola Alejandra Arzola Alanís

LOS MATRIMONIOS CLANDESTINOS Y EL DESARROLLO DEL DERECHO PROBATORIO EN LA EDAD MEDIA..... 29
Rodrigo Barradas Muñiz

LAS INICIATIVAS DE REFORMA CONSTITUCIONAL AL PODER JUDICIAL Y EN MATERIA DE PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA COMO EJEMPLOS DE DESVIACIÓN DE PODER 49
Eugenia Paola Carmona Díaz de León

LA PROTECCIÓN DE LOS MAÍCES NATIVOS EN MÉXICO Y SU RELACIÓN CON EL CAMPESINADO A PARTIR DE LOS CONCEPTOS DE SOBERANÍA, SEGURIDAD ALIMENTARIA Y BIENES COMUNES 69
Oscar Arnulfo de la Torre de Lara
Belinda Guadalupe Camarena Vázquez

DERECHOS A LA TIERRA Y AL AGUA, DE PUEBLOS Y COMUNIDADES, PRIMORDIALES AL DERECHO ORIGINARIO DE LA NACIÓN..... 99
Jesús Antonio de la Torre Rangel

MANUEL MAPLES ARCE ENTRE LA PROMOCIÓN CULTURAL, EL COLECCIONISMO DE ARTE Y LA DEFENSA DE LA CULTURA MEXICANA..... 119
Miguel Ángel Fernández Delgado

CAMBIOS EN LA CONTRATACIÓN DE SEGUROS DE VIDA CON LA APLICACIÓN DE SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL, BAJO LA PERSPECTIVA DEL REGLAMENTO EUROPEO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL. 159
Montserrat García Sánchez

EL ARBITRAJE ANTE LA REFORMA JUDICIAL..... 187
Francisco González de Cossío

EL HIJO PÓSTUMO Y LA *LEX CORNELIA* EN EL LIBRO CUARTO DE LAS EPÍSTOLAS DEL JURISTA JAVOLENO 205
Yuri González Roldán

LA CONSTRUCCIÓN DE LA CATEGORÍA JURÍDICA DEL DEUDOR DE BUENA FE EN EL *TRACTATUS* «*DE CONTURBATORIBUS SIVE DECOCTORIBUS*» DE BENVENUTO STRACCA Y SU RELACIÓN CON EL «MECANISMO DE SEGUNDA OPORTUNIDAD» PREVISTO POR LA LEGISLACIÓN CONCURSAL ESPAÑOLA 217
Alessandro Grillone

LA OBLIGATORIEDAD DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL MEXICANO 235
Andrea Harris Heredia

PERSPECTIVAS PARA LA CONCEPTUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS ANIMALES Y DEBATES JURÍDICOS RELEVANTES 255
Zulma Marlene Lara Ceballos

FORMALIDADES DE LOS TESTAMENTOS OTORGADOS ANTE NOTARIO PÚBLICO. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS EN MÉXICO 275
Guillermo Loaiza Gómez

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA LEY GENERAL DE MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS. 291
Erick Mena Moreno

DAÑOS PUNITIVOS: CÓMO ENTENDER ESTE INJERTO CONSTITUCIONAL. 309
Pablo Francisco Muñoz Díaz
Salvador Lira del Mazo Rodríguez

LA IMPORTANCIA DE LOS EFECTOS GENERALES EN EL JUICIO DE AMPARO 343
Dr. Sergio Charbel Olvera Rangel

APUNTES INTRODUCTORIOS PARA EL ESTUDIO DEL DERECHO COMPARADO 369
Juan Pablo Pampillo Baliño

INDEPENDENCIA JUDICIAL: SUS VARIACIONES CONFORME A LA TEORÍA CONSTITUCIONAL 391
Arturo Ramos Sobarzo

LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD Y SU EXCEPCIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA: UN COMPROMISO INTERMITENTE CON LA JUSTICIA 439
Eduardo Reyes Ruiz

LA TRANSICIÓN ESPAÑOLA A LA DEMOCRACIA DESDE LAS PERSPECTIVAS DE LA CONTINUIDAD DEL ESTADO 457
Giorgio Ridolfi

JOSÉ MARÍA HEREDIA: UN JURISTA CUBANO EN LA PRIMERA ÉPOCA FEDERAL DEL ESTADO DE MÉXICO 477
Mario A. Téllez G.
Víctor Aarón Torres Rosas

DEFINICIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE REMOCIÓN DE MAGISTRATURAS ELECTORALES LOCALES 493
Luis Octavio Vado Grajales

LA INVESTIGACIÓN CLÍNICA Y EL CONSENTIMIENTO INFORMADO: EVOLUCIÓN, DESAFÍOS Y OPORTUNIDADES DESDE SU RÉGIMEN JURÍDICO 511
Fernando Villaseñor Rodríguez

DISCURSOS

PALABRAS DEL SEÑOR RECTOR DON EMILIO GONZÁLEZ DE CASTILLA DEL VALLE EN LA CEREMONIA DE INAUGURACIÓN DEL CICLO ESCOLAR 2024–2025 DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO 539

NECROLÓGICA

FRANCISCO DE ICAZA DUFOUR (1944-2024) 545
Jaime del Arenal Fenochio

MARIO ALBERTO BECERRA POCOROBA (1955-2024) 551
Mario Alberto Becerra Becerril

ARTÍCULOS

REFORMA POLÍTICO-ELECTORAL, PROPUESTA FALLIDA Y SUS IMPLICACIONES EN MÉXICO AL MARGEN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Paola Alejandra Arzola Alanís

RESUMEN: Este artículo comprende un estudio de la evolución en el tiempo de la propuesta de reforma en materia político-electoral en el sexenio actual. La intención principal reside en establecer los puntos medulares que contenían cada uno de los planes, con el objetivo de visibilizar los alcances y consecuencias que constituyen de facto la inconstitucionalidad de sus disposiciones, que se puede llegar a generar en caso de su aprobación e implementación. Se propone un análisis razonable que será residente en el Congreso de la Unión para realizar una propuesta de reforma de una decisión política fundamental como lo es el sistema electoral en México.

Palabras clave: Reforma, Inconstitucionalidad, Derechos Humanos, Constitución.

ABSTRACT: This article includes a study of the evolution over time of the reform proposal in political-electoral matters in the current six-year term. The main intention lies in establishing the core points that each of the plans contained, with the objective of making visible the scope and consequences that constitute de facto the unconstitutionality of its provisions, which could be generated in the event of its approval and implementation. A reasonable analysis is proposed that will be resident in the Congress of the Union to make a proposal to reform a fundamental political decision such as the electoral system in Mexico.

Keywords: Reform, Unconstitutionality, Human Rights, Constitution.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PLAN A O INICIATIVA. III. IMPORTANCIA DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL. IV. LA REFORMA A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. V. PLAN B CON UN INTENTO FALLIDO QUE TIENE COMO CONSECUENCIA EL DESESPERADO PLAN. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Bajo el nuevo paradigma de derechos humanos, la materia electoral no ha sido la excepción, circunstancia que las autoridades que tienen intervención en el rubro electoral han adecuado sus actos de autoridad de conformidad con la Carta Magna y el respeto irrestricto a los derechos humanos en rubros como la paridad de género (conforme a la reforma constitucional de 6 de junio de 2019) y las derivadas de las acciones afirmativas en materia electoral (en favor de personas integrantes de las comunidades LGBTTTIQ+ o de núcleos de población indígena), así como resoluciones del Poder Judicial de la Federación, sea a través del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (expediente SUP-RAP-121/2020) o de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (tesis de jurisprudencia P./J. 20/2014, del Pleno del Alto Tribunal).

"*La concepción tradicional del Sistema Interamericano es que el mismo es de naturaleza complementaria o coadyuvante del sistema de protección nacional. Ello parte de*

la concepción de que los Estados tienen la responsabilidad primaria de tutelar los derechos de los individuos y en caso de fallar se tendrá a la Convención Americana como complemento"[1]. No obstante, esta idea se ha ido superando y es tendente a cambiar esa complementariedad por un paralelismo que deberá de operar de manera simultánea o concurrente con el derecho interno.

A finales de abril de 2022, el Presidente de la República Mexicana Andrés Manuel López Obrador remitió al Congreso de la Unión una iniciativa de reforma constitucional mediante la cual pretendió implantar diversas modificaciones en materia electoral.

Aunque el Ejecutivo Federal no hizo mención de dicha iniciativa como "Plan A", sí hizo posteriormente mención del paquete de reformas a leyes secundarias como "Plan B". Por ende, para efectos de este artículo, se aludirá a la iniciativa de reforma constitucional como "Plan A" o "LA INICIATIVA", en cuya propuesta se abordaron diversos tópicos en los cuales pretendió ahorrar en gastos innecesarios y transformar la institucionalidad de la autoridad electoral.

II. PLAN A O INICIATIVA

Con esa iniciativa se intentó desaparecer al Instituto Nacional Electoral (INE), crear otra autoridad electoral, modificar su conformación, cambiar el proceso de elección de los magistrados electorales de las salas regionales y superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF); la disolución de los Órganos Públicos Locales Electorales (OPLE´s), la reducción y formas de conformación de las propuestas de los partidos políticos de los cargos de elección popular en el Congreso de la Unión, así como la reducción de los miembros de las legislaturas locales y de integrantes en los ayuntamientos municipales, supresión del financiamiento público a los partidos políticos, así como demás propuestas que no fueron expuestas en la exposición de motivos. La iniciativa fue desechada el 6 de diciembre de 2022 al no obtener una cantidad de votos favorables mayor a las dos terceras partes del Pleno de la Cámara de Diputados (la cámara de origen), es decir, una situación que más adelante será abordada a detalle. Pero esto fue sólo el comienzo.

Permitirle al Poder Ejecutivo Federal, designar propuestas para integrar la estructura orgánica del Consejo General del INE y de las salas regionales y Superior del TEPJF, pretendió conllevar implícitamente que, de ser electas, su imparcialidad se viese mermada, al quedar predispuesta su pleitesía política, absoluta y ciega al gobierno en turno, con el inminente riesgo muy probable de que dichas entidades políticas terminaran sujetas a los caprichos y designios del Presidente en turno, el cual podría imponer su voluntad ilegalmente a través de un testaferro con investidura de consejero

1 Dulitzky, Ariel, Derechos humanos en Latinoamérica y el Sistema Interamericano: modelos para (des) armar, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2017, p.343.

electoral o magistrado electoral, en flagrante violación a la Constitución, cuya protesta de guardar y hacer guardar habría quedado como letra muerta.

Hacer que los aspirantes al Consejo General del propuesto INEC y del TEPJF hagan campaña política (incluyendo el tiempo dedicado para radio y televisión), intentó colocar a sus contendientes en meros actores políticos, lo que, similar a las campañas de mercadotecnia y publicidad, habría sido más para realzar su imagen y carisma frente a la opinión pública que para hacer propuestas de plan de trabajo, lo que implicará que cada candidato generase un personaje de sí mismo distinto de su persona, alzando todas las virtudes y cualidades positivas, desapareciendo dicha caracterización en el momento de la protesta de ley para cada cargo, lo que pudo implicar la elección de perfiles populares o carismáticos y no en gente preparada y capacitada.

Además, la modificación de elecciones federales y locales al sistema de representación proporcional pudo ocasionar desincorporación del vínculo votante-representante, ya que el candidato, con el beneplácito del líder del partido en turno rendirá su compromiso leal solamente al partido y, por consiguiente, la elección se convirtió en una sumaria aceptación adhesiva y tácita de propuestas hechas por los partidos políticos y el carisma o popularidad a veces, con extremos demagógicos y populistas de sus líderes, lo que pudo tornar a los líderes y miembros de partido en los verdaderos votantes de la jornada electoral, y no a la ciudadanía, trastocando los artículos 39 al 41 de la Constitución General. En adición, se omitió agregar certeza al electorado sobre la implementación de las complejas reglas de cociente y remanente mayor que rigen a la representación proporcional, delegándolas todas a la hipotética y descartada legislación secundaria única que se pretendió avalar si "LA INICIATIVA" era aprobada.

No obstante, lo más grave de esta situación, la reforma intentó eliminar de tajo, lisa y llanamente el candado más fuerte que protege a la asignación de curules de la práctica antidemocrática, oligárquica, polémica y autoritaria que los partidos intentan emplear: La sobrerrepresentación, prevista en dos modalidades, por el texto constitucional:

- Que el partido político cuente con más de 300 Diputados por ambos principios.
- Que el partido político se quede con un número de legisladores que representen un porcentaje del total de la Cámara que exceda en ocho puntos a su porcentaje de votación nacional emitida, hecha la excepción de que el partido que, por sus triunfos en Distritos uninominales, haya obtenido un porcentaje de curules del total de la Cámara superior a la suma del porcentaje de su votación nacional emitida más el ocho por ciento.

En consecuencia, de aprobarse la reforma constitucional, sin duda pudo poner en un peligro importante al sistema electoral, regresarlo al modelo del partido hegemónico de los años 80's cuando las elecciones eran organizadas por el gobierno en turno y donde ganaba su candidato insignia, en particular, con el último de los puntos el habría sepultado a la democracia.

En la conferencia de Ferdinand Lasalle, denominada "¿Qué es una Constitución?, el autor hace hincapié en el caso que, por alguna razón de alguna catástrofe la totalidad de ejemplares legislativos quedase destruida por completo, la norma que se tenga que crear no puede estar creada a discrecionalidad del legislador, ya que los factores reales del poder lo frenarían. Desde el gobernante y sus Fuerzas Armadas, la aristocracia (o su equivalente), los grandes empresarios, los banqueros, la conciencia colectiva, la cultura general, los pequeños empresarios y la población, cada cual defiende sus intereses sobre los demás.[2]

III. IMPORTANCIA DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

Una Constitución, como la mexicana, contiene en sus preceptos la realidad social de un territorio, pueblo y gobierno, y siempre es acorde a su evolución histórico social. Las leyes surgen desde la Constitución Política para controlar y regular la vida en sociedad en las materias específicas que así se expresen, es decir, éstas no inician, se desarrollan, se circunscriben y concluyen limitativamente en el papel, sino que son el reflejo de la evolución de una colectividad en un tiempo y espacio delimitados y dichos volúmenes deben estar apegados a la realidad social.

La supremacía de la Constitución cuenta con dos vertientes: formal y material. En el supuesto formal, la Constitución contempla supuestos como la separación de poderes, procedimientos para la creación de leyes ordinarias, así como una rigidez para su modificación, los órganos competentes en ambos casos y demás supuestos para imponer límites al poder político frente a los excesos y abusos en su ejercicio; e igualmente se erige en máxima norma frente a otros cuerpos legales, al calificar su validez e invalidez a través del clausulado que aprobó el poder constituyente que dio vida a la Constitución (ente que desaparece después de cumplir su propósito creador) y sus posteriores modificaciones. Por otro lado, la supremacía material deriva de que la potestad de la ley fundamental emana del pueblo y es ejercida por los órganos de poder, los que lo ejercen para beneficio de aquel.

La Carta Magna de México contempla los principios de la supremacía constitucional en el artículo 133, no obstante, partiendo de que la Constitución Política no es un simple documento, sino el fundamento central de la república mexicana, los cardinales 39, 40, 41, 133 y 136, contemplan mayores supuestos como la soberanía popular, la forma de gobierno, y la inviolabilidad de la Constitución. En su conjunto, la Constitución Política no se debe considerar como una mera ley común, en virtud de que esa norma se convierte en el eje central del sistema político, el cual regirá sobre todos los actos de autoridad, dará vida a los órganos políticos que serán los mandatarios de la voluntad popular, competencias, forma de gobierno, forma de estado, y manera de

2 *Cfr.* ¿Qué es una Constitución? [traducido]. [En línea: 25 enero 2023]. Disponible en: https://norcolombia.ucoz.com/libros/Lassalle_Ferdinand-Que_Es_Una_Constitucion.pdf.

creación de las otras leyes, así como del proceso de reforma de la Constitución, con mayores requisitos que los exigidos para crear, modificar o derogar leyes. Sin embargo, aunque la Carta Magna haya sido redactada por un Congreso Constituyente y que haya institucionalizado a los Poderes de la Unión y a la facultad del órgano revisor de la Constitución en adicionar o reformar su contenido (artículo 135), éste tiene limitaciones que debe seguir: 1) Debe establecer un orden jurídico con fuerza, inviolabilidad y vigor plenos, de lo contrario, ésta podría negarse a sí misma (artículo 136). 2) Debe sujetarse a los factores reales del poder existentes en la sociedad (conforme a lo que expuso Lasalle supra líneas). 3) Debe sujetarse a los límites que establezca el Derecho Internacional (es decir, no puede establecer reglas contrarias a la costumbre internacional, por ejemplo, adjudicarse la titularidad de las islas Malvinas, cuya soberanía sigue en disputa entre Argentina y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte).

En consecuencia, la Constitución que está redactada en el papel no es más que el reflejo de la realidad que vive una sociedad en un espacio y tiempo delimitados. Como tal, y sin pasar por alto la enorme complejidad y evolución del fenómeno social, la Carta Magna debe ser la representación de un pueblo, sus valores, usos, costumbres y logros históricos, derechos fundamentales, esquema de competencia de la autoridad y las garantías esenciales para protección de los derechos, así como limitaciones al poder público entre otros órganos de poder y la población.

Un ejemplo claro sobre el reconocimiento de cómo el poder originario de una nación está plasmado en su ordenamiento jurídico-político supremo lo es la Constitución de Estados Unidos de América, cuyo preámbulo abre con la frase "WE THE PEOPLE" (Nosotros el pueblo).

Al considerarse a la Constitución como el cimiento supremo del régimen político de México y a través de 255 decretos de reforma a la Carta Magna (actualizado hasta el 6 de junio de 2023)[3] se han modificado numerosas circunstancias de la realidad social desde su promulgación en 1917.

La norma fundamental se ha modificado por la necesidad de adaptar conceptos básicos del funcionamiento político, debido a las circunstancias sociales, económicas y políticas en la historia. La creación y autonomía del entonces Instituto Federal Electoral a raíz de una crisis política de 1988, la reforma constitucional en materia penal (tras el caso de Florence Cassez), entre otras, y la más importante: La reforma constitucional de Derechos Humanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, la cual cambió los paradigmas en el sistema jurídico mexicano, al implementar una cultura de los derechos humanos, por un lado para reconocer dichas prerrogativas en favor de todas las personas y, por el otro, cargas,

3 *Cfr. Sumario de Reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por decreto en orden cronológico.* [En línea: 10 de diciembre 2023]. Disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/sumario/CPEUM_sumario_crono.pdf.

compromisos y deberes del poder público en general (en sus áreas de competencia), para la promoción, respeto, protección y tutela de los derechos humanos y su no restricción ni suspensión fuera de los casos y supuestos previstos en la Constitución y los tratados internacionales.

Bajo la idea de que los derechos humanos son reconocidos y no otorgados, existe una gran diversidad en la manera en la que estos son garantizados a través del otorgamiento de mecanismos que hagan efectivas dichas garantías y puedan seguir reconociéndolos y sobre todo regularlos.

El gran problema que representa el derecho supranacional al reconocer estos derechos naturales como beneficios que le son inherentes a las personas, es saber si se está limitando la soberanía de cada uno de los países, toda vez que " Cualquier norma de derecho interno sea de rango constitucional o infra-constitucional puede por su propia existencia y aplicabilidad per se comprometer la responsabilidad de un Estado en un tratado de derechos humanos, no se puede alegar su propia Constitución con el fin de eludir obligaciones que le incumben en virtud del derecho internacional".

La falta de precisión sobre lo que implica para los estados el formar parte de esta comunidad internacional ha traído como consecuencia una serie de diferentes formas de actuar, así como distintos criterios adoptados en el derecho interno de cada país.

El mismo día en que se desechó el "Plan A", esto es, el 6 de diciembre de 2022, se presentó un paquete con dos iniciativas de reformas a leyes secundarias, de la autoría del Ejecutivo Federal, las que denominó como "Plan B", con la firme intención de cambiar las reglas electorales, a través de prácticas parlamentarias cuestionadas, propuestas poco o nada explicadas en la exposición de motivos, y con potenciales bloques de inconstitucionalidad, la cual fue aprobada por la mayoría oficialista sin mayores complicaciones, lo que, como se verá más adelante, han generado un cúmulo de impugnaciones ante el Poder Judicial de la Federación. A la fecha de la conclusión de este trabajo de investigación, la primera parte del Plan B ha sido declarada inconstitucional por el Alto Tribunal por violaciones al proceso legislativo, mientras que la segunda parte está suspendida.

El gobierno en turno, a través de los poderes Ejecutivo y Legislativo, adquieren facultades que vulneran la autonomía constitucional del INE y, por ende, en sus capacidades operativas centrales. Obligar al INE a instalar sus módulos de atención ciudadana en inmuebles dependientes del municipio, de las entidades federativas y de la Federación, implicará gastos en traslado de infraestructura esencial para generar las credenciales de elector, pagar mayores recursos de vigilancia física y tecnológica para evitar filtraciones del padrón electoral, lo que pone en peligro grave a los datos personales e irremplazables de la ciudadanía.

No obstante, así como algunas reformas han mejorado aspectos en México, también ha habido otros aspectos en los que las reformas constitucionales no han

mejorado e incluso han demostrado que solo sirven a intereses desconocidos. La reforma constitucional de 20 de agosto de 1928, que creó al entonces Distrito Federal, como una mera sede de los Poderes de la Unión y un territorio administrado por la Federación; la reforma política de la Ciudad de México, que reconoció como entidad federativa al otrora Distrito Federal, pero sin investir a las alcaldías con las mismas facultades, atribuciones y organización de los ayuntamientos en los municipios; la revocación de mandato, cuya desventaja principal es (de declararse procedente) propiciar la falta de estabilidad del mandato presidencial y de los gobernadores, incluso cuando éstos tengan que tomar decisiones impopulares pero necesarias para el adecuado ejercicio de las funciones; la reforma al artículo quinto transitorio del "Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de Guardia Nacional" (publicado el 26 de marzo de 2019), por el cual las Fuerzas Armadas Mexicanas permanecerán en tareas de seguridad pública hasta el 2028, con la subsecuente opacidad con la que operan en el campo bajo el amparo de la muy repetida "seguridad nacional"; la reforma al Poder Judicial de la Federación del 11 de marzo de 2021, entre otras.

Por desgracia, existen otros ejemplos en temas de diferente índole en los que no se respetan las categorías mínimas de derechos humanos, por lo tanto, no podemos negar la relación que existe entre la moral y el derecho. Deben de establecerse normas jurídicas que no solo sean positivas, sino que éstas normas atenderán a un contenido axiológico y serán mecanismos efectivos para ejercerlas considerando un pluralismo, a través del principio de universalidad en el que "nadie se le podrá negar un derecho humano fundamental, ya que su disfrute es patrimonio innato de todos los seres humanos", principio que el estado moderno reconoce.

En esa tesitura, las instituciones mexicanas, han respondido en algunas consideraciones que no son del todo en beneficio de la sociedad. Las decisiones democráticas no pueden atentar contra la finalidad primordial del Estado, que es el bienestar de las personas. Sin embargo, existen otras decisiones que a pesar de notar el tinte absurdo y en ocasiones perverso han pasado por alto dicha finalidad, como lo son las mencionadas anteriormente, es por ello, que se tiene que reconocer desde luego a nuestras instituciones y órganos internos como protectores de los derechos humanos y desde luego reconocer e incluir en una integridad y no solo como complementaria a la comunidad internacional, para tratar de erradicar no solo en la materia electoral las fallas internas del sistema jurídico mexicano.

En consecuencia, la Constitución que está redactada en el papel no es más que el reflejo de la realidad que vive una sociedad en un espacio y tiempo delimitados. Como tal, y sin pasar por alto la enorme complejidad y evolución del fenómeno social, la Carta Magna debe ser la representación de un pueblo, sus valores, usos, costumbres y logros históricos, derechos fundamentales, esquema de competencia de la autoridad y las garantías esenciales para protección de los derechos, así como limitaciones al poder público entre otros órganos de poder y la población.

IV. LA REFORMA A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

La Constitución es la norma fundamental de una nación con un régimen de constitucionalismo jurídico. Ahora bien, los fenómenos sociales son complejos y cambiantes conforme el paso del tiempo, esto es, cualquier situación que era normal en el siglo XVII puede dejar de serlo en la modernidad, lo que ha quedado de manifiesto en la erradicación de la esclavitud, la divinidad y concentración del poder en el rey, la discriminación, entre otras. La situación es más evidente en la Cartas Magnas, las cuales tomaron en cuenta toda la situación sociopolítica del momento en que fue promulgada, como la de Estados Unidos en 1787, después de la Guerra de Independencia contra el otrora Reino de Unido de Gran Bretaña, o la de México en 1917, durante la Revolución Mexicana.

Por ende, ante una alteración de la realidad social en el paso del tiempo, también es esencial que la Constitución recopile esas modificaciones en su texto fundamental, y para ello surge la necesidad de una reforma a la Constitución, sin que sea necesario promulgar otra nueva desde cero. La reforma constitucional se sustenta en el contenido de la propia Carta Magna, y será ésta la que estipule los términos y condiciones para su procedencia.

El artículo V de la Constitución de los Estados Unidos de América hace lo propio con las llamadas "enmiendas", mediante el voto de las dos terceras partes de ambas Cámaras legislativas, es decir, la Cámara de Representantes y el Senado; igualmente procederá la enmienda a petición de las asambleas legislativas de dos terceras partes de los estados, la que procederá si tres cuartas partes de las mismas la ratificaren, e igualmente por Convenciones celebradas en tres cuartas partes de los Estados, a través del método de ratificación pactado por el Congreso, siempre que se garantice la igualdad de sufragio a los Estados en el Senado. A lo largo de la historia, 27 enmiendas se le han hecho a su texto constitucional, de las cuales las primeras 10 conforman la Carta de Derechos del pueblo estadounidense, como el derecho a la libertad de expresión, la posesión y portación de armas, sistema de competencia residual, entre otras. Cabe destacar que, la tendencia de reformar la Carta Magna ha sido en el sentido de reconocer mayores derechos a las y los ciudadanos, o de fijar competencias o límites al poder público.

En México, el artículo 135 de la Carta Magna expresa las condiciones para adicionar o reformar su redacción, la cual requiere que, en el primer párrafo, sea el Congreso de la Unión apruebe las modificaciones, por el voto de las terceras partes de los individuos presentes y que, a su vez, éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados. Asimismo, el segundo párrafo expresa el deber del Congreso de la Unión o la Comisión Permanente, según corresponda, para computar los votos de las legislaturas locales y, de proceder, emitir la declaración de aprobación de las adiciones o reformas.

De la interpretación de este precepto, se advierte lo siguiente:

1. Carencia de un proceso especial detallado para reforma constitucional: Se alude al hecho de que el texto fundamental no explica la existencia de un procedimiento pormenorizado y único para la adición y reforma al Pacto Federal. Ante tal ausencia, serán aplicables las reglas generales existentes para la creación de decretos previstas en sus artículos 71 y 72, respetándose las particularidades expresadas por su cardinal 135, así como los requisitos en materia de forma, intervalos y proceder en las discusiones y votaciones, conforme a la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, Reglamento de la Cámara de Diputados y el Reglamento del Senado de la República, cuerpos legales que, en su mayoría de casos, invariablemente remitirán a los supuestos del artículo 72 constitucional. Sin embargo, debido a su extensión, este proceso se abordará más adelante.

2. Aprobación por la mayoría calificada de los miembros presentes en la Cámara de Diputados, y la misma mayoría de la Cámara de Senadores, independientemente de cuál sea la Cámara de origen o la revisora: En este supuesto, la reforma constitucional se distancia de un proceso legislativo común para la creación, reforma, derogación o abrogación de leyes o decretos, a través de la mayoría que se exige para su aprobación ya que, para la procedencia de éstas se requiere de mayoría simple, es decir, la mitad más uno de los votos aprobatorios de los miembros por cada Cámara legislativa; por otro lado, para la procedencia de las modificaciones al Pacto Federal, se expresa la necesidad de los votos de al menos dos terceras partes de los miembros presentes en cada Cámara, es decir, mayoría calificada, lo que da a la Constitución un estatus de rigidez para su modificación, y le permite conservar su rango de norma suprema. Cabe aclarar que, los decretos que le remita el Congreso de la Unión en materia de reforma constitucional no pueden ser objeto de veto por parte del Ejecutivo Federal, en virtud de que el acto es emitido por el Poder Reformador de la Constitución, órgano en el que no solo intervienen las Cámaras de Diputados, de Senadores y el Presidente de la República (con un rol limitado a ordenar la publicación de la reforma constitucional), sino también las legislaturas de las entidades federativas (como se verá a detalle en el punto siguiente) y que es constitucionalmente competente para adicionar o reformar la Carta Magna, jerárquicamente superior a los Poderes de la Unión, al ser capaz de alterar la estructura y funcionamiento de éstos, dotarlos o eliminarles determinados rubros de competencia, crear organismos con autonomía constitucional, dividir el esquema de competencias entre la Federación, entidades federativas o municipios (alcaldías tratándose de la Ciudad de México) o hacer todos aquellos cambios que se adecúen a la realidad social de la nación en un tiempo determinado, entre otros.

3. Aprobación por la mayoría de las legislaturas locales: En un proceso legislativo común, salvo los casos en que la Constitución, las leyes o el Congreso de la Unión expresamente lo indiquen, no es obligatorio dar vista a los congresos de las entidades federativas para la aprobación de los proyectos de ley o decretos.

Incluso si se le diese vista a uno o a más congresos locales, su intervención sería mínima, a manera de ofertar argumentos, alegatos, informes, etcétera, sin que sea obligatorio que el Congreso de la Unión actúe en consecuencia conforme a los intereses de dichos cuerpos colegiados, ni mucho menos permitir que éstos emitan votos en decisiones que son de competencia constitucional y exclusivamente del Legislativo Federal. Sin embargo, para comprender las razones por las cuales se les da una intervención activa a los congresos locales de las entidades federativas con voz y voto, con apego al artículo 135 constitucional debemos abordar brevemente los alcances de uno de los principios constitucionales de la República Mexicana: el federalismo.

El artículo 40 de la ley fundamental expone la voluntad del pueblo de México de constituirse en una República representativa, democrática, laica y federal que, a su vez se compone de Estados libres y soberanos en su régimen interior, pero que deciden unirse en una federación, en apego a los principios de la Constitución (de ahí que, a dicho texto también se le conozca como "Pacto Federal"). De un análisis a dicho arábigo, se advierte la existencia de una forma de Estado Federal, en virtud de que: I. Se advierte un conjunto político (poder Federal) que está integrado por otras colectividades políticas inferiores al central (poder de las entidades federativas); II. Éstas cuentan con autonomía en su régimen interior, el cual es descentralizado; III. Las colectividades tienen un espacio geográfico delimitado; IV. Una Constitución Federal escrita, la cual distribuirá las competencias entre ellas; y V. Procedimientos y entes competentes para resolver conflictos en los que intervengan las entidades federativas, contra otras entidades federativas, o respecto a conflictos internos entre sus poderes (artículos 46; 76, fracciones V y VI; y 105, fracción I, del Pacto Federal). Autonomía que queda demostrada en los artículos 25, fracción I, del Código Civil Federal, al reconocerle el carácter de persona moral a los Estados, lo que descarta el que éstas sean delegaciones o regencias de un gobierno central.

Volviendo con el artículo 135 constitucional, se requiere que las adiciones o reformas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados. Sin embargo, hay dos situaciones que no se explicaron a detalle en la Carta Magna para esta parte del proceso:

a. ¿Qué se debe entender por mayoría para la aprobación según una cámara legislativa local? Ante la omisión constitucional, se estará a lo que diga cada constitución o las leyes locales, según sea el caso o, en caso contrario, deberán aplicarse las reglas generales previstas en el proceso para formación de leyes locales. Si bien es cierto, la Constitución General no estatuye un tope a esta mayoría para las cámaras locales, las constituciones locales no pueden imponer mayorías superiores a la calificada toda vez que, lejos de brindar seguridad jurídica, creará preceptos aún más rígidos adicionales a los ya existentes que entorpecerían el proceso de reforma constitucional (que ya cuenta con cierta rigidez y complejidad).

b. ¿Qué debe entenderse como una aprobación por la mayoría de las legislaturas locales? Toda vez que no se expone la necesidad expresa de una mayoría calificada de votos aprobatorios de las legislaturas locales (como sí lo hace el supuesto de formación de nuevos Estados dentro de los límites de los existentes, según el artículo 73, fracción III, punto 7, constitucional), se debe entender que el consentimiento de las entidades federativas se tendrá por hecho al momento de recibir 17 votos aprobatorios, sin necesidad de esperar los otros 15 votos, y que se corra el riesgo de que el proceso constitucional se paralice por acuerdo de algunos congresos locales. Cabe destacar que, si bien es cierto, el artículo 225, numeral 1, fracción III, del Reglamento del Senado de la República permitía la aprobación de los proyectos de reforma constitucional por el voto mínimo de 16 legislaturas estatales, esta situación cambió el 29 de enero de 2016 ya que, mediante reforma constitucional, desapareció el Distrito Federal (que no era más que la capital de la federación, bajo control de éste), para pasar a ser Ciudad de México, a la que se le reconoció como una verdadera entidad federativa, por lo que la mayoría prevista en la norma reglamentaria quedó superada.

4. Cómputo de votos de las legislaturas y declaración de hacer sido aprobadas las adiciones o reformas constitucionales. Los decretos de las legislaturas locales en el que se informe el sentido de sus votos se harán llegar a alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión. La Cámara que se encargue del cómputo de votos procederá a hacer la declaratoria de Reforma Constitucional, al recibir al menos 17 votos aprobatorios, haciéndose valer de los recursos materiales y tecnológicos con que se cuente. Posteriormente, dará cuenta a la otra cámara con el decreto aprobado, la que procederá en los mismos términos que la primera colegisladora (sin reunirse en sesión de Congreso General) y su inmediata remisión al Ejecutivo para que éste ordene su publicación en el Diario Oficial de la Federación. Solo hay 3 supuestos en los que las Cámaras Alta y Baja sesionan como Congreso General: I. Durante la apertura de sesiones el primero de septiembre (o primero de agosto, si es el año en el que el presidente de la República inicia su encargo); II. La toma de protesta del Ejecutivo Federal; o III. Cuando el Congreso General se constituya en Colegio Electoral, en términos del artículo 84 constitucional.

V. PLAN B CON UN INTENTO FALLIDO QUE TIENE COMO CONSECUENCIA EL DESESPERADO PLAN

El "Plan B" de reforma electoral fue el nombre que le dio el presidente de la república a dos iniciativas de reformas a leyes secundarias, uno en temas de propaganda gubernamental y otro en el rubro de las reglas electorales, con el objeto de modificar el sistema electoral mexicano, publicadas el 27 de diciembre de 2022 y el 2 de marzo de 2023 en el Diario Oficial de la Federación, respectivamente. La reforma fue aprobada con premura en el Congreso, con falta de deliberación, análisis y publicidad en el proceso legislativo, eso sin contar las consecuencias que se derivarán en la organización de

las elecciones en México, en detrimento de las instituciones democráticas, del poder legislativo y su legitimidad parlamentaria.[4]

En esa tesitura, se publicaron en la Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados dos iniciativas de la diputada Graciela Sánchez Ortiz del partido "MORENA" y suscrita por el grupo parlamentario homónimo (derivadas de dos iniciativas presentadas por el Ejecutivo Federal), con proyectos de decretos para reformar, adicionar y derogar las siguientes leyes secundarias:

- El primer proyecto: Ley General de Comunicación Social y Ley General de Responsabilidades Administrativas.
- El segundo proyecto: Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales; Ley General de Partidos Políticos, Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, y la expedición de la Ley General de los Medios de Impugnación en Materia Electoral.

En estos casos, los bloques de inconstitucionalidad del rubro citado son coincidentes: El gobierno en turno, a través de los poderes Ejecutivo y Legislativo, adquieren facultades que vulneran la autonomía constitucional del INE y, por ende, en sus capacidades operativas centrales. Obligar al INE a instalar sus módulos de atención ciudadana en inmuebles dependientes del municipio, de las entidades federativas y de la Federación, implicará gastos en traslado de infraestructura esencial para generar las credenciales de elector, pagar mayores recursos de vigilancia física y tecnológica para evitar filtraciones del padrón electoral, lo que pone en peligro grave a los datos personales e irremplazables de la ciudadanía.

No pasa por alto el caso particular del artículo décimo séptimo de la segunda parte del Plan B Electoral, donde se ordena la cesación inmediata del cargo del entonces titular de la Secretaría Ejecutiva del INE, Edmundo Jacobo Molina, de manera unilateral, particular, personal y carente de abstracción, lo que es una violación flagrante a la Carta Magna, que le exige al legislador crear normas de aplicación general, impersonal y abstractas. En este último supuesto, los expertos comentaron que ese artículo transitorio solamente ocupaba el nombre y apellidos del funcionario referido para constituirse en una ley privativa, prohibida expresamente por el artículo 13 constitucional, máxime que su cesación no se derivó de un procedimiento de responsabilidad de índole alguna en su contra, llámese administrativa, civil, penal, laboral o política. A pesar de que se le concedió la suspensión definitiva con efectos de restitución de su encargo,[5] por parte del Juzgado Décimo Segundo de Distrito en Materia Administrativa del Primer

4 Instituto de Investigaciones Jurídicas [Universidad Nacional Autónoma de México], *Radiografía del Plan B: La reforma electoral de 2023 a examen* 1ª ed. México: UNAM, 2023. pp. 22, 30-31. [En línea: 25 abril 2023]. Disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/site//publicaciones/213Radiografia_del_Plan_B_la_reforma_electoral_de_2023_a_examen.pdf.

5 https://heraldodemexico.com.mx/nacional/2023/3/10/dan-suspension-definitiva-edmundo-jacobo-molina-jueza-ordena-restituirlo-como-secretario-ejecutivo-del-ine-488244.html. Consultado el 14 de diciembre de 2023.

Circuito, Molina decidió presentar su renuncia irrevocable al cargo con efectos a partir del 3 de abril de 2023.[6]

Es precisamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que brinda una explicación práctica de la relevancia de los derechos humanos en el ámbito electoral del sistema jurídico mexicano, al resolver el incidente de suspensión derivado de la controversia constitucional 261/2023[7], el 24 de marzo de 2023, a través del cual el Instituto Nacional Electoral impugnó la totalidad del "Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, de la Ley General de Partidos Políticos, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y se expide la Ley General de los Medios de Impugnación en Materia Electoral" (en resumen, la segunda parte del "Plan B" electoral) y solicitó la suspensión de la totalidad del acto impugnado para que, entre otras cosas, continuaran en vigor las normas derogadas y abrogadas aludidas en el decreto impugnado.

A ello, el ministro Javier Laynez Potisek, instructor del asunto, estableció que, aunque en un inicio la controversia constitucional versa sobre normas generales y que éstas no pueden ser objeto de suspensión, conforme al artículo 14, segundo párrafo, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, determinó conceder la suspensión del decreto en su totalidad al considerar, conforme al artículo 1 de la Carta Magna, que las normas de derechos humanos deben favorecer a las personas con una protección más amplia y que este parámetro es una excepción constitucionalmente válida sobre lo fijado en el precepto de la ley reglamentaria citada y que, de ejecutarse los actos del decreto impugnado, la controversia constitucional quedaría sin materia y con daños y perjuicios de imposible reparación no subsanables en la sentencia definitiva, al no tratarse de actos en materia penal.

El Plan B en su conjunto representa un claro intento descarado y poco discreto de destruir el sistema democrático y las normas básicas del juego político que han permitido hasta ahora, las transiciones pacíficas del poder de un partido político a otro, sin posteriores conflictos electorales. En un país donde el sistema de salud se encuentra comprometido, los niveles de crecimiento y desarrollo económico no son los mejores, hubo (y sigue existiendo) el ahuyento de las inversiones que pretendieron llegar e instalarse en México, donde fue severamente golpeado por una pandemia y fue de los primeros lugares en fallecimientos por COVID-19, donde hay necesidades de mayor relevancia en paridad de género, combate a la delincuencia en general y por razón de género; políticas de seguridad pública, contrataciones, impartición de justicia, entre otras, el hecho de que se le dio un trámite *ipso facto* a una propuesta para reformar el sistema electoral como lo hemos conocido desde hace más de 3 décadas, puso de

6 https://www.proceso.com.mx/nacional/2023/3/28/edmundo-jacobo-renuncia-la-secretaria-ejecutiva-del-ine-por-esta-razon-304413.html. Consultado el 14 de diciembre 2023.

7 Nota: El acuerdo del incidente de suspensión citado se encuentra para su consulta en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/acuerdos_controversias_constit/documento/2023-03-27/MI_IncSuspContConst-261-2023.pdf. Consultado el 14 de diciembre de 2023.

manifiesto que el compromiso del Legislativo Federal no está con el pueblo a quien se supone debe representar, sino con un empoderado (y rozando extremos autoritarios) Ejecutivo Federal, al cual para complacerle todos y cada uno de sus caprichos creados desde el estómago y las ocurrencias sin fundamentos y no desde la cabeza y el raciocinio, terminan realizando ilegalidades y violaciones flagrantes a las normas más básicas y elementales que priman en toda democracia representativa y plural.

Aunado a ello, el Ejecutivo Federal reprochó el actuar de la SCJN y en marzo del presente año mencionó el llamado Plan C, violentando una vez más la Constitución, en virtud, de la existencia de la prohibición de promover el voto en contra de cualquiera de las opciones políticas, dijo que dicho plan consiste en que el sufragio que se emita el próximo año por parte de los ciudadanos mexicanos sea de "carro completo" para Morena y no se opte por un contrapeso o división con el afán perverso de lograr obtener la mayoría en el Congreso de la Unión y a través de este llamado a las urnas se puedan concretar sus ya muy cuestionadas reformas.

VI. CONCLUSIONES

No pasa desapercibido que el presidente atacó y sigue atacando reiteradamente en sus conferencias matutinas al INE y al TEPJF por (según el primer mandatario) considerarlos organismos costosos, no garantizar elecciones libres y estar rendidos a la mafia del poder, recordando constantemente aquella elección presidencial en 2006, donde ganó el panista Felipe Calderón Hinojosa, ante las acusaciones de AMLO por un supuesto (aunque no demostrado) fraude electoral en su contra.

Sin embargo, las formas, mecanismos y reglamentación que intentaron elevarse a rango constitucional no fueron las más idóneas, toda vez que casi pusieron en riesgo las elecciones libres, periódicas y auténticas, mediante un clausulado desproporcional, desleal e ilegítimo para la llegada, permanencia e incluso, perpetuación indebida en el poder, regresando el sistema electoral a la era dorada del partido hegemónico que controlaba las elecciones en turno y las ganaba sin complicaciones. Es mejor que exista el debate, diálogo, consenso y negociación político-partidaria propias de una república representativa y democrática, a que un solo partido acapare todo el poder y rija con un nivel elevado de gobernabilidad con límites laxos y sin representatividad.

El desechamiento del "Plan A", la inconstitucionalidad e invalidez total de la primera parte del Plan B y la suspensión de su segunda parte, llevan a una conclusión indudable: La Suprema Corte de Justicia de la Nación está cumpliendo con su rol previsto en la Carta Magna: Vigilar que los Poderes de la Unión se apeguen a los principios y mandatos que fija la Constitución. En otras palabras: Defender a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Así de simple en la letra, aunque complejo en la práctica.

Los constantes embates que, desde el púlpito presidencial, han sido dirigidos al INE, a la SCJN, al TEPJF, y a todos los órganos públicos que tienen como función *lato sensu* servir de contrapeso y freno al poder presidencial evidencian no solo a un hombre

resentido y enojado cuando las cosas no salen como él desea, sino que se constituyen como atentados contra logros históricos y democráticos que se han quedado en el texto de la norma fundamental.

Al vivir en una república democrática con división de poderes, lo ideal sería que los miembros del Congreso de la Unión ejerzan su labor parlamentaria con la seriedad que el cargo amerita, con la debida deliberación, consenso, y el suficiente análisis que se realicen en las Cámaras parlamentarias, sean a través de las comisiones o de los plenos respectivos, con las demás fuerzas políticas representadas en el Legislativo, lo que en el caso no ocurrió.

Desde luego, las normas, principios e instituciones cuentan con áreas de oportunidad que, de ser el caso, pueden mejorarse, optimizarse y fortalecerse, siempre en beneficio ulterior de la sociedad mexicana, cuando las propuestas surjan de consensos con las fuerzas políticas, sean necesarias para el régimen jurídico, por lo cual, se considera pertinente el partir de la premisa que el sistema electoral es perfectible, no obstante, se propone que la reforma sea una propuesta con la formalidad debida y los consensos cuenten con la pertinencia y adecuada ejecución y un detallado clausulado transitorio, pero, sobre todo, que las modificaciones sean en beneficio del país, atendiendo a la finalidad del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

Dulitzky, Ariel, Derechos humanos en Latinoamérica y el Sistema Interamericano: modelos para (des)armar, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2017, p.343.

Cfr. ¿Qué es una Constitución? [traducido]. [En línea: 25 enero 2023]. Disponible en: https://norcolombia.ucoz.com/libros/Lassalle_Ferdinand-Que_Es_Una_Constitucion.pdf.

Cfr. *Sumario de Reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por decreto en orden cronológico*. [En línea: 10 de diciembre 2023]. Disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/sumario/CPEUM_sumario_crono.pdf.

Instituto de Investigaciones Jurídicas [Universidad Nacional Autónoma de México], *Radiografía del Plan B: La reforma electoral de 2023 a examen* 1ª ed. México: UNAM, 2023. pp. 22, 30-31. [En línea: 25 abril 2023]. Disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/site//publicaciones/213Radiografia_del_Plan_B_la_reforma_electoral_de_2023_a_examen.pdf.

https://heraldodemexico.com.mx/nacional/2023/3/10/dan-suspension-definitiva-edmundo-jacobo-molina-jueza-ordena-restituirlo-como-secretario-ejecutivo-del-ine-488244.html. Consultado el 14 de diciembre de 2023.

https://www.proceso.com.mx/nacional/2023/3/28/edmundo-jacobo-renuncia-la-secretaria-ejecutiva-del-ine-por-esta-razon-304413.html. Consultado el 14 de diciembre 2023.

Nota: El acuerdo del incidente de suspensión citado se encuentra para su consulta en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/acuerdos_controversias_constit/documento/2023-03-27/MI_IncSuspContConst-261-2023.pdf. Consultado el 14 de diciembre de 2023.

LOS MATRIMONIOS CLANDESTINOS Y EL DESARROLLO DEL DERECHO PROBATORIO EN LA EDAD MEDIA

Rodrigo Barradas Muñiz*

RESUMEN: Durante el siglo XII, con el objetivo de uniformar los requisitos para la celebración de matrimonios válidos, el papa Alejandro III emitió las "Reglas Alejandrinas" que regularían la celebración de matrimonios en la Cristiandad durante casi cuatrocientos años. Conforme a ellas, la validez del matrimonio no requería publicidad y, esencialmente, dependía del tiempo verbal en que los contrayentes conjugaban los verbos al intercambiar palabras de consentimiento. Esto generó, como resultado inesperado, una gran cantidad de los llamados "matrimonios clandestinos" que a menudo terminaban siendo litigados ante los tribunales eclesiásticos. En gran medida con motivo de dichos casos se desarrolló un detallado cuerpo de reglas para regular los medios de prueba y su valoración. Esto impulsó el surgimiento de un auténtico derecho probatorio medieval, antecedente de los sistemas probatorios contemporáneos.

Palabras clave: historia del derecho, matrimonios clandestinos, Edad Media, derecho probatorio, testigos.

ABSTRACT: During the 12th century, in order to standardize the requirements for the celebration of valid marriages, Pope Alexander III issued the "Alexandrian rules" which governed the celebration of marriages in Christendom for almost four hundred years. According to them, the validity of the marriage did not require publicity and essentially depended on the verb tense in which the contracting parties conjugated the verbs when exchanging words of consent. This led, as an unexpected result, to a large number of so-called "clandestine marriages" which often ended up being litigated before ecclesiastical courts. Largely because of those cases, a substantial body of rules was developed to regulate the means of proof and their assessment. This prompted the appearance of a genuine medieval law of evidence, predecessor of contemporary evidentiary systems.

Keywords: history of law; clandestine marriages; Middle Ages; rules of evidence; witnesses.

SUMARIO: 1. UN CASO EN LA INGLATERRA DEL SIGLO XIII. 2. LOS REQUISITOS PARA LA VALIDEZ DEL MATRIMONIO EN LA EDAD MEDIA. 3. LAS REGLAS ALEJANDRINAS. 4. MATRIMONIOS CLANDESTINOS. 5. LAS CORTES Y EL PROCEDIMIENTO. 6. LAS REGLAS SOBRE LOS MEDIOS DE PRUEBA. 7. LA VALORACIÓN DE LOS TESTIGOS. 8. OTROS CASOS DE MATRIMONIOS CLANDESTINOS. 9. EL CONCILIO DE TRENTO Y EL FINAL DE LOS MATRIMONIOS CLANDESTINOS. 10. CONCLUSIONES. 11. BIBLIOGRAFÍA.

* Abogado por la Escuela Libre de Derecho, Maestro en Derecho (LL.M.) por la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard.

1. UN CASO EN LA INGLATERRA DEL SIGLO XIII

En el año 1270, una joven llamada Matilda de la Leye acudió ante el tribunal eclesiástico presidido por el archidiácono de la villa de Huntingdon, ubicada en el condado de Cambridgeshire, Inglaterra, para iniciar un juicio en contra de un hombre llamado Adam Attebury, pidiendo que se les declarase válidamente casados.

Se trata de un caso típico de matrimonio clandestino, en donde uno de los contrayentes, en este caso Matilda, aseguraba haber intercambiado palabras de consentimiento suficientes para que se estimara válidamente celebrado el matrimonio, mientras que Adam lo negaba, no obstante que admitía haber tenido relaciones sexuales con ella.

El archidiácono, ante quien se presentó la demanda, era el juez ordinario que ejercía jurisdicción delegada de la episcopal en determinado territorio, en este caso el condado de Cambridgeshire, en el este de Inglaterra, y le correspondía resolver en primera instancia los casos que se presentaban ante la jurisdicción eclesiástica.

La información disponible sobre este caso proviene de cuatro documentos relacionados que se han conservado en los Archivos de la Catedral de Canterbury: (***i***) la devolución de un mandato del Tribunal de Canterbury al archidiácono de Huntingdon, ordenándole que dejara de ocuparse del caso en espera de una apelación a la Santa Sede y al Tribunal de Canterbury para su protección; (***ii***) las deposiciones de dos testigos recibidas en el Tribunal de Canterbury, que declararon que Adam había apelado formalmente al archidiácono; (***iii***) la devolución de un mandato del Tribunal al archidiácono, en el que se recitaba que las partes habían acordado que el caso de apelación se viera en Canterbury (en lugar de la Santa Sede), y se ordenaba al archidiácono que transmitiera el expediente (*processus*) del caso; y, (***iv***) el propio *processus*.[1]

A partir de estos documentos, podemos reconstruir la mayor parte de la historia procesal del caso, al menos hasta que llegó en apelación al Tribunal de Canterbury. Ante el archidiácono de Huntingdon, Matilda presentó su demanda afirmando que había contraído matrimonio con Adam; a su vez, Adam compareció ante el archidiácono y negó las afirmaciones de Matilda. Ambas partes admitieron haber mantenido relaciones sexuales, pero tenían argumentos opuestos respecto a las palabras intercambiadas entre ellos. Matilda presentó dos testigos para probar el intercambio de votos matrimoniales: su hermana Alice y una mujer llamada Lucy; mientras que Adam no presentó testigos en primera instancia y limitó su defensa a impugnar el testimonio de Lucy. El archidiácono desestimó la defensa de Adam y falló a favor de Matilda, declarándolos válidamente casados.

Adam —*en este punto probablemente ya asesorado por un abogado*— apeló a la Santa Sede y solicitó al Tribunal de Canterbury que le protegiera contra la acción del archi-

1 Adams, Norma y Charles Donahue (ed.), *Select Cases from the Ecclesiastical Courts of the Province of Canterbury c. 1200–1301*, Londres, Publications of the Selden Society, 1985, pp. 118-123.

diácono en espera de la resolución de la apelación. Para probar que había apelado formalmente al archidiácono, presentó dos testigos ante el Tribunal de Canterbury: Robert Crips y John de Raddeburne. Finalmente, las partes acordaron que el caso se viera en apelación ante el Tribunal de Canterbury.

Podemos identificar dos cuestiones jurídicas distintas en el núcleo del caso: una sustantiva y otra procesal. La cuestión de fondo es si Matilda y Adam contrajeron un matrimonio válido según los hechos alegados por Matilda. La cuestión procesal es si el testimonio de las dos testigos presentados por Matilda era admisible y qué valor debía asignársele a sus declaraciones.

Conforme a las reglas para la validez del matrimonio de la época, establecidas mediante decretales por el papa Alejandro III[2] en un esfuerzo para influir en la evolución social,[3] un matrimonio sería válido: (***i***) si el consentimiento presente se daba libremente entre dos partes capaces; o, (***ii***) si el consentimiento futuro se daba entre dos partes capaces, siempre que fuera seguido de relaciones sexuales.[4] Esto significa que ni la presencia de un sacerdote, ningún ritual en particular, ni el consentimiento de nadie más que los propios contrayentes eran necesarios para un matrimonio válido.[5]

La negativa del Papa a "*... hacer que cualquier otro aspecto del matrimonio tradicional fuera esencial para la validez de la unión condujo directamente al problema del matrimonio clandestino en la Europa medieval*".[6] De hecho, gran parte de los litigios ante los tribunales eclesiásticos durante ese periodo estaban relacionados con los matrimonios clandestinos, como el que Matilda afirmaba haber contraído con Adam.

Para que el caso de Matilda prosperara, tenía que probar el intercambio de votos en tiempo presente, o el intercambio de votos en tiempo futuro, seguido de relaciones sexuales. En este sentido, la negación por parte de Adam de las afirmaciones de Matilda ante el archidiácono de Huntingdon debe interpretarse como una negación de un consentimiento mutuo para casarse (en cualquier tiempo).

Según las normas procesales de la época, *onus probandi incumbit ei qui dicit* (la carga de la prueba recae sobre quien habla).[7] Dado que Matilda era quien afirmaba que hubo

---

2 Van Caenegem, R.C., *An Historical Introduction to Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, pp. 62-63.

3 Donahue, Charles Jr., "The Policy of Alexander the Third's Consent Theory of Marriage", en *Proceedings of the Fourth International Congress of Medieval Canon Law*, Ciudad del Vaticano, Biblioteca Apostolica Vaticana, 1976, pp. 251 y ss.

4 X 4.1.15, reimpreso en Friedberg, Emil Albert y Aemil Richter (edit.), *Corpus Iuris Canonici,* Vol. II, New Jersey, The Law Book Exchange, 2000, col. 642.

5 *Ibid.* X 4.1.9, col. 659.

6 Schnautz Johnson, Brandy, "The Making of Marriage in Thirtheen Century England: Verb Tense, Popular Legalism, and the Alexandrian Law of Marriage", en *Texas Journal of Women and the Law*, no. 15, Austin, University of Texas at Austin, 2005, pp. 271–272.

7 Tancredus Bononiensis, *Ordo Iudiciarus 3.6,* reimpreso en Bergmann, Friedrich Christian, *Pillii, Tancredi, Gratiae, Libri de iudiciorum Ordine*, Göttingen, 1842, 222-8.

consentimiento mutuo, necesitaba dos testigos intachables que declarasen los mismos hechos. Para tal efecto, presentó dos testigos: su hermana Alice y Lucy.

Ambas testificaron que en diciembre de 1263 —*es decir, siete años antes de declarar ante el archidiácono*—, en medio de un campo, Matilda y Adam intercambiaron votos matrimoniales. Sin embargo, su recuerdo de las palabras exactas utilizadas por las partes no era exactamente el mismo. Según Lucy, Adam dijo: "*Te doy mi fe de que te tendré por esposa desde hoy*", y Matilda respondió: "*Y yo de tenerte por esposo desde ahora..*"; mientras que, según Alice, Adam dijo "*Te doy mi fe de que te habré en adelante por esposa*", y Matilda respondió "*Gracias, y yo a ti por esposo...*".[8]

Además de la diferencia sutil entre los testimonios, existe cierta ambigüedad sobre si los verbos utilizados (tendré/habré) eran enfáticos o indicaban tiempo futuro. Este problema se agrava porque las deposiciones están escritas en latín, pero podemos estar casi seguros de que las testigos no hablaban latín.

Dado que ambas partes admitieron haber mantenido relaciones sexuales, todo se reducía a si Adam y Matilda habían intercambiado votos matrimoniales **válidos**. En esas circunstancias, la estrategia de Adam, tanto en primera instancia como en la apelación, parece haberse limitado a impugnar los testimonios de las testigos de Matilda.

Debido a las normas sobre la carga de la prueba, Adam sólo necesitaba impugnar con éxito a uno de los testigos de Matilda para ganar el caso.

Adam solicitó que se desestimara el testimonio de Lucy por tres motivos alternativos: (*i*) que "*es de mala fama, vida y opinión sospechosas*" (probablemente equivalente a "infame"), (*ii*) que "*fue acusada de robo y persevera en ese delito*", y (*iii*) que "*es indigente y sin bienes, y a causa de su pobreza fuertemente sospechosa*". El archidiácono rechazó su excepción; cosa que probablemente fue una decisión incorrecta. Debería haber admitido la excepción y permitido a Adam presentar pruebas sobre Lucy antes de pronunciarse sobre el fondo.

El archidiácono finalmente falló en favor de Matilda; quizá por sentir cierta simpatía hacia ella. Al fin y al cabo, no había terceros implicados ni razón alguna por la que Adam no pudiera casarse con ella, a diferencia de otros casos en los que, por ejemplo, la parte demandada ya había contraído otro matrimonio y había tenido hijos antes de que siquiera iniciara el juicio o de que se dictara sentencia. Además, el archidiácono parece haber dado especial importancia al hecho de que hubieran tenido relaciones sexuales.

Adam apeló la resolución del archidiácono. Los testigos presentados por Adam para la apelación, Robert Crips y John de Raddeburne, argumentaron que el testimonio de Alice no era válido, porque era "*infame por brujería y robo*" y "*comúnmente considerada prostituta*". De los documentos disponibles parece desprenderse que estas

8 Traducciones propias del autor.

excepciones sólo fueron alegadas, pero no probadas; pero podemos suponer que los dos testigos estaban dispuestos a comparecer ante el Tribunal para declarar sobre las circunstancias en las que se basaban las excepciones.

Sin embargo, el caso de Adam ante el Tribunal de Canterbury era sólido. Sólo necesitaba probar una de las excepciones contra las testigos de Matilda para que se desestimara el testimonio y ganar automáticamente el caso. Y podemos suponer que disponía de los medios para probarlas.

No sabemos cómo terminó el caso porque hasta ahora no se ha encontrado la sentencia del Tribunal de Canterbury, aunque hay elementos para especular sobre el resultado. Una posibilidad es que el Tribunal de Canterbury emitiera una sentencia, confirmando o revocando la sentencia de primera instancia, y este documento se perdiera o fuera destruido. Otra posibilidad, y quizá la más probable, es que, ante la firme posición de Adam en la apelación, Matilda aceptara un acuerdo "por debajo de la mesa", impidiendo que el procedimiento siguiera adelante, lo que explicaría por qué no hay constancia de la sentencia definitiva.

Con independencia de que no se conoce el resultado final, el caso de Matilda de la Leye contra Adam Attebury es un buen ejemplo de los numerosos litigios por matrimonios clandestinos que se llevaron ante los Tribunales Eclesiásticos durante la Edad Media. Y, más aún, refleja cómo el punto central de estos litigios por lo general radicaba en cuestiones probatorias y no de fondo. Específicamente, la *litis* en este caso quedó reducía a si el testimonio de una de las testigos de Matilda debía ser desestimado.

Por este énfasis en las cuestiones procedimentales y probatorias y las reglas y principios que se desarrollaron con el paso del tiempo, los matrimonios clandestinos fueron uno de los principales catalizadores del derecho probatorio medieval, antecedente de los sistemas probatorios actuales.

2. LOS REQUISITOS PARA LA VALIDEZ DEL MATRIMONIO EN LA EDAD MEDIA

En el mundo cristiano estuvo bastante claro desde sus inicios el principio de que, una vez contraído el matrimonio, éste era indisoluble.[9] Sin embargo, hay muy poco en el derecho cristiano primitivo sobre la manera en que tenía que contraerse el matrimonio para ser válido. Este tema se dejó al derecho secular.

---

9 Si bien el Nuevo Testamento no es un texto legal, con relación al matrimonio hay diversos pasajes que fueron utilizados como fundamento de la prohibición del divorcio. Por ejemplo, en Marcos 10: 11-12 "Cualquiera que repudia a su mujer y se casa con otra, comete adulterio contra ella; y si la mujer repudia a su marido y se casa con otro, comete adulterio"; en Lucas 16:18 "Todo el que repudia a su esposa y se casa con otra comete adulterio; y el que se casa con la repudiada del marido comete adulterio"; y Mateo 19:6 "Así que, no son ya más dos, sino una sola carne; por tanto, lo que Dios ha unido, no lo separe el hombre".

Las primeras ceremonias cristianas de matrimonio aparecieron hacia finales del siglo IV. Básicamente consistían en un sacerdote bendiciendo a la pareja después de llevar a cabo la ceremonia secular conforme a las costumbres de la región. Incluso, en esta etapa primigenia, la bendición a la pareja a menudo se llevaba a cabo en su lecho matrimonial. Conforme la Iglesia empezó a influir más en la figura del matrimonio, se cambió el lugar de la bendición a los templos, pero se hacía a las puertas del templo y la intervención de los sacerdotes era bastante limitada; por ejemplo, verificando que no hubiera impedimentos y que los contrayentes habían consentido a la celebración. No sería hasta el siglo XII que se empezó a celebrar una misa en el interior del templo tras la ceremonia matrimonial en la entrada.

A pesar de estos cambios graduales, muchas personas seguían casándose en ceremonias fuera de la iglesia y sin intervención de los sacerdotes, mismas que variaban de acuerdo con la región pero que solían tener algunos elementos simbólicos comunes como el intercambio de anillos para simbolizar la unión. Estos matrimonios completamente seculares eran considerados válidos, pues bastaba que se cumplieran con los requisitos esenciales del derecho aplicable.

El problema es que había una multiplicidad de fuentes de derecho secular y éstas establecían distintas reglas para que un matrimonio se pudiera considerar válido. Por lo que se refiere a Europa Occidental, las dos principales eran el derecho romano y el derecho germánico, y fue precisamente con estas fuentes con las que trabajaron los civilistas y canonistas que estudiaron el tema hacia el siglo XII en busca de una regla generalizable.

En el derecho romano las reglas cambiaron con el tiempo y hay cierto grado de desacuerdo entre los romanistas. Pero algunos de los principios básicos están claros. En derecho romano se distinguía entre el compromiso o promesa de contraer matrimonio, a los que llamaban esponsales, y el matrimonio en sí (*iustae nuptiae*). Para celebrar válidamente un matrimonio, se requería el consentimiento de los contrayentes y el de sus padres, en aquellos casos en que los contrayentes se encontraran jurídicamente bajo la potestad de sus padres. Como requisito probatorio, pero no estrictamente como elemento del matrimonio, durante algún tiempo se requería que la novia fuera conducida a la casa del esposo (*deductio in domo mariti*). La consumación del matrimonio no era necesaria; un matrimonio no consumado era igualmente válido. Sin embargo, cualquier matrimonio era disoluble; el derecho romano permitía el divorcio.

El derecho germánico, por su parte, ponía énfasis en el intercambio de consentimiento y la consumación del matrimonio era un requisito para su indisolubilidad. Hasta que los contrayentes hubieran tenido relaciones sexuales, no estaban formalmente casados. Incluso, de acuerdo con algunas costumbres, el matrimonio no se formaba completamente hasta el nacimiento del primer hijo.

Hacia el siglo XII, los canonistas se enfrentaron al problema de la celebración válida de un matrimonio ante las diferencias entre las fuentes de derecho. Uno de los principales, Graciano de Bolonia —*quien probablemente fue el fundador de la escuela de*

derecho canónico en Bolonia— en su impresionante obra *Concordia discordantium canonum* (publicada alrededor de 1125), trató de conciliar las fuentes y para ello separó la definición de matrimonio de la característica de indisolubilidad. De esta manera, interpretó que, para la celebración válida de un matrimonio, bastaba el intercambio de consentimiento, pero el matrimonio no se volvía indisoluble hasta que los contrayentes lo consumaban.

Unos años después, el teólogo francés Pedro Lombardo, llegó a una conclusión distinta. Inspirado seguramente por la distinción romana entre esponsales y matrimonio, Pedro Lombardo puso el énfasis en la naturaleza del consentimiento. En su opinión, el consentimiento en tiempo presente constituye un matrimonio indisoluble, mientras que el consentimiento en tiempo futuro —*similar a los compromisos o esponsales romanos*— no es suficiente para celebrar un matrimonio.

Claramente existía un conflicto de normas e interpretaciones discordantes y acabó por pedirse la intervención del papa para resolverlo.

3. LAS REGLAS ALEJANDRINAS

La contradicción entre las normas aplicables para la celebración de un matrimonio válido y su interpretación se planteó al papa Alejandro III, quien ocupó la silla de San Pedro entre 1159 y 1181.

Para resolver el conflicto, Alejandro III no tenía discrecionalidad absoluta. Los papas interpretaban las escrituras, los cánones y los textos de los padres de la Iglesia para determinar el derecho aplicable, pero no podían de un plumazo cambiar por completo el derecho vigente. Por lo menos debían formular la decisión de manera que pareciera que se trataba de una interpretación y no de una reforma.

Además, el papa tenía que tomar en cuenta varios factores. En primer lugar, debía mantener el principio de que un matrimonio válidamente celebrado era indisoluble, que venía desde el derecho cristiano primitivo y era comúnmente aceptado. También debía buscar una norma suficientemente simple y generalizable para que pudiera ser aplicada en todo el mundo cristiano, que agrupaba grupos con una gran variedad de costumbres locales y con poco acceso a educación; esto implicaba que la regla escogida no podía significar un requisito desconocido y que seguramente no sería cumplido.

Hacia el final de su pontificado, Alejandro III emitió las llamadas "reglas alejandrinas" que habrían que regir para la celebración de matrimonios válidos en Occidente hasta el Concilio de Trento de 1563.[10]

---

10 Hubo un breve periodo, hacia la primera mitad de la década de 1170, en el que Alejandro III entretuvo la idea de hacer de la solemnidad un requisito necesario para la celebración de un matrimonio válido. Por ejemplo, en Ex litteris (c. 1175) y Licet preter solitum (c. 1169) sostuvo que un matrimonio

Las Reglas Alejandrinas para la celebración del matrimonio esencialmente establecen lo siguiente: [11]

1) El consentimiento en tiempo presente y dado libremente entre un hombre y una mujer capaces de contraer matrimonio constituye un matrimonio indisoluble.

2) El consentimiento en tiempo futuro dado entre un hombre y una mujer capaces de contraer matrimonio constituye un matrimonio indisoluble, siempre y cuando después del intercambio de consentimiento los contrayentes tengan relaciones sexuales.

De manera que no se requería ningún tipo de solemnidad, llevar a cabo un ritual particular, la intervención de un sacerdote, ni el consentimiento paterno, para la validez del matrimonio.

Estas reglas, que fueron aplicadas en Occidente durante los siguientes cuatro siglos, resolvieron la incertidumbre entre las distintas fuentes de derecho, pero generaron un problema inesperado: el de los matrimonios clandestinos.

4. MATRIMONIOS CLANDESTINOS

Conforme a las distintas costumbres regionales, la celebración de un matrimonio por lo general era pública y a menudo iba acompañada de celebraciones sociales y se hacía frente a la familia, los amigos y los vecinos. Además, de manera paulatina, la Iglesia logró que se fuera generando la tradición de que un sacerdote interviniera dando una bendición a la pareja afuera del templo y posteriormente celebrando una misa, dándole todavía más publicidad a la celebración. De hecho, la Iglesia insistía a las parejas para que celebraran sus matrimonios de manera pública y solemne.[12]

A los matrimonios que se celebraban sin estos elementos de publicidad y, sobre todo, sin la intervención de un sacerdote, se les empezó a llamar "clandestinos". La Iglesia no podía sostener que fueran inválidos porque iría en contra de las costumbres regionales y, además, porque la ley de la Iglesia para ese momento —*condensada en las Reglas Alejandrinas*— lo único que requería era el intercambio de consentimiento presente por parte de los contrayentes o bien el intercambio de consentimiento futuro

---

contraído con consentimiento presente que no se haya consumado prevalecería sobre un matrimonio subsecuente consumado, siempre y cuando el consentimiento presente haya sido acompañado por las solemnidades acostumbradas en esa área. Poco después, habría de abandonar esta idea y la solemnidad no se mantuvo como un requisito para la celebración del matrimonio.

11 X 4.1.15, reimpresas en Friedberg, Emil Albert y Aemil Richter (edit.), *Corpus Iuris Canonici,* Vol. II, New Jersey, The Law Book Exchange, 2000, col. 642.

12 Sheehan, Michael M., "Marriage and Family in English Conciliar and Synodal Legislation", en *Essays in Honour of Anton Charles Pegis*, Toronto, ed. J. Reginald O'Donnell, 1974, pp. 213-214.

posteriormente consumado. De manera que, aunque trataban de desincentivarlos, se les reconocía como válidos.

Inevitablemente, la celebración de matrimonios clandestinos generó un gran número de litigios. Empezaron a presentarse casos en los que una persona sostenía haber intercambiado consentimiento presente con su pareja y ésta lo negaba, teniendo que someterse a los tribunales la decisión de si estaban o no válidamente casados.

El asunto era muy relevante porque de la validez del matrimonio dependía, por ejemplo, la legitimidad de los hijos, así como cuestiones patrimoniales como los bienes matrimoniales y las reglas de sucesión.

Los expedientes que se conservan de los tribunales eclesiásticos demuestran que algunas personas estaban realmente confundidas sobre con quién habían contraído un matrimonio válido; pero también evidencian que las normas alejandrinas fueron a menudo utilizadas para defraudar a los inocentes y para salirse de matrimonios que se habían vuelto intolerables por diversas razones.[13]

Los motivos por los cuales se siguieron celebrando matrimonios clandestinos, en lugar de optar siempre por la celebración pública y con intervención de un sacerdote que daba más seguridad jurídica, son múltiples. Uno de los principales es que la Iglesia tardó siglos en imponer en ciertas regiones la tradición de celebrar matrimonios en el templo y frente a un sacerdote, por la resistencia de la población local a cambiar sus costumbres. Otra razón es que muchas parejas trataban de escapar a las presiones familiares, sociales y eclesiásticas, mediante la celebración de un matrimonio privado.

En la gran mayoría de litigios sobre matrimonios ante los tribunales eclesiásticos, sobre todo en el norte de Europa, el punto central de la disputa versaba sobre la actualización de los requisitos establecidos en las Reglas Alejandrinas para la validez de la unión[14] y, naturalmente, el resultado del juicio del juicio dependía de los medios probatorios ofrecidos para acreditar el cumplimiento de dichos requisitos.

5. LAS CORTES Y EL PROCEDIMIENTO

La Iglesia Católica tenía jurisdicción sobre ciertos asuntos por razón de la persona; por ejemplo, todo aquello que involucraba a miembros del clero; o por razón de la materia, en donde podía incluirse casi cualquier asunto que implicara un pecado o que estuviera relacionado con un sacramento. Además de ofensas estrictamente contra la Iglesia y la fe, como la herejía, la jurisdicción *ratione materiae* de la Iglesia se extendía también

13 Donahue, Charles Jr., "The Policy of Alexander the Third's Consent Theory of Marriage", en *Proceedings of the Fourth International Congress of Medieval Canon Law*, Ciudad del Vaticano, Biblioteca Apostolica Vaticana, 1976, p. 262.

14 Helmholz, R.H., *Marriage Litigation in Medieval England*, Londres, Cambridge University Press, 1974, pp. 262-267.

a cuestiones como el incumplimiento de una promesa si ésta se había hecho bajo juramento (pues entonces se cometía el pecado de falso testimonio), pudiendo conocer entonces de cuestiones de incumplimiento contractual o de tratados internacionales entre príncipes.[15] En el caso del matrimonio, incluso antes de que se le considerara un sacramento, caía dentro de la jurisdicción *ratione materiae* de la Iglesia por tratarse de una promesa o juramento.

Toda la cristiandad estaba dividida en diócesis y el Obispo de cada diócesis era el juez ordinario.[16] Para mediados del siglo XIII, prácticamente todos los Obispos tenían un tribunal permanente, usualmente presidido por un oficial (por ejemplo, el archidiácono). Las apelaciones contra las determinaciones de esos tribunales eran resueltas por el tribunal de la Archidiócesis correspondiente y las apelaciones contra las resoluciones de este tribunal, por el papa.

Los tribunales de las Diócesis tenían sus propios secretarios y sus archivos, y por lo general contaban con un grupo de abogados vinculados, que fungían como representantes de las partes en los casos a petición de parte y como fiscales o abogados defensores en los casos de oficio.[17]

A diferencia de lo que sucedía con las reglas sustantivas, que se nutrían de un cuerpo más o menos abundante de las fuentes de derecho romano, canónico y germánico, la determinación del derecho procesal representaba un reto considerable por la ausencia de fuentes y por lo arcaico del sistema probatorio.

La falta de fuentes para determinar el derecho probatorio es fácil de entender. De derecho romano había muy pocas fuentes porque los textos incluidos en el Digesto se referían a un procedimiento que ya no se utilizaba en tiempos de Justiniano — *cuando se redactó el Digesto* — y por tanto los compiladores dejaron fuera mucho material de contenido procedimental. Y en cuanto al derecho canónico, hasta ese momento no se había hecho ningún intento por crear un procedimiento específico para las disputas de derecho canónico.

El incremento en las apelaciones ante el papa derivadas de procedimientos ante las cortes eclesiásticas —*de las cuales un gran número tenía que ver con matrimonios clandestinos*— generaron interés al interior de la Iglesia en impulsar la creación de reglas procesales que regularan un procedimiento utilizable. De manera que gran parte del impulso para la creación y determinación de reglas procesales parece haber venido desde la Iglesia.

Hacia 1130, Búlgaro, uno de los cuatro doctores civilistas, escribió el primer *ordo iudiciarius*, una descripción de todas las etapas del procedimiento, a solicitud de un can-

15 Lesaffer, Randall, *European Legal History*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 262-263.
16 Robinson, O.F., *et al., European Legal History*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 83.
17 Donahue, Charles Jr., Law, *Marriage, and Society in the Later Middle Ages,* Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 34-35.

ciller de la Iglesia. Durante el siguiente siglo, se publicaron cerca de cuarenta tratados sobre el procedimiento y se escribieron múltiples estudios sobre etapas específicas del mismo, como los testigos, los escritos de demanda, los cargos.

El *ordo iudiciarius* más conocido, a juzgar por la cantidad de manuscritos que sobreviven y por el hecho de que haya sido traducido a varios idiomas, fue el escrito por un canonista de origen alemán del siglo XIII llamado Tancredus, que fue profesor en la Universidad de Bolonia. La primera edición de su O*rdo Iudiciarius* se publicó en 1215 y presenta de manera ordenada las cuestiones relevantes del procedimiento en cuatro partes: (*i*) personas; (*ii*) del emplazamiento a la contestación; (*iii*) pruebas; y (*iv*) sentencias.

Los papas, sobre todo Alejandro III e Inocencio III, por medio de decretales fueron completando y perfeccionando la regulación del procedimiento; e insistían en que los tribunales eclesiásticos condujeran los procedimientos y resolvieran los asuntos siguiendo esas reglas procesales, por considerarlas el único medio para asegurar que los intereses de las partes estuvieran protegidos.[18] Por esa razón, la mayoría de los autores que trataron el tema del procedimiento en esa época fueron canonistas, usando como base en su mayor parte fuentes canónicas.

Para mediados del siglo XIII, se había integrado, con gran influencia de fuentes eclesiásticas, un nuevo sistema de derecho procesal que los contemporáneos describían como *ordo iudiciarius*, *ordo iudiciorum* u *ordo iuris*;[19] y que es denominado por los historiadores como procedimiento romano-canónico.

El procedimiento romano-canónico que desarrollaron los glosadores y que se aplicó de inicio principalmente en los tribunales eclesiásticos, fue realmente exitoso y para el siglo XIII empezaría a usarse en los tribunales seculares.[20] Tan exitoso, de hecho, que habría de trascender a través de los siglos. Se convirtió en la base de los sistemas procesales de la mayoría de los países de Europa y, posteriormente, de todos aquellos que recibieron influencia europea. Muchas de sus características siguen vigentes hoy en día y consagró principios y conceptos jurídicos fundamentales como la idea del debido proceso legal, la presunción de inocencia, el derecho de no auto incriminarse, entre muchos otros.[21]

El procedimiento, a grandes rasgos, iniciaba con una demanda acompañado de una citación judicial. En el escrito inicial, el demandante tenía que especificar su reclamo, las bases del mismo, y el tipo de acción. El demandado entonces comparecía para contestar la demanda, pudiendo oponer ciertas defensas. Después, el demandante narraba

18 Stein, Peter, *Roman Law in European History*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 58.
19 Brundage, James A., "Full and Partial Proof in Classical Canonical Procedure", en *The Jurist*, núm. 67, Washington D.C., The Catholic University of America Press, 2007, p. 58.
20 Stern, *óp. cit.*, p. 59.
21 Brundage, *óp. cit.*, pp. 58-59.

los hechos y sus alegatos en forma de artículos o posiciones y el demandado admitía o negaba cada uno de ellos y establecía sus propias posiciones. Al finalizar esta etapa, correspondía al Juez analizar los puntos no admitidos por el demandado a la luz de las pruebas presentadas. Tras la etapa probatoria, las partes exponían sus argumentos legales y el Juez dictaba la sentencia.[22]

Las distintas cortes, por regla general, llevaban y conservaban expedientes escritos de los casos presentados. En el caso de las cortes eclesiásticas, en el Cuarto Concilio de Letrán se estableció la obligación de que se conservaran registros escritos de todas las etapas de los procedimientos y se recomendaba el uso de notarios. En aquellos casos en que esos registros se conservan, son una fuente muy valiosa para el estudio de las controversias presentadas ante las Cortes, la manera en que se llevaban los procedimientos y, sobre todo, de las reglas aplicadas para dictar las sentencias.

6. LAS REGLAS SOBRE LOS MEDIOS DE PRUEBA

En la época en que los glosadores de la Escuela de Bolonia empezaron a analizar las reglas procesales, en las cortes seculares uno los medios típicos de prueba era la ordalía o "juicio de Dios", que es una prueba ritual usada para averiguar la culpabilidad o inocencia de una persona acusada. Estas pruebas rituales por lo general estaban relacionadas con torturas causadas por el fuego o el agua, obligándose al acusado a sujetar hierros candentes, introducir las manos en una hoguera o permanecer largo tiempo bajo el agua. Si la persona sobrevivía o no resultaba demasiado herido, se interpretaba que Dios lo consideraba inocente.

Otros métodos usuales de prueba eran el duelo y la compurgación, ésta última siendo una especie de juramento que prestaba el acusado trayendo ante la corte a un número requerido de personas, usualmente doce, que juraran creer en su declaración.

De manera similar, en los tribunales eclesiásticos los medios usuales de prueba usados en el procedimiento eran la compurgación y la ordalía.

Las recopilaciones de derecho romano no contienen ninguna referencia a estos medios de prueba de carácter ritual y casi mágico, y tratan exclusivamente de la prueba mediante testigos y documentos.

Cuando los civilistas y canonistas empezaron a estudiar el derecho probatorio y escribir los tratados y *ordines iudiciarii,* se encontraron con que el derecho romano solo admitía métodos "racionales" de prueba, y rápidamente se generó un movimiento en contra de los métodos "irracionales" utilizados hasta entonces. El movimiento tuvo éxito. Para 1215, en el Cuarto Concilio de Letrán, la Iglesia dejó de apoyar la ordalía como mecanismo probatorio en los procedimientos.

---

22 Robinson, O.F., *óp. cit.,* p. 87.

Pronto, el uso de la ordalía desapareció en Occidente. En Inglaterra, por ejemplo, se le reemplazó por juicio ante jurados. Y en Europa continental se empezó a dar preferencia y a dedicar tratados y estudios a medios de prueba como la testimonial y documental.

7. LA VALORACIÓN DE LOS TESTIGOS

Según la autoridad clásica en procedimiento canónico, el *Ordo Iudiciarius* de Tancredus, los testigos debían hacer un juramento de qué dirían toda la verdad para las dos partes y que no rendían testimonio a cambio de un pago, por amistad, por rencillas o por beneficio personal. Después de rendir juramento, debían ser examinados por separado, en secreto.

Las deposiciones de los testigos eran registradas por un notario y una vez concluidas, la parte contraria tenía la oportunidad de oponerse al testimonio de los testigos, ya sea haciendo valer excepciones sobre sus personas o bien ofreciendo pruebas para demostrar que su testimonio era falso en algún aspecto.

Como regla general, dos testigos eran prueba suficiente, pero hay ciertas personas que no podían testificar. Entre los que no podían testificar, Tancredus enumera a los esclavos, los infames, los dementes, los indigentes, los menores de catorce años, los infieles y los criminales.[23] Tampoco pueden hacerlo los jueces, abogados o ejecutores respecto de un caso en el que hayan participado con ese carácter, ni los hijos en favor de sus padres o los padres en beneficio de los hijos, con ciertas excepciones; ni quienes sean enemigos de la parte contra la cual declaran. Las mujeres por regla general podían ser testigos, salvo en casos penales y de sucesiones testamentarias.

Cuando Tancredus publicó su *Ordo Iudiciarius* en el siglo XIII, se centró principalmente en las categorías de personas a las que no se permitía testificar. Pero incluso él consideraba que algunas de las normas eran demasiado estrictas, por ejemplo, en el caso de los indigentes, a los que consideraba que sólo debía impedirse testificar si "*se presumía que ocultarían la verdad al recibir dinero*" (algo que debía determinarse caso por caso).

El *Ordo Iudiciarius* también indica que los testigos debían ser interrogados sobre los detalles de que lo que vieron y escucharon, para poder determinar si sus historias eran consistentes. De manera que los testigos debían declarar sobre los detalles alrededor de los hechos narrados, por lo cual debía preguntárseles sobre las personas presentes, la hora del día, el lugar, el clima, incluso sobre la ropa que traían puesta los presentes. Igualmente, se les cuestionaba cómo recordaban o cómo estaban seguros de que las

23 Tancredus, *óp. cit.*, en 3.6.

cosas habían ocurrido en esa fecha o a esa hora del día (a menudo los testigos declaraban varios años después de ocurridos los hechos).

Si un testigo se contradecía a sí mismo, su testimonio no tenía valor probatorio. Si las historias de los testigos de una de las partes no eran consistentes, el Juez debía creer los testimonios que iban más de acuerdo con la naturaleza del asunto y que eran menos sospechosos. Si las declaraciones de los testigos de una parte contradecían a las de la otra parte, el Juez debía tratar de reconciliar las versiones, pero si esto no era posible, debía seguir el testimonio de aquellos que fueran más dignos de confianza. Para ello se estableció un conjunto de reglas para determinar qué testigos eran más dignos de confianza: los nobles por encima de los plebeyos, los hombres por encima de las mujeres, los nacidos libres por encima de los liberados, los más viejos por encima de los más jóvenes, los ricos por encima de los pobres, los que vivían una vida virtuosa por encima de los que vivían en vicio, los que no eran amigos ni enemigos de las partes por encima de los que si lo eran. Si todos los testigos eran igualmente dignos de confianza, entonces el Juez debía creerle a la parte que presentara un mayor número de testigos. Y si presentaron igual número de testigos igualmente dignos de confianza, entonces debía absolver al demandado.

Tancredus también postula el principio de que quien afirma está obligado a probar (*onus probandi incumbit ei qui dicit*), que aún se conserva en el derecho probatorio moderno de muchos países.

Podemos encontrar reglas muy similares sobre los testigos y su valoración en las Siete Partidas de Alfonso X, redactadas entre 1256 y 1265,[24] y en otros cuerpos normativos y textos doctrinales de esa época, lo cual refleja la generalización de estas normas y principios de derecho probatorio en la Europa del siglo XIII.

Dos siglos más tarde, cuando Roberto Maranta publicó su *Speculum Aureum*, el enfoque parecía haber cambiado. Maranta no se preocupa ni se interesa demasiado por quién puede ser testigo, y prefiere analizar cómo se debe citar, interrogar o deponer a los testigos. Lo mismo puede decirse de la *Ordonnance pour la procédure civile* (1667), que contiene muy poco sobre los factores que descalifican a los testigos, y se ocupa más bien de las citaciones y de la forma en que deben tomarse las deposiciones.

8. OTROS CASOS DE MATRIMONIOS CLANDESTINOS

Otro caso interesante de matrimonio clandestino ante los tribunales eclesiásticos ingleses en el siglo XIII es el de *Smith vs. Dolling*.[25]

En 1271, una mujer llamada Alice Dolling, originaria del pueblo de Winterbourne Stroke, inició un procedimiento ante el Tribunal de Salisbury en contra de William

24 Partida III, Título XVI, Siete Partidas, Tomo II, Madrid, Imprenta Real, 1807, pp. 514-538.
25 Adams, *óp. cit.*, pp. 127-138.

Smith, alegando que habían contraído matrimonio y pidiendo que fueran declarados como válidamente casados.

De acuerdo con Alice, la tarde del 26 de diciembre de 1269, en su casa en Winterbourne Stroke, intercambió palabras de consentimiento para contraer matrimonio con William Smith. William negó los hechos, pero aceptó haber tenido relaciones sexuales con Alice.

Alice presentó tres testigos para probar su caso: Celia y Margaret, hijas de Richard Long y aparentemente sus medias hermanas, y Margaret, hija de Michael. Las tres mujeres aseguraron haber presenciado el intercambio de consentimiento. Las testigos declararon haber estado en casa de John le Ankere alrededor del atardecer y haber visto como William y Alice estaban sentados en una banca frente a la cama y como él la tomó de la mano y le dijo "*Yo, William, te tomaré a ti Alice como mi esposa mientras los dos vivamos y juro mi fidelidad*", a lo que Alice contestó "*Y yo Alice te tomaré a ti como esposo y juro mi fidelidad*". Las tres testigos coincidieron en la descripción de la ropa que traían puesta los contrayentes: William una túnica gris, una sobre túnica roja y un sombrero, mientras que Alice traía puesto una túnica blanca y una capucha azul. También coincidieron en que las únicas personas presentes eran William y Alice y ellas tres.

William impugnó el testimonio de las tres mujeres, alegando que estaban mintiendo pues el día señalado por Alice y sus testigos, él había estado desde las nueve de la mañana y hasta el mediodía del día siguiente en una fiesta gremial en el pueblo de Bulford, ubicado a más de seis kilómetros de distancia de Winterbourne Stroke. Para probarlo, presentó diez testigos — *todos hombres* — que declararon haberlo visto y hablado con él durante la fiesta gremial en Bulford durante todo el día en cuestión y hasta la mañana siguiente.

Ante esta defensa, Alice presentó cuatro testigos adicionales que aseguraron haber visto a William en Winterbourne Stroke la tarde del 26 de diciembre de 1269. Sus testigos de réplica fueron también mujeres: Edith de Winterbourne Stroke dijo haber visto una vez a William caminando con un grupo de mujeres cerca de la Parroquia de Saint Peter; su hermana Edith Dolling declaró haberlo visto varias veces ese día cerca de la Parroquia; mientras que Agnes Grey y Alice, hija de William Chaplain, juraron igualmente haber visto a William ese tarde en Winterbourne Stroke.

La Corte pidió a William que volviera a presentar a sus testigos y éste alegó no poder hacerlo porque habían muerto o habían salido de la provincia con motivo de un peregrinaje u otra causa necesaria.

En mayo de 1272, se dictó sentencia en la que se declaró que Alice había probado suficientemente su caso y William no había probado su excepción, por lo que se les declaró válidamente casados. Sin embargo, William apeló la sentencia ante el Obispo de Canterbury y para octubre de ese mismo año consiguió que se revocara el fallo. Las razones parecen haber sido, por un lado, que encontraron ciertas inconsistencias en los

detalles en la historia contada por las testigos presentadas por Alice y, por otro lado, la aplicación de las reglas de valoración de testigos: William ofreció testigos hombres mientras que Alice sólo presentó a mujeres, y William presentó tres testigos más que Alice.

Con independencia del resultado final, lo más interesante del caso es que ejemplifica la manera en que la regulación de fondo sobre la manera de contraer un matrimonio válido jugaba con las reglas procesales y de valoración de las pruebas.

Inglaterra, por supuesto, no era el único lugar donde se presentaban casos de matrimonios clandestinos. Fueron un tipo de litigio muy común también en la Europa continental.

En el caso de los tribunales en París, no se han conservado muchos registros de los casos tramitados, salvo por algunos expedientes entre 1384 y 1387. Sin embargo, a diferencia de los expedientes ingleses, no incluyen las transcripciones de las demandas ni de las declaraciones de testigos, por lo que es mucho más difícil descifrar los hechos detrás de cada caso.[26]

Uno de esos casos es el de *Thomas Domont vs Perette la Cousine*.[27] Thomas presentó una demanda en contra de Perette, argumentando haber contraído con ella matrimonio por consentimiento en tiempo futuro. Perette contestó la demanda confesando que habló con él sobre contraer matrimonio, pero alegando que sujetó su consentimiento a que su padre estuviera de acuerdo. El padre de Perette compareció al procedimiento y declaró que no estaba de acuerdo ni aprobaba la unión. Sabemos que Thomas presentó testigos, aunque no está claro si para probar que el padre ya había dado su aprobación o para probar que el consentimiento de Perette no había sido condicional. No hay más constancias en el expediente, por lo que quizá las partes llegaron a un acuerdo y se desistieron, o bien la sentencia se perdió o destruyó.

Un caso similar es *Pierre de Coesmes vs Colette hija de Colin Poulin*.[28] El demandante, Pierre, presentó una demanda alegando haber contraído un matrimonio válido con Colette, con quien intercambió juramentos de fidelidad y a quien entregó un anillo de plata como símbolo del matrimonio. Colette confesó que Pierre le había pedido matrimonio y admitió haber aceptado el anillo, pero alegó haberle dicho que sólo se casaría con él si su padre y sus familiares estaban de acuerdo. El padre de Colette compareció al procedimiento declarando que no estaba de acuerdo con el matrimonio. Pierre insistió en que se hiciera a Colette jurar si su consentimiento había estado sujeto a la

26 Donahue, Charles Jr., *Law, Marriage, and Society in the Later Middle Ages,* Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 302.

27 Petit Joseph (ed.), *Registre Des Causes Civiles De l'Officialité Épiscopale De Paris 1384-1387*, Paris, Imprimerie nationale, 1919.

28 *Idem.*

condición de que su padre aprobara la unión, y Colette así lo hizo. Finalmente, se dictó una sentencia en favor de Colette, declarando que no había matrimonio válido.

Estos casos franceses son especialmente interesantes porque agregan una complejidad adicional al análisis de si se había contraído un matrimonio válido: el consentimiento sujeto a condición. Y si bien no había una regla expresa sobre el tema, se interpretó que el consentimiento sujeto a condición no podía entenderse ni equipararse al consentimiento en tiempo presente requerido por las Reglas Alejandrinas.

9. EL CONCILIO DE TRENTO Y EL FINAL DE LOS MATRIMONIOS CLANDESTINOS

Después de siglos de litigio por matrimonios contraídos de manera "clandestina" y de que las costumbres locales poco a poco se hubieran modificado para finalmente popularizar los matrimonios celebrados de manera pública, en la Iglesia local y frente a un sacerdote, en el siglo XVI se decidió no reconocer más la validez de los matrimonios clandestinos.

El problema se discutió durante el Concilio de Trento, el cual se desarrolló en varios periodos entre 1545 y 1563, con veinticinco sesiones en total. Tras un intenso debate, se llegó a un compromiso y, como resultado, emitieron el decreto Tametsi en 1563. En dicho decreto, se establecía que los matrimonios sólo serían válidos si se contraían "en presencia del párroco y de dos o tres testigos".[29]

A partir del Concilio de Trento, el matrimonio perdió el carácter puramente consensual que había tenido durante la Edad Media y se le añadieron formalidades para prevenir la ocurrencia de matrimonios clandestinos. Asimismo, se desarrolló una teoría de que el mero consentimiento sin consumación era un matrimonio imperfecto, que podía ser disuelto, en contraste con el matrimonio donde había consumación, que se consideraba perfecto y no era susceptible de disolución.[30]

Tras la emisión del Decreto Tametsi, dejaron de presentarse los casos de matrimonio clandestino ante los tribunales, pues ya no serían válidos en ningún supuesto.

10. CONCLUSIONES

El matrimonio, su celebración y validez fue durante siglos un asunto reservado al derecho secular y que se definía conforme a las costumbres de cada región. Hacia el siglo XII, la Iglesia católica trató de uniformar las reglas para la celebración de matrimo-

29 Shoroeder, H.J. (trad.), *The Canons and Decrees of the Council of Trent*, Charlotte, Tan Books and Publishers, 2009, pp. 183-190.

30 Van Caenegem, *óp. cit*., p. 194.

nios válidos y el papa Alejandro III publicó las llamadas "Reglas Alejandrinas" que únicamente requerían un intercambio de consentimiento en tiempo presente o bien en tiempo futuro seguido de relaciones sexuales.

Las Reglas Alejandrinas, al no requerir ningún tipo de publicidad, ni del consentimiento de los padres, ni de la intervención de un sacerdote, resultaron en el surgimiento de matrimonios clandestinos contraídos de manera privada, en ocasiones en ausencia de testigos. Estos casos se litigaban constantemente ante los tribunales eclesiásticos de Europa y en ellos una de las partes buscaba que se les declarara válidamente casados con la otra parte, que negaba haber contraído matrimonio. Los puntos medulares de estos casos eran si las partes habían intercambiado consentimiento, si el consentimiento se había sujetado a alguna condición (y si ésta se había cumplido), el tiempo verbal en que lo habían formulado y, en caso de haber sido en tiempo futuro, si posteriormente la pareja había tenido relaciones sexuales.

Los expedientes de estos procedimientos son muy interesantes pues reflejan la relevancia que adquirió el debido proceso y el cumplimiento de los estándares de prueba. Las excepciones y los argumentos de las partes a menudo se refieren a aspectos puramente procesales o tienen que ver con la persona que comparece como testigo, por sus características o su vinculación con las partes. Además, los resultados de los casos reflejan el intrincado sistema de valoración de pruebas que servía como guía a los jueces.

La gran cantidad de casos de esta naturaleza impulsó en buena medida el surgimiento de un cuerpo de normas y principios sobre los medios de prueba, en particular sobre la prueba testimonial que era la más utilizada. Esto poco a poco fue integrando un auténtico sistema de derecho probatorio, que fue comúnmente utilizado en Europa durante siglos y que constituye un antecedente directo de los sistemas probatorios modernos.

Si bien muchas de las reglas en materia procesal y probatoria desarrolladas y utilizadas durante ese periodo fueron eventualmente abandonadas, muchos principios permearon y se conservan en los sistemas modernos.

11. BIBLIOGRAFÍA

Adams, Norma y Charles Donahue (ed.), *Select Cases from the Ecclesiastical Courts of the Province of Canterbury c. 1200–1301*, Londres, Publications of the Selden Society, 1985, 756 pp.

Bergmann, Friedrich Christian, *Pillii, Tancredi, Gratiae, Libri de iudiciorum Ordine*, Göttingen, 1842, 456 pp.

Brundage, James A., "Full and Partial Proof in Classical Canonical Procedure", en *The Jurist*, núm. 67, Washington D.C., The Catholic University of America Press, 2007, pp. 58–71.

Donahue, Charles Jr., *Law, Marriage, and Society in the Later Middle Ages,* Cambridge, Cambridge University Press, 2007, 976 pp.

—, "Proof by Witnesses in the Church Courts of Medieval England: An Imperfect Reception of the Learned Law", en: Arnold, Morris S. *et al.*, *On the Laws and Customs of*

England: Essays in Honor of Samuel E. Thorne, Chapel Hill, North Carolina University Press, 1981, pp. 127–158.

—, "The Policy of Alexander the Third's Consent Theory of Marriage", *Proceedings of the Fourth International Congress of Medieval Canon Law*; Ciudad del Vaticano; Biblioteca Apostolica Vaticana, 1976, pp. 251 a 281.

Friedberg, Emil Albert y Aemil Richter (edit.); *Corpus Iuris Canonici;* 2 vols.; New Jersey; Law Book Exchange, 2000.

Helmholz, R.H., *Marriage Litigation in Medieval England*, Londres, Cambridge University Press, 1974, 246 pp.

Lesaffer, Randall, *European Legal History*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 549 pp.

Petit Joseph (ed.), *Registre Des Causes Civiles De l'Officialité Épiscopale De Paris 1384-1387*, Paris, Imprimerie nationale, 1919, 616 pp.

Robinson, O.F., *et al.*, *European Legal History*, Oxford, Oxford University Press, 2000, 385 pp.

Schnautz Johnson, Brandy, "The Making of Marriage in Thirtheen Century England: Verb Tense, Popular Legalism, and the Alexandrian Law of Marriage", en *Texas Journal of Women and the Law*, no. 15, Austin, University of Texas at Austin, 2005.

Sheehan, Michael M., "Marriage and Family in English Conciliar and Synodal Legislation", en *Essays in Honour of Anton Charles Pegis*, Toronto, ed. J. Reginald O'Donnell, 1974.

Shoroeder, H.J. (trad.), *The Canons and Decrees of the Council of Trent*, Charlotte, Tan Books and Publishers, 2009, 293 pp.

Siete Partidas, Madrid, Imprenta Real, 1807, 3 tomos.

Stein, Peter, *Roman Law in European History*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, 137 pp.

Van Caenegem, R.C.; *An Historical Introduction to Private Law*; Cambridge, Cambridge University Press, 1996, 244 pp.

LAS INICIATIVAS DE REFORMA CONSTITUCIONAL AL PODER JUDICIAL Y EN MATERIA DE PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA COMO EJEMPLOS DE DESVIACIÓN DE PODER

Eugenia Paola Carmona Díaz de León*

RESUMEN: En este trabajo se hará una extrapolación en abstracto del concepto de «Desviación de poder» para aplicarlo a las reformas constitucionales en materia de poder judicial y de prisión preventiva oficiosa, a fin de demostrar la inconstitucionalidad en la que incurren dichas reformas al proponer normas que atentan con los principios contenidos actualmente en la Ley Fundamental.

Palabras clave: Desviación de poder, Derechos Humanos, Doctrina de la Estructura Básica, Principio de división de poderes, Principio de supremacía constitucional, Principio de independencia judicial, Principio de imparcialidad judicial.

ABSTRACT: In this paper, an abstract extrapolation of the concept of "diversion of power" will be made to apply it to the constitutional reforms in matters of judicial power and informal preventive imprisonment, to demonstrate the unconstitutionality which such reforms incur by proposing rules that they comply with the principles currently contained in the fundamental law.

Keywords: Abuse of Power, Misuse of Power, Human Rights, Basic Structures Doctrine, Separation of powers, Constitutional Supremacy, Judiciary Independence, Judicial Impartiality

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE «DESVIACIÓN DE PODER». II. REFORMA AL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. III. REFORMA AL ARTÍCULO 19 EN MATERIA DE PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA. CONCLUSIÓN. FUENTES.

INTRODUCCIÓN

El pulso político de la realidad nacional no es alentador para la defensa y protección de los derechos humanos. De las iniciativas de reforma constitucional presentadas por el presidente de la República el 5 de febrero del presente año, se desprende el desinterés —por no llamarlo desprecio—, hacia la garantía de los derechos humanos de las mexi-

* 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 paolacdl@yahoo.com

canas y mexicanos. Particularmente dos resultan inquietantes: La iniciativa por la que se reforma el artículo 19 de la Constitución Política, que extiende el catálogo de delitos para prisión preventiva oficiosa; y sobre todo la reforma en materia sobre el Poder Judicial que entre sus puntos destacables incluye la elección directa de los Ministros, Magistrados, y Jueces de Distrito federales y jueces locales por parte de la ciudadanía; la sustitución del Consejo de la Judicatura Federal por un órgano administrativo que, al menos, en la iniciativa, ni siquiera mereció un nombre; así como la instauración de un Tribunal de Disciplina Judicial, entre otras cuestiones.

El presente trabajo partirá de dos iniciativas de reforma constitucional presentadas por el entonces presidente de la República el 5 de febrero del presente año: la relativa al Poder Judicial de la Federación que fue aprobada y publicada en el Diario Oficial de la Federación el pasado 15 de septiembre[1]; así como la iniciativa de reforma al artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pendiente en comisión de la Cámara de Diputados, que fungió como Cámara de origen[2].

Puede considerarse también como unas reformas constitucionales «revolucionarias», al conducir al colapso del orden existente por medio de la sustitución de los principios básicos que le dan identidad a la constitución"[3], debido a que, entre otras cosas, sus alcances modifican las reglas del juego respecto al ejercicio, protección y garantía de los derechos humanos en nuestro país y constituyen un verdadero «Fraude de ley o fraude a la constitución», toda vez que se está dando "la impresión de estar cumpliendo con la norma para obtener los resultados contrarios a los que la norma establece[4], lo que implica una forma de «corrupción» de la propia Ley Fundamental, de conformidad con lo señalado por Carl Joachim Friedrich, quien afirma que "Una ley, una norma legal puede ser destruida tanto por la desobediencia como por la falsa interpretación, y ambas formas de violación son idóneas para pervertir la norma, para apartarla de su curso debido"[5].

---

1 "Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de reforma del Poder Judicial", en *Diario Oficial de la Federación*, 15 de septiembre de 2024, disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5738985&fecha=15/09/2024#gsc.tab=0 [consultado el 4 de octubre de 2024]

2 Secretaría de Gobernación, "Reporte de iniciativas del Ejecutivo Federal pendientes en Comisiones", en *Sistema de Información Legislativa*, s/p, disponible en: http://sil.gobernacion.gob.mx/Reportes/GeneracionReportes/reporteAutomatico1.php?TipoReporte=1&Periodo=4 [consultado el 4 de octubre de 2024]

3 Roznai, Yaniv, *Reformas constitucionales inconstitucionales: Los límites al poder de reforma*. Vicente F. Benítez, Santiago García Jaramillo, Julián González Escallón, et al. (trads.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020, p. 71.

4 Micha, Adela, "Diego Valadés denuncia fraude a la constitución y al Poder Judicial Mexicano", en *Me lo dijo Adela, La Saga*, del 19:09 al 19:22; disponible en: https://youtu.be/97RkL_0dPtc?si=TJkrt6dgHkRPR0Z2 [consultado el 21 de agosto de 2024]

5 Friedrich, Carl Joachim, *El hombre y el gobierno (una teoría empírica de la política)*. González Casanova J.A. (tr.), Madrid, Tecnos, 1968, p. 304, en Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de interpretación constitucional. Principios, métodos y enfoques para la aplicación de las constituciones*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 785.

En ambas reformas propuestas, con la justificación de la modificación de la ideología política, a partir del voto mayoritario de la población a favor de una coalición de partidos políticos, se pretende introducir normas jurídicas que se contraponen a los principios que rigen la Constitución, lo que podría traer como consecuencia la implosión no sólo a la Carta Magna, sino al sistema jurídico en general.

Por lo que ambas encuadran en el concepto de «Desviación de poder», un concepto que se ha desarrollado en el Derecho Administrativo, del cual se hará una extrapolación en abstracto para su aplicación en los actos del Poder Legislativo, de conformidad con el análisis desarrollado por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero.

En el primer apartado, se describirá lo que se entiende por «Desviación de poder», noción que será el eje del presente estudio, mientras que en los acápites subsecuentes se estudiarán, desde esta definición, las reformas al Poder Judicial y al artículo 19 en materia de prisión preventiva oficiosa, para llegar a una conclusión general a partir del examen de diversas fuentes documentales de doctrina, legislación y jurisprudencia.

I. UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE «DESVIACIÓN DE PODER»

Para poder encuadrar jurídicamente estos hechos que se desarrollan actualmente en el poder legislativo, es necesario recordar que el concepto genérico al que se vinculan sería el fraude a la ley, que viene de lejos. Según el Digesto, Ulpiano en los Comentarios al Edicto IV, lo definió de la siguiente manera: "Se comete, pues, fraude contra la ley, cuando se hace aquello que no quiso que se hiciera, pero que no prohibió que se ejecutara; y lo que dista el dicho del sentido, esto dista el fraude de lo que se hace contra la ley"[6]. En un contexto actual, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero definen el fraude a la ley "cuando el uso *prima facie* lícito, de un poder normativo da lugar a un estado de cosas situado más allá del alcance justificado de ese poder normativo"[7]. Sin embargo, estos autores hacen una acotación: ya que si los actos ilícitos se oponen a principios, estaríamos ante la «Desviación de Poder», un concepto surgido en Francia[8] y desarrollado en un principio dentro del Derecho Administrativo y que es similar al fraude a la ley, "con la diferencia de que el agente, el titular de la norma que confiere poder, es un órgano público"[9]. La definición que proponen dichos autores para este concepto es:

> La acción *A* realizada por un órgano público *O* en las circunstancias *X* supone una desviación de poder si y solo si:
>
> 1) Existe una regla regulativa que permite al órgano *O* usar la regla que confiere poder (público) para, en las circunstancias *X* determinadas, realizando *A*, producir como resultado *R* un acto administrativo o una disposición jurídica.

6 D. I, 3,30
7 Atienza, Manuel, Ruiz Manero, Juan, *Ilícitos Atípicos*, Madrid, Trotta, 2000, p. 85.
8 Chinchilla, Carmen, *La desviación de poder*. Madrid, Civitas, 1989, p. 14.
9 Atienza, Manuel, Ruiz Manero, Juan, op. cit., p. 94.

2) Como consecuencia de *R*, se produce un cierto estado de cosas *E*, que, de acuerdo con el balance entre los principios que justifican la permisión anterior y otros principios del sistema, supone un daño injustificado o un beneficio indebido, y no hay una regla regulativa que prohiba producir *R* (la disposición jurídica en cuestión), aunque pueda haber una regla dirigida para evitar *E*.

3) *R* es un medio para *E*:

3.1) bien en sentido subjetivo: dado que al realizar *A*, *O* no perseguía otra finalidad discernible más que alcanzar, por medio de *R*, la consecuencia *E* y que *R* es objetivamente adecuado para *E*;

3.2) bien en sentido objetivo: dado que *R* es objetivamente adecuado para *E*, aunque *O* no tuviera ese propósito al realizar *A*;

4. El balance entre los principios mencionados en 2) tiene fuerza suficiente para generar una nueva regla que establece que en las circunstancias *X'* (*X* más alguna circunstancia que suponga la realización de 2 y de 3.1 o 3.2) está prohibido usar la regla que confiere poder de forma que se alcance, por medio de *R*, la consecuencia *E*. Por ello, el resultado *R* (el acto o disposición jurídica de que se trate) debe considerarse inválido (regulativamente) en la medida que conduzca a *E*[10].

Debe hacerse hincapié en el hecho de que los órganos públicos se rigen por el principio de interés público, es decir, ejercen "la función pública al servicio de intereses generales"[11], de ahí que el poder que tienen para generar el estado de cosas se deriva del mandato para su producción, que, a su vez, no puede desvincularse a los fines establecidos en la propia norma, por lo que la ilicitud "deriva de que la conducta contraviene el principio que regula la producción de la consecuencia"[12].

En el caso específico de las reformas constitucionales en comento, resulta palmario afirmar que el titular del Ejecutivo tiene la facultad de iniciativa, de la misma manera que el Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas, para seguir el proceso legislativo que tenga como resultado la modificación de la Ley Fundamental, de conformidad con lo establecido en:

Artículo 71. El derecho de iniciar leyes o decretos compete:

I. Al Presidente de la República;

II. A los Diputados y Senadores al Congreso de la Unión [...]

[...]

Artículo 72. Todo proyecto de ley o decreto, cuya resolución no sea exclusiva de alguna de las Cámaras, se discutirá sucesivamente en ambas, observándose la Ley del Congreso y sus reglamentos respectivos, sobre la forma, intervalos y modo de proceder en las discusiones y votaciones: [...]

[...]

10 Ibidem, p. 97
11 Ibidem, p. 95.
12 Ibidem, p. 99.

> Artículo 135. La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados y de la Ciudad de México. El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas[13].

Un punto más fino radica en la facultad que tiene la legislatura para procesar el dictamen y la aprobación de las iniciativas de reforma constitucional, de conformidad con los artículos 230, 231 y 232 del Reglamento de la Cámara de Diputados[14] y el artículo 162, 224, y 225 del Reglamento del Senado[15]. Incluso, en el supuesto de que la aprobación hubiera quedado pendiente, la siguiente legislatura, que entró en funciones a partir del primero de septiembre, de conformidad con el artículo 65 constitucional[16] tenía que cumplir con esa etapa del procedimiento, de tal manera que el requisito quedaba salvado si se interpretan de manera sistemática los artículos 84 y 288.1 del Reglamento de la Cámara de Diputados, en función del papel de esta última como cámara de origen:

> Artículo 84.1.— El dictamen será válido sólo cuando la comisión o comisiones discutan un asunto en Reunión y éste se apruebe, por mayoría absoluta.
>
> 2. La comisión o comisiones que emitan dictamen, deberán enviarlo de inmediato a la Mesa Directiva, para los efectos de la programación legislativa.
>
> ...
>
> Artículo 288.1.— Al término de la Legislatura, la Secretaría de Servicios Parlamentarios elaborará un listado de dictámenes de las iniciativas y las minutas, que se encuentren en poder de la Mesa Directiva. La Junta, conforme a las atribuciones que le confiere el artículo 34, numeral 1, inciso a), de la Ley, determinará, a través de un acuerdo, los dictámenes que se presentarán ante el Pleno, durante el primer periodo de sesiones, del primer año de ejercicio de la siguiente Legislatura[17].

Por su parte, la Junta de Coordinación Política de la Cámara de Diputados cuenta con la atribución de "Impulsar la conformación de acuerdos relacionados con el contenido de las agendas presentadas por los distintos grupos parlamentarios y con el contenido

---

13 *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, pp. 67-68, 150, disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf [consultada el 20 de agosto de 2024]

14 *Reglamento de la Cámara de Diputados*, pp. 77-78, disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/Reg_Diputados.pdf [consultado el 18 de agosto de 2024].

15 *Reglamento del Senado de la República*, pp. 46, 64, disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/Reg_Senado.pdf [consultado el 18 de agosto de 2024].

16 Cfr. Artículo 65, de la *Constitución*... op. cit., p. 65.

17 *Reglamento de la Cámara de Diputados*, op. cit., pp. 27, 95,

de las propuestas, iniciativas o minutas que requieran de su votación en el pleno, a fin de agilizar el trabajo legislativo"[18].

Así, en el caso de aprobarse por la Comisión de Puntos Constitucionales por mayoría absoluta, el dictamen se consideraría válido, y en consecuencia, dicha comisión deberá enviarlo de inmediato a la Mesa Directiva, para los efectos de la programación legislativa, la cual no se detiene, puesto que al término de la Legislatura, la Secretaría de Servicios Parlamentarios tiene la obligación de elaborar un listado de dictámenes de las iniciativas y las minutas, que se encuentren en poder de la Mesa Directiva, mientras que la Junta de Coordinación Política determinará, a través de un acuerdo, los dictámenes que se presentarán ante el Pleno durante el primer periodo de sesiones, del primer año de ejercicio de la siguiente Legislatura.

Lo que no es óbice para afirmar que tanto la dictaminación, como la aprobación de las reformas deben apegarse a las formalidades establecidas en la constitución y la legislación que de ella se deriva, de lo contrario podrían ser sujetas a revisión constitucional, como resultado de la violación al principio de supremacía constitucional, toda vez que "es claro que solamente considerando al Poder Reformador como un poder constituido y limitado, la estructura de la organización constitucional democrática mantiene su coherencia y cobra sentido el principio jurídico de supremacía constitucional, ya que así ningún poder organizado y regulado por la Constitución puede ubicarse encima de ella[19]". De tal manera que si existen violaciones al procedimiento legislativo se acreditaría el punto 2 de la definición de «desviación de poder» de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, debido a que se produciría un estado de cosas que supone un beneficio indebido al conferir a los poderes ejecutivo y legislativo facultades que exceden su competencia al incidir en la configuración del poder judicial, a pesar de las reglas y principios dirigidos a evitar este desequilibrio de poderes.

En el mismo tenor, es importante resaltar que el contenido de estas iniciativas y reformas deben adecuarse al resto del articulado constitucional y de los principios contenidos en ella, que si bien no están encuadrados en un solo precepto, podemos identificar a partir del estudio desarrollado por Jorge Carpizo: a) derechos humanos; b) soberanía; c) división de poderes; d) sistema representativo; e) régimen federal; f) justicia constitucional; g) supremacía del Estado sobre las iglesias[20] y que han provisto a la ley fundamental de unidad jurídica, histórica, política y sociológica, y sin los cuales no se comprende la configuración del Estado Mexicano, pero que dentro de la Teoría Cons-

---

18 Artículo 34 fr. I, a) de *Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos*, p. 14, disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LOCGEUM.pdf [consultado el 18 de agosto de 2024].

19 PODER REFORMADOR DE LA CONSTITUCIÓN. EL PROCEDIMIENTO REFORMATORIO RELATIVO EMANADO DE ESTE ÓRGANO CON FACULTADES LIMITADAS, ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL CONSTITUCIONAL. Tesis P. LXXV/2009; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXX, diciembre de 2009, p. 14; Registro digital: 165713.

20 Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, 6ª. ed., México, Porrúa, pp. 445-468.

titucional, podemos identificar con la «Doctrina de la Estructura Básica» desarrollada por M.K. Nambyar en la década de 1960 en la India, la cual quedó asentada en el caso *Kesavananda Bharati v. State of Kerala*[21] al señalar que "el poder de enmienda se encuentra sujeto a límites implícitos, límites que tienen como fin impedir la destrucción del carácter permanente de la 'estructura básica' de la Constitución por la vía de la reforma constitucional"[22].

Dicho de otra manera, las modificaciones propuestas deben ajustarse a los principios establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales, de conformidad con el artículo primero[23], ya que cuando hablamos de la configuración del Poder Judicial o del catálogo de delitos para prisión preventiva oficiosa, lo que está en juego es la afectación de las garantías de los derechos humanos contenidos en ella, así como la división de poderes y la justicia constitucional, lo que incide en su viabilidad, toda vez que como se ha establecido en tesis jurisprudencial de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: "tal como lo establece el artículo 1o. de la Constitución Política, de los Estados Unidos Mexicanos, toda actuación estatal —ya sea administrativa, legislativa y/o judicial— debe ser acorde al bloque de constitucionalidad y, además, enfocarse en promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos […]"[24].

A diferencia de autores como Carmen Chinchilla que descartan la posibilidad de que la «Desviación de poder» recaiga en el poder legislativo, circunscribiéndola al Ejecutivo[25], Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero sostienen lo contrario, al afirmar que, en el ejercicio de su función en el Estado Constitucional, el Poder Legislativo:

> […] tiene obviamente que circunscribirse a los principios (y reglas) constitucionales; tanto a los principios en sentido estricto (que, si se quiere, fijan límites) como a las directrices, que marcan fines a la función del legislador; por lo tanto, también el legislador ejerce discrecionalidad […] nadie, al menos, ningún poder constitucional, tiene una completa libertad de configuración política; el ejercicio de cualquier poder está sometido al cumplimiento de los principios constitucionales. Por otro lado, si […] la Administración ejerce discrecionalidad cuando dicta un reglamento desarrollando algún aspecto de una ley, es difícil saber por qué no la ejerce el legislador cuando desarrolla algún artículo constitucional […][26]

De lo que puede desprenderse la coincidencia entre el concepto de «Desviación de poder», y la «Doctrina de la Estructura Básica» respecto a los límites a las reformas

---

21 Roznai, Yaniv, op. cit., p. 119.
22 Ibidem, p. 120.
23 Cfr. Artículo 1º. de la *Constitución*… op. cit., p. 1.
24 OMISIÓN LEGISLATIVA DE CUMPLIR OBLIGACIONES ESTABLECIDAS EN UNA DISPOSICIÓN CONVENCIONAL O INTERNACIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. ES RECLAMABLE EN EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO. Tesis 1ª./J. 171/2023 (11ª.); Semanario Judicial de la Federación. Viernes 10 de noviembre de 2023.; Registro digital: 2027547.
25 Chinchilla, Carmen, op. cit., pp. 56-57.
26 Atienza, Manuel, Ruiz Manero, Juan, op. cit., p.

constitucionales impuestos al Poder Legislativo, a fin de evitar la corrupción de los principios de la Ley Fundamental —particularmente los relativos a la protección de derechos humanos contenidos en el artículo primero—, lo que refuerza, a su vez, la noción la rigidez de nuestra Carta Magna contenida en el artículo 135 constitucional y abre la posibilidad a declarar la inconstitucionalidad de una reforma constitucional.

II. REFORMA AL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

En el caso concreto de la reforma al Poder Judicial de la Federación, la justificación que se presenta en la iniciativa para su rediseño a partir del voto directo y secreto de la ciudadanía se presenta en los siguientes términos:

> Al impulsar la democratización y someter a los integrantes del Poder Judicial al voto popular, se garantiza que representen las diferentes visiones que conforman la sociedad mexicana, logrando así que el acceso a una justicia pronta, expedita e imparcial, sea una realidad y no un principio escrito, que sólo se utiliza para fundar y motivar los procesos judiciales, pero que no se refleja en la realidad de las personas justiciables[27].

Es decir, se plantea en una supuesta relación que se colige entre la justicia pronta y expedita y la coincidencia que se derivaría entre los ministros y sus hipotéticos electores por la pluralidad que implicaría el voto directo, ya que de esta manera se encontrarían representadas diferentes visiones de la sociedad mexicana. Un hecho que podría trasladarse al resto de los integrantes de la carrera judicial del Poder Judicial de la Federación y de los Poderes Judiciales de las entidades federativas, y que pretende reforzarse en el mismo párrafo:

> Esta reforma pretende romper con la inercia de los acuerdos cupulares, donde las y los ministros, magistrados y jueces no eran responsables ante la ciudadanía sino ante quienes los propusieron en el cargo, orientando sus decisiones a la protección y defensa de intereses personales y de grupos fácticos[28].

Sin embargo, no existe una relación lógica ni fáctica entre la celeridad y la eficacia de las sentencias derivada de la afinidad entre un juzgador y los justiciables. Por lo que el daño injustificado radica en el efecto contrario, es decir, en la violación al principio de imparcialidad contenido en el artículo 100 de la Constitución, ya que el sentimiento de identidad con alguna de las partes en conflicto implicaría un sesgo que inclinaría la balanza sobre la protección de personas, grupos e intereses particulares —los benefi-

---

27 López Obrador, Andrés Manuel, "Iniciativa del Ejecutivo Federal con proyecto de decreto, por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de reforma al Poder Judicial", en *Gaceta Parlamentaria*, 6457-15, México, Cámara de Diputados, 5 de febrero de 2024, p. 3, disponible en: https://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/65/2024/feb/20240205-15.pdf [consultado el 20 de julio de 2024].

28 Idem.

ciarios directos serían precisamente aquellos grupos de interés que los propusieron—, mientras que el beneficio indebido se encuentra en el sometimiento al Poder Judicial por parte del Poder Ejecutivo, que al contar con la mayoría de los legisladores, incidiría en la decisión de quiénes conformarán las listas de los candidatos a la magistratura, siendo precisamente lo que desea evitarse, de conformidad con el párrafo de la iniciativa.

Y siguiendo el punto tres de la definición de «desviación de poder» propuesta por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, se infiere que a través de la reforma judicial, el poder público representado por el Ejecutivo y el Legislativo busca el quiebre de los principios de división de poderes, así como de imparcialidad e independencia del Poder Judicial, por lo que la consecuencia natural sería la invalidez de la reforma constitucional, para lo cual se abren varias interrogantes, ya que en un Estado Constitucional de Derecho el otorgamiento de facultades a alguno de los poderes, conlleva necesariamente un control de carácter jurídico. En México, queda claro que ese control jurídico lo ha ejercido el Poder Judicial de la Federación, a través de los medios jurisdiccionales de control constitucional.

Por lo que, en el supuesto de aprobarse la reforma constitucional sobre el propio Poder Judicial, ¿de qué manera podría impugnarse a través de una acción de inconstitucionalidad con un Poder Legislativo cooptado por el Ejecutivo, en el que las minorías no alcanzarían el porcentaje para su promoción? Y en plena transición, ya sea con los jueces salientes o con los electos a modo, ¿cómo se detendrían sus efectos en el caso de promover un juicio de amparo, si a partir de la reforma a la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales de 14 de junio de 2024, se adicionó al artículo 148 un párrafo que establece "Tratándose de juicios de amparo que resuelvan la inconstitucionalidad de normas generales, en ningún caso las suspensiones que se dicten fijarán efectos generales"[29]?

La figura de «Desviación de poder» aplicada al proyecto de reforma al Poder Judicial en comento también deja en claro el atentado en contra del principio de independencia judicial que tiene dos vertientes, una «institucional», que alude a la protección de marco organizativo, mientras que la faceta «funcional», se encuentra vinculada al ejercicio concreto de la función[30]. Es evidente que la propuesta de elección directa de los integrantes de la judicatura analizada desde la vertiente institucional, tiene como objetivo debilitar al Poder Judicial a partir del control por parte de uno o de ambos poderes sobre el método de selección de los jueces, lo que incide en el marco organi-

29 "Decreto por el que se reforman los artículos 129 y 148 de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de suspensión del acto reclamado e inconstitucionalidad de normas generales", en Diario Oficial de Federación", 14 de junio de 2024, disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5730585&fecha=14/06/2024#gsc.tab=0 [consultado el 20 de agosto de 2024].

30 Ibáñez, Perfecto Andrés, "La independencia judicial y los derechos del juez", en *Los derechos fundamentales de los jueces*. Sáiz Arnaiz, Alejandro (dir.), Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 50.

zativo, ya que plantea la selección de un perfil concreto para llenar las vacantes, y se corre el peligro de que sus decisiones futuras puedan viciarse a partir de la ideología dominante del partido que lo nombró. Esto no es más que una vertiente del llamado *Court Packing* por la doctrina de los Estados Unidos de América[31], cuya expresión máxima quedó plasmada en la *Judicial Procedures Reform Bill* de 1937 propuesta por Franklin Delano Roosevelt.

III. REFORMA AL ARTÍCULO 19 EN MATERIA DE PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA

Del conjunto de reformas constitucionales propuestas por el titular del Ejecutivo el 5 de febrero del presente año, resalta otra que por sus alcances y gravedad merece una mención especial por la afectación al principio de independencia judicial, en la otra vertiente, la «funcional», consistente en la «Acumulación o Apilamiento» (*Stacking*), que implica una reforma al derecho sustantivo cuya finalidad consiste en limitar los alcances de su interpretación en casos determinados[32]. Me refiero a la iniciativa por la que se reforma el artículo 19 de la Constitución Política, que extiende el catálogo de delitos para prisión preventiva oficiosa.

Nuevamente acudo al concepto de «Desviación de poder» acuñado por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero para determinar si como consecuencia de la aprobación de la reforma constitucional, se produce un cierto estado de cosas, que, de acuerdo con el balance entre los principios que justifican la permisión anterior y otros principios del sistema, supone un daño injustificado o un beneficio indebido por parte del órgano público y si la reforma es el medio para alcanzar un estado de cosas. La justificación que se presenta en la iniciativa se expresa de la siguiente manera:

> [...] para atender la persecución de los delitos de extorsión, narcomenudeo y producción, distribución y enajenación ilícita de drogas sintéticas, los delitos de defraudación fiscal, contrabando y expedición, enajenación, compra o adquisición de comprobantes fiscales, incluidas las facturas, que amparen operaciones simuladas o inexistentes, así como para mitigar el impacto en la sociedad, de manera conjunta el Ejecutivo Federal y el Poder Legislativo deben actualizar y fortalecer las bases constitucionales para dotar de herramientas jurídicas a las autoridades competentes y darle a la población un marco normativo adecuado que sancione y garantice el bienestar social.
>
> Ante esta emergencia, el Estado mexicano debe realizar, de manera urgente e impostergable, reformas constitucionales que le permitan cumplir con su obligación de garantizar la seguridad, la salud y el bienestar de la sociedad.

---

31 Huq, Aziz Z., "Why Judicial Independence Fails", en *Northwestern University Law Review*, 4, Vol. 115, Evanston, 2021, p. 1115, disponible en: https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/nulr/vol115/iss4/2 [consultado el 20 de Agosto de 2021].

32 Cfr. Ibidem, pp. 1113-1114.

> Bajo este escenario, se propone la reforma al párrafo segundo del artículo 19 para incorporar la facultad al juzgador de ordenar la prisión preventiva oficiosa como medida cautelar en los casos de producción, distribución y enajenación ilícita de drogas sintéticas, narcomenudeo y extorsión, así como el contrabando, la defraudación fiscal y la emisión ilícita de comprobantes, en protección de la población de este país[33].

De los párrafos mencionados, se desprende que la reforma constitucional tiene el objetivo de extender el catálogo de delitos que ameritan la prisión preventiva oficiosa y busca dos fines: el primero radica en la seguridad, la salud y el bienestar de la sociedad; el segundo, consiste en la actualización y el fortalecimiento del marco constitucional para que los juzgadores cuenten con la facultad de ordenar la prisión preventiva oficiosa como medida cautelar por la comisión de los delitos mencionados.

A pesar de que el primero de los fines es loable, esta iniciativa deja de lado varios puntos a considerar, entre los que se encuentra la violación al artículo primero de la Ley Fundamental, pues al mantener la prisión preventiva oficiosa en el texto constitucional, y además, ampliar el catálogo de delitos que la ameritan, se desacata la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Tzompaxtle Tecpile y otros contra México (del 7 de noviembre de 2022, notificada el 27 de enero de 2023 de manera formal al Estado Mexicano) en la que se condena de manera expresa a nuestro país a adecuar su ordenamiento jurídico interno sobre prisión preventiva por considerarlo violatorio del Pacto de San José:

> 169. Asimismo, el Estado es responsable por la violación al derecho a la libertad personal contenido en los artículos 7.1, 7.3, y 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 8.2, contemplado en el mismo instrumento, en relación con la obligación de respetar y de garantizar los derechos establecida en el artículo 1.1 de la Convención, así como la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno contenida en el artículo 2 de dicho instrumento, por la aplicación de la prisión preventiva en perjuicio de Jorge Marcial Tzompaxtle Tecpile, Gerardo Tzompaxtle Tecpile y Gustavo Robles López (supra párr. 165).
>
> 170. […] En ese sentido, la Corte recuerda que las medidas restrictivas a la libertad deben ajustarse a los lineamientos y estándares previamente señalados para que las mismas no afecten el derecho a la libertad personal o a la presunción de inocencia (supra párrs. 96 a 114).
>
> 171. En términos generales, para la Corte, cualquier figura de naturaleza pre-procesal que busque restringir la libertad de una persona para llevar a cabo una investigación sobre delitos que ella presuntamente habría cometido, resulta intrín-

33 López Obrador, Andrés Manuel, "Iniciativa del Ejecutivo Federal con proyecto de decreto, por el que se reforma el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", en *Gaceta Parlamentaria*, 6457-5, México, Cámara de Diputados, 5 de febrero de 2024, p. 10, disponible en: https://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/65/2024/feb/20240205-5.pdf [consultado el 20 de julio de 2024].

> secamente contraria al contenido de la Convención Americana y vulnera de forma manifiesta sus derechos a la libertad personal y a la presunción de inocencia.
>
> 172. En lo que respecta la redacción actual del artículo 161 del Código Federal Procesal Penal referente a la prisión preventiva, que fue encontrado contrario a la Convención Americana, no ha sufrido una modificación con respecto al que se encontraba vigente y que fue aplicado a los hechos del presente caso.
>
> 173. Por último, para este Tribunal no hay duda acerca del hecho que estas figuras resultan contrarias a la Convención por los motivos expuestos. La Corte nota que el Estado manifestó que actualmente contaba con un sistema penal acusatorio. Las dos figuras analizadas en este capítulo resultan inconvencionales, porque precisamente vulneran algunos de los principios de ese sistema como el principio del contradictorio, la igualdad de armas entre las partes en el proceso, la inmediación, y la publicidad[34].

En el mismo sentido, la sentencia García Rodríguez y otro contra México (del 25 de enero de 2023, notificada de manera formal al Estado Mexicano el 12 de abril del mismo año), en la que también se le condenó por no adecuar su ordenamiento jurídico interno sobre prisión preventiva oficiosa, por considerar que esta figura violaba la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

> 188. Por último, el Estado es responsable por la violación al derecho a la libertad personal contenido en los artículos 7.1, 7.3, y 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 8.2 del mismo instrumento, y el derecho a la igualdad ante la ley establecido en el artículo 24 de dicho tratado, todos esos derechos en relación con la obligación de respetar y de garantizar los derechos establecida en el artículo 1.1 de la Convención, así como la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno contenida en el artículo 2 de dicho instrumento, por la aplicación de la prisión preventiva oficiosa, establecida en el artículo 19 de la Constitución mexicana y en el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México de 2000, en perjuicio de Daniel García Rodríguez y Reyes Alpízar Ortiz (supra párrs. 174, 179 y 185)[35].

Conviene resaltar que con las sentencias Tzomplaxtle Tecpile y otros vs. México y Rodríguez y otro vs. México, la Corte Interamericana de Derechos Humanos echa por tierra la tesis de las restricciones constitucionales planteadas en la Contradicción de Tesis 293/2011 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Recordemos que no somos un país aislado del mundo, y nuestras obligaciones internacionales deben honrarse, de conformidad al principio de *Pacta sunt servanda* y de buena fe, establecidos en el

---

34 Corte IDH, *Caso Tzomplaxtle Tecpile y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 7 de noviembre de 2022, serie C núm. 470, párr. 169-173, disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_470_esp.pdf [consultado el 20 de agosto de 2024]

35 Corte IDH, *Caso Rodríguez y otro vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 7 de noviembre de 2022, serie C núm. 482, párr. 188, disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_482_esp.pdf [consultado el 20 de agosto de 2024]

artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados[36], mismos que se reiteran en el artículo 3.c) de la Carta de la OEA[37] y que refuerzan el compromiso de los Estados parte, determinado en el artículo 1.1 de la CADH, de respetar y garantizar los derechos humanos contenidos en ella, todos ellos, instrumentos internacionales suscritos por el Estado Mexicano.

En el mismo tenor, se retoma la violación al principio de independencia judicial en su vertiente de *Acumulación o Apilamiento* (*Stacking*), toda vez que la propuesta de reforma al artículo 19, en caso de ser aprobada, también restringiría los derechos humanos contenidos en tratados internacionales que constituyen el parámetro de regularidad constitucional, al tener que apegarse a lo que prescribe la norma constitucional, como se indica en la tesis jurisprudencial del Pleno de la Suprema Corte de Justicia:

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

36 Cfr. artículo 26 en ONU, *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales*, U.N. Doc A/CONF. 39/27 (1969), p. 13, disponible en: https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdfONU, [consultado el 20 de agosto de 2024]

37 Cfr., artículo 3.c. en OEA, "Carta de la Organización de Estados Americanos", en *Documentos* Básicos en materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. Secretaría de la Corte IDH (ed.), Corte IDH, San José, 2018, p. 462.

analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano[38].

O bien, tener que realizar un ejercicio hermenéutico para armonizar las restricciones constitucionales con los principios *pro homine* y de interpretación conforme, tal como queda patente en la tesis jurisprudenciales de la Segunda Sala del Alto Tribunal y una más reciente del Tribunal Colegiado en materia penal del Noveno Circuito:

> RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES AL GOCE Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES. SU CONTENIDO NO IMPIDE QUE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN LAS INTERPRETE DE LA MANERA MÁS FAVORABLE A LAS PERSONAS, EN TÉRMINOS DE LOS PROPIOS POSTULADOS CONSTITUCIONALES. Conforme a lo resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 293/2011, las restricciones constitucionales al goce y ejercicio de los derechos y libertades prevalecen sobre la norma convencional, sin dar lugar a emprender algún juicio de ponderación posterior; sin embargo, nada impide que el intérprete constitucional, principalmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al hacer prevalecer una restricción o limitación constitucional, también practique un examen de interpretación más favorable en la propia disposición suprema, delimitando sus alcances de forma interrelacionada con el resto de las disposiciones del mismo texto constitucional. En efecto, no porque el texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos deba prevalecer, su aplicación ha de realizarse de manera indiscriminada, lejos de ello, el compromiso derivado de lo resuelto en la aludida contradicción de tesis privilegia un ejercicio hermenéutico que lleve al operador jurídico competente a que, sin vaciar de contenido la disposición restrictiva, ésta sea leída de la forma más favorable posible, como producto de una interpretación sistemática de todos sus postulados[39].
>
> PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA. CON BASE EN LA INTERPRETACIÓN CONFORME Y PRO PERSONA DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL, ES FACTIBLE ACATAR EL FALLO EMITIDO POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO GARCÍA RODRÍGUEZ Y OTRO VS. MÉXICO QUE PROHÍBE SU IMPOSICIÓN AUTOMÁTICA, PARA ARMONIZARLO CON LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

38 DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. Tesis P./J. 20/2014 (10ª.); Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 5, abril de 2014, Tomo I, p. 202; Registro digital: 2006224.

39 RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES AL GOCE Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES. SU CONTENIDO NO IMPIDE QUE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN LAS INTERPRETE DE LA MANERA MÁS FAVORABLE A LAS PERSONAS, EN TÉRMINOS DE LOS PROPIOS POSTULADOS CONSTITUCIONALES. Tesis 2ª./J. 163/2017 (10ª.); Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 49, diciembre de 2017, Tomo I, p. 487; Registro digital: 2015828.

EN MATERIA DE RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES. Hechos: En la sentencia recurrida el juzgador de amparo negó la protección constitucional contra la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa, pues indicó que no es factible realizar un control de convencionalidad ex officio sobre esa figura jurídica, debido a la supremacía de la restricción contenida en el segundo párrafo del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Criterio jurídico: Este Tribunal Colegiado de Circuito determina que para acatar lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia emitida en el caso García Rodríguez y otro Vs. México, que prohíbe la imposición automática de la prisión preventiva oficiosa, lo conducente es realizar una interpretación conforme y pro persona del segundo párrafo del artículo 19 de la Constitución General, para armonizar dicha condena con la línea jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de restricciones constitucionales.

Justificación: De conformidad con lo resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 293/2011, las restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades constitucionalmente previstas prevalecen sobre la norma convencional. Por ende, el control de convencionalidad ex officio delineado desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos no puede servir de fundamento técnico válido para realizar el análisis del texto constitucional que contiene una restricción, pues comporta la posibilidad de inaplicar la disposición del mismo elevado rango. Sin embargo, en aras de acatar lo ordenado en la referida sentencia emitida contra el Estado Mexicano y con apoyo en la tesis de jurisprudencia 2a./J. 163/2017 (10a.), de la Segunda Sala del Alto Tribunal, de título y subtítulo: "RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES AL GOCE Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES. SU CONTENIDO NO IMPIDE QUE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN LAS INTERPRETE DE LA MANERA MÁS FAVORABLE A LAS PERSONAS, EN TÉRMINOS DE LOS PROPIOS POSTULADOS CONSTITUCIONALES.", lo conducente es realizar el ejercicio hermenéutico, a partir de los principios de interpretación conforme y pro persona respecto del artículo 19, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para que, sin vaciar de contenido la disposición restrictiva, ésta sea leída de la forma más favorable posible, como producto de una interpretación sistemática de los postulados conducentes de la Norma Fundamental[40].

En otras palabras, la judicatura deberá realizar toda serie de periplos a fin de intentar armonizar el artículo primero con el artículo diecinueve de la Constitución, lo que no

40 PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA. CON BASE EN LA INTERPRETACIÓN CONFORME Y PRO PERSONA DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL, ES FACTIBLE ACATAR EL FALLO EMITIDO POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO GARCÍA RODRÍGUEZ Y OTRO VS. MÉXICO QUE PROHÍBE SU IMPOSICIÓN AUTOMÁTICA, PARA ARMONIZARLO CON LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN MATERIA DE RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES. Tesis IX.P. J. 2/P (11ª.); Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 32, diciembre de 2023, Tomo IV, p. 3676; Registro digital: 2027756.

es óbice para recalcar que con independencia de éstos, el problema de fondo persiste y se agrava para las personas que se encuentran en el territorio nacional con la extensión del catálogo de delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, toda vez que esta figura violenta el derecho a no ser privado de la libertad arbitrariamente; al control judicial de la privación de la libertad; y a la presunción de inocencia, entre otros derechos y principios.

Por lo que esta reforma también implica la «Desviación de poder», debido a que el órgano público, pretende cimentar su justificación en el bienestar y la seguridad de la población, a la vez que contraviene las obligaciones nacionales e internacionales que tiene de respeto, protección y garantía de los derechos humanos así como los principios *pro homine*, de interpretación conforme e independencia judicial contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales suscritos y ratificados por México.

CONCLUSIÓN

En conclusión, las dos propuestas de reforma constitucional constituyen ejemplos enunciativos, mas no limitativos de un fraude a la constitución en la modalidad de «desviación de poder», así como de la vulneración a la estructura básica de la Ley Fundamental a partir del desafío de los Poderes Ejecutivo y Legislativo a los principios, derechos y garantías contenidos en la propia Constitución, lo que puede traer como consecuencia una crisis constitucional que nos lleve a la implosión del sistema jurídico mexicano.

En consecuencia, la reforma judicial —ya publicada— resulta inconstitucional de conformidad con el texto de la Ley Fundamental y, por lo tanto, deberá buscarse su anulación a través del medio de control constitucional idóneo, es decir, del juicio de amparo. Este mismo camino deberá recorrerse en el caso de que se apruebe la reforma constitucional al artículo 19 constitucional.

FUENTES

A. Libros

A.A.V.V., *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Ildefonso L. García del Corral (tr.), Valladolid, Lex Nova, 1988. Edición Facsimilar, T. II.

Atienza, Manuel, Ruiz Manero, Juan, *Ilícitos Atípicos*, Madrid, Trotta, 2000.

Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de interpretación constitucional. Principios, métodos y enfoques para la aplicación de las constituciones*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.

Roznai, Yaniv, *Reformas constitucionales inconstitucionales: Los límites al poder de reforma*. Vicente F. Benítez, Santiago García Jaramillo, Julián González Escallón, et al. (trads.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.

Sáiz Arnaiz, Alejandro (dir.), *Los derechos fundamentales de los jueces*. Marcial Pons, Madrid, 2012.

B. Hemerografía

Huq, Aziz Z., "Why Judicial Independence Fails", en *Northwestern University Law Review*, 4, Vol. 115, Evanston, 2021, p. 1115, disponible en: https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/nulr/vol115/iss4/2 [consultado el 20 de Agosto de 2021].

Martínez, Martha, "Prevén por reforma dos días de debate", en *Reforma*, Nacional, 21 de agosto de 2024, p. 5, disponible en: https://www.reforma.com/edicionimpresa/aplicacionei/Pagina.html?c=a [consultado el 21 de agosto de 2024]

C. Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf [consultada el 20 de agosto de 2024]

"Decreto por el que se reforman los artículos 129 y 148 de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de suspensión del acto reclamado e inconstitucionalidad de normas generales", en *Diario Oficial de Federación*, 14 de junio de 2024, disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5730585&fecha=14/06/2024#gsc.tab=0 [consultado el 20 de agosto de 2024].

"Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de reforma del Poder Judicial", en Diario Oficial de la Federación, 15 de septiembre de 2024, disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5738985&fecha=15/09/2024#gsc.tab=0 [consultado el 4 de octubre de 2024]

Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LOCGEUM.pdf [consultado el 18 de agosto de 2024].

López Obrador, Andrés Manuel, "Iniciativa del Ejecutivo Federal con proyecto de decreto, por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de reforma al Poder Judicial", en *Gaceta Parlamentaria*, 6457-15, México, Cámara de Diputados, 5 de febrero de 2024, disponible en: https://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/65/2024/feb/20240205-15.pdf [consultado el 20 de julio de 2024].

— "Iniciativa del Ejecutivo Federal con proyecto de decreto, por el que se reforma el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", en *Gaceta Parlamentaria*, 6457-5, México, Cámara de Diputados, 5 de febrero de 2024, disponible en: https://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/65/2024/feb/20240205-5.pdf [consultado el 20 de julio de 2024].

Organización de las Naciones Unidas, *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales*, U.N. Doc A/CONF. 39/27 (1969), disponible en: https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdfONU, [consultado el 20 de agosto de 2024]

Reglamento de la Cámara de Diputados, disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/Reg_Diputados.pdf [consultado el 18 de agosto de 2024].

Secretaría de Gobernación, "Reporte de iniciativas del Ejecutivo Federal pendientes en Comisiones", en *Sistema de Información Legislativa*, s/p, disponible en: http://sil.gobernacion.gob.mx/Reportes/GeneracionReportes/reporteAutomatico1.php?TipoReporte=1&Periodo=4 [consultado el 4 de octubre de 2024]

Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (ed.), *Documentos Básicos en materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano.* San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018.

D. Jurisprudencia

1. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Poder Judicial de la Federación.

DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. Tesis P./J. 20/2014 (10ª.); Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 5, abril de 2014, Tomo I, p. 202; Registro digital: 2006224.

OMISIÓN LEGISLATIVA DE CUMPLIR OBLIGACIONES ESTABLECIDAS EN UNA DISPOSICIÓN CONVENCIONAL O INTERNACIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. ES RECLAMABLE EN EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO. Tesis 1ª./J. 171/2023 (11ª.); Semanario Judicial de la Federación. Viernes 10 de noviembre de 2023.; Registro digital: 2027547.

PODER REFORMADOR DE LA CONSTITUCIÓN. EL PROCEDIMIENTO REFORMATORIO RELATIVO EMANADO DE ESTE ÓRGANO CON FACULTADES LIMITADAS, ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL CONSTITUCIONAL. Tesis P. LXXV/2009; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXX, diciembre de 2009, p. 14; Registro digital: 165713.

PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA. CON BASE EN LA INTERPRETACIÓN CONFORME Y PRO PERSONA DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL, ES FACTIBLE ACATAR EL FALLO EMITIDO POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO GARCÍA RODRÍGUEZ Y OTRO VS. MÉXICO QUE PROHÍBE SU IMPOSICIÓN AUTOMÁTICA, PARA ARMONIZARLO CON LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN MATERIA DE RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES. Tesis IX.P. J. 2/P (11ª.); Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 32, diciembre de 2023, Tomo IV, p. 3676; Registro digital: 2027756.

PROCEDIMIENTO DE REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. NO ES MANFIESTA NI INDUDABLE LA IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO PROMOVIDO EN SU CONTRA. Tesis P. LXXVI/2009; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXX, diciembre de 2009, p. 15; Registro digital: 165708

RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES AL GOCE Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES. SU CONTENIDO NO IMPIDE QUE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN LAS INTERPRETE DE LA MANERA MÁS FAVORABLE A LAS

PERSONAS, EN TÉRMINOS DE LOS PROPIOS POSTULADOS CONSTITUCIONALES. Tesis 2ª./J. 163/2017 (10ª.); Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 49, diciembre de 2017, Tomo I, p. 487; Registro digital: 2015828.

2. Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Tzomplaxtle Tecpile y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 7 de noviembre de 2022, serie C núm. 470, disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_470_esp.pdf [consultado el 20 de agosto de 2024]

Caso Rodríguez y otro vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 7 de noviembre de 2022, serie C núm. 482, disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_482_esp.pdf [consultado el 20 de agosto de 2024]

E. Videos

Micha, Adela, "Diego Valadés denuncia fraude a la constitución y al Poder Judicial Mexicano", en *Me lo dijo Adela, La Saga*, del 19:09 al 19:22; disponible en: https://youtu.be/97RkL_0dPtc?si=TJkrt6dgHkRPR0Z2 [consultado el 21 de agosto de 2024]

LA PROTECCIÓN DE LOS MAÍCES NATIVOS EN MÉXICO Y SU RELACIÓN CON EL CAMPESINADO A PARTIR DE LOS CONCEPTOS DE SOBERANÍA, SEGURIDAD ALIMENTARIA Y BIENES COMUNES

Oscar Arnulfo de la Torre de Lara*
Belinda Guadalupe Camarena Vázquez**

RESUMEN: En este artículo se analizan dos aspectos primordiales en los que impactan la protección de la gran diversidad de maíces nativos en México: su presencia en las relaciones campesinas y su aporte a la soberanía y seguridad alimentaria; análisis que se realiza en contraposición de los derechos de patentes de los grandes oligopolios alimentarios y desde las dimensiones, culturales, económicas y jurídicas actuales.

Palabras clave: Maíz nativo, Soberanía y seguridad Alimentaria, Bienes Comunes.

ABSTRACT: This paper analyzes two principal aspects that impacts on the protection of the diversity of native corn in Mexico: its presence in peasant relations and its contribution to Food Sovereignty and food security; analysis that is carried out in contrast to the patent rights of the food oligopolies and from the current cultural, economic and legal dimensions.

Keywords: communal goods, native corn, food sovereignty and food security.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. HAY TANTAS MILPAS COMO AGROECOSISTEMAS. 2. DIMENSIÓN JURÍDICA. 3. FRAGMENTACIÓN DE LA RELACIÓN DEL CAMPESINO CON LA TIERRA. 4. COROLARIO. FUENTES DE CONSULTA.

INTRODUCCIÓN

El maíz es uno de los pilares fundamentales del patrimonio biológico y cultural de México, clave por sus dimensiones cultural, productiva, económica y alimentaria, además de ser el principal cultivo del país y uno de los cuatro cultivos más importantes a nivel mundial junto con la papa, el trigo y el arroz. Actualmente nuestro país, alberga entre 59 y 65 razas y cerca de 1,200 variedades, adaptadas a agroecosistemas también muy distintos, desde el nivel del mar hasta montañas de miles de metros de altitud.

México es centro de origen del maíz, esto significa que Mesoamérica es donde fue inventado/domesticado por el ser humano, fruto de un proceso coevolutivo iniciado hace aproximadamente 10 mil años; proceso que aún continua, pues todo el territorio nacional es, además, centro de su diversificación constante; lo cual significa que, gracias a la agricultura campesina, año con año, los genes del maíz se ponen en mo-

* Doctor en Derechos Humanos y Desarrollo, Universidad Autónoma de Aguascalientes
** Licenciada en Derecho, Universidad Autónoma de Aguascalientes

vimiento brindándole mayor diversidad genotípica y fenotípica, lo cual ha permitido que hoy en día contemos con el reservorio de variedades de maíz más importante del mundo. Estas dos cuestiones son cruciales a considerar a fin de establecer una política de bioseguridad integral adecuada para nuestras circunstancias, lo cual implica contemplar los conceptos de soberanía y seguridad alimentaria.

El concepto de soberanía alimentaria fue acuñado por la Vía Campesina, un movimiento internacional, que reúne a millones de campesinos, indígenas, trabajadores sin tierra, pastores, pescadores, trabajadores agrícolas migrantes, pequeños y medianos agricultores, mujeres rurales y jóvenes de todo el mundo" y la define como:

> *"el derecho de los pueblos a alimentos saludables y culturalmente apropiados producidos mediante métodos ecológicamente racionales y sostenibles, y su derecho a definir sus propios sistemas alimentarios y agrícolas. Coloca las aspiraciones y necesidades de quienes producen, distribuyen y consumen alimentos en el centro de los sistemas y políticas alimentarias en lugar de las demandas de los mercados y las corporaciones".*[1]

Por su parte la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) señaló desde la Cumbre Mundial de la Alimentación (CMA) de 1996 que la Seguridad Alimentaria *¨a nivel de individuo, hogar, nación y global, se consigue cuando todas las personas, en todo momento, tienen acceso físico y económico a suficiente alimento, seguro y nutritivo, para satisfacer sus necesidades alimenticias y sus preferencias, con el objeto de llevar una vida activa y sana".*[2]

Un país como México, que conserva una gran diversidad de maíces nativos y formas de uso ligadas a profundos conocimientos sobre los agroecosistemas, técnicas y tecnologías de producción, transformación y consumo del maíz, debe dar prioridad y enfocar sus políticas públicas en fortalecer a las comunidades campesinas, sus sistemas agrícolas y los servicios ambientales que proporcionan mediante el cuidado, preservación y defensa de sus territorios y la conservación de la biodiversidad a través del cultivo de la milpa, así como el cuidado, selección, preservación y libre intercambio de semillas. En esto radican las bases de nuestra seguridad y soberanía alimentaria presente y futura, así como nuestra identidad cultural como país megadiverso biológica y culturalmente.

En ese sentido, el presente trabajo discute la crucial importancia que tiene la protección y conservación de los maíces nativos como parte del patrimonio biocultural de los pueblos indígenas y comunidades campesinas mexicanas ante los retos del mun-

---

1 *"Declaración oficial de la Vía Campesina por los 25 años de la Lucha Colectiva por la Soberanía Alimentaria en La Vía Campesina: Soberanía Alimentaria, una propuesta por el futuro del planeta,* en*;* La Vía Campesina, https://viacampesina.org/es/la-via-campesina-soberania-alimentaria-un-manifiesto-por-el-futuro-del-planeta/, consultado el 19 de agosto de 2024.

2 "*Seguridad Alimentaria y Nutricionall Conceptos Básicos Programa Especial para la Seguridad Alimentaria – PESA – Centroamérica Proyecto Food Facility Honduras"* en: Food and Agriculture Organization of the United Nations, https://www.fao.org/3/at772s/at772s.pdf, consultado el 19 de agosto de 2024.

do contemporáneo como el cambio climático, nuevas pandemias, así como los graves problemas sanitarios y medioambientales que acarrea la producción industrializada de alimentos. De aquí la importancia de la conservación *in situ* de la biodiversidad del maíz nativo, como el principal elemento del ancestral sistema de cultivo "milpa", entendido no sólo como paradigma agroecológico sino también de organización socio-bio-cultural.

1. HAY TANTAS MILPAS COMO AGROECOSISTEMAS

Milpa es una palabra de origen náhuatl, (*milli* "heredad", y *pan*, "en, sobre; encima de) que designa un sistema de cultivo que data de tiempos prehispánicos y que aún mantiene su vigencia como la base de la alimentación campesina en México. Lo que genéricamente llamamos milpa en México, son policultivos con variadas condiciones físicas, climáticas y bióticas. Como dice Eckart Boege, hay muchas milpas según cada productor, pueblo indígena o región climática, ya que los sistemas agrícolas en las distintas circunstancias permitieron adaptar y seleccionar las plantas, a lo largo de siglos de observación, prácticas de manejo y adaptación; así como la estructuración del conocimiento y su transmisión.[3] Podría decirse que la milpa es el laboratorio de la ciencia campesina o *ciencia de huarache*[4] —como la llamaba Efraím Hernández Xolocotzi—; el lugar donde se lleva a cabo "el más grandioso y fantástico experimento de recombinación genética donde los millones de variedades de maíz se recombinan con los 50 mil genes que tiene cada una de esas variedades;"[5] que al final de cada ciclo agrícola el campesinado selecciona e intercambia, desde hace cientos y miles de años, manteniendo viva la selección autóctona, base de la diversidad y adaptación genética del maíz en las distintas regiones de México. Los procesos de diversificación genética han sido posibles porque las plantas cultivadas comparten con el resto de los seres vivos del planeta la característica de que no son cosas estáticas o fijas en el tiempo, sino cambiantes, lo cual explica cómo en esta región del mundo, no sólo fue domesticado el maíz, sino que además —desde tiempos remotos hasta el presente— se ha dado un proceso continuo de mejoramiento genético, realizado por los campesinos e indígenas en las comunidades rurales de la mayor parte del país. Por esto, México no sólo es la

3 Boege, Eckart, *El patrimonio biocultural de los pueblos indígenas de México Hacia la conservación in situ de la biodiversidad y agrodiversidad en los territorios indígenas*, México, INAH-CNDPI, 2008, p.170.

4 Hernández Xolocotzi, Efraím, "La investigación de huarache", en: *Revista de geografía agrícola*, no. 39, Texcoco, Universidad Autónoma Chapingo, julio-diciembre,, 2007, pp. 113-116.

5 A nivel nacional se siembran más de ocho millones de hectáreas en 15 grandes macroambientes, definidos por el programa de investigación de maíz que desarrolla el Instituto Nacional de Investigaciones Forestales, Agrícolas y Pecuarias (INIFAP). Se afirma que hay más de dos millones de variedades distintas, aun cuando los productores sean vecinos y aunque sus maíces se parezcan fenotípicamente, cada variedad es diferente. Tomado de Espinosa Calderón, Alejandro *et. al.*, "Producción de maíz y soberanía alimentaria en el contexto del deterioro socioambiental en México", en: Barreda Marín, Andrés et. al., *Economía política de la devastación ambiental y conflictos socioambientales en México*, México, UNAM-FE/Ítaca, 2019, p. 328.

cuna del maíz; es el lugar donde constantemente se crean nuevas variedades mediante el intercambio de semillas y conocimientos entre campesinos. Un ancestral proceso cultural sujeto al cambio y variación constante del que son protagonistas los pueblos campesinos en relación con sus agroecosistemas.

México está entre los diez principales productores de maíz a nivel mundial y ocupa el primer lugar en hectáreas cultivadas. Sin embargo, si bien el maíz se cultiva en todo el territorio nacional, se hace de maneras diversas. En el norte del país (Sinaloa, Tamaulipas y algunas zonas del Altiplano o del Bajío) el cultivo de maíz se lleva a cabo en parcelas de gran extensión con una agricultura industrial tecnificada dependiente de muchos insumos, como semillas mejoradas, fertilizantes químicos y pesticidas. En cambio, en el centro y sur de México se lleva a cabo en parcelas más pequeñas y con menos insumos, en el contexto de una agricultura diversificada basada en el sistema milpa. Más de 70% de la agricultura de México es de tipo familiar; son precisamente las familias rurales las que resguardan las razas y las variedades nativas de nuestro maíz.[6]

Según cifras oficiales de la Secretaria de Agricultura y Desarrollo Social, (SADER) (2018) en el territorio mexicano, la mayor parte del maíz producido es blanco (86%) —del cual un gran porcentaje corresponde a maíces nativos—; le siguen el amarillo (7%) y los de otros colores (7%). Sinaloa, Jalisco, el Estado de México y Michoacán aportan 54% del maíz blanco. Por su parte, Chihuahua, Jalisco y Tamaulipas producen 80% del maíz amarillo. Por otra parte, los maíces de colores —presumiblemente nativos— se encuentran en Chiapas y el Estado de México, entidades que contribuyen con 60% del total. No obstante, como explican Pedraza y colaboradoras, la SADER apenas comenzó a registrar los maíces de colores en 2018, por lo que en la actualidad se carece de estadísticas adecuadas y suficientes respecto a estos maíces, pues éstos se siembran también en las milpas de temporal en muchas entidades de la República (como Guerrero, Oaxaca y muchos otros estados), además de que la mayoría de los maíces nativos se destina al autoconsumo o se venden en las propias comunidades en mercados locales, o en mercados alternativos en las ciudades, por lo que es muy difícil que la SADER refleje estadísticamente su importancia como reservorio vital de germoplasma diverso y base de las culturas alimentarias de nuestro país.[7] Lo que sí es un hecho, es que en todo el país hay variedades nativas adaptadas a condiciones geográficas, climáticas y culturales específicas y que, a pesar de ser menos abundantes en el norte, poseen caracteres de gran relevancia, como la resistencia a la sequía.[8] Según Ana de Ita, del total de productores de maíz en México el 80-85 por ciento utiliza su propia semilla adaptada a una enorme diversidad de situaciones geográficas y climá-

6 Pedraza, Nilia, *et. al.*, *Del maíz a la tortilla. Lo que sabemos desde la tierra hasta la mesa,*México, CONABIO,, 2023, p. 24-26.
7 *Ibidem*, p. 19.
8 *Ibidem*, p. 24.

ticas; mientras que las semillas híbridas y comerciales son utilizadas solamente por el 15 % de los productores.[9]

El maíz no sólo es nuestro alimento primordial, antes que nada, constituye un elemento esencial de la matriz cultural de México; un producto cultural que sustenta una forma de vida, fruto de un tejido de relaciones que expresa un metabolismo social producto de una determinada coevolución con la naturaleza. El maíz es centro y guía de un conocimiento acumulado durante milenios y en constante enriquecimiento, que se manifiesta en prácticas cotidianas, en el campo y en el hogar, y se expresa simbólicamente en diversas manifestaciones culturales.[10] Por lo que, cuando se dice que los mexicanos somos hombres y mujeres de maíz, se pone de manifiesto nuestra pertenencia a una civilización material: a una forma concreta y singular de vivir, una forma de cultivar la identidad que trasciende con creces el compromiso básico de cultivar el maíz, pues como expresa Bolívar Echeverría "la cultura como cultivo de la identidad es el cultivo de otros compromisos, en torno a los cuales se va constituyendo una determinada mismisidad o identidad"[11]. En este sentido, cultivar la identidad es actualizar esa historia profunda, conectar el presente con esos compromisos sucesivos acumulados en la determinación de lo humano como una realidad concreta e identificada. De modo que la cultura es siempre un cultivo que se cumple en la práctica cotidiana y que pone en cuestión permanentemente la identificación particularizadora de lo humano.

Como explica el mismo Echeverría, la noción braudeliana de "cultura material" o "civilización material", hace referencia a un conjunto de comportamientos que se caracterizan por tener una "larga duración"; esto es, que la vida social presenta ciertas estructuras del comportamiento humano y del campo instrumental que constituyen configuraciones civilizatorias cuya transformación en el tiempo acontece lentamente y pueden ser reconocidas como prácticamente las mismas tanto en nuestros días como en épocas muy lejanas.[12] Se comprende así con mayor amplitud que la terca persistencia de los pueblos del maíz no implica un simple resguardo, cuidado o protección para determinar un núcleo de identidad cerrado y encaminado a absolutizar y/o naturalizar, sino que implica una constante puesta en peligro que cuestiona constantemente su validez intrínseca y su actualidad.

De esto se desprende que existe un proyecto popular en relación al maíz, una suerte de contrapoder sustentado en saberes subalternos. El maíz con toda su compleja red de relaciones económicas, sociales y culturales que lo tienen por centro adquiere un significado profundo y diverso para el pueblo mexicano, en su carácter de sociedad abi-

9 Ana de Ita en Ribeiro, Silvia, "*Maíz, transgénicos y transnacionales*", México, Ítaca,, 2020, p. 127.

10 Cfr. Barros, Cristina y Buenrostro, Marco, *"El Maíz, nuestro sustento",* en: *Arqueología Mexicana*, no. 25, México, 1997, p. 7.

11 Echeverría, Bolívar, "La múltiple modernidad de América Latina", en: *Contrahistorias. La otra mirada de Clío,* no. 4, México, 2005, p. 62.

12 *Id., Modelos elementales de la oposición campo-ciudad. Anotaciones a partir de una lectura de Braudel y Marx*, México, Ítaca,, 2013, p. 27.

garrada, conformada por una gran diversidad de pueblos y culturas. Y es que el maíz es un producto cultural, un bien económico fundamental, un alimento insustituible, al tiempo que es mucho más que eso. Se trata de un proyecto popular sustentado en un complejo tejido de relaciones que se mueve al margen y dentro del sistema mundo capitalista, y lejos de ser cosa del pasado, es presente en re-invención constante; "el maíz es inventado diariamente por los campesinos, lo inventan con su trabajo, con su conocimiento, con su respeto y veneración, con su pasión, con su vida que gira alrededor de esa planta, lo inventan con su terca persistencia".[13]

En síntesis, se puede afirmar que al cultivar el maíz los seres humanos también se cultivaron, creando una cultura como cultivo de la identidad, aunado al cultivo de otros compromisos en torno a los cuales se va constituyendo una determinada identidad. Y es que la elección civilizatoria —en el plano más fundamental de la relación ser humano-naturaleza— surge a partir de la elección de un determinado tipo de alimentación. El medio geográfico o natural presenta ciertas opciones al ser humano y éste escoge una de ellas y la desarrolla; "toda civilización proviene de una primaria y fundamental elección del alimento privilegiado".[14] Por esto, la civilización material o cultura material se constituye a partir "de los trazos más básicos del campo instrumental de la actividad humana y el esquema más simple del mundo humano, como serían la construcción y la organización de la temporalidad y la espacialidad".[15]

No obstante, aun con todo este peso histórico-cultural, esta inmemorial forma de ser humanidad se ha mantenido en resistencia activa en los últimos decenios frente a treinta años de ofensiva capitalista neoliberal encaminada a imponer un modelo de agricultura industrial dependiente de paquetes tecnológicos empresariales —agrotóxicos y herbicidas— y semillas genéticamente modificadas protegidas por el sistema de derechos de propiedad intelectual —certificados de obtentor y patentes—, orientado al despojo de la fuente ancestral de la subsistencia de los pueblos —sus territorios y saberes— en aras de la totalización de la subsunción real de la vida en el capital; esto es, la subordinación de la naturaleza y los procesos biológicos constitutivos de la reproducción de la vida a la lógica de valorización capitalista.

En el ámbito de la agricultura esto se da mediante la separación radical de ser humano y su medio, para reencontrarse por la mediación del capital, primero por la proletarización del trabajo y la privatización de la tierra —que son sus premisas formales— y después, por la sustitución de las habilidades y saberes campesinos por tecnologías propicias a la intensificación y emparejamiento de los procesos productivos agropecuarios —que es su condición material—.[16] De modo que el abordaje de este proceso

---

13 Warman, Arturo,, *La historia de un bastardo: maíz y capitalismo,* México, Fondo de Cultura Económica, 1988, p. 7.

14 Echeverría, *op. cit.*, p. 29.

15 *Ibid*., p. 27.

16 Bartra, Armando, "*El hombre de hierro. Límites sociales y naturales del capital en la perspectiva de la gran crisis, México*", México, Ítaca, 2014, p. 122

desde la economía política del conocimiento y la innovación agrícolas, implica el análisis del talante de las innovaciones biotecnológicas; si están orientadas a la satisfacción de necesidades reales o simplemente a incrementar la tasa de ganancia de quien las produce (tipos de innovaciones, maíz Bt y resistente a glifosato).

2. DIMENSIÓN JURÍDICA

El proceso de culminación de la subsunción real del proceso del trabajo en el capital necesita del Derecho —normatividad vigente— para separar masivamente a los campesinos e indígenas de sus territorios ancestrales (subsunción formal), así como de la técnica y la ciencia —la innovación biotecnológica— orientadas a la maximización de la tasa de ganancia mediante el despojo biopirata de los saberes campesinos (subsunción material). Y es que las tecnologías que se utilizan en la producción de semillas de maíz GM, así como los sistemas de siembra, producción y distribución del mismo, forman parte de un tipo novedoso de sistemas de producción de conocimiento y de intervención en la realidad natural y social que surgieron en el siglo XX como consecuencia del desarrollo científico-tecnológico y su superposición con intereses extracientíficos, particularmente los militares y los económicos.[17] No obstante, éstos se presentan como neutrales, asépticos y, además, como la panacea para erradicar el hambre en el mundo. En realidad, estas tecnociencias encaminan sus esfuerzos en crear una naturaleza a imagen y semejanza del capital, pues el fenómeno de la biopiratería y la piratería intelectual apuntalados por los intereses capitalistas han surgido como consecuencia de la desvalorización y la invisibilización de los sistemas de conocimiento indígena y su consecuente falta de protección jurídica.[18]

No es aventurado decir que actualmente las grandes empresas transnacionales cuentan, hoy, con mayor poder que muchos estados contemporáneos, lo cual se ve reflejado en el sistema alimentario global, acaparado por un entramado de oligopolios que han venido aglutinando, en los últimos años, todos los sectores principales de la cadena alimentaria industrial mediante grandes fusiones entre compañías. Estos oligopolios ya no limitan su actividad al acaparamiento y el control de las semillas, ahora extienden sus tentáculos a todos los sectores del sistema alimentario. Un ejemplo de esto es la absorción de Monsanto por la empresa alemana Bayer, convirtiéndose en una de las mayores empresas globales de agrotóxicos y semillas, además de ya ser una de las mayores empresas farmacéuticas a nivel mundial. No obstante, aun cuando esta fusión es de gran magnitud y sus impactos de amplio espectro, es apenas una de varias fusiones recientes entre trasnacionales de agronegocios. Se trata de una disputa encarnizada

17 Álvarez-Buylla, Elena R., *et. al.*, "*Introducción*" en: Alvarez-Buylla Roces y Piñeyro Nelson (Coords), *El maíz en peligro ante a los transgénicos. Un análisis integral sobre el caso de México*", México, UNAM-CEIICH, 2013, p. 17.

18 Shiva, Vandana, *"Las nuevas guerras de la globalización. Semillas, agua y formas de vida",* Madrid, Editorial Popular, 2007, p. 90

por quién controlará no sólo los mercados, sino también las nuevas tecnologías y el control digital y satelital de la agricultura (renta tecnológica).[19]

Estos inmensos oligopolios buscan imponer esta nueva forma de agricultura robotizada, para lo cual hacen uso de una retórica "humanitaria" que afirma que vienen a salvarnos del hambre a través de la ciencia y la tecnología. No obstante, el uso de estas nuevas tecnologías implica asumir riesgos muy altos, en atención a las circunstancias alimentarias especiales en en relación al maíz y las relaciones sociales, económicas y culturales que implica la agricultura milpera en México. Por esto es importante desmontar la falaz escisión de los efectos negativos —las consecuencias para la salud, el medio ambiente, la dependencia tecnológica y alimentaria etc.— de los supuestos efectos positivos que se pregonan bajo la falsa afirmación de la "neutralidad tecnológica". En realidad, las biotecnologías que modifican el genoma de los cultivos no son neutrales, sus alcances dependen del contexto socioeconómico y cultural al que se destinen y los intereses y valores de quienes las promueven y financian bajo criterios cientificistas. Como explica Manuel Lizardi, "no sólo la ciencia y la tecnología son utilizados a favor de un grupo de poder, también el prestigio de la ciencia juega un rol. Cuando grupos de poder toman algunos elementos, y solo algunos, de la ciencia y los emplean para que sus decisiones tengan 'olor' a ciencia se está ante una postura reduccionista y parcial que niega la esencia de la misma ciencia. Se utiliza parcialmente con la idea de validar su discurso, eso es el llamado cientificismo".[20] Esto quiere decir, cientificismo no es lo mismo que decir ciencia, aquel excluye otros puntos de vista, intereses y valores y ha contribuido a agravar una serie de problemas que enfrenta la humanidad a nivel local, nacional y global.

Los costos en investigación y desarrollo (I+D) obligan a las empresas privadas, por un lado, a concentrarse en pocos materiales genéticos y, por el otro, a asegurar dividendos mediante mecanismos de protección de la propiedad intelectual como los certificados de obtentor. Este modelo de producción genera altos costos económicos, sociales y ambientales porque se realiza a costa de la biodiversidad y variabilidad genética de las semillas nativas, del dispendio de agroquímicos altamente contaminantes y peligrosos para la salud —como el glifosato y otros—, de energéticos y agua e inhibiendo de paso la competencia comercial mediante las patentes.[21] En este sentido, la liberación comercial de este tipo de tecnologías acarrearía graves distorsiones socioeconómicas y socioculturales a pueblos indígenas y campesinos, ya que las corporaciones interesadas en la comercialización de las semillas transgénicas, actúan privilegiando el valor

19 Ribeiro, Silvia, "*Monsanto-Bayer y el control digital de la agricultura"* en: *La jornada en línea*, México, https://www.jornada.com.mx/2016/09/17/opinion/021a1eco consultado el 19 de agosto de 2024

20 Lizardi Jimenez, Manuel Alejandro, "*Ciencia y cientificismo*", en: *Investigación y Desarrollo*, https://invdes.com.mx/los-investigadores/ciencia-y-cientificismo/amp/: consultado el 19 de agosto de 2024.

21 Polanco Jaime, Alejandro y Arturo Puente González, *"La siembra comercial de maíz transgénico en México en el marco de la bioeconomía y la política pública",* en Alvarez-Buylla y Piñeyro Nelson, *op. cit.*, p. 221

de las ganancias económicas frente a otros valores como el cuidado del ambiente y la salud, la preservación de la biodiversidad y los valores socioculturales ligados a la agricultura milpera.[22] La agricultura industrial promueve la eficiencia y uniformización de los cultivos, en virtud de que el capitalismo implica la producción masiva de mercancías estandarizadas, provenientes de factorías especializadas. Precisamente por esto, la Unión de Científicos Comprometidos con la Sociedad (UCCS), señala que el maíz nativo es toral para México por tres razones fundamentales:

1) Es el único tipo de maíz que prospera en tierras de baja calidad agrícola, que son la mayoría de las dedicadas a su cultivo y de las que dependen millones de familias campesinas;

2) Produce el maíz de especialidad que requiere la cocina mexicana, y;

3) Su biodiversidad es la mejor apuesta para México y para el mundo para enfrentar al cambio climático. Además, el maíz está en corazón de la cultura mexicana.[23]

De modo que la importancia del maíz nativo y la agricultura milpera radica en su diversidad. Por consiguiente, los monopolios de semillas que disfrutan las grandes compañías semilleras, gracias a los Derechos de Propiedad Intelectual, no son ni necesarios ni deseables desde el punto de vista del interés público y social, y mucho menos del interés campesino e indígena. El hecho de que una comunidad indígena o campesina innove o mejore una determinada semilla mediante su biotecnología tradicional, propiciando el surgimiento de una característica nueva en su cultivo, atiende a una necesidad o un gusto particular a nivel familiar o comunitario; es precisamente gracias a la constante selección y adaptación de las plantas domesticadas al medio ambiente y a las preferencias culturales, que se han generado razas y variedades adaptadas a los distintos climas, regiones y altitudes de nuestro país. No obstante, la biotecnología moderna escamotea el hecho fundamental de que, al igual que los procesos cognitivos parten de contextos particulares y variados, así también la innovación y las mejoras son una cuestión contextual; no son únicamente las semillas comercializadas por las corporaciones trasnacionales las únicas que representan una contribución intelectual, sino que las semillas que guardan e intercambian los campesinos también expresan una aportación intelectual significativa y valiosa —innovación campesina informal—, misma que se comparte en la intimidad de las comunidades y es base de la gran diversidad genética del maíz nativo mexicano. La innovación y la mejora de las semillas no es independiente del contexto, sino que, como explica Vandana Shiva: "la mejora es una categoría contextual", se hace también desde la perspectiva de los campesinos en función de sus necesidades, intereses, gustos y posibilidades; mientras que la agroin-

22 Olivé, León *et. al*., "Ética y transgénicos: El caso del maíz en México", en *Ibidem,* p. 325

23 Turrent Fernández, *et. al*, *El maíz transgénico en México en 15 píldoras*, México, UCCS, 2014, p.56.

dustria "mejora" los cultivos para la transformación industrial o para aumentar el empleo de insumos químicos, para satisfacer necesidades industriales y comerciales.[24]

Por todo lo anterior, es sustancial apuntar a la forma históricamente determinada del Derecho bajo el capitalismo neoliberal, cuya expresión normativa es una ficción que apuntala la igualdad formal que enmascara la desigualdad real de los seres humanos y valoriza como mercancías bienes que no son propiamente mercancías —semillas y el conocimiento tradicional—, priorizando, de este modo, la forma hegemónica capitalista de acceso a los bienes indispensables para reproducir la vida. Se comprende, de este modo, que la implantación del modo de producción capitalista trae consigo la necesidad de la universalización del concepto de propiedad. Tal cual explica Andressa Caldas, "dentro del pensamiento jurídico de la modernidad-colonial no hay espacio para que se desarrollen integralmente otras subjetividades jurídicas".[25] Esto significa que la definición de quienes son o no sujetos y de lo que son o no bienes (mercancías), constituye una elección arbitraria, determinada por un modelo de sociedad dado, que puede ser localizado geográfica e históricamente. El derecho occidental moderno sólo reconoce la existencia de una realidad determinada si ésta se cubre con el traje de una de sus formas jurídicas establecidas, sólo así los hechos de la vida comienzan a existir jurídicamente y producen efectos. Se olvida que el origen del derecho occidental, de raíz eurocéntrica, se caracteriza por la decisión —fundacional y atributiva— de conferir tal carácter a algunos bienes —valorizar como mercancías—, y paralelamente a ésta decisión se encuentra la atribución de titularidad a los portadores de estos bienes: los sujetos de derecho. Este modelo conceptual se verá universalizado mediante el colonialismo moderno, a grado de constituirse en modelo y referente para juzgar y definir lo que es o no jurídico, tomando como punto de partida el análisis de lo que se puede llamar la "racionalidad interna" de los conceptos jurídicos, misma que se caracteriza por su pretensión de atemporalidad, universalidad, neutralidad científica, generalidad y abstracción.[26]

El individualismo liberal como amplio marco ideológico de la modernidad eurocéntrica, unido a otros factores históricos —como el colonialismo—, va a imponer el desarrollo del modo de producción capitalista, caracterizado por la idea del predominio del capital como factor de producción sobre el trabajo y la apropiación privada —despojo— de los medios de producción, lo que acarrea la separación entre la posesión del capital y la fuerza de trabajo ligado a una concepción abstracta y formalista de los derechos que oculta las condiciones materiales y las relaciones sociales, económicas y políticas de los pueblos. No obstante, la producción de conocimiento, al igual que la producción jurídica, no puede entenderse por encima de la historia, al contrario, las

24 Shiva, Vandana, "¿Proteger o expoliar?. *Los derechos de propiedad intelectual*," Barcelona, Intermón Oxfam, 2003, p. 113.

25 Caldas, Andressa, *La regulación jurídica del conocimiento tradicional: La conquista de los saberes,* Bogotá, ILSA, 2004, p. 74

26 *Idem*

ideas y los derechos son productos históricos y culturales, y como tales no son verdades eternas sino derivaciones, en un última instancia, de las relaciones sociales producción y de dominación, y por tanto, contingentes y transitorias. En este sentido, la concepción materialista de la historia respecto a la producción de conocimiento y el fenómeno de lo jurídico se dirige contra el ser abstracto constituido por el capital, es decir, el *homo oeconomicus* y el mundo burgués del que es producto. Marx rompe así como las formas clásicas del discurso filosófico, su objeto es el ser social concreto y no el ser abstracto.[27]

El Derecho como fenómeno social complejo no puede definirse o imponerse *a priori*, es necesario optar por un teoría da la historia y analizar el lugar que ocupan las relaciones jurídicas en el seno de las relaciones sociales. Como explica De la Torre [28]una crítica jurídica, esto es, la teoría y la ciencia jurídica que tienen como objeto una práctica transformadora, constituyen, en última instancia, un crítica del derecho moderno, de la ideología que lo justifica y de la sociedad o los actores sociales que lo utilizan; la crítica del derecho debe comenzar en el mismo punto en que comienza la crítica de la economía política y de la sociedad capitalista. En este sentido, para Correas, el *valor,* como fenómeno social, constituye el fondo del Derecho moderno: "no se negará que, a partir de esta aparición de un elemento nefasto —el *valor*— comienza la historia de la alienación, de la explotación del trabajo ajeno; y también de la resistencia del explotado. De allí el derecho. La represión se hace necesaria a partir del dato social que es el intercambio".[29] Y es que la esencia del fenómeno jurídico no está en las normas, ni en la justicia "inmanente", ni es un unívoco "producto social", sino que el derecho moderno se explica a partir del *valor* como fenómeno básico de la sociedad mercantil capitalista;[30] el derecho moderno es, entonces, "constitutivo de la relación social dominante. La forma jurídica burguesa se despliega en relación a la forma *valor* como la otra cara de la misma moneda";[31] que posibilita, la libertad de obligarse a vender su fuerza de trabajo a otro sujeto de derecho. Como explica Jaime Ortega, la *forma valor* es el despliegue más radical de esa forma de intercambiar equivalentes. "La que acuerda inteligibilidad al derecho civil es la equivalencia. Todo derecho privado no es más que la forma del intercambio de equivalentes, y tiene por objeto garantizar tanto la circulación como su carácter equivancial".[32]

---

27 Rivera Lugo, Carlos. "La antifilosofía de Marx y Lacan. Crítica jurídica y política en Nuestra América", en: *Boletín del Grupo de Trabajo Pensamiento jurídico crítico y conflictos sociopolíticos*, no. 16, Buenos Aires, 2023 pp. 28-45.

28 De la Torre Rangel, Jesús Antonio *Apuntes para un introducción filosófica al Derecho*. México, Porrúa, 2007, pp.131-132.

29 Correas, Oscar. "Kelsen y Marx. De la ciencia a la filosofía" en; *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de política, filosofía y derecho*. 1986, p. 107.

30 De la Torre, *op. cit.*,pp. 133

31 Correas, *op. cit.*,p.107

32 Ortega Reyna, Jaime, "*Forma valor y forma jurídica. El capital desde el derecho: Una aproximación a la obra de Óscar Correas"*, en: Polis, México, 2022, pp. 66

De esta guisa, la socialidad y el derecho moderno se caracterizan por su carácter contractual, basado en la libertad, la igualdad y la independencia de los individuos en abstracto y el dinero hará posible sostener y ampliar de manera universal el intercambio en el mercado.[33] Del intercambio surge la noción moderna por excelencia: la forma contrato. La circulación de los objetos, considerados en su dimensión social, se denomina mercancías; las mercancías circulan cuando se intercambian, es decir, cuando se encuentra la manera de hacerlas equivalentes: En el capitalismo ello ocurre, precisamente, con el surgimiento de una mercancía especial: el dinero. Conquistar una noción de equivalente general genera una gran transformación, pues permite que el intercambio de mercancías deje de ser esporádico o contingente y sea el vínculo universal. El equivalente deja de ser una mercancía particular y toma forma en el dinero, que se comporta como la llave de acceso a todas las mercancías, independientemente

33 C.B. Macpherson sintetiza los supuestos del individualismo liberal, que él llama "individualismo posesivo" en las siguientes siete proposiciones que Jesús Antonio de la Torre Rangel transcribe y comenta: 1) "Lo que hace humano a un hombre es ser libre de la dependencia de las voluntades de los demás". Se explica esta primera proposición con relación a la consideración distinta del mundo antiguo, en la que los esclavos y siervos dependían de la voluntad de su señor; estaban, en ese sentido, en condición infrahumana. La humanización, pues, surge de la libertad respecto de la voluntad del otro. 2) "La libertad de la dependencia de los demás significa libertad de cualquier relación con los demás salvo aquellas relaciones en las que el individuo entra voluntariamente por su propio interés". Según esto no existen vínculos naturales entre los hombres. Las relaciones entre los individuos son voluntarias, pactadas, contratadas, libres. A nadie se le puede obligar a relacionarse con los otros. 3) "El individuo es esencialmente el propietario de su propia persona y de sus capacidades, por las cuales nada debe a la sociedad". El individualismo protege la propiedad individual y privada, pero no sólo de las cosas, no sólo de los medios de producción, sino de la propiedad de la propia persona y sus capacidades. Cada individuo es propietario de sí mismo. Ergo, todos los hombres, en cuanto a individuos, son propietarios. Si no tienen más propiedades, serán cuando menos, propietarios de su persona. 4) "Aunque el individuo no puede alienar toda su propiedad sobre su propia persona, puede alienar su capacidad para trabajar". El hombre no puede venderse totalmente, pues se convertiría en esclavo, dejaría de ser hombre. Pero sí puede enajenar su fuerza de trabajo. Puede contratar con otro, estableciendo una relación laboral. 5) "La sociedad humana consiste en una serie de relaciones mercantiles". La sociedad es el lugar de encuentro de los hombres libres que comercian, ofreciendo y demandando objetos y fuerza de trabajo a cambio de dinero. A relaciones comerciales reduce el individualismo liberal la vida social. 6) "Dado que lo que hace humano a un hombre es la libertad de las voluntades ajenas, la libertad de cada individuo solamente puede limitarse justamente por unas obligaciones y reglas tales que sean necesarias para garantizar la misma libertad de los demás". En otras palabras, la regla jurídica de oro del individualismo es la que fija el límite de la libertad de un individuo en la libertad del otro. 7) "La sociedad política es una invención humana para la protección de la propiedad que el individuo tiene sobre su propia persona y sobre sus bienes, y (por tanto) para el mantenimiento de relaciones debidamente ordenadas entre individuos considerados como propietarios de sí mismos". Tenemos así el cuadro completo. La sociedad —llamada "sociedad civil"— es un lugar de encuentro entre personas libres que comercian, que contratan. No es una "sociedad natural", tiene vida por la voluntad de los individuos. Ahora bien, el Estado o sociedad política, distinta de la sociedad civil, es también una creación de los individuos con el objeto de proteger sus propiedades, que van desde su propia persona hasta la de los medios de producción. No es, pues, tampoco, el Estado una "sociedad natural", sino artificial y con fines específicos a favor de los propios individuos que son los que le dan vida, Cfr. De la Torre Rangel, Jesús Antonio *Del pensamiento jurídico contemporáneo. Aportaciones críticas,* San Luis Potosí, UASLP, 2006 (1992), p. 43.

de sus cualidades físicas,[34] su connotaciones culturales así como su utilidad social y ecológica para la reproducción de condiciones de vida digna de las personas.

Marx "localizó que, aunque formalmente, el intercambio aparecía como equivalencial, el contenido material de aquella relación era de una profunda desigualdad"[35]. Se trata de una apariencia de acuerdo de voluntades que intercambian equivalentes, producto de la imposición por la fuerza de un derecho constitutivo de la relación social dominante-capitalista. No obstante, es muy importante enfatizar que el punto de partida de la crítica es el momento del *despojo* como condición necesaria para la aparición de la *forma valor*[36]. Se comprende de este modo que la implantación del modo de producción capitalista trae consigo la necesidad de la universalización del concepto de propiedad. Precisamente la genialidad de Marx, explica Carlos Rivera Lugo, fue entender que *"la propiedad privada no es una relación simple y mucho menos un concepto abstracto, sino que consiste en la totalidad de las relaciones burguesas de producción y es, además, una clase de violencia; precisamente por eso hay que abolirla"*[37]. Y es que la cuestión de la propiedad sigue siendo el asunto vital; ya que pretender que esta institución constituye un derecho natural y universal, es negar la historia de *Nuestra América* y las formas diferenciadas que ha asumido la posesión en el contexto de los pueblos indígenas y campesinos, principalmente en lo que atañe a la tierra y a la naturaleza en general. Por lo anterior, la forma históricamente determinada del Derecho bajo el capitalismo constituye un instrumento atrapado en la ideología dominante y en la totalidad del modo de producción imperante, cuya expresión normativa es una ficción que apuntala la igualdad formal que enmascara la desigualdad real y valoriza como mercancías bienes que no son mercancías, como la biodiversidad y los conocimientos tradicionales asociados a la misma —patrimonio biocultural— susceptibles de ser apropiadas individualmente.

En este sentido, las reformas estructurales neoliberales llevadas a cabo en las últimas décadas en Nuestra América implican procesos de neocolonización manifiestos en la profundización de la dependencia económica y tecnológica de nuestros pueblos, así como la proletarización y marginalización de amplios sectores de su población. En el ámbito rural mexicano estas reformas conllevan una amplia ofensiva encaminada a consolidar un modelo de agricultura industrial intensiva y capitalizada, dependiente de insumos y paquetes tecnológicos empresariales y semillas transgénicas cuyo despliegue se sustenta en ideales tecnocráticos y un profundo desprecio por el mundo rural y las formas de vida vernácula. Se trata de un amplio proceso orientado también al despojo de la fuente ancestral de la subsistencia de los pueblos —sus territorios y conocimientos— en aras de la totalización de la subsunción real de la vida en el capital

34 Ortega, *op. cit*, p. 68
35 Idem
36 Ibidem, pp. 70
37 Rivera Lugo, *op. cit,* pp 125

mediante la subordinación de la naturaleza y los procesos biológicos constitutivos de la reproducción de la vida.

> "*La modernidad capitalista es un proyecto civilizatorio [...] Su propósito ha sido reconstruir la vida humana y su mundo mediante la actualización y el desarrollo de las posibilidades de una revolución técnica que comenzó a hacerse presente en esa época en toda la extensión del planeta. Lo peculiar de este proyecto de modernidad está en su modo de entregarse a la reconstrucción civilizatoria, un modo que la lleva a dotar a ésta de un sentido muy particular: darle la otra vuelta de tuerca a la ya milenaria mercantificación de la vida humana y su mundo, iniciada ocho o nueve siglos antes de la era cristiana; radicalizar la subsunción o subordinación a la que está siendo sometida la "forma natural" de esa vida por parte de su "doble", la "forma de valor" que ella misma desarrolla en tanto que vida mercantilizada. Convertir esta subsunción, de un hecho sólo exterior o "formal", en otro "real" o de alcance "técnico"; en un hecho que "interioriza" o incorpora el peculiar modo capitalista de reproducir la riqueza en la composición misma del campo instrumental —del sistema de aparatos— de la sociedad, y que consolida de esta manera la explotación del trabajo humano en su forma asalariada-proletarizada*.[38]

El capital, para reproducirse, necesita valorizar como mercancías medios de producción no producidos, por los cuales debemos pagar, aunque no sean producto del proceso de trabajo o propiamente mercancías. Esto sucede con la naturaleza, ya que algunos de sus elementos constitutivos son privatizables mediante el derecho —biodiversidad, agua, minerales, petróleo, etc.—, pero en sí no son mercancías, pues aunque la forma de su reproducción puede ser intervenida por el capital éste fracasa en el intento de suplantarlos totalmente por sus imperativos.[39] La naturaleza, así como el ser humano, es una mediación externa al capital, sin la cual es imposible su reproducción; es por esto que la subsunción formal y real son dos conceptos decisivos para la historia del desarrollo capitalista pues su pretensión es crear un mundo en donde el capital no tenga ningún "afuera" o "exterioridad", de modo que toda la vida quede anclada a la satisfacción de sus necesidades de acumulación. En ese sentido opera la desposesión biopirata del patrimonio biocultural de los pueblos indígenas y campesinos. Por un lado se desvalorizan los *saberes de subsistencia*[40] tildándolos de arcaicos e ineficientes, pues la biotecnología necesita de los recursos biológicos y los conocimientos tradicionales asociados, pero no reconoce su dependencia a ellos evitando de este modo su protección jurídica;[41] y por otro, se potencializa el saber tecnocientífico cimentado en la idea de producción a gran escala, con principios normativos de eficiencia y competitividad instrumentalizado jurídicamente mediante el régimen jurídico de las patentes y los sistemas de protección de derechos de propiedad intelectual (DPI)

---

38 Echeverría, Bolivar, *Modernidad y blanquitud*. México, Era; 2010, p. 89
39 Bartra, *op. cit.*, p. 114.
40 Robert, Jean, "*Esperando el retorno de los saberes de subsistencia",* en: *Polis,* México, 2009, pp. 1-10.
41 Caldas, *op. cit*, p. 112

como mecanismo jurídico para la mercantilización de los bienes comunes —como las semillas y por tanto el conocimiento indígena y campesino asociado a la biodiversidad de sus territorios— con el objetivo solapado de apropiarse de nuevos mercados para el aumento de la tasa de ganancia. Este saber tecnocientífico ha proliferado en el marco de sociedades crecientemente urbanizadas, que sacrifican la diversidad —biológica y cultural— en busca de garantizar un abasto alimentario homogéneo, por lo que el cambio en el patrón de poblamiento mundial es también un factor importante en le destrucción del mundo rural.

Sin embargo, *el maíz no es una cosa*[42] ni una mercancía, ni un simple cultivo o producto agrícola. En realidad, el maíz es un tejido de relaciones que involucran epistemologías y espiritualidades, formas de estar y pensar el mundo colectivamente. La importancia cultural del maíz y los saberes campesinos en México es algo que no se puede soslayar pues no sólo se limita al tema alimenticio; forma parte del gran imaginario mexicano y da cuenta de diversos saberes y formas de producir conocimiento asociado a la naturaleza. Por esto, la pérdida de cualquiera de las variedades del maíz, además de ser una pérdida del patrimonio biocultural de nuestro país, es una pérdida de lo sagrado, de aquello que sustenta la vida, fruto de un paciente y ancestral diálogo con la naturaleza generador de saberes colectivos, gratuitos, diversos y arraigados. Como dice Álvaro Salgado[43], para los pueblos de acá, el uso diverso e integral de la semilla del maíz siempre había sido libre. Se entiende como un don, y lo comparten como un don, nunca como una mercancía sujeta a apropiación individual.

Sin embargo, como explica Victor Toledo Llancaqueo, desde la década de 1980, bajo el impulso de los países desarrollados y las corporaciones trasnacionales, se ha construido paulatinamente un sistema global de Derechos de Propiedad Intelectual (DPI) como pieza fundamental del régimen internacional de comercio o "nuevo derecho internacional público de la liberalización de los mercados globales". Este régimen internacional se caracteriza por el incremento sucesivo de los niveles de protección de los DPI, la ampliación creciente de las materias que comprende esta protección y la tendencia a su globalización, así como su estrecho vínculo con las regulaciones de inversiones y la lógica multiescalar y simultánea de negociación y regulación en pos de un mismo programa: un sistema global de patentes.[44] A inicios de la década de los

---

42 Cfr. Villa, Verónica, *et al.,* (Eds.), *El maíz no es una cosa: es un centro de origen,* México, Ítaca, 2012.

43 Salgado, Alvaro, "Lectura diacrónica de los mitos fundantes del maíz nativo, elementos para fortalecer la defensa de los pueblos de maíz" en: *Revista de Investigaciones Jurídicas*, file:///Users/oscararnulfo/Downloads/lectura-diacronica-de-los-mitos-fundantes-del-maiz-nativo-elementos-para-fortalecer-la-defensa-de-los-pueblos-de-maiz.pdf, consultado 20 de agosto de 2024,

44 La multiescalaridad de la construcción de este sistema se expresa en tres niveles: el Acuerdo sobre aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC) de la OMC, los Tratados de la Organización mundial de la propiedad intelectual (OMPI) y de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV); los Acuerdos Regionales de Comercio (como el T-MEC) y los Tratados Bilaterales de Inversión. Este sistema se expresa localmente en leyes nacionales, que son su corolario; en el caso de nuestro país a través de la LBOGM, la Ley Federal de

noventa casi ningún país del Tercer mundo reconocía ningún tipo de DPI sobre las semillas; no obstante, las presiones ejercidas por los EUA han logrado que varios países adopten en su legislación interna el régimen de protección de variedades vegetales. Por tal motivo, en los últimos años los DPI han adquirido una inusitada centralidad en la nueva economía global, donde predomina el factor conocimiento, las dimensiones simbólicas, la información y las biotecnologías. Esta mutación, explica Toledo[45], se tradujo en presiones políticas y comerciales de los corporativos transnacionales farmacéuticos y biotecnológicos para obligar al establecimiento de regímenes internacionales que faciliten y legalicen la apropiación de recursos biológicos de los países del Sur (su valorización como mercancías), incluidos los recursos genéticos y bioquímicos de los territorios indígenas y sus conocimientos tradicionales asociados, esto es, el régimen de "acceso a recursos genéticos" y el mercado de "servicios ambientales"[46].

Ahora bien, según explica Aleida Hernández Cervantes, las *estructuras jurídicas del despojo* (EJD) son las normatividades que operan como mediaciones institucionales para la desposesión. Se trata de formas nuevas y sofisticadas que legalizan el despojo y se producen tanto en sedes transnacionales de poder económico global como en sedes nacionales a través de la *forma de producción jurídica transnacional* y forman parte de la dinámica de la acumulación de capital al sentar las condiciones jurídicas necesarias para asegurar que continúe la dinámica de la acumulación de capital, y su función particular consiste en contribuir a que se realice con la cobertura de seguridad y certezas jurídicas. De esta guisa las instituciones estatales, de la administración pública, así como las de los poderes legislativo y judicial dan coherencia interna a la protección de los intereses del capital.[47]Por lo general, no se trata de normativas aisladas sino que puede estar comprendida por una compleja red jurídica que incluye la elaboración de normatividades (legislación nacional, normas técnicas, acuerdos comerciales, normas de carácter administrativo), políticas públicas, interpretación de legislación y decisiones judiciales en los que se disputan los intereses del capital; una articulación compleja de instituciones, actores, normatividades tanto de carácter estatal como no estatal que elaboran normatividad concreta que legaliza el despojo contemporáneo.[48]

El entramado jurídico compuesto por la legislación mexicana en materia de bioseguridad (LBOGM, LFPCCS y LFVV) ligados al ADPIC, los Tratados OMPI y UPOV y la reciente firma del T-MEC, constituyen en su conjunto un complejo entramado jurídi-

---

Producción, Certificación y Comercio de Semillas (LFPCCS) y la Ley Federal de Variedades Vegetales (LFVV).

45 Toledo Llancaqueo, Víctor, "El nuevo régimen internacional de derechos de propiedad intelectual y los derechos de los pueblos indígenas", en: Berraondo, Mikel (Coord.). *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao, Universidad de Deusto, 2006, pp. 509-536.

46 Idem

47 Hernández Cervantes, Aleida, "Estructuras jurídicas del despojo: Trazando un perfil", en: Hernández Cervantes, Aleida y Burgos Matamoros, Mylai (Coords.). *La disputa por el derecho: la globalización hegemónica vs la defensa de los pueblos y grupos sociales*. México, UNAM-CEIICH, 2018, pp. 83-99

48 Idem

co, que regula la política de bioseguridad, la liberación de organismos transgénicos en territorio nacional, la producción, certificación y comercio de semillas y la protección de los derechos de los obtentores de variedades vegetales. Este entramado jurídico ha sido construido al margen de las necesidades e intereses de los pueblos indígenas y campesinos y en su conjunto puede ser utilizado para el despojo y la fiscalización y criminalización de prácticas campesinas ancestrales como el libre intercambio de semillas. El T-MEC es un acuerdo comercial intergubernamental muy extenso y complejo, y uno de sus ejes fundamentales es el de la propiedad intelectual. Este Acuerdo establece la obligación de los estados firmantes de adherirse al Acta 1991 de la UPOV. Sin embargo, el acta UPOV 1991 ha sido objeto de fuertes críticas porque establece derechos de monopolio muy amplios a favor de los "obtentores de variedades vegetales" —léase grandes empresas agrobiotecnológicas—, a quienes define como "aquella persona que haya creado o descubierto y puesto a punto una variedad vegetal". El Acta UPOV 1991 permite patentar vegetales, genes y microorganismos, de la misma forma que se patentan las invenciones industriales. De modo que el Acta UPOV 1991 considera patentar las variedades vegetales y genes para asegurar los derechos de propiedad intelectual de las empresas sobre estos *bienes comunes intangibles* de la humanidad que han sido preservados por las y los campesinos durante miles de años, al establecer un marco jurídico con lo cual se posibilita el apoderamiento de cultivos nativos con base en los DPI.

En el caso del maíz, la materialización del acta UPOV 91 en la legislación mexicana, constituiría la situación legal ideal para despojar de las variedades nativas a los campesinos —lo cual es ilegal con base en el acta UPOV 78—. De autorizarse en forma paralela la siembra comercial de maíces transgénicos[49] y de contaminarse las variedades nativas, —dada la imposibilidad de impedir el flujo génico entre maíces GM y maíces nativos— los nuevos dueños de esas variedades nativas serían las corporaciones oligopólicas dueñas de las patentes, lo que representaría un despojo legalizado sin precedentes; situación jurídica que lleva implícito un riesgo sumamente desproporcionado.[50] México firmó el Acta UPOV 1978 el 9 de agosto de 1997, y si bien es cierto que reconoce la propiedad intelectual de manera *"sui generis"*, mantiene el "Privilegio del Agricultor de usar su propia semilla y el Derecho del Fitomejorador" que permite el intercambio de semillas. No obstante, la adhesión al Acta de 1991 tendría profundas afectaciones para México, al limitar el uso y acceso a recursos fitogenéticos y los derechos de los agricultores, ya que prohibir el "Privilegio del Agricultor y el Derecho del Fitomejorador", así como la derivación esencial de variedades, se afectarían prácticas

49 A pesar de los múltiples empeños legales en contra de la agricultura campesina en México, a la fecha persiste la suspensión que obliga al Poder Ejecutivo a suspender cualquier permiso para cultivar maíz transgénico en México, desde el 17 de septiembre de 2013, mientras se desahoga la demanda colectiva por el derecho humano a la biodiversidad del maíz nativo, interpuesta por 53 ciudadanos y 20 organizaciones campesinas y urbanas.

50 Espinosa-Calderon, Alejandro, *et al*. "Producción de maíz y soberanía alimentaria en el contexto del deterioro socioambiental en México", en: Barreda Marín, *op. cit*, pp. 323-344

de saber consuetudinarias milenarias vigentes de los pueblos indígenas y campesinos para producir y usar semillas e intercambiarlas libremente. El escenario jurídico aquí expuesto únicamente limitaría la diversidad genética, base de la selección autóctona que llevó a las variedades de maíz a su condición actual, fortaleciendo en exceso a los grandes oligopolios agrobiotecnológicos.[51]

En esta línea, pues, interesa mostrar lo instrumentos jurídicos y tecnocientíficos que utiliza el capital para la culminación total de la subsunción real de la vida bajo el capital y sus consecuencias perjudiciales —ambientales, sanitarias, económicas, sociales, culturales— en relación con la conservación de la biodiversidad del maíz nativo *in situ* en dos sentidos:

1) La *acumulación por desposesión*[52] como premisa del desarrollo histórico del modo de producción capitalista, orientado a ampliar sus límites geográficos abriendo el proceso de colonización de nuevos territorios vírgenes para el capital o aún no capitalistas, es un proceso que actualmente no se limita al despojo de bienes materiales; el gran capital ha posado sus ojos en los *saberes de subsistencia*[53] de pueblos indígenas y campesinos —el conocimiento ligado a la biodiversidad de sus territorios— hacia los cuales encamina un nuevo ciclo de desposesión biopirata, mediante el régimen jurídico de las patentes (certificados de obtentor) y los sistemas de protección a la propiedad intelectual ligados a la ingeniería genética, lo que conlleva —además de las desposesión de bienes

51 Idem

52 Véase: Harvey, David, "El 'nuevo' imperialismo: acumulación por desposesión", en: Biblioteca CLACSO 2005, http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20130702120830/harvey.pdf, consultado 24 de agosto de 2024.

53 Subyacente a la expropiación legalizada de la plusvalía del trabajo, a la lucha de clases y a la acumulación del capital, hay una guerra epistémica quizás más fundamental que todas las otras: una guerra entre saberes cuya forma histórica es la guerra contra la subsistencia. Atrás de los conflictos en torno a la repartición desigual de lo que aún se llama riqueza, hay una pugna despiadada entre dos tipos de saberes. Los primeros son empíricos, generalmente transmitidos oralmente, locales y concretos. Los segundos son formalizados y hasta matematizados, conservados por escrito, desterritorializados, desmaterializados, de pretensión universal y abstractos. En la sociedad contemporánea, son los segundos los que dan prestigio, hacen parecer inteligentes a los que los detienen y dan poder. Los primeros han sido tildados de arcaicos, despreciables, provincianos. Los segundos se catalogan como científicos y los primeros como retrógrados y obsoletos, o se catalogaban así hace medio año. Son *saberes de subsistencia* que permiten vivir a partir de lo que nos dan el suelo, el cielo y las aguas. Los segundos son saberes económicos que permiten obtener de otros, frecuentemente muy lejanos, de hecho, lo más lejanos posible, los elementos de nuestra subsistencia. Los primeros presuponen capacidades únicas, apropiadas a un lugar, una cultura, un clima: autonomía. Los segundos prosperan cuando el mundo parece haberse transformado en un desierto cultural, un espacio *sin fuegos ni lugares*, abstracto, son heterónomos, falsamente universales, desarraigados de todo suelo, toda materia, toda carne. Son los que se enseñan en las universidades —las universidades *transgénicas* de los ricos, como dijo el Comandante Tacho— y los que abren al éxito profesional, político, científico y social que buscan las elites. Los primeros saberes son los de la gente humilde que no ha roto del todo con su anclaje en una tradición local. Cfr. Robert, Jean, "Esperando el retorno de los saberes de subsistencia", en: Polis, México, 2009.

comunes inmateriales— la destrucción del tejido social y las estructuras de reciprocidad manifiestas en las formas de vida comunitarias.

2) Las tecnologías transgénicas disponibles para México son *tecnologías capitalista nocivas*, entendidas como aquellas que generan *valores de uso nocivos* como soporte forzoso del plusvalor,[54] resultado de una producción realmente capitalista en la que el sujeto mismo del consumo (el sujeto de las necesidades) es ya producido como capitalista *materialmente* (es decir, ahora sus necesidades han sido producidas por el mercado, se han modificado como preferencias, o son dependientes del deseo hacia ciertas mercancías). Esta modificación del sujeto y de sus necesidades producidas por la acción del mercado capitalista, desde el gusto y la dependencia de ciertas mercancías o tecnologías constituye una *subsunción real* del consumo bajo el capital,[55] ejerciendo un *monopolio radical* sobre la satisfacción de una necesidad y creando nuevas formas de escasez.[56] Estas nuevas tecnologías, producto de la revolución tecnocientífica alteran el metabolismo humano y animal, como es el caso de algunos organismos genéticamente modificados (OGM´s) o tecnologías transgénicas creadas y promovidas por el sistema alimentario agroindustrial, por lo que su utilización en la agricultura mexicana implica asumir riesgos preocupantes y desproporcionados, en algunos casos irreversibles, como el que nos ocupa, al versar sobre la liberación al ambiente de maíz GM en su centro de origen y de diversificación constante.

Los pueblos indígenas y campesinos de México son los guardianes del germoplasma nativo del maíz más importante del mundo; lo conservan y diversifican en sus milpas, demostrando fehacientemente, que la diversidad epistemológica actualmente representa una fuerza insoslayable que ofrece ejes alternativos para que la humanidad encuentre un nuevo quicio ante los retos y amenazas que conlleva la crisis multidimensional que enfrenta el mundo contemporáneo. En ese sentido, a pesar de las pretensiones del capital de subsumirlo todo, los pueblos indígenas y campesinos encuentran en sus ámbitos de comunidad —en lo común— un principio de acción y orientación en sus luchas históricas más allá del Estado y el mercado. y es que la milpa como paradigma de organización socio-bio-cultural y el maíz como un bien común son producto del conocimiento, el trabajo, la pasión y la curiosidad histórica de millones de personas que mediante una praxis milenaria crearon y recrean una específica relación entre ser humano y naturaleza que beneficia a todos los seres humanos a nivel global.

Asimismo, la conservación de la biodiversidad del maíz nativo y la agricultura milpera está íntimamente vinculada a la defensa de los territorios campesinos e indígenas, tan asediados por el crimen organizado y los grandes megaproyectos extractivos, causa de una gran cantidad de conflictos sociombientales activos a lo largo y ancho

54 Veraza, Jorge en Barreda Marín, *op. cit.,* p.31.
55 Dussel, Enrique, *16 Tesis de Economía Política*, Docencia, Buenos Aires, 2013, p. 281.
56 Cfr. Illich, Iván, *La convivencialidad*, México, Joaquín Mortíz/Planeta, 1985, pp. 81-83.

del país. Estos megaproyectos abarcan principalmente a los sectores minero, turístico, energético, agroindustrial y de construcción de infraestructura. Regularmente estos megaproyectos traen una serie de afectaciones a estas poblaciones como el deterioro medioambiental, el despojo y/o privatización de la tierra, el agua y la biodiversidad, la reorganización de las economías locales y la consecuente expulsión de la población vía migración o desplazamiento forzado así como el preocupante aumento de agresiones y asesinatos a defensores ambientales, lo que coloca a México como uno de los países más peligrosos para quienes se dedican a la defensa del medio ambiente y el territorio; y por tanto también la agricultura milpera, radicada en las zonas indígenas y campesinas que en los hechos han sido guardianas de amplios territorios y que están luchando por defenderlos junto a su historia, su cultura, sus saberes, sus costumbres, su patrimonio biocultural.

3. FRAGMENTACIÓN DE LA RELACIÓN DEL CAMPESINO CON LA TIERRA

Siguiendo la línea del pensamiento de Silvia Federici, sobre el papel que juega la relación del campesino con la tierra en las transformaciones y consolidaciones del sistema capitalista, nos interesa resaltar que la imposición oligopólica del uso de semillas de maíz GM, tiene como fin último la perpetua devaluación del trabajo y el conocimiento campesino; y la subordinación del trabajador ligado al campo, no solamente a quienes sean los tenientes de la tierra, si no ahora a los poseedores de las patentes del uso de semillas de maíz GM.

Silvia Federici aborda la transformación del sistema esclavista al sistema de servidumbre; siendo la Edad Media el momento en que se consolida la figura del siervo como aquel que trabaja la tierra sin poseerla; siervo y campesino se entenderían como sinónimos;[57] de manera que en este periodo histórico el campesinado se consolida como sinónimo de servidumbre y por tanto de subordinación.[58]

En este momento los siervos/campesinos se encontraban atados al poseedor de la tierra, nos dice Federici: *"los siervos estaban atados a los terratenientes; sus personas y posesiones eran propiedad de sus amos y sus vidas estaban reguladas en todos los aspectos por la ley del feudo..."*[59]; los campesinos siguen atados a quien posee la tierra, pero ahora la atadura se refuerza, en un repliegue de violencia, hacia quien posee los

---

57 Federici, Silvia, *Calibán y la Bruja, Mujeres, Cuerpo y Acumulación originaria*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2020, p. 43 "de este modo durante tres siglos (desde el siglo IX hasta el XI), "campesino" (rusticus, villanus) sería sinónimo de "siervo" (servus) (Pirenne, 1956: 63)

58 *Ibidem, p. 36"la historia de la servidumbre, es decir, de la relación, de clase dominante en la sociedad feudal y, hasta el siglo XIV, foco de la lucha anti-feudal. ... la esclavitud nunca fue completamente abolida, se desarrolló una nueva relación de clase que homogeneizó las condiciones de los antiguos esclavos y de los trabajadores agrícolas libres, (Dockes, 1982: 151), relegando a todo el campesinado en una relación de subordinación."*

59 *Ibidem* p. 37

títulos de patentes de las semillas, en este caso particular, de semillas de maíz GM; no solo recae en la población campesina la dificultad del acceso a la tenencia de la tierra, ahora también a la de sembrar y a elegir el tipo de semilla a sembrar.

La mexicana fue una revolución eminentemente campesina; no sólo planteó las bases de un nuevo régimen democrático, también para la construcción de un proceso de reforma agraria que, en última instancia, refleja una arcaica disputa social por el acceso y control de la tierra. En este sentido, el artículo 27 constitucional[60] puede considerarse una conquista de inmemoriales luchas campesinas e indígenas, al estipularse un modelo de Estado que se obligaba a procurar la reproducción del ciudadano, lo que en el medio rural consistía en dotar y restituir el medio primordial para su reproducción: la tierra. No obstante, aunque el marco legal de estas relaciones quedó definido y las obligaciones que el mismo Estado se impuso lo conminaban a restituir a pueblos indios y dotar de tierras a los campesinos, estos no accedieron a su disfrute de forma automática. Aun garantizado constitucionalmente su derecho a la tierra, el reparto agrario en los hechos se fue realizando por la presión que ejercieron para obtenerla. Este periodo histórico, que va aproximadamente de los años 20´s a los 80´s del siglo pasado, está plagado de movimientos y revueltas campesinas, aunque la historiografía del agrarismo oficial las haya escamoteado.[61] La revolución hecha gobierno promueve la industrialización y modernización del país, desdeñando el México rural en su irrefrenable urgencia desarrollista, que anuncia prematuramente la extinción del campesinado.[62] Sin embargo la insurgencia campesina, aunque negada y reprimida, subsiste hasta nuestros días emprendiendo una tenaz y muchas veces cruenta lucha jurídico-política para hacer efectivo su derecho. En esta disputa inmemorial los pueblos indios y campesinos mexicanos crean constantemente nuevas formas de lucha, negociación y reapropiación de la tierra.

Como explica Bartra, si bien es cierto que el constituyente de 1917 tuvo una fuerte presencia campesina, también lo es que la reforma agraria institucionalizada no representó plenamente los ideales del *Plan de Ayala* de 1911;[63] en realidad expresó una

---

60 En su redacción original el artículo 27 garantizaba el derecho a la tierra de las comunidades indígenas y campesinas, reivindicando a aquellas que habían sido despojadas ilegalmente o de forma legal conforme las *Leyes de Reforma.* Su antecedente jurídico fue la *Ley del 6 de enero de 1915*, redactada por el jurista Luis Cabrera y promulgada por Venustiano Carranza en el puerto de Veracruz, para posteriormente ser incorporada al artículo 27 de la Constitución General de la República, promulgada el 5 de febrero de 1917.

61 Bartra, Armando, *Los herederos de Zapata. Movimientos campesinos posrevolucionarios en México*, México, Era, 1992, p.15.

62 *Ibíd,* p. 144.

63 Según explica John Womack el *Plan de Ayala* no fue creación instantánea, en su calidad de exposición de concepciones, se había venido forjando desde al menos cincuenta años, pero como concepción específica de la política revolucionaria fue gestado a partir del *Plan de San Luís Potosí* de Francisco I. Madero, sin embargo, ante su traición, los zapatistas desconocen a Madero como jefe de la Revolución y como presidente de la República, haciendo suyo el *Plan de San Luís Potosí* con adiciones. Conforme al *Plan de Ayala* se expide la *Ley Agraria de la Soberana Convención Revolucionaria* —como asamblea

correlación de fuerzas en la que las demandas campesinas pudieron ser refuncionalizadas pero no negadas. Una vez consumada la Revolución, y una vez que ésta se ha hecho gobierno, transformó el agrarismo en una tarea institucional-burocrática; "como la Corona durante la Colonia, el moderno estado mexicano es el gran concededor de tierras, pero hoy el uso de ese poder es mil veces más eficaz", ya que ejerce un control de los recursos, excluyendo a los campesinos como protagonistas de la producción y gestión autónoma de la tierra.[64]

La subordinación campesina ha sido históricamente cambiante y se ha tenido que adaptar a los nuevos requisitos del mercado en la nueva era del capitalismo científico y tecnológico, ahora, esta subordinación se justifica mediante argumentos cientificistas que prometen que las semillas GM son la solución a los grandes problemas de la gran crisis multidimensional que enfrenta el mundo contemporáneo; por lo que se asume que el conocimiento de las mejores propuestas agrícolas es de personas que su campo de acción es el laboratorio y no la tierra misma: las propuestas son solucionar los problemas generados por el desarrollo científico tecnológico subsumido a la lógica del capital con más optimismo o fetichismo tecnológico, es decir la creencia que la tecnología lo podrá arreglar todo sin cambiar las relaciones desiguales de explotación y extracción para la producción de plusvalor.

El sometimiento campesino es indispensable para la permanencia de la acumulación capitalista de la fuerza de trabajo, y esa fuerza de trabajo no solo es industrial, también lo es la fuerza necesaria para las funciones relevantes para la operación del sistema capitalista en todas sus vertientes, por lo que, al igual que en la Edad Media, fue necesario redirigir las manos campesinas a otras funciones como las labores industriales o bélicas para la consolidación de los estados; al día de hoy sigue siendo indispensable la leva y la labor bélica, que pueden entenderse aquellas al servicio del estado militarizado, o aquellas al servicio de una gran fuerza fáctica como lo es el crimen organizado.

---

pre-constituyente—, dada en Cuernavaca en octubre de 1915 por el Consejo Consultivo de la República, autoridad suprema de la Revolución, por no estar en funciones la Soberana Convención Revolucionaria: *"Considerando: que habiendo el pueblo manifestado de diversas maneras su voluntad de destruir de raíz ya para siempre el injusto monopolio de la tierra para realizar un estado social que garantice plenamente el derecho natural que todo hombre tiene sobre extensión de tierra necesaria a su propia subsistencia y la de su familia, es un deber de las Autoridades Revolucionarias acatar esa voluntad popular, expidiendo todas aquellas leyes que como la presente satisfagan plenamente esas legítimas aspiraciones del pueblo".* Son de destacar para los fines de este trabajo, el artículo 1º, 3º y 4º de conformidad con los puntos 6º y 7º *del Plan de Ayala*, en donde se establece la restitución a las comunidades e individuos, de los terrenos, montes y aguas de que fueron despojados, bastando para que entren inmediatamente en posesión de sus propiedades que posean títulos anteriores a 1856; además de reconocer el derecho tradicional o histórico que tienen los pueblos, rancherías o comunidades a administrar sus terrenos de común repartimiento y ejidos, en la forma que juzguen conveniente. Cfr. Womack, John, *Zapata y la Revolución mexicana*, México, Siglo XXI, 1974, pp. 387-403 y De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *Derecho, derechos humanos y justicia, en la Soberana Convención Revolucionaria*, Aguascalientes, CENEJUS, 2014.

64 Bartra, *op. cit.*, p. 15.

Sostiene Federici: "*La obligación de proveer servicios militares en tiempos de guerra también era objeto de una fuerte resistencia... siempre era necesario recurrir a la fuerza para el reclutamiento*"[65] así, para frenar dicha resistencia de la comunidad campesina, se necesitó y se necesita hoy día, imposibilitar el intercambio ideológico entre comunidades campesinas, su debilitamiento como comunidad; su quiebre en su relación directa y afectiva con la tierra, y la disociación del campesino de su propia mente y cuerpo, esto último significa impedir que sea un sujeto capaz de generar conocimiento biotecnológico y que en la mayor medida posible el mismo campesino solo se vea a sí mismo como maquina trabajadora. Cuando en realidad los conocimientos tradicionales en torno a la agricultura, la biodiversidad y los recursos genéticos constituyen un conocimiento biotecnológico campesino ancestral parte de su patrimonio biocultural.

Sostiene Federici, que la experiencia de autonomía adquirida por los campesinos a partir del acceso a la tierra, ha tenido a lo largo de la historia un fuerte potencial político e ideológico, desde el momento de servidumbre campesina en la Edad Media europea, como a lo largo del siglo XX, desde las revoluciones mexicana y rusa y hasta nuestros días. "*La tierra es de quienes la trabajan"* es una demanda histórica por siglos en múltiples sitios, ante los cercamientos (o privatizaciones) de la tierra comunitaria; cercamiento que ahora se da en la semilla mediante la ingeniería genética y el régimen de protección de los derechos de propiedad intelectual, que al igual que alguna vez lo fue la tierra, es un bien común de los pueblos y comunidades campesinas. La idea de patentes de GM, en semillas ligada a la propiedad choca con la cosmovisión del campesinado.

La relación comunitaria de los campesinos con la tierra, es una relación que va más allá de los biotecnologías de laboratorio que se promueven como garantes del bienestar de la sociedad, la semilla, eso que planta el campesino a la tierra, lleva una carga simbólica y comunitaria; la comunidad penetrando en la tierra, no porque la posea, sino porque la conoce, la reconoce, y la tierra le devuelve ese reconocer con cosecha, en ese procedimiento, la semilla, el origen de ese reconocimiento y fruto, es parte de la comunidad misma. Al cercar la semilla; se rompe la participación directa del campesinado en la tierra, tierra que mayoritariamente le es ajena, los frutos cosechados no son comunitarios, no reconocen su origen en la domesticación agrícola.

La otra arista indispensable para el quebrantamiento de la comunidad es frenar el intercambio de semillas, entre los pueblos y comunidades, al hacerlo, se frena también la posibilidad de intercambios epistémicos, ideológicos y primordialmente afectivos; como menciona Raul Zibechi:[66] limitar un intercambio ancestral es clave para limitar las relaciones entre comunidades y sus afectos, y así incidir mayoritariamente con control; un control avalado por los avances tecnocientíficos, en la nueva etapa del

---

65 Federici, *op. cit,* p. 49

66 Zibechi, Raúl, "*Narco y feminicidios: el control en espacios abiertos*", en; *La Jornada*, https://www.jornada.com.mx/2016/08/05/opinion/018a1pol Consultado el 19 de agosto de 2024

capitalismo científico y tecnológico. Sostiene Federici en su última obra Más allá de la Piel, que en el estado de emergencia actual en que se vive, tenemos que dudar de la aparente senda de beneficios que se nos presentan de todas las políticas y tecnologías

Así, el cercamiento de la semilla de Maíz, mediante GM perteneciente a los oligopolios, y manejando siempre por las instituciones científicas, logra fragmentar dos relaciones, la de comunidad con comunidad; y la de comunidad campesina con la tierra.

La acumulación de la fuerza de trabajo, convierte la mecanización del cuerpo del trabajador en un proyecto científico mediante la eliminación de todo componente de decisión en el proceso de trabajo, y sobre todo de cualquier factor motivacional o de conocimiento que pudiera tener el trabajo en sí.[67]Desconectar al campesino del conocimiento de aquello que se introduce a la tierra, es una desconexión en la comunidad y en el cuerpo mismo, el cuerpo como símbolo de agente interventor en la tierra y su propio cuerpo comunitario que se conoce y se reconoce en la tierra, en un ejercicio constante de alteridad; esto constituye todo un ritual, en la preservación por lo común, de esta manera podemos sostener, que la disputa por la protección de los maíces nativos es una lucha por lo común y por preservar la resistencia de la comunidad campesina.

Apostar por una semilla de maíz desde lo común[68], es percibir el mundo campesino y agrícola como una serie de relaciones interdependientes que se sostienen mutuamente, sostenimiento entre comunidades y entre tierra y comunidad; y el papel de la semilla en la prevalencia de esas relaciones, es pensar en la semilla de maíz no como una cosa sumatoria factible de generar ganancia, si no como toda una relación social, que aporta riqueza común no cuantificable, base de la cooperación social agrícola que involucra epistemologías y espiritualidades, formas de estar y pensar el mundo colectivamente.

4. COROLARIO

Para terminar, es necesario hacer referencia al importante viraje que está operando desde el gobierno de la 4T en la rectoría de la política de bioseguridad en México, a través de Decretos presidenciales publicados en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 2020 y el 13 febrero de 2023, con la intención expresa de proteger el maíz nativo y la milpa mediante un enfoque de bioseguridad integral que implica dimensionar y evidenciar los riesgos e incertidumbres sociales, económicas y culturales que implica la biotecnología moderna. Se considera, que estos decretos abren una oportunidad histórica para proteger el maíz y la milpa, como ejemplo para la protección del resto de nuestras semillas nativas y el bienestar de la población a través de políticas públicas que incorporen el contenido de los conceptos de soberanía y seguridad alimentaria para una

67 Federici, Silvia, *Más allá de la piel*, Madrid, Traficantes de Sueños,, 2022,p. 31

68 Cfr, Federici, Silvia, *Reencantar el mundo El feminismo y la política de los comunes*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2020.

alimentación sana, con justicia epistémica, respetuosa con el medio ambiente, culturalmente adecuada y acorde con nuestras ricas y ancestrales tradiciones agrícolas frente al modelo corporativo que busca imponer la agricultura industrial.

En esta tónica, la solicitud realizada por la oficina del Representante Comercial de los Estados Unidos (USTR, por sus siglas en inglés) para la formación de un panel de resolución de controversias en el marco del T-MEC (Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá), motivada por la decisión del gobierno federal de mantener la restricción que impide 1) adquirir, utilizar, distribuir, promover e importar maíz genéticamente modificado y glifosato, o agroquímicos que lo contengan como ingrediente activo, para cualquier uso, en el marco de programas públicos o de cualquier otra actividad del gobierno; 2) la utilización de maíz genéticamente modificado en la alimentación humana en el sector de la masa y la tortilla; 3) liberar (sembrar) maíz genéticamente modificado en territorio mexicano; 4) así como recorrer, como periodo de transición, de enero a marzo de 2024, para dejar de importar glifosato y sustituirlo por alternativas agroecológicas a fin de permitir mantener la producción agrícola protegiendo la salud humana, la diversidad biocultural del país y el ambiente y libres de sustancias tóxicas que representen peligros agudos, crónicos o subcrónicos (Decretos presidenciales publicados en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 2020 y el 13 febrero de 2023), afirmando que esta decisión es una potencial violación a las disposiciones sobre agricultura y biotecnología agrícola del T-MEC, constituye una afrenta más a la soberanía nacional y alimentaria, por parte de nuestro vecino del norte, al intentar imponer los intereses comerciales de las corporaciones —ni siquiera de los agricultores estadounidenses— sobre a los derechos humanos de la población mexicana. Además, hay que decirlo enfáticamente, carece de sustento jurídico.

Esto es así, en virtud de que, tal como explica Sharon Anglin Treat, para tener éxito en una acción de aplicación contra México del artículo 31.2 (Ámbito de aplicación de la Resolución de Controversias) se tendría que establecer una obligación específica que México no cumplió, o demostrar un beneficio que podría haber esperado razonablemente recibir, en virtud del T-MEC que fue "anulado o menoscabado" por las acciones de México. Además, a nuestro criterio, se debería de realizar un test de proporcionalidad, ejercicio jurídico que debe realizar la autoridad competente, en este caso el panel, a efecto de determinar y valorar la restricción de un derecho fundamental en contraposición con la protección de otro; es decir que atienda a la regla de idoneidad, regla de necesidad y regla de proporcionalidad[69], y sobre todo que el fin de la restricción de un derecho fundamental persiga un fin legítimo constitucional/convencional en términos de las resoluciones basadas en posturas doctrinales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A la luz del nombrado Test de Proporcionalidad, se debe acreditar en este caso en particular dos cuestiones:

---

69 CIDH, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: Protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, OEA/Ser.1./V/II. Doc.47/15, 31 diciembre 2015.

1. Si los derechos que invoca EE.UU son derechos fundamentales, esto a fin de determinar si es preciso realizar dicho test, si son derechos adquiridos o por el contrario son expectativas de derecho;

2. Si las medidas anunciadas en el decreto 13 de febrero de 2023, son las idóneas para proteger un fin legítimo constitucional, que sea sumamente necesario para la comunidad y que la restricción, sea proporcional.

Si bien, dentro de la Controversia planteada por EE.UU., se señalan las acciones presuntamente indebidas por parte del Estado Mexicano, no se describen cuáles son las afectaciones precisas, ni los derechos afectados o restringidos, es decir en qué le agravia el decreto referido, al Estado que plantea la controversia, o mejor dicho a qué sujetos o sector de su población les resulta perjudicial la emisión del referido decreto.

No obstante, el T-MEC, si bien establece que las "Partes confirman la importancia de alentar la innovación agrícola y facilitar el comercio de productos de la biotecnología agrícola", también afirma, inequívocamente, en el Capítulo 3 (Agricultura) artículo 3.14.2 de la sección Biotecnología Agrícola, que el Tratado "no obliga a una Parte a emitir una autorización de un producto de la biotecnología agrícola para que esté en el mercado."[70] Asimismo, en el capítulo 9 del tratado, referente a las Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, se establece que: "Los Estados signatarios tienen derecho de adoptar medidas sanitarias y fitosanitarias necesarias para proteger la vida y la salud de los seres vivos y preservar los vegetales; en todo caso, dichas medidas deberán sustentarse en principios científicos". Por lo cual, México conserva la facultad soberana de adoptar y aplicar normas, políticas y regulaciones de inocuidad alimentaria en línea con sus consideraciones culturales, económicas y ambientales únicasp, así como para proteger el medio ambiente y la salud pública, preservar y mejorar la biodiversidad de sus cultivos nativos, como el maíz, así como respetar las comunidades y las culturas de las poblaciones indígenas y campesinas como parte de un enfoque de bioseguridad integral.

La Representante Comercial de los Estados Unidos, Katherine Tai, expresó su preocupación, infundada, de que las nuevas políticas en materia de bioseguridad del maíz de México puedan afectar gravemente el comercio agrícola entre México y Estados Unidos, y ha afirmado, falazmente, que la decisión tomada por el gobierno mexicano no está fundamentada científicamente,[71] sino en criterios "ideológicos". Sin embargo, no existen pruebas creíbles que respalden ambas afirmaciones. En primer lugar, por ejemplo, un análisis del Instituto de Agricultura y Política Comercial (IATP por sus siglas en inglés) demues-

---

70 Cfr. Institute for Agriculture & Trade Policy, "Para Comprender las Disposiciones Sobre Biotecnología Agrícola del Tratado Entre México, Estados Unidos y Canadá", https://www.iatp.org/documents/para-comprender-las-disposiciones-sobre-biotecnologia-agricola-del-tratado-entre-mexico Consultado el 19 de agosto de 2024.

71 Carbajal Braulio, *et. al.* en: La Jornada, "Socios del T-MEC usarán el maíz y reglas automotrices como moneda de negociación"; https://www.jornada.com.mx/2023/04/13/economia/017n2eco, consultado el 19 de agosto de 2024

tra que el estudio de modelización económica —encargado por CropLife y otras entidades de agronegocios en Estados Unidos y México, abiertamente contrarias a la nueva política de bioseguridad mexicana —en el que se sustenta la afirmación de la USTR, se basa en supuestos erróneos en la evaluación de de las restricciones al maíz genéticamente modificado en México, como la afirmación de que, supuestamente, el maíz no modificado genéticamente es menos productivo y rentable para el agricultor o que México sufrirá una inflación y una inseguridad alimentaria muy elevadas como consecuencia de la prohibición del maíz transgénico, entre otras[72] Éste estudio de modelización, más bien atiende a fuertes actores económicos interesados en bloquear las restricciones mexicanas al maíz GM, sin considerar la trascendental importancia alimentaria y cultural de los maíces nativos para el pueblo mexicano, así como las incertidumbres, riesgos y peligros asociados al uso de organismos genéticamente modificados en la agricultura y sus paquetes tecnológicos (como el Glifosato). En segundo lugar, en respuesta a las críticas de las autoridades estadounidenses sobre la prohibición del maíz transgénico en México por no estar, supuestamente, fundamentada científicamente, el gobierno mexicano, a través de la Comisión Intersecretarial de los Organismos Genéticamente Modificados (CIBIOGEM), ha organizado en los últimos años una serie de webinarios con destacados investigadores y activistas, en los que se presentaron pruebas sustanciales sobre los problemas de salud humana, medioambientales, socioeconómicos y socioculturales relacionados con los alimentos genéticamente modificados y sus paquetes tecnológicos, además de que el CONAHCYT ha mantenido una base de datos pública de las pruebas subyacentes a las preocupaciones sobre la salud pública y la biodiversidad del maíz, tanto del maíz transgénico como del herbicida glifosato. Estos riesgos son particularmente elevados para el caso mexicano, donde se consume diez veces más que el maíz que se consume en Estados Unidos, en preparaciones mínimamente procesadas como las tortillas. México rechaza con pruebas científicas la acusación de Estados Unidos, que no reconoció ni refutó esa evidencia, basándose en cambio en estudios obsoletos que no toman en cuenta los patrones de consumo mexicanos y que a menudo están corrompidos por conflictos de intereses con empresas de biotecnología.[73] Todo esto da cuenta de que, lejos de estar ante una controversia científica, lo estamos ante un disputa de carácter político.

FUENTES DE CONSULTA

Álvarez-Buylla, Elena R., *et. al.*, "*Introducción*" en: Alvarez-Buylla Roces y Piñeyro Nelson (Coords), *El maíz en peligro ante a los transgénicos. Un an*álisis *integral sobre el caso de México*", México, UNAM-CEIICH, 2013

72 Cfr. Institute for Agriculture & Trade Policy; "*Distorsionar los mercados en nombre del libre comercio*"; https://www.iatp.org/distorsionar-los-mercados-en-nombre-del-libre-comercio consultado el 19 de agosto de 2024

73 Noticias de la Red de Acción sobre Plaguicidas y sus Alternativas en México; *"Esto dice la refutación final de México a Estados Unidos en torno al maíz transgénico"* https://mailchi.mp/b081a60e630a/refutacin-de-mxico-a-estados-unidos-en-torno-al-maz-transgnico?e=f46c1a56b4, consultado el 19 de agosto de 2024.

Barros, Cristina y Buenrostro, Marco, *"El Maíz, nuestro sustento",* en: *Arqueología Mexicana*, no. 25, México, 1997.

Barreda Marín, Andrés et. al., *Economía* pol*ítica de la devastación ambiental y conflictos socioambientales en México*, México, UNAM-FE/Ítaca, 2019.

Bartra, Armando, *Los herederos de Zapata. Movimientos campesinos posrevolucionarios en México*, México, Era, 1992.

—, *"El hombre de hierro. Límites sociales y naturales del capital en la perspectiva de la gran crisis, México"*, México, Ítaca, 2014.

Boege, Eckart, *El patrimonio biocultural de los pueblos indígenas de México Hacia la conservación in situ de la biodiversidad y agrodiversidad en los territorios indígenas*, México, INAH-CNDPI, 2008.

Caldas, Andressa, *La regulación jurídica del conocimiento tradicional: La conquista de los saberes,* Bogotá, ILSA, 2004.

Carbajal Braulio, *et. al.* en: La Jornada, "Socios del T-MEC usarán el maíz y reglas automotrices como moneda de negociación"; https://www.jornada.com.mx/2023/04/13/economia/017n2eco, consultado el 19 de agosto de 2024

CIDH, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: Protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, OEA/Ser.1./V/II.Doc.47/15, 31 diciembre 2015.

Correas, Oscar. "Kelsen y Marx. De la ciencia a la filosofía" en; *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de política, filosofía y derecho*. 1986.

"Declaración oficial de la Vía Campesina por los 25 años de la Lucha Colectiva por la Soberanía Alimentaria en La Vía Campesina: Soberanía Alimentaria, una propuesta por el futuro del planeta, en*;* La Vía Campesina, https://viacampesina.org/es/la-via-campesina-soberania-alimentaria-un-manifiesto-por-el-futuro-del-planeta/, consultado el 19 de agosto de 2024.

Dussel, Enrique, *16 Tesis de Economía Política*, Docencia, Buenos Aires, 2013.

De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *Del pensamiento jurídico contemporáneo. Aportaciones críticas,* San Luis Potosí, UASLP, 2006 (1992)

—, *Apuntes para un introducción filosófica al Derecho*. México, Porrúa, 2007.

De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *Derecho, derechos humanos y justicia, en la Soberana Convención Revolucionaria*, Aguascalientes, CENEJUS, 2014.

Echeverría, Bolívar, "La múltiple modernidad de América Latina"*,* en: *Contrahistorias. La otra mirada de Clío,* no. 4, México, 2005.

—, *Modernidad y blanquitud*. México, Era; 2010,

—, *Modelos elementales de la oposición campo-ciudad. Anotaciones a partir de una lectura de Braudel y Marx*, México, Ítaca,, 2013.

Federici, Silvia, *Calibán y la Bruja, Mujeres, Cuerpo y Acumulación originaria*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2020.

—, *Más allá* de la piel, Madrid, Traficantes de Sueños,, 2022

Harvey, David, "El 'nuevo' imperialismo: acumulación por desposesión", en: Biblioteca CLACSO 2005, http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20130702120830/harvey.pdf, consultado 24 de agosto de 2024.

Hernández Cervantes, Aleida y Burgos Matamoros, Mylai (Coords.). *La disputa por el derecho: la globalización hegem*ónica *vs la defensa de los pueblos y grupos sociales*. México, UNAM-CEIICH, 2018.

Hernández Xolocotzi, Efraím, "La investigación de huarache", en: *Revista de geografía agrícola*, no. 39, Texcoco, Universidad Autónoma Chapingo, julio-diciembre,, 2007.

Illich, Iván, *La convivencialidad*, México, Joaquín Mortíz/Planeta, 1985.

Institute for Agriculture & Trade Policy, "Para Comprender las Disposiciones Sobre Biotecnología Agrícola del Tratado Entre México, Estados Unidos y Canadá*",* https://www.iatp.org/documents/para-comprender-las-disposiciones-sobre-biotecnologia-agricola-del-tratado-entre-mexico Consultado el 19 de agosto de 2024.

Institute for Agriculture & Trade Policy; "*Distorsionar los mercados en nombre del libre comercio*"; https://www.iatp.org/distorsionar-los-mercados-en-nombre-del-libre-comercio consultado el 19 de agosto de 2024.

Noticias de la Red de Acción sobre Plaguicidas y sus Alternativas en México; *"Esto dice la refutación final de México a Estados Unidos en torno al maíz transgénico"* https://mailchi.mp/b081a60e630a/refutacin-de-mxico-a-estados-unidos-en-torno-al-maz-transgnico?e=-f46c1a56b4, consultado el 19 de agosto de 2024.

Ortega Reyna, Jaime, "*Forma valor y forma jurídica. El capital desde el derecho: Una aproximación a la obra de Óscar Correas"*, en: Polis, México, 2022

Pedraza, Nilia, *et. al.*, *Del maíz a la tortilla. Lo que sabemos desde la tierra hasta la mesa,*México, CONABIO,, 2023.

Lizardi Jimenez, Manuel Alejandro, "*Ciencia y cientificismo*", en: *Investigación y Desarrollo*, https://invdes.com.mx/los-investigadores/ciencia-y-cientificismo/amp/: consultado el 19 de agosto de 2024.

Salgado, Alvaro, "Lectura diacrónica de los mitos fundantes del maíz nativo, elementos para fortalecer la defensa de los pueblos de maíz" en: *Revista de Investigaciones Jurídicas*, file:///Users/oscararnulfo/Downloads/lectura-diacronica-de-los-mitos-fundantes-del-maiz-nativo-elementos-para-fortalecer-la-defensa-de-los-pueblos-de-maiz.pdf, consultado 20 de agosto de 2024,

Shiva, Vandana, "¿Proteger o expoliar?. *Los derechos de propiedad intelectual*," Barcelona, Intermón Oxfam, 2003.

—, *"Las nuevas guerras de la globalización. Semillas, agua y formas de vida",* Madrid, Editorial Popular,, 2007.

Ribeiro, Silvia, "*Maíz, transgénicos y transnacionales"*, México, Ítaca,, 2020

—, *Monsanto-Bayer y el control digital de la agricultura"* en: *La jornada en línea*, México, https://www.jornada.com.mx/2016/09/17/opinion/021a1eco consultado el 19 de agosto de 2024.

Rivera Lugo, Carlos. "La antifilosofía de Marx y Lacan. Crítica jurídica y política en Nuestra América", en: *Boletín del Grupo de Trabajo Pensamiento jurídico cr*ítico y conflictos sociopolí*ticos*, no. 16, Buenos Aires, 2023.

Robert, Jean, "*Esperando el retorno de los saberes de subsistencia",* en: *Polis,* México, 2009.

"*Seguridad Alimentaria y Nutricionall Conceptos Básicos Programa Especial para la Seguridad Alimentaria – PESA – Centroamérica Proyecto Food Facility Honduras"* en: Food and Agriculture Organization of the United Nations, https://www.fao.org/3/at772s/at772s.pdf, consultado el 19 de agosto de 2024.

Toledo Llancaqueo, Víctor, "El nuevo régimen internacional de derechos de propiedad intelectual y los derechos de los pueblos indígenas", en: Berraondo, Mikel (Coord.). *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao, Universidad de Deusto, 2006

Turrent Fernández, *et. al*, *El maíz transgénico en México en 15 píldoras*, México, UCCS, 2014.

Villa, Verónica, *et al.,* (Eds.), *El maíz no es una cosa: es un centro de origen,* México, Ítaca, 2012.

Warman, Arturo,, *La historia de un bastardo: maíz y capitalismo,* México, Fondo de Cultura Económica, 1988.

Womack, John, *Zapata y la Revolución mexicana*, México, Siglo XXI, 1974.

Zibechi, Raúl, "*Narco y feminicidios: el control en espacios abiertos*", en; *La Jornada*, https://www.jornada.com.mx/2016/08/05/opinion/018a1pol Consultado el 19 de agosto de 2024.

DERECHOS A LA TIERRA Y AL AGUA, DE PUEBLOS Y COMUNIDADES, PRIMORDIALES AL DERECHO ORIGINARIO DE LA NACIÓN

Jesús Antonio de la Torre Rangel*

RESUMEN: Se hace un análisis del derecho de propiedad sobre la tierra, siguiendo la tradición hispana, desde el derecho visigodo, la interpretación de la Bula *Inter Coetera*, y el derecho indiano, en general, y novohispano, en particular; se continúa con la propia tradición del derecho mexicano, desde la Independencia la Reforma y la Revolución, así como el Artículo 27 de la Constitución de 1917. De tal análisis, se concluye que el derecho de propiedad, a la tierra y al agua, de los pueblos y comunidades indígenas es primordial y anterior al derecho "originario" de la nación.

Palabras clave: derecho a la tierra, derecho al agua, derechos de los pueblos indígenas.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. LA PROPIEDAD DEL REY. 1.1. Derecho visigodo. 1.2. La Bula *Inter caetera*. 1.3. Ejercicio del derecho de dominio, derivado de la Bula *Inter coetera*, por el Rey. 2. LA NACIÓN SUSTITUYE AL REY. 3. DESPOJO Y RESTITUCIÓN DE TIERRAS A COMUNIDADES INDÍGENAS. 3.1. Inicio de la Revolución y del zapatismo. 3.2. Primera ley agraria. 3.3. Constitución de 1917. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su primer párrafo establece que:

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

El propio artículo 27 constitucional, en su fracción VII, establece la propiedad social de la tierra, al reconocer y proteger la propiedad sobre la tierra de "*los núcleos de población ejidal y comunal*".

En relación a la propiedad sobre la tierra de las comunidades indígenas, cabe hacer algunos cuestionamientos: ¿la propiedad originaria de la Nación comprende también la propiedad de las comunidades y pueblos indígenas? o ¿la propiedad sobre la tierra y el agua, de pueblos y comunidades, es anterior al derecho "originario" de la Nación y por lo tanto primordial?

* Centro de Estudios Jurídicos y Sociales *Mispat*.

Sostenemos que el derecho al agua y a la tierra, de comunidades y pueblos, es anterior al derecho "originario" de la Nación, proclamado por la Constitución, siendo un derecho primordial, pues su título es, precisamente, primitivo[1], el primero o preferente. A continuación, con argumentos histórico-jurídicos, intentaremos probar nuestra afirmación.

1. LA PROPIEDAD DEL REY

Molina Enríquez, en su célebre obra, *Los Grandes Problemas Nacionales*, sostiene que con relación a la tierra, en la Nueva España, existen "derechos patrimoniales de los reyes de España", de tal modo que "toda propiedad privada tuviera que derivarse indispensablemente de una cesión directa o indirecta de dichos reyes, la que tenía el carácter de gracia ó merced"[2].

Pero ¿cómo es que se forjan estos derechos patrimoniales de los reyes? ¿cómo esta concepción de la propiedad de la tierra, se aplica en Indias, y en concreto en la Nueva España?

Esta idea de la propiedad y su institucionalización es muy antigua, ya que proviene de la monarquía visigoda.

1.1. Derecho visigodo

España fue invadida por los visigodos en el año 419. No se trata sólo de un ejército vencedor que se impone a una población que hasta entonces formaba parte del Imperio Romano, que es vencida; sino que se trata de una auténtica invasión, es decir una ocupación territorial de un pueblo que va a convivir y compartir el espacio con otro pueblo. Así que es una cuestión jurídica y política prioritaria la regulación de la tenencia de la tierra. Las primeras leyes hispano-godas son las llamadas *Leyes Teodoricianas*, promulgadas por Teodorico I (419-451) y Teodorico II (456-466), que se refieren al problema del reparto de la tierra.

A lo largo de la monarquía visigoda, se seguirán dando leyes y códigos con la tendencia a la unificación del Derecho y de la población, hasta culminar con el famoso Fuero Juzgo o *Liber iudiciorum* (Libro de los Jueces), del año 654.

---

1 Primordial (lat. *Primordialis*) adj. Primitivo, primero (se aplica al principio fundamental de cualquier cosa). *Cfr. Título primordial.* Palomar de Miguel, Juan, *Diccionario para Juristas*, Mayo Ediciones, México, 1981, p. 1076.

2 Molina Enríquez, Andrés, *Los Grandes Problemas Nacionales*, Imprenta de A. Carranza e Hijos, México, 1909, p. 127.

La tierra se dividió en tres partes, dos de ellas pertenecía a los visigodos y una a los hispano-romanos.[3] Los dos primeros tercios correspondían al rey (tierras de realengo), a los nobles o infanzones (tierras solariegas) y a las comunidades religiosas (abadengo). Las de realengo son de dos clases: las cultivadas en beneficio del rey y las baldías que se adjudicaban a los súbditos. Las mercedes reales de tierra dadas a colonizadores y conquistadores americanos, muchos siglos después, se consideran de este segundo tipo de tierras; lo que significa que este principio jurídico de las tierras baldías de realengo se conservó durante varios siglos y así pasó a las Indias.

Dice Esquivel Obregón, que las tierras de *realengo*, estaban formadas por "antiguos bienes fiscales y tierras sin dueño, que era la mayor parte y pertenecía al rey en pleno dominio, tanto eminente como útil. La superioridad económica que esa mayor extensión de tierra proporcionaba al rey, sería también causa de su superioridad política."[4]

1.2. La Bula *Inter caetera*

El año de 1492 es un año de una importancia fundamental en la historia de España: culmina la Reconquista con la toma de Granada (enero) por los Reyes Católicos, Fernando de Aragón e Isabel de Castilla; y el marino genovés Cristóbal Colón, en un viaje auspiciado por la corona castellana, descubre América para los europeos (12 de octubre).

El llamado Descubrimiento de América o Encuentro de dos Mundos presupone una serie de cuestiones jurídicas muy importantes que dan origen al Derecho Indiano.

Si el continente americano hubiera estado desprovisto de habitantes, el problema jurídico hubiera sido resuelto con facilidad, aplicando simplemente los principios relativos a los derechos que confiere la ocupación. Pero estas tierras estaban pobladas, lo que hace que el problema jurídico sea planteado con caracteres muy distintos. No se trata sólo de ocupar y explotar el suelo, sino de las relaciones humanas entre los europeos y los habitantes de América.

Dicho en otros términos: ¿Cuáles eran los derechos, facultades y atribuciones de los europeos, en relación con las personas y tierras americanas?

Este problema jurídico no era nuevo. Es el mismo que se había presentado y se presenta, a lo largo de la historia de la humanidad, cuando están frente a frente, cara a cara, conquistador y conquistado. La novedad, respecto a la Conquista de América, estriba

---

3 Cfr. Ley VIII, Libro X, Título I, *Fuero Juzgo* en latín y castellano, cotejado con los más antiguos y preciosos códices por la Real Academia Española, Ibarra, Impresor de Cámara de Su Majestad, Madrid, 1815, p. 165 (Edición Facsimilar de Cárdenas Editor).

4 Esquivel Obregón, Toribio, *Apuntes para la Historia del Derecho en México*, Tomo I, Los Orígenes, Trabajos Jurídicos de Homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su XV Aniversario, Ed. Polis, México, 1937, págs. 99-100.

en que por primera vez se plantea la cuestión en términos jurídicos. Hasta entonces, ningún otro conquistador se había preguntado sobre su derecho, o supuesto derecho, frente a los derechos de los conquistados; siempre habían imperado la fuerza o los hechos consumados, de manera lisa y llana.

La pregunta resulta obligada: ¿Por qué son los Reyes de España los únicos entre los conquistadores y dominadores, quienes se plantean la cuestión jurídica de la conquista y tratan de resolverla?

Es por principios de moral religiosa, de moral cristiana. Recordemos que 1492 no sólo es el año del descubrimiento de América (octubre), sino también, en ese año se culmina una historia de siete siglos, la Reconquista, con la toma del último reducto del poder del Islam, Granada (enero). La Reconquista se había vivido como una guerra religiosa, como una cruzada.

Esa religiosidad y esos fundamentos de moral cristiana, así como una tradición política medieval, lleva a los reyes españoles, Isabel de Castilla y Fernando de Aragón, a recurrir al Papa para justificar la Conquista y obtener un título que legitime sus acciones en América. Obtienen las llamadas Bulas *Inter caetera*, la primera data del 3 de mayo de 1493 y la segunda, aunque tiene como fecha oficial el 4 de mayo de 1493, en realidad fue despachada el 28 de junio del mismo año.[5]

Por medio de las Bulas *Inter cetera,* el papa Alejandro VI otorgó a favor de la Corona de Castilla soberanía, jurisdicción y dominio sobre las Indias. El hecho de que existan dos bulas con el mismo objeto esencial y con un texto casi idéntico, es porque la Corona castellana y Cristóbal Colón no quedaron satisfechos con la primera redacción. Weckmann dice que "la minuta de la *Inter coetera-B* fue probablemente redactada en Lérida, por el mismo Colón, ya que la mayor parte de las modificaciones introducidas respecto del texto anterior responden a preocupaciones del Almirante."[6] La segunda *Inter cetera* introduce la famosa Línea Alejandrina que delimita las posesiones de Portugal y España respecto de las islas descubiertas y por descubrir, correspondiendo al dominio lusitano hacia oriente y al hispano hacia occidente.

¿Qué alcance jurídico tienen estos famosos documentos? ¿Puede tenérseles como título, suficiente en Derecho, para legitimar a favor de España su soberanía, jurisdicción y dominio sobre las tierras americanas?

Creemos que, si nos colocamos desde la óptica político-jurídica medieval —aunque no está exenta de polémicas—[7] la respuesta debe ser afirmativa: la Bula *Inter cetera* es una concesión de derechos de soberanía, dominio y jurisdicción para la Corona de Castilla.

---

5 Cfr. Weckmann, Luis. *Las Bulas Alejandrinas de 1493 y la Teoría Política del Papado Medieval.* Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1949. p. 254.

6 *Ibidem.* p. 255.

7 Cfr. Esquivel Obregón, Toribio, *Op. Cit.*, p. 403.

Dice Esquivel Obregón: "Tratando del valor y fuerza que tuvo la bula en aquella época y dadas las ideas jurídicas que entonces prevalecían, debe ante todo advertirse que siendo el descubrimiento de América el límite generalmente aceptado como fin de la Edad Media y principios de la Moderna, es natural que, al verificarse ese acontecimiento, habían de ser las doctrinas medievales las que sirvieran para resolver todos los casos que con relación al mismo se presentaran".[8]

La Historia no se parte en dos de un día para otro; las ideas políticas y jurídicas de la modernidad se están gestando desde antes de los descubrimientos colombinos y pronto aparecen con fuerza. Por esa razón la Bula es cuestionada, ya que las ideas políticas de la modernidad ponen en jaque a las teorías medievales. Como título jurídico con pleno valor en el sentido de otorgar a España derechos de soberanía, dominio y jurisdicción sobre Indias, sólo puede tener como base las ideas, las teorías y las prácticas político-jurídicas de la Edad Media.

Como apoyo de esto, citamos a Alfonso García Gallo, que afirma categórico: "La concesión de estas islas y tierras firmes, y de cuantas otras pueden hallarse navegando hacia Occidente, hacia la India, efectuada por el Papa Alejandro VI a los Reyes Católicos en 1493, se ajusta igualmente al derecho internacional de la Edad Media".[9]

La Bula *Inter cetera* no tiene fundamento alguno en el Derecho natural, el iusnaturalismo no tiene bases para avalarla. La concesión de derechos para la Corona Castellana, tiene sólo fundamentos iuspositivistas, esto es de Derecho positivo, ya que se trata de una práctica aceptada con efectos jurídicos vinculantes, común entre los Estados medievales y el papado.

Así lo entendió la Corona castellana, como Derecho positivo. Y como tal lo incorporó en su legislación. La monarquía española entendió —y obró en consecuencia—, que había recibido del Papa la soberanía, dominio y jurisdicción de las Indias. Veamos dos texto clave en ese sentido de la Recopilación de Leyes de Indias:

Ley 1, Título Primero, Libro III:

> "*Por Donación de la Santa Sede Apostólica, y otros justos y legítimos títulos, somos Señor de las Indias Occidentales, Islas y Tierra firme del mar Occeano, descubiertas, y por descubrir, y están incorporadas en nuestra Real Corona de Castilla...*". (Su origen es una disposición del rey don Carlos I, dada en Barcelona el 14 de septiembre de 1519, con reiteraciones posteriores).

8 *Ibidem*. p. 195.

9 García Gallo, Alfonso. "Génesis y Desarrollo del Derecho Indiano", en la obra colectiva *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias, Estudios Histórico-Jurídicos*. Ed. Escuela Libre de Derecho y Miguel Ángel Porrúa, S.A. México, 1987. p. XXXI.

1.3. Ejercicio del derecho de dominio, derivado de la Bula *Inter coetera*, por el Rey

Por la donación otorgada por la Bula alejandrina, se consideró patrimonio de la Corona los terrenos baldíos en Indias; eran las llamadas tierras de realengo baldías. Respecto de éstas el rey disponía para su explotación o las concedía, por merced real, a los conquistadores y colonos españoles.

Tales concesiones no se hacían sobre extensiones exageradas —salvo excepciones—. Era una manera de compensar servicios y de arraigar a los hispanos en América, concediéndoles tierras para fundar ciudades y para su manutención.

Pero, atención: la tierra ocupada por pueblos y comunidades indígenas, no fue considerada tierra baldía de realengo, sino propiedad de los propios pueblos y comunidades.

En el régimen prehispánico, los indios no eran verdaderos propietarios o dueños de la tierra, en el sentido de la tradición jurídica romana de la propiedad; sino que la tierra pertenecía en su totalidad al *tlatoani*. El régimen jurídico hispánico identificó el hecho posesorio con el derecho de dominio, y se reconoció así la propiedad de los indios, tanto como propiedad comunal de todo el pueblo como las propiedades individuales, justificando haber estado en posesión de la tierra.

Cuando se reconocía el derecho de propiedad de los indios, al otorgarse el título, el rey expresaba: "*confirmamos*... las tierras y heredades", fórmula jurídica que demuestra un reconocimiento de derechos que el rey suponía preexistentes y no como si otorgara derechos nuevos. En otros términos, la Corona aceptaba que los derechos de uso y posesión que tenían los indios, debía reconocerlos y respetarlos como del dominio de los indios anterior a cualquier derecho que la Corona misma pudiera alegar sobre esas tierras.

Las tierras otorgadas a los españoles, no comprendían ni debían afectar las propiedades de los naturales, ya que el mismo monarca no se juzgaba con derecho ni capacidad para disponer de ellas.

Citamos a Molina Enríquez, en apoyo de lo que hemos afirmado:

> "El instinto jurídico español, tan desarrollado á nuestro entender, que sólo el romano le superó, desde que los descubrimientos americanos comenzaron a dibujar perspectivas de gran porvenir, ideó la bula *Noverint Universi* [10] para deducir de ella la legitimidad de las conquistas posteriores. De esta bula se derivaron en efecto, los derechos patrimoniales de los reyes de España, y esos derechos fueron

10 O *Noverum Universi*, también así llamada la Bula *Inter Coetera* del papa Alejandro VI. Cfr. Luna Arroyo, Antonio y Alcérreca, Luis G., *Diccionario de Derecho Agrario Mexicano*, Ed. Porrúa, México, 1982, págs. 67-70.

el punto de partida de que se derivó después la organización jurídica de las colonias... En teoría todo derecho a las tierras americanas tenía que derivarse de los derechos patrimoniales de los reyes españoles; pero éstos, justos en verdad, dejaron á los indígenas las tierras que tenían y que... pudieron conservar ó nuevamente adquirir por ocupación."[11]

Cito a continuación la *Recopilación de Leyes de Indias* de 1680:

Ley XIV, Título XII, Libro IV:

> Que à los Indios se les dexen tierras.
>
> ORDENAMOS, Que la venta, beneficio y composición de tierras, se haga con tal atención, que á los Indios les dexen con sobra todas las que les pertenecieren, assi en particular, como por Comunidades, y las aguas, y riegos: y las tierras en que huvieren hecho acequias, ó otro qualquier beneficio, con que por industria personal suya se hayan fertilizado, se reserven en primer lugar, y por ningún caso no se les puedan vender, ni enagenar, y los suezes, que á esto fueren enviados, especifiquen los Indios, que hallaren en las tierras, y las que dexaren á cada vno de los tributarios, viejos, reservados, Caciques, Gobernadores, ausentes, y Comunidades.

Ley XVIII, Título XII, Libor IV:

Que à los posseedores de tierras, estancias, chacras y cavallerias con legítimos titulos seles ampare en su possession, y las demás sean restituidas al Rey.

> POR HAVER Nos sucedido enteramente en el Señorio de las Indias, y pertenecer á nuestro Patrimonio y Corona Real los valdios, suelos y tierras, que no estuvieren concedidos por los señores Reyes nuestros predecessores, ó por Nos, ó en nuestro nombre, conviene, que toda la tierra, que se possee sin justos y verdaderos titulos, se nos restituya, segun, y como nos pertenece, para que reservando ante todas cosas lo que á Nos, ó á los Virreyes, Audiencias, y Governadores pareciere necessario para plaças, exidos, propios, pastos, y valdios de los Lugares, y Consejos, que están poblados: assi por lo que toca al estado presente en que se hallan: como al por venir, y al aumento, que pueden tener, y repartiendo á los Indios lo que buenamente huvieren menester para labrar, y hazer sus sementeras, y crianças, confirmándoles en lo que ahora tienen, y dandoles de nuevo lo necesario, toda la demás tierra, quede y esté libre y desembaraçada para hazer merced, y disponer de ella á nuestra voluntad. Por todo lo qual ordenamos y mandamos á los Virreyes, y Presidentes de Audiencias Pretoriales, que quando les pareciere señalen termino competente para que los posseedores exhibá ante ellos, y los Ministros de sus Audiencias, que nombraren los titulos de tierras, estancias y chacras, y cavallerias, y amparando álos que con buenos titulos y recaudos, ó justa prescripcion posseyeren, se nos buelvan y restituyan las demás, para disponer de ellas á nuestra voluntad.

11 Molina Enríquez, *Op. Cit.*, págs. 144-145.

2. LA NACIÓN SUSTITUYE AL REY

Como dijimos, el artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su primer párrafo establece que:

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

Es la primera constitución en la historia de México que contiene una disposición explícita en ese sentido. Implícitamente la Nación sustituye al rey. Aunque la constitución de 1917 sea la única constitución que contiene un artículo como el arriba citado, durante todo el siglo XIX, desde la Independencia de México, se actuó de acuerdo a ese principio de que la Nación sustituye al rey. Las normas que tienen que ver con tierra y aguas así lo indican, por ejemplo las leyes de terrenos baldíos, de colonización y terrenos nacionales. La más importante de estas leyes es de 1894. La ley de 1894, al dividir los terrenos ´propiedad de la nación, definió los **terrenos baldíos** como aquellos que no hayan sido destinados al uso público, ni cedidos a particulares a título oneroso ni gratuito; y definió los **terrenos nacionales** como los baldíos descubiertos, deslindados y medidos por comisiones oficiales o por compañías autorizadas para ello y que no hayan sido legalmente enajenados. Estas disposiciones claramente tienen implícitamente el reconocimiento de derecho originario de la Nación sobre las tierras, aunque no haya habido ninguna disposición constitucional que así lo declarará.

Antonio Díaz Soto y Gama, sostiene que: "Al independizarse México del dominio español, los derechos que sobre la tierra correspondían al monarca español pasaron íntegramente a la nación mexicana."[12] Y explica que en este principio se basan las leyes de 20 de julio de 1863, expedida por Benito Juárez en San Luis Potosí; la de 15 de diciembre de 1883, del presidente Manuel González, que crea las Compañías Deslindadoras; y, finalmente, la citada de 1894 expedida por el presidente Porfirio Díaz.

3. DESPOJO Y RESTITUCIÓN DE TIERRAS A COMUNIDADES INDÍGENAS

El individualismo liberal penetró en México en el siglo XIX dentro de una sociedad fundamentalmente agraria, en donde el desarrollo urbano e industrial era prácticamente nulo. Por lo tanto, la juridicidad moderna de corte liberal va a repercutir directamente a la tenencia de la tierra.

Ya desde la dominación española contrasta la gran propiedad de los españoles con respecto a la propiedad de los pueblos de indios que era mucho más pequeña. Y, poco

12 Díaz Soto y Gama, Antonio, *Historia del Agrarismo en México*, Rescate, Prólogo y Estudio Biográfico por Pedro Castro, Ediciones Era, Conaculta y Universidad Metropolitana-Ixtapalapa, México, 2002, p. 489.

a poco, la gran propiedad de los latifundistas hispanos se fue extendiendo a costa de las propiedades de las comunidades. Mendieta y Núñez apunta; "Sobre esta base de desigualdad, la propiedad privada de los españoles evolucionó en una forma absorbente, con detrimentos de las pequeñas comunidades indígenas. Puede decirse que la época colonial en cuestión agraria se caracteriza por una lucha entre los grandes y pequeños propietarios, en la cual aquellos tendían a extenderse invadiendo los dominios de los indígenas y arrojando a éstos de los terrenos que poseían, hasta hacer que como último refugio se encerrasen en los límites del fundo legal".[13]

Y el propio Mendieta agrega; "Esta lucha sorda, pacífica, lucha que se traducía en litigios interminables, fue lenta pero constante; empezó en los primeros años de la Colonia y se prolongó hasta fines del siglo XIX, época en la cual la pequeña propiedad indígena quedó definitivamente vencida".[14]

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

El liberalismo jurídico trajo en México: las leyes de desamortización; la Constitución de 1857 y aparejada a ésta una interpretación individualista del Derecho por los tribunales; y las leyes sobre baldíos, que hemos mencionado. Este Derecho privatizó la propiedad agraria, siendo de funestas consecuencias para las comunidades indígenas y los pequeños propietarios pobres.

El 25 de junio de 1856 se promulga la llamada Ley de Desamortización, conocida como Ley Lerdo, cuyos principales fines, según sintetiza Genaro Ma. González, son:

> Todas las fincas rústicas y urbanas que hoy tienen o administran como propietarios las corporaciones civiles o eclesiásticas de la República, se adjudicarán en propiedad de los que las tienen arrendadas, por el valor correspondiente a la renta que en la actualidad pagan, calculado como rédito al seis por ciento anual... La misma adjudicación se hará a los que hoy tienen en censo enfitéutico fincas rústicas o urbanas de corporación... Bajo el nombre de corporaciones se comprenden todas las comunidades religiosas de ambos sexos, cofradías y archicofradías, congregaciones, hermandades parroquias, ayuntamientos, colegios, y en general, todo establecimiento o función que tenga el carácter de duración perpetua o indefinida... Tanto las urbanas como las rústicas que no estén arrendadas a la fecha de la publicación de esta ley, se adjudicarán el mejor postor, en almoneda que se celebrará ante la primera autoridad política del Partido. Desde ahora en adelante, ninguna corporación civil o eclesiástica, cualquiera que sea su carácter,

13 Mendieta y Núñez, Lucio. *El Problema Agrario en México.* Ed. Porrúa. México, 1974. p. 84.
14 *Ibidem.* p. 85.

> denominación u objeto, tendrá capacidad legal para adquirir en propiedad o administrar por sí bienes raíces, con la única excepción que expresa el artículo 8º respecto de los edificios destinados inmediata y directamente al servicio u objeto de la institución.[15]

La Ley de Desamortización, como su nombre lo indica, pretendía sacar de "manos muertas" la propiedad, con el fin de acabar con una acumulación exagerada de la propiedad, sobre todo por parte de las comunidades eclesiásticas, y lograr así su circulación mercantil. Sin embargo, esa desamortización no sólo tocó a los bienes de la Iglesia, sino también a los ayuntamientos y a las comunidades indígenas. La propiedad comunal indígena fue desamortizada con iguales procedimientos y los pueblos fueron despojados de sus antiguas propiedades.

El artículo 27 de la Constitución de 1857 elevó a carácter de Ley Fundamental los principales postulados de la Ley de Desamortización. Mendieta y Núñez apunta que "una de las más funestas consecuencias de las leyes de desamortización y del artículo 27 de la Constitución de 1857, fue, sin duda alguna, la interpretación que se les dio en el sentido de que, por virtud de sus disposiciones quedaban extinguidas las comunidades indígenas y, por consiguiente, privadas de personalidad jurídica. Desde entonces los pueblos de indios, se vieron imposibilitados para defender sus derechos territoriales y seguramente que fue ésta una nueva causa del problema agrario en México, puesto que favoreció al despojo en forma definitiva."[16]

Como claro ejemplo de que la Suprema Corte de Justicia interpretó que las comunidades indígenas quedaban extinguidas por la *Ley de Desamortización* de 25 de junio de 1856, tenemos el siguiente razonamiento del ilustre ministro Vallarta; el jurista jalisciense se pregunta si "¿las *Leyes de Reforma* privaron a los indígenas de la propiedad en los terrenos que antes tenían sus hoy extinguidas comunidades, o conservan éstos algún derecho en ellos, una vez que esos bienes hayan sido desamortizados?" Y después de razonar y argumentar su voto con relación a un amparo solicitado por una comunidad, concluye:

> ...no cabe el amparo para proteger una propiedad amortizada: no pueden los indígenas que formaron la comunidad de Chicontepec, ni aun llamándose *sociedad de agricultores y ganaderos*, intentar ese recurso, contrariando todas las leyes que extinguieron la corporación perpetua, en que aun quieren permanecer...[17]

---

15 González, Genaro María. *Catolicismo y Revolución.* Imprenta Murguía. México, 1960, págs. 143 y 144. El texto de la Ley en *Legislación Indigenista de México*, Ediciones Especiales No.38, Instituto Indigenista Interamericano, México, 1958, págs. 39-44.

16 Mendieta. *Op. Cit.*, p. 130.

17 Amparo pedido por el apoderado de los indígenas de Chicontepec contra el acto del gobierno de Veracruz... etc..., en Vallarta Ogazón, Ignacio Luis, *Votos. Cuestiones Constitucionales*, Vol. 4, Ed. Oxford, México, 2002, pág. 12. (El voto completo: págs. 1-25).

La resolución de la Corte en su resolutivo 2, sostiene que la comunidad, como tal, no puede conservar la posesión permanente de las tierras conforme a la *Constitución*, debiéndose repartir el terreno a los particulares que les corresponda conforme a las leyes.[18]

La igualdad, la generalidad y la abstracción del Derecho Moderno quedaban definitivamente consagrados en la juridicidad individualista liberal mexicana.

Por último las Leyes de colonización y sobre baldíos de 1863, 1883 y 1894, vendrían a dar el paso final en la privatización de la propiedad agraria y el consecuente despojo tanto de las comunidades de indios como de los pequeños propietarios pobres.

Esta legislación de baldíos, unida a la de desamortización, vino a hacer aún más grave el problema del campo por el aumento inmoderado de los latifundios.

Fueron denunciados como baldíos los terrenos no ocupados, y los ocupados por quienes no tenían derecho para ello, ya sea porque carecían de título o porque el título en que fundaban su posesión provenía de alguna autoridad que se consideraba incompetente, y también los ocupados por las personas incapacitadas por la ley para adquirir terrenos baldíos.

Este último proceso lo explica Gutelman:

> La introducción autoritaria y brutal de la propiedad privada y el proceso de expropiación que siguió a ella desequilibrarían totalmente el sistema de producción de la economía aldeana. Esta empezó a declinar entonces; la aplicación de técnicas superiores, unidas a la existencia de la propiedad privada, no se podría difundir en el conjunto del campesinado sino sólo en un sector restringido de éste... En las comunidades indígenas, despojadas de sus tierras colectivas y sometidas a una privatización autoritaria de la tierra, el nivel de vida descendió fuertemente y la miseria se instaló en el campo con mayor fuerza que nunca.[19]

Y agrega respecto al deslinde de los baldíos:

> Numerosísimas superficies declaradas baldías y que en realidad pertenecían a comunidades indígenas fueron incorporadas a las zonas deslindadas. Los indios no lograban hacer prevalecer sus derechos pues no tenían título jurídico de propiedad; y si este título existía, lo cual sucedía con bastante frecuencia, de todos modos no correspondía a las normas legales, mal conocidas o desconocidas del todo por las poblaciones indígenas incultas: en consecuencia, se invalidaba.[20]

Lo mismo sucedía con los campesinos pobres con propiedad privada que, al no tener títulos o no poder defenderse, eran también despojados. Sólo las viejas y nuevas grandes haciendas se hacían respetar por las compañías deslindadoras.

---

18 *Ibidem*, págs. 24-25.
19 Gutelman, Michel, *Capitalismo y Reforma Agraria en México.* Ed. Era. México, 1975. p. 32.
20 *Ibidem*, p. 34.

La Suprema Corte de Justicia se pronunció en el sentido de que las tierras comunales no debían ser declaradas *res nullius*, pero el hecho de que no se les reconociera a las comunidades personalidad jurídica, y careciendo éstas de títulos de propiedad, resultaba muy difícil la defensa de sus antiguas posesiones.

Todo lo anterior lleva al latifundismo y la consecuente detentación de la propiedad agraria en pocas manos, creándose un gran problema de miseria en México. Este fue uno de los detonantes de la Revolución de 1910.

3.1. Inicio de la Revolución y del zapatismo

El movimiento iniciado por Francisco I. Madero en 1910 con contra de Porfirio Díaz con el lema "sufragio efectivo, no reelección", derivó en la primera revolución social del siglo XX: la Revolución Mexicana; se inicia con banderas políticas y pronto aparecen reclamos sociales.

Emiliano Zapata campesino de San Miguel Anenecuilco, Villa de Ayala, Morelos; que había nacido el 8 de agosto de 1873[21], se levantó en armas el 11 de marzo de 1911 secundando el Plan de San Luis Potosí con el que Madero inició la Revolución. Sin embargo, rompe con Madero por diferencias políticas, lo desconoce y suscribe el *Plan de Ayala* con un fuerte contenido de reivindicaciones campesinas.[22]

El *Plan de Ayala*, plan revolucionario suscrito por Emiliano Zapata, fue dado en Villa de Ayala, Morelos, el 28 de noviembre de 1911. Desconoce como "jefe de la Revolución" a Madero "por ser incapaz de gobernar, por no tener ningún respeto a la ley ni a la justicia de los pueblos"; expresa que la "junta revolucionaria del Estado de Morelos" manifiesta a la Nación: "Que hace suyo el Plan de San Luis Potosí con las adiciones que a continuación se expresan, en beneficio de los pueblos oprimidos y se hará defensora de los principios que defiende hasta vencer o morir."[23]

Las declaraciones sexta y séptima son las más importantes y de gran trascendencia jurídica y política. Las cito:

> Como parte adicional del plan que invocamos hacemos constar: Que en los terrenos, montes y aguas que hayan usurpado los hacendados, *científicos* o caciques, a la sombra de la tiranía y de la justicia venal, entrarán en posesión de estos bienes inmuebles desde luego los pueblos y ciudadanos que tengan sus títulos corres-

21 Cfr. García Rivas, Heriberto, *Breve Historia de la Revolución Mexicana*, Ed. Diana, México, 1967, págs. 162.164. Alfonso Taracena dice que Zapata era un "apuesto ranchero… Gustaba del mezcal, de las muchachas y de las peleas de gallos; lucía en su rostro moreno grandes bigotes y unos ojos pardos que miraban en forma apacible y leonesa a ratos: *Historia Extraoficial de la Revolución Mexicana*, México, 1972, págs. 68-69.

22 García Rivas, *Op. Cit.*, págs. 162-164.

23 Texto del *Plan de Ayala* en García Rivas, *Op. Cit.*, págs. 106-112.

pondientes a esas propiedades, en las cuales han sido despojados por la mala fe de nuestros opresores, manteniendo a todo trance, con las armas en la mano, la mencionada posesión, y los usurpadores que se consideren con derecho a ellos, lo deducirán ante los tribunales especiales que se establezcan al triunfo de la revolución.

En virtud de que la inmensa mayoría de los pueblos y ciudadanos mexicanos no son más dueños que del terreno que pisan, sin poder mejorar en nada su condición social ni poder dedicarse a la industria o a la agricultura por estar monopolizadas en unas cuantas manos las tierras, montes y aguas, por esta causa se expropiarán, previa indemnización de la tercera parte de esos monopolios, a los poderosos propietarios de ellas, a fin de que los pueblos y ciudadanos de México obtengan ejidos, colonias, fundos legales para pueblos, o campos de sembradío o de labor, y se mejore en todo y para todo la falta de prosperidad y bienestar de los mexicanos.[24]

Son los reclamos de *restitución* de tierras a los pueblos y *dotación* de tierras a aquellos que no la tengan. Estos dos reclamos del *Plan de Ayala*, son la base de la política de reforma agraria posrevolucionaria, basada en la Constitución y las leyes de la materia.

3.2. Primera ley agraria

La primera ley agraria es la expedida el 6 de enero de 1915, por Venustiano Carranza, en su carácter de Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, Encargado del Poder Ejecutivo y Jefe de la Revolución. Se trata de una ley muy importante, pues se basa, y retoma en los considerandos, los antecedentes a que hemos hecho mención, y además incorpora los reclamos de justicia, de restitución y dotación de tierras, que hace el *Plan de Ayala*. Sin embargo, en los propios considerandos, contra la tradición comunitaria de los pueblos, se advierte que "no se trata de revivir las antiguas comunidades, ni de crear otras semejantes… es de advertir que la propiedad de las tierras no pertenecerá al común del pueblo, sino que ha de quedar dividida en pleno dominio, aunque con las limitaciones necesarias para evitar que ávidos especuladores… puedan fácilmente acaparar esa propiedad…"[25]

A continuación transcribimos los párrafos más relevantes de los considerados y los artículos más importantes:

Considerando:

Que una de las causas más generales del malestar y descontento de las poblaciones agrícolas de este país, ha sido el despojo de los terrenos de propiedad comunal o de repartimiento que les había sido concedidos por el Gobierno Colonial, como

24 *Idem*

25 "Ley de 6 de enero de 1915, y sus Reformas", en *Tierras, Bosques, Aguas, Ejidos, Colonización*, Colección de Códigos y Leyes Federales, anotada por Eduardo Pallares, Herrero, Hnos., México, sin fecha de edición, págs. 392-399.

medio de asegurar la existencia de la clase indígena, y que a pretexto de cumplir con la ley de 25 de Junio de 1856 y demás disposiciones que ordenaron el fraccionamiento y reducción de propiedad privada de aquellas tierras, entre los vecinos del pueblo a que pertenecen, quedaron en poder de unos cuantos especuladores;

.....

Que el despojo de los referidos terrenos se hizo, no solamente por medio de enajenaciones llevadas a efecto por las autoridades políticas en contravención abierta de las leyes mencionadas, sino también por concesiones, composiciones o ventas concertadas con los Ministros de Fomento y Hacienda, o a pretexto de apeos y deslindes, para favorecer a los que hacían denuncios de excedencias o demasías, y a las llamadas compañías deslindadoras; pues de todas estas maneras se invadieron los terrenos que durante largos años pertenecieron a los pueblos y en los cuales tenían éstos la base de su subsistencia;

Que según se desprende de los litigios existentes, siempre han quedado burlados los derechos de los pueblos y comunidades, debido a que, careciendo de ellos, conforme al artículo 27 de la Constitución Federal, de capacidad para adquirir y poseer bienes raíces, se les hacía carecer también de personalidad jurídica para defender sus derechos, y, por otra parte, resultaba enteramente ilusoria la protección que la ley de terrenos baldíos, vigente, quiso otorgarles al facultar a los síndicos de los Ayuntamientos de las Municipalidades, para reclamar y defender los bienes comunales en las cuestiones en que esos bienes se confundiesen con los baldíos, ya que, por regla general, los síndicos nunca se ocuparon de cumplir esa misión, tanto porque les faltaba interés que les excitase a obrar, como porque los Jefes Políticos y los Gobernadores de los Estados, estuvieron casi siempre interesados en que se consumasen las expoliaciones de los terrenos de que se trata;

Que privados los pueblos indígenas de las tierras, aguas y montes que el Gobierno colonial les concedió, así como también las congregaciones y comunidades de sus terrenos y concentrada la propiedad rural del resto del país en pocas manos, no ha quedado a la gran masa de la población de los campos otro recurso, para proporcionarse lo necesario a su vida, que alquilar a vil precio, su trabajo a los poderosos terratenientes, trayendo esto, como resultado inevitable, el estado de miseria, abyección y esclavitud de hecho, en que esa enorme cantidad de trabajadores ha vivido y vive todavía;

.....

Que el modo de proveer a la necesidad que se acaba de apuntar no puede ser otro que el de facultar a las autoridades militares superiores que operan en cada lugar, para que, efectuando las expropiaciones que fueren indispensables, den tierras suficientes a los pueblos que carecían de ellas, realizando de esta manera uno de los grandes principios escritos en el programa de le Revolución y estableciendo uno de las primeras bases sobre que debe apoyarse la reorganización del país;

.....

Artículo 1º Se declaran nulas:

I. Todas las enajenaciones de tierras, aguas y montes pertenecientes a los pueblos, rancherías, congregaciones o comunidades, hechas por los Jefes Políticos, Gobernadores de los Estados o cualquiera otra autoridad local, en contravención a lo dispuesto en la ley del 25 de Junio de 1856 y demás leyes y disposiciones relativas;

II. Todas las concesiones, composiciones o ventas de tierras, aguas y montes, hechas por las Secretarías de Fomento, Hacienda o cualquiera otra autoridad federal, desde el día primero de Diciembre de 1876 hasta la fecha, con las cuales se hayan invadido y ocupado ilegalmente los ejidos, terrenos de repartimiento o de cualquiera otra clase, pertenecientes a los pueblos, rancherías, congregaciones o comunidades, y

III. Todas las diligencias de apeo o deslinde, practicadas durante el período de tiempo a que se refiere la fracción anterior, por compañías, jueces u otras autoridades de los Estados o de la Federación, con las cuales se hayan invadido y ocupado ilegalmente tierras, aguas y montes de los ejidos, terrenos de repartimiento o de cualquiera otra clase, perteneciente a los pueblos, rancherías, congregaciones o comunidades.

.....

Art. 3º Los pueblos que, necesitándolos, carezcan de ejidos, o que no pudieran lograr su restitución por falta de títulos, por imposibilidad de identificarlos o porque legalmente hubieren sido enajenados, podrán obtener que se les dote de terreno suficiente para reconstruirlos conforme a las necesidades de su población, expropiándose por cuenta del Gobierno Nacional el terreno indispensable para ese efecto, del que se encuentre inmediatamente colindante con los pueblos interesados.

.....

Art. 11 Una ley reglamentaria determinará la condición en que los terrenos que se devuelvan o se adjudiquen a los pueblos, y la manera y ocasión de dividirlos entre los vecinos, quienes, entretanto, los disfrutarán en común.[26]

3.3. Constitución de 1917

La Carta Magna producto del movimiento revolucionario, fue la establecida en 1917. Los reclamos de justicia agraria se juridizaron en la versión original del artículo 27.

Esta disposición normativa, en su fracción VIII, reproduce casi textualmente lo decretado por el artículo 1º de la Ley del 6 de enero de 1915, relativo a la nulidad de los actos que despojan a pueblos y comunidades y dando pié a la restitución de tierras. Y la fracción X del texto original del artículo 27, reproduce, también casi textualmente, el artículo 3º de la mencionada Ley agraria de 1915.

De tal modo que el *Plan de Ayala* trasciende a la propia normatividad de la Constitución de 1917. Incluso con la ventaja —desde la óptica de la tradición comunitaria indígena— que el artículo 27 de la Constitución, en su fracción VII, conserva la posibilidad de propiedad comunal.

Ese sentido original del artículo 27 constitucional, es reforzado al ser interpretado por la Suprema Corte de Justicia, estableciendo el reconocimiento pleno de personalidad

26 *Idem.*

jurídica a las comunidades, tanto de hecho como de Derecho.[27] Restituyéndoles así, su derecho histórico de ser sujetos de Derecho, que les había sido negado, y poder así litigar en reclamo de sus tierras. Además, este texto jurisprudencial, reconoce implícitamente el derecho primordial sobre la tierra de pueblos y comunidades, anterior al derecho "originario" de la Nación. Cito la jurisprudencia relativa.

> **AGRARIO. COMUNIDADES DE HECHO Y DE DERECHO. PERSONALIDAD.** En relación con la distinción entre comunidades de hecho y de derecho, y comunidades, verdaderas copropiedades sujetas al derecho civil, cabe efectuar las siguientes consideraciones: la propiedad de los indios sufrió muchos ataques a partir de la conquista española, pero, al decir de algunos historiadores, la propiedad más respetada fue la que pertenecía a los barrios (calpulli), propiedad comunal de los pueblos. Sin embargo, cuando se empezó a legislar sobre la propiedad, se ordenó respetar la de los indios, y, por medio de varias disposiciones, se procuró organizarla sobre las mismas bases generales que la sustentaban antes de la conquista, a saber, en la forma de propiedad comunal. La mayor parte de la propiedad de los pueblos indígenas quedó, por tanto, como en la época precolonial. Algunos de esos pueblos vieron confirmada su posesión inmemorial, anterior a la colonia, por los reyes de España, durante el virreinato; otros recibieron tierras por orden de dichos monarcas, durante el gran proceso de concentración de los indios dispersos, en pueblos, que se efectuó en cumplimiento, entre otras, de las cédulas de 21 de marzo de 1551 y 19 de febrero de 1560. En la Ley de 6 de enero de 1915, promulgada por Venustiano Carranza, uno de los considerandos decía: "Que según se desprende de los litigios existentes, siempre han quedado burlados los derechos de los pueblos y comunidades, debido a que, careciendo ellos, conforme al artículo 27 de la Constitución Federal, de capacidad para adquirir y poseer bienes raíces, se les hacía carecer también de personalidad jurídica para defender sus derechos". En la 61a. sesión ordinaria del Congreso Constituyente de Querétaro, celebrada la tarde del jueves 25 de enero de 1917, se presentó una iniciativa, suscrita por varios diputados, referente a la propiedad en la República. Entre los párrafos importantes de la exposición de motivos de la iniciativa, se encuentran los que a continuación se transcriben: "Los derechos de dominio concedidos a los indios, eran alguna vez individuales y semejantes a los de los españoles, pero generalmente eran dados a comunidades y revestían la forma de una propiedad privada restringida. Aparte de los derechos expresamente concedidos a los españoles y a los indígenas, los reyes, por el espíritu de una piadosa jurisprudencia, respetaban las diversas formas de posesión de hecho que mantenían muchos indios, incapaces, todavía, por falta de desarrollo evolutivo, de solicitar y de obtener concesiones expresas de derechos determinados. Por virtud de la Independencia se produjo en el país una reacción contra todo lo tradicional y por virtud de ella se adoptó una legislación civil incompleta, porque no se refería más que a la propiedad plena y perfecta, tal cual se encuentra en algunos pueblos de Europa. Esa legislación favorecía a las clases altas, descendientes de los españoles coloniales, pero dejaba sin

27 Séptima Época, Segunda Sala de la SCJN, Semanario Judicial de la Federación, Tomos 91-96 tercera parte, pág. 109.

amparo y sin protección a los indígenas. Aunque desconocidas por las leyes desde la Independencia, la propiedad reconocida y la posesión respetada de los indígenas, seguían, si no de derecho, sí de hecho, regidas por las leyes coloniales; pero los despojos sufridos eran tantos, que no pudiendo ser remediados por los medios de la justicia, daban lugar a depredaciones compensativas y represiones sangrientas. Ese mal se agravó de la Reforma en adelante, porque los fraccionamientos obligados de los terrenos comunales de los indígenas, sí favorecieron la formación de la escasa propiedad pequeña que tenemos, privó a los indígenas de nuevas tierras, puesto que a expensas de las que antes tenían, se formó la referida pequeña propiedad. Precisamente el conocimiento exacto de los hechos sucedidos, nos ha servido para comprender las necesidades indeclinables de reparar errores cometidos. Es absolutamente necesario que en lo sucesivo nuestras leyes no pasen por alto los hechos que palpitan en la realidad, como hasta ahora ha sucedido, y es más necesario aunque la ley constitucional, fuente y origen de todas las demás que habían de dictarse, no eluda, como lo hizo la de 1857, las cuestiones de propiedad, por miedo a las consecuencias. Así, pues, la nación ha vivido durante cien años con los trastornos producidos por el error de haber adoptado una legislación extraña e incompleta en materia de propiedad, preciso será reparar ese error para que aquellos trastornos tengan fin. Volviendo a la legislación civil, como ya dijimos, no conoce más que la propiedad privada perfecta; en los códigos civiles de la República apenas hay una que otra disposición para las corporaciones de plena propiedad privada permitidas por las leyes constitucionales: en ninguna hay una sola disposición que pueda regir ni la existencia, ni el funcionamiento, ni el desarrollo de todo ese mundo de comunidades que se agita en el fondo de nuestra Constitución social: las leyes ignoran que hay condueñazgos, rancherías, pueblos, congregaciones, tribus, etcétera; y es verdaderamente vergonzoso que, cuando se trata de algún asunto referente a las comunidades mencionadas, se tienen que buscar las leyes aplicables en las compilaciones de la época colonial, que no hay cinco abogados en toda la República que conozcan bien. En lo sucesivo, las cosas cambiarán. El proyecto que nosotros formulamos reconoce tres clases de derechos territoriales que real y verdaderamente existen en el país; la de la propiedad privada plena, que puede tener sus dos ramas, o sea la individual y la colectiva; la de la propiedad privada restringida de las corporaciones o comunidades de población y dueñas de tierras y aguas poseídas en comunidad; y la de posesiones de hecho, cualquiera que sea el motivo y condición. A establecer la primera clase van dirigidas las disposiciones de las fracciones I, II, III, V, VI y VII de la proposición que presentamos; a restablecer la segunda van dirigidas las disposiciones de las fracciones IV y VIII; a incorporar la tercera con las otras dos van encaminadas las disposiciones de la fracción XIII. La iniciativa anteriormente citada, previo dictamen y discusión, se aprobó con modificaciones y pasó a ser el artículo 27 de la nueva Constitución. La fracción IV de la iniciativa pasó a ser la fracción VI del texto, que fue aprobado en los siguientes términos: "VI. Los condueñazgos, rancherías, pueblos, congregaciones, tribus y demás corporaciones de población, que de hecho o por derecho guarden el estado comunal, tendrán capacidad para disfrutar en común las tierras, bosques y aguas que les pertenezcan o que se les hayan restituido o restituyeren, conforme a la ley de 6 de enero de 1915, entre tanto la ley determina la manera de hacer el repartimiento únicamente de las tierras". Mediante reforma publicada en el Diario Oficial del 10 de enero de 1934, la fracción VI

paso a ser fracción VII con la siguiente redacción: "VII. Los núcleos de población que de hecho o por derecho guarden el estado comunal, tendrán capacidad para disfrutar en común las tierras que les pertenezcan o que se les hayan restituido o restituyeren". En el dictamen emitido por las Comisiones Unidas, 1a. Agraria, 2a. De Puntos Constitucionales y 1a. de Gobernación y presidente de la Gran Comisión de la Cámara de Diputados, únicamente se dice que ya es tiempo de buscar una redacción definitiva del artículo 27 constitucional y que "el punto de categoría política, por ejemplo, ha quedado totalmente eliminado, y en el texto que hoy se propone se habla genéricamente de núcleos de población, en lugar de hacer la enumeración, posiblemente restrictiva, de pueblos, rancherías, etcétera". En la reforma publicada en el Diario Oficial del 6 de diciembre de 1937, la fracción VII del artículo 27 constitucional se adicionó y desde esa fecha ha tenido la misma redacción. Los breves datos históricos y jurídicos aquí expuestos, en punto a las comunidades indígenas, permite concluir que por comunidad de derecho el Constituyente quiso referirse a aquellos grupos de indígenas que vieron confirmada su posesión por los reyes de España durante la época colonial, o que recibieron tierras durante el proceso de concentración de los indios dispersos, en pueblos, durante dicha época, o que por cualquier otro título tuvieran reconocido su derecho a determinadas tierras, bosques y aguas; y atribuyó existencia jurídica a las comunidades de hecho, al reconocerles existencia jurídica constitucional a las posesiones respetadas por los monarcas españoles, aun cuando no tuvieran título, o a aquellas posesiones que a partir de la conquista adquirieron algunos pueblos. Y por último, el aceptar la tesis de una tercera categoría de comunidades, sin personalidad para comparecer ante una autoridad judicial, es regresar al estado que guardaban las comunidades en el periodo comprendido entre la consumación de la Independencia y la Constitución de 1917 y que se agravó por la ley de 25 de junio de 1856. Finalmente, el artículo 27, fracción VII, constitucional, reconoce personalidad jurídica a los núcleos de población que de hecho o por derecho guarden el estado comunal, sin hacer distinción entre los que tengan títulos coloniales o de la época independiente y los que no tengan título, y si la norma fundamental no distingue, el intérprete tampoco puede hacer distinción.

Séptima Época, Segunda Sala de la SCJN, Semanario Judicial de la Federación, Tomo 91-96 tercera parte, página 109.

Volumen 34, página 15. Amparo en revisión 68/71. J. Isabel Lara Velázquez y otro. 11 de octubre de 1971. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Carlos del Río Rodríguez.

Volumen 46, página 17. Amparo en revisión 2506/72. Mancomunidad del Rancho de "Los Ruices", Municipio Dr. Belisario Domínguez, Chihuahua. 13 de octubre de 1972. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Jorge Iñárritu.

Volumen 75, página 15. Amparo en revisión 4079/74. Andrés Antelo Esquer y otros. 13 de marzo de 1975. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Carlos del Río Rodríguez.

Volúmenes 91-96, página 18. Amparo en revisión 4878/74. Jesús Alvidres Vitolas y otros. 30 de agosto de 1976. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Antonio Rocha Cordero.

Volúmenes 91-96, página 18. Amparo en revisión 3437/73. Juan Gutiérrez Anguiano y coagraviados. 9 de septiembre de 1976. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Carlos del Río Rodríguez.

Nota:

En el Apéndice 1917-1985, página 83, la tesis aparece bajo el rubro "COMUNIDADES AGRARIAS DE HECHO Y DE DERECHO. PERSONALIDAD."

En el Informe de 1976, la tesis aparece bajo el rubro "COMUNIDADES AGRARIAS DE HECHO Y DE DERECHO. PERSONALIDAD DE LAS.".

CONCLUSIÓN

El artículo 27 constitucional, al establecer explícitamente que las tierras y aguas son originariamente de la Nación, no va más allá que la interpretación que la corona española hacía con relación a sus derechos respecto de las tierras y las aguas. Y esto es muy claro porque después del derecho surgido de la llamada Revolución Mexicana, en materia de tierras y aguas, para la restitución de esas tierras y aguas se reconocieron los títulos de propiedad dados por la corona a los pueblos y comunidades, confirmando su derecho de tierra y agua. Por lo tanto, el derecho originario a tierras y aguas de la Nación, no nace en 1917, sino que viene heredado desde el Estado Novohispano, que reconoce la propiedad de los indígenas anterior a la creación del propio Estado Novohispano.

El artículo 27 de la Constitución conserva aún estas disposiciones que abonan a la interpretación que se está estableciendo:

A. El párrafo segundo de la fracción VII dice textualmente: "La ley protegerá la integridad de las tierras de los grupos indígenas"; y el párrafo séptimo de la misma fracción VII dice: " La restitución de tierras, bosques y aguas a los núcleos de población se hará en los términos de la Ley Reglamentaria"

B. La fracción VIII establece la nulidad de los actos hechos sobre tierras, aguas y montes que pertenecían originariamente a los pueblos y que por medio de esos actos fueron despojados por la legislación liberal del siglo XIX.

Si esto es así. El derecho a la tierra y al agua de los pueblos y comunidades es primordial y anterior al derecho "originario" de la Nación. Los actos legislativos, administrativos y judiciales, deben ser consecuentes con este principio.

BIBLIOGRAFÍA

Díaz Soto y Gama, Antonio, *Historia del Agrarismo en México*, Rescate, Prólogo y Estudio Biográfico por Pedro Castro, Ediciones Era, Conaculta y Universidad Metropolitana-Ixtapalapa, México, 2002.

Esquivel Obregón, Toribio, *Apuntes para la Historia del Derecho en México*, Tomo I, Los Orígenes, Trabajos Jurídicos de Homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su XV Aniversario, Ed. Polis, México, 1937.

Fuero Juzgo en latín y castellano, cotejado con los más antiguos y preciosos códices por la Real Academia Española, Ibarra, Impresor de Cámara de su Majestad, Madrid, 1815. (Edición Facsimilar de Cárdenas Editor).

García Gallo, Alfonso. "Génesis y Desarrollo del Derecho Indiano", en la obra colectiva *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias, Estudios Histórico-Jurídicos.* Ed. Escuela Libre de Derecho y Miguel Ángel Porrúa, S.A. México, 1987.

García Rivas, Heriberto, *Breve Historia de la Revolución Mexicana*, Ed. Diana, México, 1967.

González, Genaro María. *Catolicismo y Revolución.* Imprenta Murguía. México, 1960.

Gutelman, Michel, *Capitalismo y Reforma Agraria en México.* Ed. Era. México, 1975.

Legislación Indigenista de México, Ediciones Especiales No.38, Instituto Indigenista Interamericano, México, 1958.

Luna Arroyo, Antonio y Alcérreca, Luis G., *Diccionario de Derecho Agrario Mexicano*, Ed. Porrúa, México, 1982.

Mendieta y Núñez, Lucio. *El Problema Agrario en México.* Ed. Porrúa. México, 1974.

Molina Enríquez, Andrés, *Los Grandes Problemas Nacionales*, Imprenta de A. Carranza e Hijos, México, 1909.

Palomar de Miguel, Juan, *Diccionario para Juristas*, Mayo Ediciones, México, 1981.

Taracena, Alfonso, *Historia Extraoficial de la Revolución Mexicana*, México, 1972.

Tierras, Bosques, Aguas, Ejidos, Colonización, Colección de Códigos y Leyes Federales, anotada por Eduardo Pallares, Herrero, Hnos., México, sin fecha de edición.

Vallarta Ogazón, Ignacio Luis, *Votos. Cuestiones Constitucionales*, Vol. 4, Ed. Oxford, México, 2002.

Weckmann, Luis. *Las Bulas Alejandrinas de 1493 y la Teoría Política del Papado Medieval.* Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1949.

MANUEL MAPLES ARCE ENTRE LA PROMOCIÓN CULTURAL, EL COLECCIONISMO DE ARTE Y LA DEFENSA DE LA CULTURA MEXICANA

Miguel Ángel Fernández Delgado*

RESUMEN: Manuel Maples Arce (1900-1981) además de fundar la vanguardia artística llamada estridentismo, estudió y publicó para promover el arte y la cultura mexicana desde la década de 1920, labor que continuó con mayor intensidad y recursos al ingresar al servicio diplomático, a la vez que tuvo la necesidad de corregir ideas distorsionadas sobre su país que circulaban en el extranjero. La diplomacia le permitió a la vez reunir un gran acervo de arte, que ahora pertenece a un museo especializado en el país.

Palabras clave: Manuel Maples Arce, derecho cultural, diplomacia mexicana durante la guerra y la posguerra, divulgación de la cultura y el arte mexicano en el extranjero, coleccionismo de arte

ABSTRACT: Manuel Maples Arce (1900-1981) was not only the founder of an avant-garde movement, called "estridentismo", but studied and published to promote Mexican art and culture since the 1920s, a work that he continued with greater intensity and resources when he entered the diplomatic service, while at the same time he had to correct distorted ideas about his country that were circulating abroad. Diplomacy also allowed him to gather a large collection of art, which now belongs to a specialized museum in the country.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. EL PERIODO DE SOBERANA JUVENTUD Y SU TEMPRANO INTERÉS EN EL ARTE. II. EL ESTRIDENTISMO, EL INICIO DE LA PROMOCIÓN CULTURAL Y ESTRIDENTÓPOLIS. III. DIPLOMÁTICO Y EMBAJADOR DE LA CULTURA NACIONAL. IV. LAS CONFERENCIAS SOBRE ARTE MEXICANO Y LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL AL RESGUARDO DE LA *LUFTWAFFE*. V. LAS CONFERENCIAS SOBRE ARTE Y LITERATURA Y EL COLECCIONISMO. VI. LOS LIBROS SOBRE ARTE. VI.1. Peregrinación por el arte de México (1951). VI.2. Leopoldo Méndez (1970). VI.3. Ensayos japoneses (1959). OBRAS DE REFERENCIA.

"Mi vida… está tejida en los caminos del mundo".—
Manuel Maples Arce *Mi vida por el mundo*[1]

INTRODUCCIÓN

Es cierto que, en nuestros tiempos, el rostro más conocido de Maples Arce lo representa como fundador de la vanguardia artística del estridentismo, sobre la que se dictaron

* Investigador del Centro de Investigación e Informática Jurídica (CIIJ) de la Escuela Libre de Derecho, y profesor titular de Derecho Cultural en 4°C.

1 Maples Arce, Manuel, *Mi vida por el mundo. Memorias III*, 2ª ed., Xalapa, Universidad Veracruzana, 2010, p. 255.

conferencias y reeditaron libros, además de publicarse estudios novedosos al cumplirse el centenario de su creación, en 2021. Sobre el tema se ha publicado mucho, tal vez demasiado.

Sin ignorar ni menospreciar la etapa como fundador de una vanguardia artística y sus efectos en la cultura a nivel nacional e internacional, lo que buscamos en la presente colaboración es dar a conocer las facetas menos conocidas de Maples Arce, su labor como periodista cultural, diplomático, conferencista y autor de libros y artículos sobre temas artísticos relacionados con México y su cultura, pero, sobre todo, su valioso y desconocido papel como protector de la cultura nacional e impulsor del arte mexicano, y el rol vital que, en este sentido, jugó su afición por el coleccionismo.

Otra portación cultural indudable de Maples fue su obra escrita, sobre todo sus poemarios. Tampoco vamos a examinarlos, salvo referencias pasajeras en lo que tiene que ver con el tema de nuestro interés.

En las obras escritas sobre Maples rara vez se menciona, salvo en términos muy generales, su labor diplomática y sus escritos posteriores. En vano busqué referencias a las labores de promoción cultural que he mencionado, salvo lo que él mismo escribe en sus memorias, por fortuna, muy extensas —tres volúmenes que suman poco más de setecientas páginas con varias fotografías— y, casi siempre, con informaciones detalladas.

Apenas hablaremos del estridentismo, por igual motivo, salvo en la medida en que la corriente de vanguardia artística fue empleada, por Maples o bajo su dirección, como una forma de crear lazos de comunicación y difusión cultural con el público. También veremos que él mismo se mostró en contra de que se le identificara siempre con la vanguardia que había fundado en sus años mozos.

Demostraremos que, desde temprano en su vida, por influencia de sus padres, se identificó como un decidido defensor y promotor de la cultura y el arte en todas sus manifestaciones. Además, repasaremos su trabajo como periodista cultural en la época posrevolucionaria, su encuentro con grandes artistas mexicanos y extranjeros que residían en México, y la forma en que influyeron en sus propias ideas y concepciones. En Veracruz, al inicio de su carrera profesional, promovió o al menos señaló pautas y principios para la que pudo ser una urbe del porvenir.

No llegamos a definir si solamente fue el amor al arte o el amor a la patria, o una combinación de ambas —que parece lo más probable—, lo que lo impulsó a dedicar parte de su carrera diplomática a dar a conocer las maravillas del patrimonio cultural mexicano. Enterado de las ideas distorsionadas que circulaban en el extranjero desde el Segundo Imperio o quizá desde tiempos más remotos sobre México, que volvieron a encenderse tras la Revolución mexicana y después por la expropiación petrolera, se sintió obligado a enderezar semejantes deformaciones, mostrando los mejores aspectos del país, que encontró en su arte y cultura.

Por último, su buen ojo para el coleccionismo y su asedio a las tiendas de antigüedades, como se han originado las colecciones importantes de los grandes museos del mundo, sería, a la larga, el origen de un acervo sumamente valioso para el Museo Nacional de Arte.

I. EL PERIODO DE SOBERANA JUVENTUD Y SU TEMPRANO INTERÉS EN EL ARTE

Manuel Maples Arce nació en Papantla, Veracruz, el primer día de mayo de 1900. Fue primogénito de Manuel Maples Valdez, juez de Primera Instancia en la localidad, y de Adela Arce. Su hogar nunca sufrió dificultades económicas, y así creció y se desarrolló en similar entorno, junto con sus padres, un hermano que falleció en la infancia, y dos hermanas menores, en una finca llamada El Chovén. La Revolución los despojó de la propiedad, pero apenas de la bonanza familiar. El joven Manuel estudió la primaria en Tuxpan, y la secundaria y preparatoria en Jalapa y Veracruz, en escuelas parcialmente militarizadas por órdenes de Victoriano Huerta[2].

Desde sus primeros años se aficionó al sol radiante de la costa y al río que corría cerca de su casa, donde, acompañado de familiares y amigos "salían a tomar el fresco", desde donde "se veía la anchurosa corriente, las opuestas márgenes, distantes, y el paseo de los botes de canalete". Dichas evocaciones lo hacían sentir algo especial: "Todo esto me parecía un milagro, en el que yo participaba"[3]. El memorable recuerdo de este lugar le da título al primer tomo de su autobiografía, *A la orilla de este río*. Puede decirse que del amor a su terruño surgió su afición por los paisajes que con tanto interés coleccionó a lo largo de su vida.

Este interés y forma de apreciar el entorno fue también herencia de su padre[4], que también cultivó la poesía y tuvo interés por el arte, el cual comunicó a sus descendientes. En sus memorias, Maples recuerda que en su casa coleccionaban la revista *Arte y Letras* (1904-1914)[5], obra de divulgación de la literatura y las artes en general. Sobre estas últimas, aparecía una sección llamada "Bellas artes" y otra "Desde París"[6], donde encontró, tal vez, los primeros textos e imágenes de las aficiones que lo acompañarían toda su vida: la literatura y el arte.

Entre sus variadas y numerosas lecturas de infancia[7], apunta con grata memoria haber leído la primera parte de *El Quijote*, ilustrado por Gustave Doré, famoso artista

---

2 Maples Arce, Manuel, *A la orilla de este río. Memorias I*, Xalapa, Universidad Veracruzana, 2010, pp. 84-92, 151.
3 *Idem*, p. 26.
4 Monahan, Kenneth C., "Preludio al estridentismo", *Estridentismo vuelto a visitar*, 2a ed., Veracruz, Cuadernos de Cultura Popular, Instituto Veracruzano de la Cultura, 2021, p.10.
5 Maples, *op. cit.*, p. 144.
6 "Arte y Letras. Detalle de Instituciones. Enciclopedia de la Literatura en México. FLM". En línea: http://www.elem.mx/institucion/datos/1769. Consultado el 3-IV-24.
7 Maples, *op. cit.*, p. 142-145.

francés, quizá el más grande ilustrador del siglo XIX, al que también encontró en las ediciones de *El Cid Campeador* y *Las mil y una noches*[8].

El descubrimiento de las maravillas de México, de su historia, y la de otros pueblos, fue otra de sus aficiones desde temprana edad:

> Los cinco grandes volúmenes de *México a través de los siglos* me hablaron de la agonía de una civilización, de la antigua colonia, de nuestros héroes, de los conflictos con otros pueblos, del estruendo de las guerras y la marcha de las generaciones. Dicha obra me absorbió largas horas y me despertó vivo interés, lo mismo que otro libro de gran formato, ilustrado, especie de enciclopedia sobre la agricultura, en el que encontré apreciaciones sobre la vida agrícola y costumbres de los pueblos orientales[9].

La obra enciclopédica *México a través de los siglos* (1884-1889) coeditada por las casas editoriales Espasa y Cía. (España) y J. Ballescá y Cía. (México), incluye también unas dos mil litografías, de Ramón P. Cantó y otros. Dichas ilustraciones son tan apreciadas, que algunos suelen desprenderlas para venderlas por separado. Estudios recientes han abordado la idea de nación forjada a partir de estas obras[10]. Aunque no las menciona, seguramente fueron uno de los principales imanes para el joven Manuel. Varios de los sitios y monumentos que aparecen aquí serían después tema de sus conferencias y escritos sobre el arte mexicano.

A edad temprana, una amiga de su madre, la pedagoga Clemencia Ostos de Kiel, aficionada a "las experiencias espiritistas y magnéticas", uno de los pasatiempos más comunes entre las clases acomodadas de aquella época, se valió de la ouija para comunicar al pequeño Manuel que en él había encarnado el alma del poeta y escritor renacentista Torcuato Tasso[11].

Y así sucedió. Unos años después, eran bien conocidos sus afanes artísticos. "Yo tenía diecisiete años y las inquietudes literarias me agitaban intensamente"[12]. Aunque no pensaba alejarlo de dichas inclinaciones, y hasta lo ayudaba a desarrollarlas, su padre no le permitía olvidar que deseaba que Manuel lo siguiera en su profesión. Bajo esta idea, lo recomendó para su primer trabajo en el diario *La Opinión* de Veracruz, donde tuvo a su cargo la página literaria dominical. No debió durar mucho aquí, pues él mismo confiesa que la labor lo distrajo de sus estudios, algo que sus padres no podían tolerar[13]. Cuando cursaba el bachillerato, acompañó a su padre a la capital,

---

8 *Idem*, p. 143.
9 *Ibid*., p. 144.
10 Díaz Maldonado, Yessica, *Imágenes y nacionalismo. Las litografías de* México a través de los siglos, tesis para obtener el grado de licenciado en Historia, Universidad Autónoma de Querétaro, 2014. En línea: https://ri-ng.uaq.mx/bitstream/123456789/6718/1/RI000710.pdf. Consultado el 30-IV-24.
11 *Ibid*., p. 142.
12 Maples Arce, Manuel, *Soberana juventud. Memorias II*, Xalapa, Universidad Veracruzana, 2010, p. 19.
13 *Idem*, *loc. cit.*; Monahan, *op. cit.*, p. 15.

que lo llevó de visita a la redacción de *Revista de Revistas*[14], famoso semanario que se edita desde 1910.

De acuerdo con Rodolfo Mata, prologuista del primer volumen de las memorias de Maples, cuando estudiaba la preparatoria, en Jalapa, durante su campaña como candidato a presidente de la sociedad de alumnos del Instituto Veracruzano, encabezó una campaña para evitar que demolieran el edificio histórico del Palacio Municipal, por medio de cartas y telegramas al gobierno del Estado[15].

Monahan ha logrado recuperar, en publicaciones hoy en su mayor parte olvidadas, los primeros escritos de Maples no solamente con sus tempranas aproximaciones a la literatura sino, por igual, al arte[16].

Aunque Maples no lo explica, todo parece señalar que no entendía el arte en general y la literatura como manifestaciones aisladas entre sí, sino como dos aspectos de un todo. El propio Monahan destaca que "siempre consideró la imagen como el enfoque de su búsqueda de la expresión poética"[17] y que en una de sus lecturas juveniles, *La siringa de cristal* (1914) de su paisano, el poeta y novelista de la Revolución mexicana Gregorio López y Fuentes, lo impresionaron sus "novedosas imágenes"[18]. En retórica la imagen es la "recreación de la realidad a través de elementos imaginarios fundados en una intuición o visión del artista que debe ser descifrada"[19]. De aquí al arte pictórico y las artes plásticas en general, hay solamente un paso. Ya veremos que, años más tarde, Maples decidió escribir un libro sobre el tema.

Gracias, igualmente, a la influencia paterna, tanto por su labor judicial como por sus lecturas e intereses cívicos[20], y al contacto con artistas, políticos e intelectuales partidarios de los ideales revolucionarios, Maples se aproximó desde temprano a las realidades más apremiantes del país, tendencia que reforzó al unirse al Congreso Estudiantil[21]. Entre los textos "de carácter moral y cívico" que recuerda lo ayudaron a formar sus convicciones, destaca, como era de esperarse, los literarios, pero también las obras de Ignacio Ramírez, *El Nigromante*, y los discursos de Ignacio Manuel Altamirano y Justo Sierra, al avivar su interés e influir en sus conceptos "sobre la patria, el carácter nacional, la Constitución, el pueblo y algunos otros tópicos de la vida pública"[22].

---

14 Maples, *ibid.*, p. 23.
15 Mata, Rodolfo, "Prólogo", Maples Arce, *A la orilla de este río. Memorias I*, *cit.*, p.13.
16 Monahan, *op. cit.*, *passim*.
17 *Idem*, p. 12.
18 *Ibid*.
19 "Imagen", *Diccionario de la Lengua Española*. En línea: https://dle.rae.es/imagen?m=form. Consultado el 12-VIII-24.
20 Monahan, *op. cit.*, p. 11.
21 Maples, *op. cit.*, pp. 49-50.
22 *Idem*, p. 144.

Asimismo, sobre todo a través de conversaciones con personas dedicadas a la vida artística, le nació la inquietud de ampliar sus horizontes culturales e intelectuales. Pidió permiso de viajar para estudiar a la capital mexicana, pero no se le concedió al principio, porque su padre pensaba que hacerlo podría disuadirlo de estudiar derecho para dedicarse a sus otras inquietudes. Finalmente llegaron al acuerdo de que iría a dicha ciudad a estudiar derecho, sin que esto le impidiera trabajar en periódicos, frecuentar a personas que compartían sus intereses y emprender otros proyectos[23].

A unos meses de que Maples iniciara sus estudios de abogacía, ocurrió un altercado en el que él y un amigo suyo fueron confundidos y detenidos como enemigos del gobierno, y su padre decidió mudarse a la capital con toda la familia[24].

La Escuela Libre de Derecho, a principios de 1920, estaba ubicada en su segundo domicilio, la planta alta de Carmen 10, parte de la quinta calle de Donceles, hoy Justo Sierra, esquina con Correo Mayor, en una antigua casa rodeada de vetustas bodegas y una panadería china que perfumaba la institución de aroma a pan recién hecho… pero también de humo[25], "en una casa colonial de altos de la calle del Correo Mayor, cuyo recio balconaje y hornacina denotaban su antigüedad"[26], así describe el edificio en sus *Memorias*, donde cursó la carrera, entre 1920 y abril de 1924, pues, cuando estudiaba el quinto y último año, la Junta Directiva decidió mudar la sede y rentar un inmueble más espacioso, en Puente de Alvarado 58[27], lugar donde culminó sus estudios y presentó examen para titularse con una tesis sobre "La cuestión agraria", el 28 de marzo de 1925[28].

En sus memorias anota que para preparar su tesis buscó la asesoría de Antonio Díaz Soto y Gama, reconocido ideólogo revolucionario y fundador del Partido Nacional Agrarista. Para la resolución del caso práctico que se le planteó en el examen profesional, fue auxiliado por Alberto Vásquez del Mercado, uno de los llamados Siete Sabios de México[29]. No obstante, su trabajo recepcional, en el fondo, carece de originalidad, pero en su redacción aparecen vulgarismos como "cábula", y una miríada de neologismos como "hipervitalismo", "porveniristas", "deshiciencia", "materialismo infilosófico", "concesionarista" y "anhelo teorizal", como quiso llamar al deseo desmedido de elaborar teorías[30].

---

23 *Ibid*., p. 27.
24 *Ibid*., pp. 35-37, 59.
25 López Medina, Manuel, "Viaje cronológico-topográfico", *Escuela Libre de Derecho. 70 Aniversario*, México, Escuela Libre de Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982, p. 25.
26 Maples, *op. cit.*, p. 28.
27 López, *op. cit.*, pp. 25-26.
28 Barrera Ardura, Pedro, "Relación de alumnos que han obtenido título de abogado en la Escuela Libre de Derecho, formulada por el Secretario General", en *ibid*.., p. 302.
29 Maples, *op. cit*., p. 140.
30 Maples Arce, Manuel, *La cuestión agraria*, tesis que para su examen profesional de abogado presenta el alumno…, México, Escuela Libre de Derecho,1925.

Las memorias estudiantiles de Maples en la Libre y la fuerte impresión que recibió de algunos maestros, como Miguel S. Macedo, Emilio Rabasa y Federico Gamboa, aparecen principalmente en los capítulos II, III y XIII de *Soberana juventud*[31].

Hay una pregunta que debe formularse cuando se trata de los estudiantes de la Escuela Libre de Derecho que llegaron a sus aulas cuando la institución no contaba con reconocimiento oficial. En el caso de Maples, el principal atractivo debió ser el renombre que había adquirido en su Estado, gracias a la labor de algunos maestros fundadores y egresados de la misma[32]. Un alumno titulado en 1919, Enrique Meza Llorente, originario de Chicontepec, y cercano al político y militar Adalberto Tejeda, intercambió por cerca de un año los libros por las armas de la Revolución, y luego fue nombrado diputado suplente al Congreso de Querétaro, donde representó en toda la asamblea a Tejeda[33]. Sin ser originarios de Veracruz, Eliseo L. Céspedes —futuro diputado constituyente[34]—y —Emilio Portes Gil-futuro presidente de México[35]—, alumnos fundadores de la Escuela Libre de Derecho —aunque Céspedes no concluyó sus estudios en ella—, trabajaron al servicio del gobierno constitucionalista exiliado en el puerto, al igual que el maestro fundador de la Libre, José Natividad Macías, también diputado constituyente y coautor del proyecto de Constitución de 1917[36]. A Maples y a su padre, cercanos, además, a Alfonso Cravioto, otro diputado en la asamblea de Querétaro[37], las historias de éxito de sus egresados debieron ser suficiente carta de presentación, si bien, al joven Manuel afectó en su carrera política, aunque sin gran trascendencia, como veremos, el ejercer como abogado con título expedido por una institución cuyos estudios carecían aún de validez oficial.

A unas cuatro cuadras de la Escuela Libre de Derecho, en Carmen 10, desde entonces y hasta el presente, se encuentra la Academia Nacional de San Carlos (calle de la Academia 22, esquina con Moneda[38]), actual Escuela Nacional de Artes Plásticas, perteneciente a la Universidad Nacional, un lugar que solía frecuentar Maples al salir de clases para conversar en el patio con los estudiantes de la institución, donde nació su amistad, entre muchas otras personas dedicadas a las bellas artes, con Leopoldo

---

31 Maples, *Soberana juventud*, *cit*., pp. 27-38 y 119-126.

32 Fernández Delgado, Miguel Ángel, "La Escuela Libre de Derecho y el Congreso Constituyente de 1916-1917: Aportaciones de un maestro, un alumno fundador y otro que casi lo fue", *Pandecta. Revista de los Alumnos de la Escuela Libre de Derecho*, primavera 2017, pp. 130-135.

33 Arenal Fenochio, Jaime del, "Enrique Meza Llorente, estudiante de la Escuela Libre de Derecho y diputado Constituyente en 1917", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 26, no. 26, 2002, pp. 53-70; Betanzos, Eber, y Jaime Chávez Alor (coords.), *Los constituyentes de 1917*, México, Fondo de Cultura Económica, Secretaría de la Función Pública, 2017, pp. 613-617.

34 Betanzos y Chávez, *idem*, pp. 339-341.

35 Ibarra Alanís, Alfonso, y José Ariel Retana Cantú, *Portes Gil, presidente provisional*, Monterrey, Universidad Autónoma de Nuevo León, 2023, p. 87.

36 Betanzos y Chávez, *op. cit.*, pp. 532-547.

37 Baciu, Stefan, *Estridentismo, estridentistas*, 2a ed., Veracruz, Cuadernos de Cultura Popular, Instituto Veracruzano de la Cultura, 2021, p. 38.

38 Cantú Bolland, Carlos, "La Academia Nacional de San Carlos", *AAPAUNAM. Academia, Ciencia y Cultura*, edición especial: Los edificios históricos de la UNAM, enero, 2015, p. 36.

Méndez, tal vez el artista con el que más colaboró y el único al que dedicó una monografía[39]. Seguramente, al conocer sus intereses, dichas personas lo invitaron también a la Escuela de Pintura al Aire Libre de Coyoacán, donde se encontró con Fermín Revueltas y Ramón Alva de la Canal, por mencionar solamente a los que se incorporaron después al movimiento estridentista[40].

De estas experiencias procede el material para sus primeros escritos publicados sobre arte y cultura popular para la revista *Zig-Zag*, cuando estudiaba el segundo año de derecho: "Pinceladas de color —el Jueves de las Amapolas" (7 de abril de 1921), en torno a la fiesta de Semana Santa que desde antaño se celebra en San Ángel, en la primera semana de Pascua, dedicado a María Magdalena; "Pinceladas de color —los cabarets" (14 de abril del mismo año), limitándose a los de la capital, que le parecían una "traducción barata de una mala novela francesa", quizá porque aún estaba más cerca del teatro de carpa, que marcó sus orígenes en México[41], que del *Molin Rouge* parisino. Los temas de ambos artículos le fueron impuestos por el director de la revista. Por otro lado, aunque no he tenido oportunidad de conocer el original de ninguno de los artículos impresos, iban acompañados de ilustraciones, pues, al menos al segundo de ellos, se refiere Maples en el libro sobre la vida y la obra de su amigo Leopoldo Méndez:

> ...cuando don Pedro Malabehar, director de la revista *Zig-Zag*, me pidió que le hiciera un reportaje sobre la vida nocturna de México, no vacilé en pedirle a Leopoldo que me acompañara en aquella correría y tomara una serie de apuntes en cabarés [*sic*] más o menos pintorescos, de las meseras, a falta de damas galantes, lo que Méndez ejecutó con rapidez, mucha soltura y seguridad, que impresionaron favorablemente a don Pedro, quien dio gran despliegue a las ilustraciones del novel artista[42].

El tercero y último artículo de este periodo lo dedicó a "Los pintores jóvenes de México" (28 de abril)[43], quizá ya no impuesto por el director, sino a sugerencia de Maples, el cual destaca por tratarse de uno de los primeros escritos dedicados a dicha generación[44].

En otra ocasión, el director de *Zig-Zag* envió a Maples a entrevistar a la joven actriz Dolores Asúnsolo, mejor recordada por su apellido de casada, Dolores del Río, la primera hispanoamericana que logró triunfar en Hollywood. En sus Memorias, recuerda con detalle los problemas que tuvo para concentrarse en hacerle las preguntas convenidas de antemano con su prometido, pero especialmente el haber perdido el hilo de la conversación, deslumbrado por su belleza[45].

---

39 Maples, *op. cit.*, p. 51; del mismo, *Leopoldo Méndez*, México, Fondo de Cultura Económica, 1970, pp. 7-8.
40 Maples, *Soberana juventud*, *idem*, pp. 61-62.
41 Cruz, Itai, "Un poco de historia: El cabaret", *Cartelera de Teatro*, 13 de agosto de 2015. En línea: https://carteleradeteatro.mx/2015/un-poco-de-historia-el-cabaret/. Consultado el 13-V-24.
42 Maples, *Leopoldo Méndez*, *cit.*, p. 8.
43 Monahan, *op. cit.*, p. 23.
44 *Idem*, pp. 23-24.
45 Maples, *Soberana juventud*, *cit.*, p. 61.

Del Río llegó a ser una destacada promotora del arte y la cultura mexicana, además de ser una de las fundadoras de la Sociedad Defensora del Tesoro Artístico de México, asociación civil cuyos estatutos redactó y presidió varios años Gustavo R. Velasco[46]. Si Maples no logró cuestionar a Del Río sobre sus preferencias artísticas, la siguiente pregunta que surge es cuestionar si Maples y Velasco colaboraron alguna vez en sus comunes intereses, al haber egresado ambos, con dos años de diferencia, de la Escuela Libre de Derecho. No hemos encontrado indicios de que alguna vez coincidieran en este ni en ningún otro tema. Velasco y Maples debieron identificarse, por haberse encontrado en los pasillos o la cafetería de su *alma mater*. Sin embargo, de haber conocido el interés y las aportaciones de Velasco sobre el patrimonio cultural nacional, Maples habría mencionado la Ley para la conservación de la Ciudad de Taxco, Guerrero (8 de junio de 1928), la primera legislación de su especie en nuestro país, que aquel redactó cuando laboraba en la Dirección de Bienes Nacionales[47], dado que Maples le dedicaría espacios dentro de sus conferencias a la ciudad guerrerense y, más adelante un capítulo de su libro *Peregrinación por el arte de México*.

En la misma época, conoció a Diego Rivera, recién llegado de Europa. Maples asegura haber escrito sobre él, incluso haberle "consagrado varias páginas"[48], que no he tenido la suerte de localizar, pues en sus memorias anota que le habló de su época cubista en París, de sus ideas artísticas y estéticas y de sus planes de trabajo en México, entre ellos, el mural del anfiteatro de la Escuela Nacional Preparatoria, sobre el cual Maples, posteriormente, asistió para ser testigo de su elaboración[49]. También presenció el proceso de trabajo de otros murales aquí y en la Secretaría de Educación Pública, elaborados por sus amigos Alva de la Canal, Fermín Revueltas y Jean Charlot, así como por otros grandes artistas, uno de ellos José Clemente Orozco[50]. Igualmente, convivió con artistas y críticos de arte extranjeros como Francis Toor, editor de la revista *Mexican Folkways*, Carleton Beals, Edward Weston y Tina Modotti[51].

II. EL ESTRIDENTISMO, EL INICIO DE LA PROMOCIÓN CULTURAL Y ESTRIDENTÓPOLIS

Al concluir su primer año de estudios en la Libre, en lugar de irse de vacaciones, Maples decidió redactar un manifiesto en el primer número de una revista de su invención, *Actual*, para pegarla en las paredes del barrio universitario, entonces ubicado en

46 Velasco, Gustavo R., "En defensa del tesoro artístico de México", *Artes de México*, año xxi, nos. 179-180, 1960, pp. 4-6.
47 Fernández Delgado, Miguel Ángel, "Gustavo R. Velasco y la defensa del patrimonio cultural nacional de dominio público y privado", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 47, no. 47, 2023, p. 190.
48 Maples, *op. cit.*, p. 62.
49 *Idem*, p. 63.
50 *Ibid.*, pp. 63-64.
51 *Ibid.*, p. 64.

el actual Centro Histórico[52]. En dicho documento definió la corriente de vanguardia artística y literaria que denominó estridentismo y convocó a otros interesados para sumarse a la iniciativa, inspirado por los fundadores de otras vanguardias similares en el extranjero. Al hacerlo, tenía la intención de desatar una revolución paralela a la de las armas y de las instituciones en las letras y las artes mexicanas[53].

En el transcurso de 1922, Maples recibió muestras de simpatía, propuestas de adhesión y colaboración del interior del país del artista Fermín Revueltas, de los escritores Germán List Arzubide —brazo derecho del movimiento estridentista y su gran promotor e historiador—, Miguel Aguillón Guzmán, Salvador Gallardo, por mencionar algunos de los más cercanos entre sus compatriotas; y del extranjero, del español Guillermo de Torre, perteneciente a la corriente ultraísta, y del argentino Jorge Luis Borges[54]. En el tercer número de *Actual* (julio, 1922) aparecieron las aportaciones de la mayoría de ellos[55].

El segundo manifiesto estridentista (1923) apareció en Puebla, el tercero (1925) en Zacatecas, y el cuarto (1926) en Ciudad Victoria[56]. Maples solamente firmó los dos primeros, pues el tercero tan solo reiteró los principios de los anteriores, y el último, lanzado dentro del III Congreso Nacional de Estudiantes, fue una demostración de su avance y del interés por adherirse entre la juventud de varios estados[57].

En poco tiempo se integraron escritores y artistas de todas las corrientes y especialidades, incluso, aunque apenas se las menciona, algunas mujeres, como la artista Lola Cueto, la poetisa, actriz y futura cineasta Adela Sequeyro, y la fotógrafa Tina Modotti[58].

No debe creerse que el estridentismo fue una simple vanguardia artística trasplantada sin más del extranjero a México. Aunque no pueden negarse las influencias externas, como el futurismo italiano, el cubismo, el constructivismo ruso y los movimientos del *art nouveau* y el *art déco*, entre otros, según explica Elissa J. Rashkin, si bien "las tendencias internacionales los influyeron [a los estridentistas] en mayor o menor medida, el arte que crearon era suyo, distintivo, mostrando lo que algunos historiadores del arte mexicano han llamado 'nacionalización de las vanguardias'"[59].

---

52 Prado Núñez, Ricardo, "Introducción", *AAPAUNAM. Academia, Ciencia y Cultura*, edición especial: Los edificios históricos de la UNAM, enero, 2015, pp. 6-7.

53 Rashkin, Elissa J., *La aventura estridentista. Historia cultural de una vanguardia*, México, Fondo de Cultura Económica, Universidad Veracruzana, Universidad Autónoma Metropolitana, 2014, pp. 15-16; Bonifaz Nuño, Rubén, "Estudio preliminar" a Maples Arce, Manuel, *Las semillas del tiempo. Obra poética 1919-1980*, Xalapa, Universidad Veracruzana, 2013, pp. 12-14.

54 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, p. 60.

55 *Idem*, p. 56.

56 *Ibid*., p. 53.

57 *Ibid*., p. 63 y n. 15.

58 Rashkin, *op. cit*., pp. 223-232.

59 *Idem*, p. 126,

No abundaremos más en el estridentismo, ni en sus repercusiones y ramificaciones, ni sobre el aparente desinterés mostrado por Maples hacia el movimiento en sus últimos años[60], como advertimos desde el inicio de este trabajo, para no desviarnos de nuestro interés principal[61].

A mediados de 1925, a poco de obtener su título de abogado, Maples laboró algún tiempo como consejero de la Secretaría de Educación Pública[62]. Posteriormente, recomendado por Alfonso Cravioto, amigo de su familia, partió a trabajar a Xalapa con algunos miembros del grupo estridentista, para unirse al gobierno del recién electo gobernador, Heriberto Jara. Cravioto y Jara fueron compañeros desde el Instituto Científico y Literario de Pachuca, miembros activos de la izquierda revolucionaria y diputados sobresalientes en el Congreso de Querétaro[63]. Con semejantes padrinos Maples tendría, al parecer, el mejor respaldo para su desarrollo laboral y sus proyectos culturales[64].

Maples obtuvo casi de inmediato el trabajo ejercido largo tiempo por su padre, Juez de Primera Instancia. Sin embargo, el 6 de enero de 1926, Jara lo nombró Secretario General del Gobierno de Veracruz[65], cargo que aprovechó para darle mayor impulso a la cultura y, desde luego, a su movimiento artístico, sin convertir a sus adeptos en los tradicionales burócratas de escritorio, sino poniéndolos a trabajar para llevar el arte más allá de la clase gobernante. En las primeras páginas del libro que le dedicó a Leopoldo Méndez explica en estos términos su labor en ese periodo:

> Cuando ocupé la secretaría del gobierno de Veracruz, contando con la valerosa protección del general Heriberto Jara, emprendí una obra editorial que modificó la presentación y el espíritu de las publicaciones oficiales, creándose, al mismo tiempo, otras nuevas de textos universitarios y de servicios sociales. Invité entonces a colaborar al grupo de amigos que simpatizaba con mis propósitos y había dado muestras de adhesión, suscribiendo manifiestos literarios y participando en exposiciones que torturaban los sentimientos burgueses de la gente, pues en aquella época cualquier alteración de lo rigurosamente establecido, fuera en el orden literario o en el plástico, producía verdadera conmoción y desconcierto. Editamos algunos libros de valor nacional, como *Los de abajo*, de Azuela; y *El imperio de los Estados Unidos y otros ensayos*, de Rafael Nieto, además de algunas obras de los grandes innovadores de la literatura castellana, como Góngora, cuyo centenario celebramos. Y para mantener viva una información bibliográfica

60 *Idem*, pp. 343-345.
61 A quien interese el tema recomendamos consultar las obras citadas de Rashkin y de Baciu, especialmente los capítulos que el último dedica al estridentismo en Centroamérica y a sus coincidencias con el modernismo en Brasil, *op. cit.*, pp. 59-88.
62 Maples, *Leopoldo Méndez*, *cit.*, p. 14.
63 Betanzos y Chávez, *op. cit.*, pp. 351-360 y 487-497; Baciu, pp. 38-9.
64 Maples, *Soberana juventud*, *op. cit.*, p. 141.
65 Rashkin, *op. cit.*, p. 259; Maples Arce, *Soberana Juventud*, *op. cit.*, p. 144.

> y relacionarnos con revistas y periódicos nacionales y extranjeros, se imprimió la revista *Horizonte*, que llevó el nombre de Jalapa a ámbitos universales[66].

También lanzó una colección de libros bajo el sello de la propia revista *Horizonte*, impulsó una reforma al plan de estudios en las escuelas, y encargó recopilaciones de la música popular, por mencionar algunas de sus labores principales, dándole el crédito de todas ellas siempre al gobernador Jara[67]. Como expone Rashkin: "Los estridentistas adoptaron la idea del arte como un medio para comunicarse directamente con el público masivo, en especial durante sus años en Xalapa"[68]. Además de organizar diversas manifestaciones artísticas para la población de Veracruz, dictaron conferencias, dieron clases de literatura y arte, organizaron veladas literarias y otros eventos, sin olvidar darle impulso a la ideología posrevolucionaria, particularmente la del gobernador Jara[69].

En la década de 1920, en la literatura y poesía latinoamericana el crecimiento e industrialización de las principales ciudades aparece descrito con pesar y malos augurios. Como excepción, los estridentistas, al igual que los futuristas y otras vanguardias europeas, celebraron el tardío desarrollo de la Ciudad de México[70] y luego el de Xalapa, a la que buscaron dar también un crecimiento en sentido artístico y hasta un nombre distinto: Estridentópolis, con ideas inspiradas en los lineamientos del *Manifiesto de la arquitectura futurista* (11 de julio de 1914) del arquitecto y urbanista italiano Antonio Sant'Elia y editado a sus anchas por Marinetti[71], en el característico tono contencioso de los manifiestos vanguardistas. El texto debió incluir en su título el urbanismo, pues declara no limitarse a las casas sino convenir también a las ciudades, donde todo debe ser nuevo, "como nuevo es nuestro estado de ánimo"[72].

El Estadio de Xalapa, construido entre el 28 de junio y el 14 de septiembre de 1925 por el Ingeniero Modesto C. Rolland, bajo los auspicios del gobernador Jara, fue una de las primeras construcciones realizadas con hormigón armado en México, donde se aprovecharon todas las ventajas ofrecidas por el novedoso material[73]. En sus apuntes

---

66 Maples Arce, *Leopoldo Méndez*, *cit.*, p. 11.

67 Mata, Rodolfo, "Prólogo" a Manuel Maples Arce, *A la orilla de este río. Memorias I*, Xalapa, Universidad Veracruzana, 2010, p. 11. En su biografía explica esta actitud: "Yo comprendí toda la pasión, todo el amor que este hombre extraordinario puso en su obra de gobernante, y con idéntico entusiasmo me ocupé de la obra cultural, que no obstante las limitaciones del ambiente trascendieron más allá de los confines del estado y aun de la república". Maples, *Soberana juventud*, *cit.*, p. 153.

68 Rashkin, *op. cit.*, p. 118.

69 *Idem*, p. 262.

70 *Idem*, pp. 90-91.

71 Da Costa Meyer, Esther, "Drawn into the Future: Urban Visions by Mario Chiattone and Antonio Sant'Elia",
Greene, Vivien (ed.), *Italian Futurism, 1909-1944*, Nueva York, Solomon R. Guggenheim Foundation, 2014, pp. 141-142.

72 *Idem*, p. 142.

73 Gallo, Rubén, *Mexican Modernity. The Avant-Garde and the technological revolution*, Cambridge, Massachusetts, Londres, The MIT Press, 2010, pp. 183-184.

biográficos, Maples describe la idea de Jara detrás del monumental proyecto: "Este estadio, de audaz arquitectura —el más hermoso de la república—, lo construyó Jara con el sueño de que fuera el centro de reunión de la juventud y que, en sus aledaños, se levantara la Ciudad Universitaria, destinada a su formación intelectual, estética y humana"[74].El grupo de Maples debió verlo también como parte de la naciente Estridentópolis. El gobernador seguramente estaba al tanto de ello, si bien, quizá para evitar críticas de Plutarco Elías Calles y de otros que no celebraban su entusiasmo por los proyectos de los jóvenes artistas, expresó en su discurso inaugural que "en Veracruz nuestro único futurismo es seguir los programas del Presidente Calles para hacer nuestro gran país aún más grande"[75].

El mismo año, se inauguró la primera estación de radio del Estado[76], lo cual los hizo pensar que pronto Xalapa-Estridentópolis estaría cubierta de gigantescas antenas transmisoras que le darían un aspecto más vanguardista a la ciudad, como se advierte en un grabado de Alva de la Canal.

El *Manifiesto de la arquitectura futurista* describe un arte arquitectónico caracterizado por la estética, el movimiento y su condición efímera, pues las casas debían durar menos que la vida de las personas, de tal modo que cada generación pudiera construir su propia urbe[77]. Los estridentistas, lamentablemente, terminaron más rápido su labor en Veracruz.

En el cuarto y último manifiesto estridentista, parecían seguros y muy confiados en poder lograr todos sus proyectos, tanto que llegaban a delirar:

> EN 1926 HAREMOS: FUNDACIÓN DE LA UNIVERSIDAD ESTRIDENTISTA; CREACIÓN DEL TEATRO ESTRIDENTISTA: PUBLICACIÓN DE NUEVE LIBROS —EVANGELIOS— DE LOS FUNDADORES DEL ESTRIDENTISMO; EDICIÓN DE LOS NUEVOS POETAS ESTRIDENTISTAS... EN 1927... EL ESTRIDENTISMO HABRÁ INVENTADO LA ETERNIDAD[78].

En mayo de 1927, Maples fue nominado al Tribunal Superior de Justicia, pero otro de los contendientes, el diputado Fernando García Barna, que ya había tenido desacuerdos con el Secretario de Gobierno estatal, se opuso a su candidatura porque no cumplía los cinco años requeridos por ley; además, aunque reconocía la capacidad intelectual y la calidad artística de Maples, puso el dedo en la llaga al señalar que su título de abogado podría ser falso, incluso, una más de las conocidas bromas estridentistas[79]. Como ya habíamos adelantado, los títulos expedidos por la Escuela Libre de Derecho carecieron de validez

74 Maples, *Soberna juventud*, *cit.*, p. 153.
75 *Idem*, p. 193.
76 *Ibid*., p. 281.
77 Da Costa, *op. cit.*, p. 142.
78 Rashkin, *op. cit.*, p. 254.
79 *Idem*, pp. 285-287.

oficial hasta el 30 de enero de 1930[80]. Seguramente de aquí provenía la objeción de García Barna; no obstante, el conflicto no continuó en ascenso, pues a Maples no parecía interesarle la nominación y quizá sospechaba que sus días de servicio en el gobierno llegaban a su fin. Además, a mediados de 1927, según refiere en su biografía, logró sortear un atentado con armas que bien pudo haberle costado la vida[81].

Tras una serie de conflictos con las compañías petroleras establecidas en Veracruz, con otros políticos en el gobierno federal y con el propio presidente Calles, el general Jara se hundió en una crisis financiera y de gobernabilidad, por lo que, el 15 de octubre de 1927, la propia legislatura local optó por destituirlo[82]. Con su salida, también tuvo que despedirse casi todo su gabinete, entre ellos, el fundador del estridentismo. La amistad entre Jara y Maples continuó el resto de sus días, y el poeta le dedicó el poema "A un amigo", que así finaliza: "Sueño que un día elevemos nuestra copa espumeante / y que apunte en sus ojos aquel fulgor chispeante / de cuando gobernaba y a la vez combatía…"[83]

Salvo los testimonios escritos que dejaron sus creadores, Estridentópolis seguirá siendo un episodio más entre las utopías inacabadas, pues, de acuerdo con Rashkin, luego de la salida de Maples y de sus amigos artistas, sus "oficinas fueron saqueadas, lo que ocasionó la pérdida irreparable de muchas obras de arte y documentos originales, entre ellos algunos proyectos casi terminados"[84].

III. DIPLOMÁTICO Y EMBAJADOR DE LA CULTURA NACIONAL

Desde que Maples estaba por concluir los estudios de derecho, confesó su interés por la diplomacia. Su idea era que este campo del saber le "daría la oportunidad para servir a México, dándole a conocer, en la mejor forma, en el mundo del arte y de las letras, y también para adquirir conocimientos que fuesen de utilidad a mi país"[85]. Apenas un año después de terminar el capítulo de Estridentópolis, fue electo diputado al Congreso local por los distritos de Acayucan y Minatitlán, pero pronto reconoció que el ambiente político era demasiado violento para su gusto. Al finalizar su periodo (1930), se trasladó a París, donde estudió derecho diplomático.

En el trayecto hacia la capital francesa, se enteró de una realidad que marcaría su futura labor dentro de la diplomacia. Coincidió en el tren con un par de españoles que también viajaban para estudiar a París y con una dama francesa. Al enterarse de

80 Villalpando, *op. cit.*, pp. 156-157.
81 Maples, *Soberana juventud*, *cit.*, p. 156.
82 Betanzos y Chávez, *op. cit.*, p. 491.
83 Maples Arce, Manuel, *Las Semillas del Tiempo. Obra poética, 1919-1980*, Xalapa, Universidad Veracruzana, 2013, p. 128.
84 Rashkin, *op. cit.*, p. 287.
85 Maples, *Soberana Juventud*, *cit.*, p. 38.

su nacionalidad mexicana, le hicieron preguntas que lo desconcertaron, pues "tenían tan poca relación con la realidad, que al principio me causaron irritación, pues no me imaginaba la ignorancia que sobre Hispanoamérica existía en Europa aun en personas de cierta cultura. Así fue como desde mi primer contacto con Europa noté el desconocimiento que se tenía de nuestros pueblos, cosa que me previno para el futuro"[86].

En efecto, los años de violencia revolucionaria y de los primeros años posrevolucionarios, las deportaciones de periodistas, la falta de respeto a la libertad de prensa, la Guerra Cristera y el magnicidio de Álvaro Obregón, habían dañado la imagen de México en el extranjero. Con este fin, el presidente Portes Gil diseñó una campaña, sobre todo periodística, dirigida a Europa y especialmente a los Estados Unidos, para cambiar la percepción del país y ofrecerlo como una nación próspera y confiable, con un gobierno sólido en manos de un buen gobernante[87]. Aunque la intención era buena, los resultados fueron apenas visibles, pues la percepción del país volvió a mancillarse tras la expropiación petrolera.

En París, Maples no sólo cumplió su objetivo académico, entró en contacto con algunos artistas y escritores latinoamericanos, visitó museos, y confesó su preferencia por la obra pictórica de impresionistas y fauvistas, lo mismo que su deseo por coleccionar algunos de sus lienzos, aunque lamentó carecer entonces de recursos[88]. Pero su admiración no se limitó a los consagrados, pues se interesó por conocer a los jóvenes artistas que empezaban, como lo había hecho en su lugar de origen[89].

A su regreso a México fue consejero técnico del secretario de Educación Pública, Narciso Bassols, y después diputado del Congreso de la Unión por el distrito de Tuxpan (1932-1934)[90]. En esta oportunidad se desempeñó a un tiempo como presidente de la Comisión de Educación, posición desde la que asegura haber intervenido para dar impulso a diversos asuntos vinculados con la defensa del patrimonio nacional[91]. En sus memorias expresa que su verdadero interés era proseguir con los impresos que inició José Vasconcelos a su paso por la Secretaría, "encauzar las lecturas de la juventud con libros de un hondo sentido espiritual, de irradiación fecunda, que tuvieran el poder de comunicarle una intensa vitalidad y substraerla al influjo de los libros inútiles o francamente nocivos", pero la mayor parte del tiempo de oficina se le fue en "redactar farragosas circulares, que ni siquiera eran de la incumbencia de aquel departamento" y en revisar proyectos que le parecían absurdos[92].

---

86 *Idem*, pp. 172-173.
87 Gantús, Fausta, "Cómo México quiso mejorar su imagen en el extranjero en 1929", *Letras Libres*, 1 de julio, 2023. En línea: https://letraslibres.com/revista/fausta-gantus-como-mexico-quiso-mejorar-su-imagen-en-el-extranjero-en-1929/01/07/2023/. Consultado el 2-VII-24.
88 Maples, *Soberana Juventud, cit.*, pp. 174 y 184.
89 *Idem*, pp. 181-182.
90 *Ibid*., pp. 164-165.
91 *Ibid*., p. 196.
92 *Ibid*., pp. 208-209.

En 1935, finalmente ingresó al servicio exterior. Antes de conseguir trabajo en el extranjero, impartió clases de historia del arte en la Escuela Normal[93]. Recomendado de Portes Gil[94], partió del país con el nombramiento de secretario de la legación en Bruselas. Aquí, además de encontrar a Blanche (Blanca) Vermeersch, su futura esposa, volvió a combinar el trabajo con la investigación informal de la historia del arte y de las tendencias culturales de vanguardia, aprovechando la cercanía con Francia y Holanda, sin dejar pasar la oportunidad de viajar a otras naciones europeas cuando era posible[95].

Blanca le contó que las religiosas de su escuela la habían llevado en repetidas ocasiones a visitar una casa en el campo, propiedad de su orden, cerca del Castillo de Bouchout, donde vivió sus últimas décadas la princesa Carlota Amalia, viuda de Maximiliano de Habsburgo. Se enteró entonces de la imagen negativa y las historias exageradas y distorsionadas que contaban todavía sobre México y el triste episodio del Segundo Imperio. Blanca fue la primera a la que refirió la versión desde la perspectiva mexicana que nunca había conocido. Cuando la acompañó a visitar a las hermanas de la orden, Blanca trató de contarles las dos versiones de la historia que ellas le habían contado. Por su parte, Maples les regaló a las religiosas unas diapositivas "con el fin de atraer la atención de las maestras hacia los mejores aspectos de la vida mexicana"[96]. Esas mismas diapositivas, de las que debió llevar varios juegos, junto con libros de arte de su país, le servirían para dictar sus conferencias sobre arte mexicano en diversos lugares.

Pronto, la relativamente pacífica labor de Maples se tornó intensa, como adelantamos, luego de la expropiación petrolera. "La expropiación del petróleo, de tanta importancia para México, alcanzó gran resonancia, pues la prensa internacional pagada por las compañías [petroleras] desencadenó una terrible campaña en contra del general Cárdenas, de su gobierno y de la Revolución Mexicana. No sólo informaciones mentirosas, sino feroces editoriales se publicaron por todas partes"[97]. Se dedicó entonces a escribir a toda prisa sobre las bases del constitucionalismo social mexicano, la historia del país, la explotación petrolera y el régimen jurídico del subsuelo, que mandó traducir a las principales lenguas europeas para dárselos a conocer a los gobiernos y personas interesadas. Pero los ataques de la prensa contra casi todo lo mexicano prosiguieron[98]. Maples no solamente culpó a las agencias informativas de esta campaña de desprestigio, pues "la prensa 'roja' y algunas de las obras realizadas por el cine nacional han contribuido a reforzar la impresión de violencia de la vida mexicana"[99].

Su mala estrella lo siguió hasta Roma. Como encargado de negocios, le tocó en suerte entregar el documento oficial para anunciar el término de las relaciones diplomáticas

93 *Ibid*., pp. 208-209.
94 *Ibid*., p. 209.
95 Maples Arce, Manuel, *Mi vida por el mundo. Memorias III*, *cit.*, pp. 15-43.
96 *Idem*, p. 27.
97 *Ibid*., pp. 44-45.
98 *Ibid*., pp. 44-45.
99 *Ibid*., p. 45.

entre México e Italia con motivo de la guerra[100]. De aquí pasó con su esposa y primogénito a Lisboa. Aunque el ambiente era menos tenso, comenzaron a padecer ocasionalmente las privaciones propias del conflicto, en particular la escasez de alimentos. A pesar de todo, continuó con su labor de exploración cultural, de encuentros con otros diplomáticos y artistas de origen latinoamericano; también aquí nació su hija y tuvo la oportunidad de conocer a José Ortega y Gasset, "quien había acogido con simpatía mis *Poemas interdictos* cuando dirigía la *Revista de Occidente*"[101].

Tal vez pensaba que el capítulo diplomático europeo había terminado y preparaba maletas para volver a México, pero recibió un comunicado de la Secretaría de Relaciones Exteriores, a cargo de Ezequiel Padilla, con quien llevaba amistad, también egresado y alumno fundador de la Escuela Libre de Derecho, pidiéndole que pasara a Londres con el nombramiento de cónsul general[102].

IV. LAS CONFERENCIAS SOBRE ARTE MEXICANO Y LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL AL RESGUARDO DE LA *LUFTWAFFE*

Maples viajó a Londres con toda su familia, quizá ignorando o minimizando el peligro que se aproximaba. Aunque se trataba de Londres, los vientos de guerra soplaban cuando le fue ofrecido el cargo de cónsul general y representante de México ante los gobiernos exiliados en Inglaterra (Bélgica, Holanda, Polonia, Checoslovaquia y Noruega)[103]. Un refrán anónimo afirma que un mal día en Londres es mejor que uno bueno en cualquier otra parte, y parecía que Maples estaba dispuesto a confirmarlo.

Llegó primero con la familia a un hotel y luego se trasladó con ellos a un departamento en Queens Gate Gardens, en el barrio de Kensington[104]. No menciona la fecha de su llegada, pero debió ser en abril de 1940 o poco después, cuando comenzaron los bombardeos y la devastación[105], pues refiere que el avión que los llevó desde Lisboa a Londres, donde eran los únicos pasajeros, aterrizó primero en Bristol, al amanecer, justo cuando se escuchaba una alarma de bombardeo aéreo[106]. Para colmo de males, los racionamientos comenzaron a sufrirse desde enero del mismo año. Azúcar, tocino y mantequilla fueron los primeros alimentos repartidos con limitaciones. La carne corrió la misma suerte en marzo[107].

---

100 *Ibid*., p. 68.
101 *Ibid*., pp. 71-75.
102 *Ibid*., p. 76.
103 *Ibid*., p. 76.
104 *Ibid*., p. 79.
105 Shenton, Caroline, *National Treasures. Saving the nation's art in World War II*, Londres, John Murray, 2022, p. 101.
106 Maples, *Mi vida por el mundo*, *cit.*, p. 79.
107 Shenton, *op. cit.*, p. 107.

A partir del 9 de abril, cuando Alemania invadió Noruega y Dinamarca, el temor se apoderó de la sociedad inglesa. En palabras de Caroline Shenton, se hicieron populares los rumores sobre la aparición de grafitis en paredes o tallados en árboles con mensajes cifrados para uso del enemigo, y del avistamiento de personas sospechosas que se imaginaban espías al servicio de los nazis por todas partes[108]. Maples y su familia no podían haber llegado en peor momento.

Pero al nuevo cónsul el temor no lo detuvo en el cumplimiento de su trabajo ni en el de continuar con la labor de dar a conocer el rostro más atractivo de su país. Incluso entre bombardeos, Maples dictó conferencias sobre el arte de México. En Southampton dictó una de ellas, y unas horas después tuvo que refugiarse debido a un intenso bombardeo[109].

A partir de abril de 1940, la capital inglesa fue bombardeada durante 76 noches consecutivas. Se crearon refugios en el tren subterráneo, hasta dormitorios improvisados sobre las vías, porque la mayoría de los ataques aéreos ocurrían al oscurecer[110]. Más adelante, el peligro aumentó con los primeros misiles V1, que llegaron a Londres una quincena después del Día D[111]. En palabras de Maples: "Con las bombas V-1 y V-2 el estado de alarma ya no cesaba"[112].

La destrucción ocasionada por los V1, además de incontables muertos y heridos, destruyó las ventanas de la fachada del Museo Británico. También, en junio de 1944, el muro este fue alcanzado por un proyectil antiaéreo. El mayor daño, debido a otro misil V1, lo sufrió el Museo de Historia Natural en julio de 1944, al hacer estallar todas las galerías del extremo poniente, es decir, 155 de las 162 colecciones, y dejando 130 toneladas de cristal roto[113].

Ningún lugar quedó exento de las agresiones aéreas alemanas. El 13 de septiembre de 1940, el Palacio de Buckingham, residencia oficial de la monarquía, recibió su primer ataque deliberado[114]. Por fortuna, la Colección Real, la reunión de arte más grande del mundo en manos particulares, había sido desplazada meses atrás[115].

La Guerra Civil española, más que la Primera Guerra Mundial, había demostrado la destrucción que la guerra moderna podía provocar, también logró dejar en claro que los nuevos artefactos bélicos eran un peligro mayor para museos y monumentos. Las

108 Shenton, *op. cit.*, pp. 130-131.
109 Maples, *op. cit.*, p. 85.
110 Shenton, *op. cit.*, p. 151.
111 *Idem*, p. 245.
112 Maples, *op. cit.*, p. 88.
113 Shenton, *op. cit.*, p. 246.
114 *Idem*, p. 174.
115 *Ibid.*, pp. 179-180.

bombas que cayeron en el Museo del Prado, en noviembre de 1936, habían puesto en alerta a todas las autoridades vinculadas con instituciones similares en Europa[116].

En Inglaterra comenzaron los preparativos para el traslado del patrimonio cultural mueble de los museos desde septiembre de 1938, con apoyo en el Acta de Defensa de 1842, que autoriza al Estado a expropiar inmuebles privados con el fin de defender a la nación en caso de emergencia. Al principio se destinó para ello la Biblioteca Nacional de Gales, en Aberystwyth, y la Universidad de Bangor, en Gwynedd, también en Gales, que resultaron insuficientes. Al mismo tiempo se buscaron escuelas y pequeñas galerías de arte distantes de las ciudades principales y lejos de vías ferroviarias, aeródromos o bases militares, como alternativas[117]. También hubo particulares, sobre todo provenientes de las casas nobles, que ofrecieron sus residencias para resguardar piezas de arte. Empero, aunque en ciertos casos se aceptó su ayuda, en otras se rechazó, sobre todo después de las cínicas declaraciones de Granville Proby, propietario de Elton Hall: "Creo que debemos tener a los Viejos Maestros. Después de todo, sabemos que las niñas pueden hacerse en todo tiempo por el proceso de la naturaleza; pero los Viejos Maestros son irremplazables"[118]; en el mismo sentido, otros nobles y personas adineradas ofrecieron albergue a los tesoros nacionales para evitar que las autoridades les solicitaran dar asilo a refugiados en sus propiedades.

Salieron de Londres, aproximadamente, unas 1800 pinturas, debidamente empacadas, por tren, siempre al resguardo de la noche por seguridad, a diferentes refugios, principalmente en Gales y Gloucestershire[119]. Otros objetos, considerados de menor prioridad en museos y galerías, se llevaron a los sótanos reforzados de las mismas instalaciones; los libros de las bibliotecas más importantes debieron resguardarse en la Biblioteca Nacional de Gales y en diferentes bodegas dentro de la capital. Esculturas no muy grandes ni pesadas y varias antigüedades, encontraron resguardo sobre las vías del subterráneo. Las piezas de mayor tonelaje y volumen, como las esculturas asirias y egipcias, simplemente se protegieron en su sitio, casi siempre con sacos de arena, como ocurrió durante la Gran Guerra[120]. Una gran cantidad de mujeres llevaron a cabo las labores monumentales que este movimiento implicó, con gran responsabilidad, profesionalismo y eficiencia[121].

Los documentos (300 toneladas) del Public Record Office fueron enviados a Shepton Mallet, en el condado de Somerset, entre los que se hallaban algunos de los más valiosos de la historia del país: el *Domesday Book*, especie de registro censal ordenado por Guillermo el Conquistador en 1086; varios ejemplares de la *Carta Magna*; el testamento de Shakespeare; la confesión de Guy Fawkes, que conspiró contra el rey Jacobo

116 *Idem*, p. 13.
117 *Ibid*., p. 11.
118 *Ibid*., pp. 31-32 y 38.
119 *Ibid*., pp. 41-42.
120 *Ibid*., pp. 49-50, 63-64 y 67.
121 *Ibid*., p. 82.

I en la fallida conspiración de la pólvora de 1605; la bitácora del HMS *Victory*, buque insignia donde el almirante Nelson triunfó en la batalla de Trafalgar, entre otros[122].

El conflicto más destructivo de la historia humana también sentó un valioso precedente en cuanto a los estándares técnicos y científicos para conservar las obras de arte en condiciones que disminuyen su deterioro sin importar el lugar donde fueran exhibidas o almacenadas. El arqueólogo Mortimer Wheeler, presidente de la Asociación de Museos, con ayuda del químico escocés pionero en técnicas de conservación, Harold Plenderleith, y el físico de planta de la Galería Nacional Ian Rawlins, prepararon y publicaron en 1939 el folleto *Air Raid Precautions in Museums, Picture Galleries and Libraries* (Precauciones durante ataques aéreos en museos, pinacotecas y bibliotecas)[123].

Plenderleith, un veterano de la Gran Guerra, había realizado pruebas en laboratorio para determinar las mejores condiciones para almacenar bienes artísticos, documentos de archivos y otros objetos perecederos atesorados en museos, y fijó la regla, que sigue vigente, llamada 60:60, es decir, a una temperatura estable de 60° Fahrenheit (unos 15.5° C) y 60% de humedad relativa. Gracias a sus estudios se descartó utilizar las instalaciones del tren subterráneo con estos fines, como se había pensado originalmente, debido a su humedad, destinándolas únicamente para objetos no orgánicos, como piezas fabricadas en piedra o metal[124].

Para colmo de males, durante los años de la guerra tuvieron lugar algunos de los inviernos europeos más crudos del siglo XX. En la Universidad de Bangor, Rawlins tuvo que ingeniárselas para evitar que la humedad y los drásticos cambios de temperatura agrietaran las obras maestras de la pintura a su cuidado, mediante el uso de pequeños calentadores eléctricos y permitiendo una mayor circulación del aire en los días más cálidos[125].

Como suele contarse en un chiste infantil, pero con implicaciones dramáticas e infectas, hubo un momento en el que hasta los muertos resultaron heridos. Las explosiones provocadas por el bombardeo enemigo no fueron las responsables, sino una fuga de agua, en Bloomsbury, que se filtró hasta el sótano donde se resguardaban unas momias egipcias, las que, además del mal olor, empezaron a tornar su piel verdosa. Sin perder el tiempo, Plenderleith las colocó en camas de acampar donde fueron sometidas a un lento proceso de secado con ventiladores, luego se las despojó de moho y finalmente se las roció con paranitrofenol (más conocido ahora como 4-nitrofenol), una sustancia fungicida e insecticida que también se utiliza para oscurecer el cuero[126].

Al término de la guerra, el patrimonio cultural que mayores daños padeció fueron libros y documentos. En un comienzo, el principal maltrato fue debido a la humedad

122 *Ibid*., p. 94.
123 *Ibid*., p. 18.
124 *Ibid*., pp. 58-59.
125 *Ibid*., p. 124.
126 *Ibid*., p. 164.

y a los roedores[127]; posteriormente, el fuego tras los ataques aéreos causó la pérdida de unos 400 volúmenes[128]. Finalmente, la funesta noche del 10 al 11 de mayo de 1941, cuando Londres sufrió el mayor bombardeo, se perdieron para siempre cerca de un cuarto de millón de libros[129].

Dado que las agresiones aéreas ocurrían por regla general al oscurecer o bien entrada la noche, a la luz del sol la sociedad inglesa hacía el intento por realizar sus quehaceres cotidianos. Maples seguía el mismo patrón para cumplir con los deberes de su labor diplomática y de promoción cultural. En la ciudad turística de Blackpool, Lancashire, junto al mar de Irlanda, cuyo malecón había sido bombardeado, aunque no durante su visita, dictó una conferencia sobre Veracruz a petición de un grupo de interesados. Al término del evento, fue el invitado de honor del banquete, ocasión que un resentido magnate petrolero trató de aprovechar para desahogarse con él por la expropiación petrolera:

> Este señor, entrado en años, de amable apariencia, elegantemente vestido, se me acercó sonriendo y con cínica gracia me preguntó: "Señor cónsul, ¿por casualidad no se trajo usted consigo unos cuantos bandidos mexicanos?" A lo que yo respondí, con igual sonrisa que la de mi interrogante: "No, señor; lamento decepcionarlo, pero resulta que todos están desde hace mucho tiempo contratados en Hollywood". Esta contestación mía hizo mucha gracia a los otros asistentes al banquete, que la celebraron con grandes carcajadas, burlando así a quien intentó mortificarme[130].

En otra ocasión, el cónsul mexicano fue invitado a dar una conferencia de tema libre en la Universidad de Cambridge, y eligió "El paisaje en la literatura mexicana", inspirado por los escritos pioneros de Alfonso Reyes y Luis G. Urbina[131], en la cual logró conjugar su pasión por el arte y las bellas letras. Maples atribuye al romanticismo la creación del "sentimiento del paisaje", en sus párrafos repletos de elocuentes y exaltadas descripciones de la naturaleza, tendencia que prosiguieron otras corrientes literarias hasta su época[132].

La British Broadcasting Corporation (BBC) de Londres, a través de sus programas de radio, que no dejó de transmitir durante la guerra, desempeñó un invaluable esfuerzo por mantener en pie "la moral del pueblo británico", como recuerda Maples. También transmitieron programas en otros idiomas, incluyendo el castellano, donde participó activamente el cónsul mexicano, dando conferencias y participando en debates con otros escritores y artistas[133].

---

127 *Ibid*., p. 153.
128 *Ibid*., p. 154.
129 *Ibid*., pp. 195-197.
130 Maples, *op. cit*., p. 86.
131 *Ibid*., p. 86.
132 Maples Arce, Manuel, *El paisaje en la literatura mexicana*, México, Librería de Porrúa Hnos. y Cía., 1944.
133 Maples, *Mi vida por el mundo*, *cit*., pp. 86-87.

La conferencia que Maples dictó en Cambridge, con algunas revisiones y ampliaciones, fue el origen de su libro de título idéntico, *El paisaje en la literatura mexicana* (1944) que se imprimió en México. El resto de las conferencias dictadas en Inglaterra, se publicaron en Londres, en la imprenta de A. Zwemmer, en 1947. En su portada aparece una ilustración de Leopoldo Méndez con una gran serpiente, que imita el trazo prehispánico, abriendo sus fauces debajo de un campesino.

Afortunadamente, Maples y su familia sortearon los bombardeos y sus secuelas, tomando las precauciones recomendadas por las autoridades, sin descartar su buena estrella, pues cada explosión ocasionaba, además de incendios y derrumbes, una lluvia de fragmentos de vidrio y otros objetos que podían caer en el momento menos esperado, y el edificio donde trabajó la mayor parte del tiempo no sufrió ningún daño. Su rutina diaria la describe así en su diario: "La guerra nos cercaba a todas horas y en todas partes. Por la mañana salía yo a indagar los destrozos ocasionados en los alrededores, mientras mi chico se entretenía recogiendo en nuestro jardín fragmentos de metralla y unas tiras de papel metálico que lanzaban los aviones alemanes para perturbar la detección del radar"[134].

A mediados de 1944, Maples recibió un telegrama con el nombramiento oficial de embajador en Panamá[135]. No le fue posible partir hasta octubre, debido al bloqueo por el conflicto bélico. Al menos no tuvo que esperar hasta el término de la guerra para volver al continente americano.

V. LAS CONFERENCIAS SOBRE ARTE Y LITERATURA Y EL COLECCIONISMO

Entre 1944 y 1952, Maples fue embajador en Panamá, Chile y Colombia. Después de sobrellevar con éxito la experiencia consular inglesa, puede decirse que ya no padeció contratiempos graves en su carrera diplomática. Si los bombardeos no fueron obstáculo para llevar a cabo su agenda cultural personal, con mayor razón se dedicó posteriormente a dar conferencias, patrocinar exposiciones, escribir libros y artículos sobre arte[136], sin descartar la prosecución de su obra poética y los encuentros con algunos de los más destacados creadores y promotores de la cultura alrededor del orbe.

En sus memorias ya no ofrece tantos detalles sobre las conferencias de arte que dictó en este periodo. Por ejemplo, en Bogotá, por invitación del director de la Biblioteca Nacional de Colombia, solamente apunta que dio una conferencia sobre arte barroco mexicano[137]. Seguramente eran adaptaciones o ampliaciones de lo que había presentado antes, pues en las primeras páginas de su *Peregrinación por el arte de México* (1951), explica que para escribirlo se valió del material empleado para las conferencias

134 *Idem*, p. 90.
135 *Ibid.*
136 Monahan, *op. cit.*, pp. 23-24.
137 Maples, *op. cit.*, p. 132.

que dictó en Bélgica, Colombia, Chile, Inglaterra y Panamá, y de lo escrito en artículos para revistas de México y Argentina[138].

Es probable que la labor de documentación e investigación para las conferencias lo hiciera desde México y lo continuara en Londres, seguramente a la luz de las velas, y en otros países. Lo que es un misterio es el origen de los libros sobre arte mexicano y latinoamericano que cita en la obra que publicó en la capital inglesa, pues la British Library dejó de dar servicio desde septiembre de 1938 hasta el verano de 1946, cuando fue reabierta la sala de lectura, al concluir las reparaciones del domo[139]. Lo mismo debió suceder con las bibliotecas universitarias; tampoco es creíble que Maples viajara con todo el material, seguramente lo conseguía mediante préstamo con sus amistades hispanoamericanas o en librerías de segunda mano.

En 1948, el poeta Pablo Neruda era senador de dos provincias de su país, pero sufrió persecución luego de pronunciar fuertes críticas al presidente chileno Gabriel González Videla, que ordenó una orden de detención en su contra. Al escapar, decidió buscar asilo temporal en la embajada de México en Santiago, desatando un problema diplomático. Fue entonces cuando el presidente Miguel Alemán decidió nombrar a Maples embajador de México en Chile. De esta forma, tuvo la oportunidad de conocer al futuro premio Nobel de Literatura[140].

A partir de 1952, Maples abandonó las embajadas latinoamericanas. Su gran experiencia y voluntad de servicio lo recomendaron para ser nombrado primer embajador extraordinario y plenipotenciario en Japón, sucediendo a Octavio Paz —otro futuro premio Nobel—, el primer encargado de negocios *ad interim*, al restablecerse las relaciones con dicho país, el mismo año.

Paz permaneció todavía algún tiempo en Tokio. Sin lugar a duda, Maples y él no se limitaron a discutir temas de trabajo, los poetas diplomáticos forjaron una amistad basada en sus intereses comunes: "Con frecuencia invitaba a Paz a almorzar en el restaurante europeo, donde nos quedábamos de sobremesa alegremente. Hablábamos de pintura, poesía, arquitectura y temas relacionados con las divergencias entre la cultura del Oriente y el Occidente"[141]. Huelga decir que en ambos la cultura japonesa dejó una marca imborrable[142]. En la siguiente sección haremos una breve reseña de los *Ensayos japoneses* de Maples.

Prueba de la importancia de su trabajo como promotor de la cultura de México y de sus aportaciones a las bellas letras y la poesía, Maples también fue invitado a dar una

138 Maples Arce, Manuel, *Peregrinación por el arte de México*, Buenos Aires, Imprenta López, 1951, p. 7.
139 Shenton, *op. cit.*, p. 250.
140 Maples, *Mi vida por el mundo*, *cit.*,, p. 111.
141 *Idem*., p. 143.
142 Sobre la influencia de la cultura japonesa en Paz, puede consultarse, además de su propia obra, *Japón en Octavio Paz*, de Aurelio Asiain (México, Fondo de Cultura Económica, 2014).

conferencia sobre literatura mexicana por la Spanish Society, en la Universidad de Columbia, mientras era embajador en Canadá[143]; y, más adelante, como parte de su embajada en Noruega, otra sobre poesía mexicana, en inglés, según aclara, en la Universidad de Oslo[144]. En el verano de 1961, el comité del Festival de Poesía de Bélgica decidió invitarlo a Knokke, municipio de Flandes, para rendirle tributo junto con el poeta francés Pierre-Albert Birot y el poeta y novelista belga Franz Hellens[145].

Es probable que la exposición de arte mexicano más importante organizada por Maples fuera la que se presentó en el Museo Nacional de Arte, en Tokio, Japón, inaugurada en 1955, sobre todo porque tuvo que prepararla por su propia iniciativa, fuera de las vías oficiales y en parte a costa de sus propios recursos. Al enterarse de la importancia del periodismo japonés en la difusión cultural general y de su tendencia por el patrocinio de exposiciones y espectáculos, pensó en organizar una exhibición de pintura de su país. En sus palabras: "Escribí a México para que mandaran algunos cuadros de los pintores más representativos, pero todo fue en vano"[146]. Se dirigió entonces a su amigo Ramón Alva de la Canal para solicitarle el envío de algunos lienzos. Luego convenció al periódico *Yomihuri*, de Tokio, para contactar a José Ángel Ceniceros, su amigo de juventud y compañero de generación en la Escuela Libre de Derecho, que entonces era secretario de Educación Pública, con el fin de rogarle atender, en forma extraordinaria, la solicitud del periódico de colaborar en el evento. Finalmente, con el título de Mexican Art Exhibition, se presentaron unos 1500 objetos al público japonés, por primera ocasión[147]. Así lo describe Maples:

> Esta exposición de pintura y escultura antigua y moderna y arte folclórico ocupó la planta alta del Museo Nacional, que se levanta en el parque Ueno. Pronuncié el discurso de apertura y la princesa Takamatsu, de acuerdo con la tradición, cortó la cinta, y miles de visitantes se desbordaron en los salones. Las cámaras fotográficas y la televisión recogieron la impresión de aquel evento cultural, que se retransmitió por los canales del diario *Excélsior*, de México. Tuvo el acontecimiento un éxito franco, que atrajo constantemente un público ávido y curioso. A mi invitación y ruego la visitaron también los emperadores, lo mismo que los príncipes y las personalidades más destacadas del gobierno[148].

La muestra cultural mexicana no se limitó al Museo Nacional, pues Maples realizó, a su costa, diversos banquetes y reuniones en la Mansión Korin, donde también festejó

---

143 Maples, *Mi vida por el mundo*, *cit*,, p. 198.
144 *Idem*, p. 206.
145 *Ibid*., p. 211.
146 *Ibid*., pp. 148-149.
147 López Hernández, Pedro, "El Tokyo National Museum se alista para presentar 'México Antiguo' (Ancient Mexico)", *Mexicanísimo*, 13 de enero, 2023. En línea: https://www.mexicanisimo.com.mx/2023/01/el-tokyo-national-museum-%E6%9D%B1%E4%BA%AC%E5%9B%BD%E7%AB%8B%E5%8D%9A%E7%89%A9%E9%A4%A8-se-alista-para-presentar-mexico-antiguo-ancient-mexico/. Consultado el 22-VII-24.
148 Maples, *op. cit*., pp. 148-149.

las fiestas patrias con algunos platillos de la cocina nacional, que ofreció a los príncipes, los ministros de Relaciones y de Educación, el presidente de la Corte Suprema japonesa y el director del propio Museo. Todo lo acompañó de una serie de conferencias, en las que el embajador participó activamente, con traducción simultánea al japonés. Por si fuera poco, aprovechó la presencia de su compatriota, el actor mexicano Alfredo Gómez de la Vega, que estaba de visita para estudiar el teatro japonés, con el fin de animar los diferentes eventos que organizó[149].

Además de Japón, Maples fue embajador en Canadá, Noruega, Líbano y Pakistán. Aunque en sus memorias no aporta más información sobre exposiciones o conferencias específicas sobre arte y cultura mexicana en estos países, no sería sorpresa enterarnos que continuó con ellas.

Hacia 1967, Maples decidió retirarse de la diplomacia y volver con su familia a México[150]. En un capítulo de sus memorias, que por algo nombró "Casi una elegía", describe detalladamente su impresión al regresar, tras una ausencia de más de tres décadas, para residir en la capital de su país de origen:

> La ciudad a que he regresado es diferente de la ciudad de donde partí. Entonces [1934] tenía un millón quinientos mil habitantes; hoy, más de ocho millones. Con la industrialización ha fluido gente de todos los estados que aspira a salir del subdesarrollo. Esa misma industrialización le imprime un ritmo acelerado. Advierto muchos contrastes. Algunas colonias que tenían cierta unidad, como la Juárez y la Roma, han sido destrozadas, están en vías de transformación, carecen de carácter. En otros sitios, la mala muestra de estilos arquitectónicos resalta en forma irritante. La especulación mantiene baldíos terrenos en lugares prominentes, o construcciones efímeras que contribuyen al afeamiento de la ciudad. Buenas casas y hasta palacios están convertidos en vecindades. Surgen altos edificios sin plan ni concierto. Las calles se prolongan por kilómetros, sin obedecer a un urbanismo riguroso. Se van quedando barriadas de mezquina construcción como parches. Abundan los corrales de automóviles usados. Por dondequiera hay letreros en inglés con palabras híbridas que perturban el idioma.
>
> Las multitudes lo invaden todo. Hay un cambio de sociedad. Algunas clases han mejorado con su iniciativa, pero el proletariado no ha elevado gran cosa su nivel: vive en suburbios aglomerados de improvisadas barracas. El progreso nos inunda bajo una niebla industrial que infecta y cubre todo el valle. No hay realmente consideraciones humanas. Los atracos son frecuentes, muchas veces con sangrienta ferocidad. Ni el más prevenido se libra de la saña de los hampones[151].

Con estas palabras, el fundador del estridentismo, que celebró, como principios del movimiento, la llegada al país de los adelantos tecnológicos y el crecimiento industrial y urbano de las ciudades en sus años de juventud, y hasta planeó fundar una ciudad

149 *Idem*, pp. 148-150.
150 *Ibid*., p. 243.
151 *Ibid*., pp. 253-254.

ultramoderna como Estridentópolis; que, por otra parte y en otro momento, también empleó neologismos y galicismos en sus escritos, el paso de los años lo habían hecho cambiar de parecer y mirar con nostalgia al pasado.

En 1968, Maples organizó una reunión con sus amigos de la época estridentista, "la que fuera juventud de vanguardia", como los llamó[152]: Arqueles Vela, Germán List Arzubide, Salvador Gallardo, Ramón Alva de la Canal, Germán Cueto y Leopoldo Méndez. Este último, asistió enfermo del cáncer que apagaría su vida al año siguiente. Como invitado especial al convivio, el investigador Luis Mario Schneider, que aprovechó para entrevistarlos en conjunto, pues entonces preparaba la que sería la primera tesis doctoral sobre el estridentismo[153].

Con motivo del cincuentenario del primer manifiesto del movimiento, la Biblioteca Nacional, por iniciativa de su director, Ernesto de la Torre Villar, organizó una exposición bibliográfica e iconográfica, en la que también participaron Maples, List y Vela, con pláticas y artículos; además, los fundadores prestaron algunos impresos y donaron otros más a la hemeroteca. Torre Villar, en representación del rector de la UNAM, "expuso el interés de esta manifestación intelectual relacionada con las teorías estéticas modernas, esfuerzo al cual... no podía ser ajena la casa máxima de la lectura en México. Expresó también sus simpatías por el intento juvenil de renovación reflejado magníficamente en los materiales puestos a la vista del público"[154].

A pesar de los homenajes, Maples no estaba de acuerdo con que se le recordara únicamente como fundador del estridentismo y autor nada más de la obra poética de aquel entonces: "En los manuales escolares yo ando generalmente mal representado por poesías muy juveniles y críticas incompletas y parciales, lo mismo que en antologías y crónicas en las que no faltan los juicios hostiles y de mala intención, inspirados por interesados cenáculos"[155]. Esta actitud lo llevó a sostener discusiones intensas con sus amigos estridentistas, en particular con List Arzubide, que le reprochó minimizar y hasta ignorar la existencia del movimiento que fundó en 1921[156]. Con todo, en su Papantla natal, en sus últimos años, el Ayuntamiento le celebró un homenaje para declararlo hijo predilecto del municipio, durante las fiestas patronales, en donde tuvo oportunidad de leer fragmentos de sus memorias infantiles, extraídas de *A la orilla de este río*[157].

---

152 *Ibid*., p. 282.

153 Ahora puede consultarse en forma de libro junto con una antología de textos estridentistas preparada por el propio autor: Schneider, Luis Mario, *El estridentismo o una literatura de la estrategia*, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 1997.

154 Maples, *op. cit.*, pp. 292-293.

155 *Idem*, p. 294.

156 Rashkin, *op. cit.*, p. 344. Sobre el tema puede leerse también: List Arzubide, Germán, "La tragedia de Maples Arce", *Excélsior*, 5 de septiembre de 1993, suplemento *El Búho*, núm. 417, p. 1.

157 Maples, *op. cit.*, pp. 311-312.

Sin embargo, a pesar de su deseo de borrar sus pasos estridentistas y de ser recordado nada más por sus escritos de madurez, Maples dejó, además de su brillante labor diplomática, en general, y de su promoción de la cultura mexicana en particular, otro legado menos conocido, pero no por ello de menor importancia.

Desde su primera visita a Europa, ya sabemos, manifestó su deseo de coleccionar obras de arte, sobre todo pinturas, que, al parecer fue lo que más atrajo su atención. Por ejemplo, tras recorrer algunos museos en Holanda, expresó las siguientes palabras elogiosas del arte pictórico, que pueden considerarse representativas del común de sus correrías:

> Al salir de estos museos el espíritu se siente deslumbrado, y aunque no se guarde una imagen fiel de cada cuadro, pues no hay memoria humana de tan amplio registro, nos queda lo más esencial, la impresión estimuladora. Es una alegría encontrarse cerca de aquellas obras tranquilas, de una visión segura, de un realismo primoroso y de una técnica excepcional. Los paisajistas, los pintores del mar y los que representaron con suma finura los interiores burgueses. Ciudades y campo, objetos y trajes, todo está pintado con esmero, con suavidad, con vívida visión[158].

No le fue posible adueñarse de algunos ejemplos de esa "impresión estimuladora" del arte hasta después, cuando su carrera diplomática le aportó los suficientes recursos y la oportunidad de conocer en persona a los artistas, las nuevas escuelas, tendencias, vanguardias, galerías y museos, en pocas palabras, colocarlo en un ambiente que lo impulsó a conocer mejor los pormenores del arte y su mercado, y dedicarse a coleccionar: "Mi afición a la pintura me llevó, a través de mis largos viajes, a formar una colección que comenzó con obsequios de algunos de mis amigos pintores. Después la fui aumentando con cuadros comprados en galerías, subastas o directamente en el taller de los artistas. He tenido a veces la suerte de algunos hallazgos"[159]. Al referir los afortunados "hallazgos", se refiere a su gran afición por visitar también tiendas de antigüedades[160].

Maples no coleccionaba por la fama de los artistas, ni por escuelas, estilos o vanguardias, sino por algo más sutil y personal. "En cada una de esas pinturas hay algo que me interesa y encanta. Nunca he adquirido una obra exclusivamente por el nombre del autor sino por su poder sugestivo"[161]. Las obras de arte que atesoraba debían generar en él una especie de amor a primera vista y una experiencia duradera al contemplarlas. "Por momentos me detengo a contemplar alguno de estos cuadros y le brindo una particular atención, que me hace revivir la misma emoción que me atrajo hacia él"[162]. Hasta llegó a reprocharse que el tiempo que dedicaba a este pasatiempo le robaba ho-

158 *Idem*, p. 34.
159 *Ibid*., p. 263.
160 *Ibid*., p. 264.
161 *Ibid*., p. 263.
162 *Loc. cit*.

ras que debía dedicar a sus trabajos literarios. "Pero mi sempiterno amor a la pintura hace que encuentre atenuantes a esta disposición de espíritu"[163].

El capítulo XVIII del tercer volumen de sus memorias, *Mi vida por el mundo*, lo dedica por entero a esta afición. Vale la pena leerlo, igual que el resto de sus escritos autobiográficos para adentrarse más en sus ideas y reflexiones sobre el arte, la cultura y las costumbres de diferentes países. Aquí no es posible, por razones de espacio. Solamente mencionaremos que consiguió lienzos de artistas españoles, franceses, belgas, noruegos, suecos, húngaros, finlandeses, estadounidenses, libaneses, japoneses, chinos y mexicanos, en su mayoría de los siglos XIX y XX. Entre los nacionales, reunió pinturas de Juan de M. Pacheco (discípulo de José María Velasco), Juan Galarza, Mateo Herrera, Alfredo Ramos Martínez, Gonzalo Argüelles Bringas, Salvador Martínez Báez, Agapito Rincón, Enrique A. Ugarte, Armando García Núñez, Gilberto Chávez, Luis Sahagún, y de sus amigos desde la juventud, Leopoldo Méndez, Ramón Alva de la Canal y Fermín Revueltas.

Por el número de pinturas pertenecientes a la escuela impresionista que logró reunir, puede decirse que era su predilecta, y sobre la que subraya lo siguiente: "Mucha gente cree que el impresionismo es un fenómeno exclusivamente de Francia, cuando en realidad es un fenómeno universal, aunque en París y sus alrededores hayan trabajado sus mejores exponentes, muchos de ellos extranjeros, pero sostenidos por el prestigio de Francia"[164].

La afición o "veleidades" de coleccionista de Maples, como él mismo la nombró, fue famosa en su época, pero hasta en este pasatiempo lo persiguió la sombra de su pasado como fundador del estridentismo, según recuerda al copiar el siguiente fragmento de una entrevista:

> Una vez alguien me planteó el problema de mis aficiones de coleccionista: "¿A qué se debe que siendo usted en su juventud vanguardista, un enamorado de todo lo nuevo, lo original y hasta venidero, se halla hoy rodeado de muebles, alfombras y obras de arte del pasado?" De pronto me quedé cortado, lancé una mirada en torno mío, como buscando algo en qué apoyar mi argumento, y repliqué: "Me parece que el deseo de posesión de obras de arte no se contradice con mis ideales de juventud, porque estas cosas no son del pasado, poseen un valor perenne por su belleza. Al tenerlas cerca, renuevan el sentimiento y el vuelo creativo del artista, que las mantiene siempre en tránsito". Y mostrándole unas alfombras persas muy antiguas y bellísimas, así como la cabeza china, de la que antes hablé[165], le interrogué a mi vez: "¿No cree usted que es una obra auténticamente bella, y por lo mismo, imperecedera?"[166]

---

163 *Idem*.
164 *Ibid*., p. 274.
165 *Ibid*., p. 271.
166 *Ibid*., p. 278. Se refiere a una cabeza que compró y llevó al museo de Tokio para que comprobaran que se trataba de una representación de la bodhisattva Kwan Yi, del siglo VI.

Por casi medio siglo, Maples disfrutó su colección de tesoros artísticos. Pocos años después de su muerte (26 de junio de 1981), quizá atendiendo sus deseos, su viuda y el resto de la familia donaron al Museo Nacional de Arte (MUNAL) ejemplares del arte estridentista que también conservaba, además de varias de las obras que logró reunir, en 1985, 1992 y 2015, las que actualmente forman parte del acervo permanente del propio museo[167].

VI. LOS LIBROS SOBRE ARTE

Fueron varios los impresos que Maples escribió sobre el tema, sin mencionar las conferencias ya referidas. Solamente mencionaremos el libro más amplio que dedicó al arte mexicano, el que escribió como homenaje póstumo a Leopoldo Méndez y, parcialmente, el que dedicó a la cultura japonesa.

VI.1. Peregrinación por el arte de México (1951)

Sin pretender originalidad sino simple divulgación del arte de su país mientras trabajó como diplomático, según apunta al inicio de su libro, *Peregrinación por el Arte de México*, cuya primera y única edición, acompañada de algunas fotografías, apareció en Buenos Aires, se dedica, como anuncia su título, a peregrinar y apuntar brevemente las impresiones del autor sobre los lugares que considera de mayor interés artístico de su patria. Para prepararlo se valió del material empleado para las conferencias que dictó en las primeras cinco sedes diplomáticas donde prestó servicios, y de lo escrito en artículos para revistas de México y Argentina. De esta forma pensó ofrecer una especie de guía artística para "la mejor difusión de la cultura mexicana en el extranjero, estimulando así el interés y la simpatía hacia ignorados aspectos de México"[168].

La exposición, en 161 páginas, la distribuye en tres partes: arte precolombino, arte hispano-mexicano y arte moderno. A la obra la acompañan 32 fotografías, en blanco y negro, procedentes del Archivo de la Dirección de Monumentos Coloniales[169].

Salvo por algunos dislates, como que el pueblo más antiguo de México fueron los toltecas[170], la obra, desde el comienzo, cumple su cometido como libro de divulgación, destacando algunos aspectos de su *matria*. Sobre la pirámide de El Tajín, cerca de Papantla, apunta con orgullo y nostalgia: "Para mí que he vivido en su intimidad [de la civilización totonaca], está asociada a los sueños de mi infancia aromada de vainilla"[171].

---

167 Rashkin, *op. cit.*, p. 40; Museo Nacional de Arte, "Donación de la familia Maples Arce Vermeersch, 16 de marzo, 2016–11 de febrero, 2017¨. En línea: https://www.munal.mx/en/exposicion/donacion–de–la–familia–maples–arce–vermeersch. Consultado el 21–III–23.

168 Maples, *Peregrinación por el arte de México*, *cit.*, pp. 7-8.

169 *Idem*, p. 6.

170 *Ibid.*, p. 11.

171 *Ibid.*, p. 16.

Para Maples, la principal manifestación artística mesoamericana fue la escultura, "en la que se vinculaban al sentido de lo sobrenatural, una gran fuerza de imaginación y extraordinaria variedad de recursos técnicos"[172]. Sus principales cultores fueron mexicas o aztecas y mayas. De los primeros hace una elocuente descripción de la diosa Coatlicue:

> La más terrorífica escultura que haya concebido la mente humana es la gran Cuatlicue [*sic*], Diosa de la Tierra y de la Muerte, Madre de los Dioses. Esta monstruosa divinidad síntesis semianimal y semihumana, integra en una fuerte conjunción un mito de grandiosidad demoníaca.
>
> La siniestra testa está formada por dos cabezas de serpiente, de perfil, de filosos colmillos. El collar, de manos y corazones; la falda, de serpientes retorcidas, y los pies, en forma de garra, dan al conjunto un carácter de implacable fiereza[173].

Pero el arte escultórico alcanzó su mayor desarrollo entre los mayas. "La riqueza decorativa del arte maya es mayor que la del azteca; pero por su expresión e intensidad metafísica el arte azteca es superior al maya, aunque no lo sea por su técnica ni por la fineza de su dibujo"[174]. Tal vez este juicio proceda del historiador del arte británico Thomas Athol Joyce[175], autor de *Maya and Mexican Art* (1929), al que menciona más adelante en su libro[176]. Otros autores anglosajones que cita son Lord Kingsborough[177] y su *Antiquities of Mexico* (1831-1848)[178], ambiciosa obra en 9 volúmenes, cuyos últimos tomos aparecieron en forma póstuma; y a Sir Sacheverell Sitwell[179] y su *Spanish Baroque Art, with buildings in Portugal, Mexico, and other colonies* (1931)[180].

La sección dedicada al arte colonial la divide, al comienzo, de acuerdo con las tres primeras órdenes religiosas que llegaron a estas tierras, apuntando sus características generales y principales edificios. Luego dedica un capítulo a las expresiones artísticas que se pueden hallar en los alrededores de la capital, sobre todo arquitectónicas, aunque hace breves referencias a la pintura y la escultura que contienen las construcciones. En apretado resumen cuenta la historia de la construcción de la catedral, y anota

---

172 *Ibid*., p. 39.
173 *Ibid*., p. 24.
174 *Ibid*., p. 22.
175 Thomas Athol Joyce (1878-1942), antropólogo inglés, experto en antropología americana y africana del Museo Británico. Lideró expediciones para realizar excavaciones en las Honduras Británicas. Escribió artículos para la *Encyclopaedia Britannica* y presidió tanto el Royal Anthropological Institute (1931) como la sección de antropología de la British Association (1934).
176 Maples, *op. cit.*, p. 32.
177 Edward King, vizconde Kingsborough (1795-1837), anticuario y coleccionista irlandés, cuyos textos trataron de probar la teoría que los pueblos originarios de América era una de las tribus perdidas de Israel. Publicó facsímiles de varios documentos antiguos y se especializó en la civilización maya.
178 Maples, *op. cit.*, p. 33.
179 Sacheverell Reresby Sitwell (1897-1988), 6o. barón Sitwell, fue un polígrafo inglés. Entre sus libros de arte su interés principal se centró en la arquitectura barroca.
180 Maples, *op. cit.*, p. 83.

generalidades de otras edificaciones en sus cercanías[181]. Después lleva a cabo una reseña de las principales iglesias, conventos y colegios metropolitanos[182].

Le siguen capítulos dedicados a Tepozotlán, Cuernavaca, Tasco, Puebla, Tlaxcala, Oaxaca, Morelia, Guadalajara, Guanajuato, Celaya, Querétaro, San Luis Potosí y Zacatecas[183].

La descripción más larga la dedica a la ciudad de Puebla, que, según sus declaraciones, era una de sus favoritas:

> Siento por esta ciudad profunda simpatía y predilección. ¡Qué gozo pasear por sus plazas señoriales, abiertas, de un luminoso encanto, y largas y rectas avenidas en que resplandecen las fachadas de azulejos! ¡Qué arrobamiento penetrar a sus colegios, museos, templos y esplendorosas capillas o a sus patios de azulejerías, algunos tan bellos como los del Convento de Santa Mónica o el llamado patio de los Ejercicios que antiguamente perteneció a la Iglesia de la Concordia! ¡Qué deleite descansar en sus floridos cármenes —luz y sosiego— bajo enramadas de buganvilias oyendo el borbotear de una fuente, con el alma avasallada de misteriosa plenitud![184].

A Maples disgustaba aquella frase popular atribuida a María Ignacia Rodríguez de Velasco, mejor conocida como La Güera Rodríguez, "saliendo de México todo es Cuautitlán", pues no sólo le parecían palabras ridículas y "un proverbio falaz", sino una evidente contradicción, por "el hecho mismo de que en la iglesia de Cuautitlán se conservan cuatro soberbios cuadros del pintor flamenco Martín de Vos"[185].

La parte final de su *Peregrinación por el Arte de México* la dedica al arte moderno. Aquí sigue principalmente al historiador del arte francés Élie Faure[186], autor de una valiosa *Historia del Arte* (1919-1921) ilustrada en 5 volúmenes. En otros capítulos, se vale de la *Guía Oficial del Instituto Nacional de Antropología e Historia*[187]; de Gerardo Murillo (Dr. Atl) y su *Iglesias de México* (1927)[188]; también de *Edificios coloniales artísticos e históricos de la República Mexicana* (1939) de Jorge Enciso, Lauro E. Rosell

---

181 *Idem*, pp. 52-57.
182 *Ibid*., pp. 58-70.
183 *Ibid*., pp. 71-132.
184 *Ibid*., p. 93. El final de su poema "Tres ciudades", también lo dedica a "A Puebla": ¡Oh! Puebla de barroca arquitectura / a quien Mayo engalana de banderas, / tienes un don feliz de primaveras / que en mi memoria para siempre dura. / Los sones de campanas por la altura / van volando a morir entre las eras, / donde se alzan las cúpulas señeras / que aposentan la luz de tu hermosura. / Pasa el tiempo, con él también la vida, / el alma queda en soledad transida / y es tan solo rescoldo el sentimiento; / por eso al recordar mi juventud y amores, / a tus plantas, igual que un haz de flores, / pongo la estrofa de mi rendimiento". Las otras dos ciudades a las que dedica la composición son Veracruz y Guadalajara. Maples, *Las Semillas del Tiempo. Obra poética, 1919-1980*, *cit.*, pp. 146-147.
185 Maples, *Peregrinación por el Arte de México*, *cit*., p. 71 y n.1.
186 *Idem*, pp. 136-138.
187 *Ibid*., p. 48-49, por ejemplo.
188 *Ibid*., p. 113.

y Leopoldo Martínez Cosío[189], al igual que una guía de Carlos Mérida[190]. Pero al autor que más cita en estas páginas es el escritor y urbanista de Boston Sylvester Baxter[191] y su *Spanish-Colonial Architecture in Mexico* (1901)[192].

Las manifestaciones artísticas a las que hace alusión, al inicio, pertenecen al arte posrevolucionario: el muralismo, las misiones culturales, y las monografías sobre el arte prehispánico que informan acerca de las nuevas investigaciones y hallazgos arqueológicos[193]. Después, a temas que le eran familiares desde sus años mozos: las Escuelas de Pintura al Aire Libre, el arte y la artesanía popular y la Escuela de Pintura de Santa Anita[194].

Le siguen párrafos en los que expone generalidades sobre los artistas que considera más representativos del México de aquel entonces: Diego Rivera, José Clemente Orozco, David Alfaro Siqueiros, Ramón Alva de la Canal, Fermín Revueltas, Gabriel Fernández Ledesma, Francisco Díaz de León, Fernando Leal, Leopoldo Méndez, José Guadalupe Posada[195], y otros menores o que apenas comenzaban, a los que agrupa en tres páginas, como Dolores Vázquez Cueto y María Izquierdo[196]. Un hombre de mundo como Maples, no podía ignorar a los artistas extranjeros que hicieron obra importante en México, como Jean Charlot —que tanto colaboró con el movimiento estridentista—, Carlos Mérida, Pablo O'Higgins, Marion y Grace Greenwood, Tamiji Kitagawa y Gabriel García Maroto[197].

Termina dedicando dos páginas a la escultura y a los escultores contemporáneos nacionales y con unas apretadas conclusiones sobre el arte de aquella época[198].

VI.2. Leopoldo Méndez (1970)

Leopoldo Méndez (1902-1969) es menos conocido que otros artistas mexicanos del siglo XX, como varios conocedores apuntan, porque nunca le interesó buscar los re-

189 *Ibid*., p. 114.
190 El gran artista guatemalteco-mexicano, Carlos Mérida (1891-1984), cuya obra más famosa son los murales que realizó para el Centro Urbano Benito Juárez, es autor de más de una guía de arte contemporáneo: *Modern Mexican Artists* (1937), *Frescoes in Rodríguez Market* (1937) y *Frescoes in Primary Schools* (1943). Tal vez Maples se refiere a las tres.
191 Sylvester Baxter (1850-1927), periodista, urbanista y poeta estadounidense. Junto con Charles Eliot fue uno de los promotores del desarrollo del Sistema de Parques Metropolitanos del Gran Boston. Viajó a México entre 1920 y 1926 con el fin de reunir material para el libro mencionado. Las imágenes para el mismo, obra de Henry Greenwood Peabody, fueron donadas a Guillermo Tovar y de Teresa, las que, tras su muerte, llegaron al INAH.
192 Maples, *op. cit.*, pp. 72-74, 93, 107 y 118.
193 *Idem*, pp. 138-140.
194 *Ibid*., pp. 138-142.
195 *Ibid*., pp. 140-152.
196 *Ibid*., pp. 152-156.
197 *Ibid*., pp. 155-156.
198 *Ibid*., pp. 156-157.

flectores para sí. Es un ejemplo evidente de los creadores que preferían que sus trabajos hablaran por sí mismos. Por eso, es más fácil mencionar sus grabados más conocidos, como el que dedicó a José Guadalupe Posada, mostrándolo sentado en su taller mientras observa indignado, por una ventana, escenas de represión de las autoridades porfiristas contra el pueblo, al tiempo que, detrás de él, los hermanos Flores Magón trabajan imprimiendo sus conocidos diarios.

Méndez fue cofundador del Taller de la Gráfica Popular y miembro de la Liga de Escritores y Artistas Revolucionarios, dedicados a educar y promover, en forma colectiva, los ideales de la Revolución mexicana y los intereses de la clase trabajadora. Tomando en cuenta su activismo y los temas de su obra, se le considera el más auténtico sucesor de Posada[199]. En 1952, el Consejo Mundial de la Paz, en Viena, le concedió el Premio Internacional de la Paz[200].

En la monografía que dedicó Maples a su entrañable amigo, a un año de su deceso, habla de cómo se conocieron en la Academia de San Carlos o en sus alrededores, de sus conversaciones, anécdotas, intereses en común, especialmente el impulso que los movía en busca de "un arte que aventajara al que se mantenía por rutina y tradición"[201].

Recuerda la época en que Méndez trabajó para la revista *El Sembrador*, publicación quincenal de la Secretaría de Educación Pública, impresa entre abril y noviembre de 1929, dirigida a los campesinos, donde el arte de Méndez fue fundamental, pues "la gráfica aclara los textos muchas veces misteriosos"[202].

En 1939, la Fundación Guggenheim le concedió una beca para estudiar en Nueva York, donde, además de trabajar, se asoció con otros grupos obreros, pues siempre sostuvo la idea de que los artistas debían trabajar, con o sin retribución, para el pueblo[203]. Así lo explica Maples: "Si expone en sus dibujos y grabados el mundo como es, lo acompaña una idea o un sentimiento implícito de protesta, para que la impresión estimule los más profundos resortes morales y se sientan las orientaciones que deben regir a la nueva sociedad"[204].

Una de las características más salientes de la obra de Méndez es su peculiar recreación de imágenes del arte prehispánico, como la portada, previamente mencionada, del libro que Maples publicó en Londres, *Modern Mexican Art* (1947):

> La tradición visual de las antiguas civilizaciones de México suele reflejarse en algunas obras de Méndez con una comprensión justa, adaptada a las necesidades

199 "Leopoldo Méndez, 1902-1969", *Colección Blaisten*. En línea: https://museoblaisten.com/Artista/293/Leopoldo-Mendez. Consultado el 30-VII-24.
200 *Idem*.
201 Maples, *Leopoldo Méndez*, *cit.*, p. 9.
202 *Idem*, p. 15.
203 *Ibid*., p. 18; "Leopoldo Méndez, 1902-1969", *cit.*
204 Maples, *ibid*., p. 25.

> de un estilo moderno. Las sugerencias de un códice, por ejemplo, son aprovechadas eficazmente al recorrer un camino ancestral. El viandante atraviesa una selva iluminada por antiguas concepciones religiosas. En sus excursiones por el país encuentra Méndez el esplendor de las culturas arcaicas y las traspone junto con su paisaje y el fondo humano que le presentan[205].

Méndez colaboró también con una serie de diez estampas para acompañar los títulos de la película *Río Escondido* (1948) de Emilio "el Indio" Fernández[206].

Durante su embajada, Maples le envió a Méndez desde Japón varios grabados como regalo, que adquirió en talleres de Tokio, los cuales logró visitar, a pesar del sigilo con que suelen trabajar los artistas, gracias a la intervención de amigos en común. Ya de regreso en México, le mostró su colección de arte japonés y se deleitó anotando sus impresiones[207].

En 2015, el Museo del Estanquillo preparó la muestra retrospectiva más importante de Leopoldo Méndez, gracias a las 750 piezas que Pablo Méndez, hijo del artista, donó a Carlos Monsiváis y que ahora pertenecen al acervo del propio museo[208].

VI.3. Ensayos japoneses (1959)

Manuel Maples Arce, pensaba que, en su condición como primer embajador en Japón, se le llamaría algo así como Manuel *Momiyi*, la palabra local para el arce japonés, pero no fue así, sino Manuel *Mapuresu Aruse* de acuerdo con el sistema silábico de la Kana[209]. Sin duda alguna, después de la cultura de su lugar de origen, por la cantidad de tinta que le dedicó, puede decirse que la cultura japonesa dejó una impronta definitiva en su vida.

Asegura haber escrito sobre su experiencia en aquel país a petición de la cantidad de personas que le preguntaban sobre el tema. Primero dio una conferencia ante la Asociación Mexicana de Periodistas y después decidió escribir un libro[210]. También en sus memorias, dedicó un largo capítulo a su vida en Japón. Al hacerlo, dejó testimonio de la forma en que preparaba cada una de sus misiones diplomáticas, y el papel principal que le daba a la cultura:

> Mi deber de diplomático me ha obligado siempre a conocer la historia y la literatura del país a donde he llevado la representación de mi patria. Esto me indujo

---

205 *Ibid*., p. 19.
206 *Ibid*., p. 30.
207 *Ibid*, p. 36; Maples, *Mi vida por el mundo*, *cit*,, pp. 145-146.
208 Secretaría de Cultura, "Exhibe el Museo del Estanquillo la obra gráfica del artista plástico Leopoldo Méndez". En línea: https://www.gob.mx/cultura/prensa/exhibe-el-museo-del-estanquillo-la-obra-gráfica-del-artista-plastico-leopoldo-mendez. Consultado el 30-VII-24.
209 Maples Arce, Manuel, *Ensayos japoneses*, México, Editorial Cultura, 1959, pp. 33-34.
210 Maples, *Mi vida por el mundo*, *cit*., p. 196.

> a tomar contactos con quienes podían facilitarme estas tareas, y a leer los fundamentales sobre la vida y el arte japoneses. Era necesario discriminar entre la literatura ligera de apresurados viajeros y las obras que reflejan seriamente la realidad de aquel pueblo. Felizmente para mi comodidad, en la Biblioteca Nacional, que ocupa el palacio de Akasaka, hermoso edificio estilo francés, hay una colección de obras sobre el Japón en idiomas europeos. Fui muchas veces a consultar allí libros, y los que me interesaron más los busqué en las librerías de lance en el barrio de Kanda, donde se aglomera el comercio libreril, pues se trata de ediciones agotadas. De mi observación del ambiente, de mis viajes por ciudades y pueblos del antiguo Yamato, y de mis lecturas, saqué una visión estética y moral de aquella tierra y de aquel pueblo que expuse en mi libro *Ensayos japoneses* al dejar el extremo Oriente[211].

No quiso que sus *Ensayos japoneses* fueran un libro de viajes, porque, como explica desde las primeras páginas, él no se limitó a hacer turismo sino a vivir en Japón, principalmente en Tokio, y por eso quiso narrar "la experiencia de un residente que convivió con espíritu propicio las inquietudes y complejidades sicológicas de aquel pueblo y se deleitó en las creaciones de su cultura"[212]. Para evitar ofrecer un recuento de exotismos o de descripciones limitadas al punto de vista occidental, recuerda las lecturas e investigación arriba mencionadas, además, haber visitado escuelas, universidades, bibliotecas, museos e instituciones cívicas; y aceptar todas las invitaciones de japoneses, desde personalidades distinguidas hasta de simples particulares, para conocer los detalles de la vida cotidiana local. También logró entrar a talleres de cerámica, de estampas, y en las fábricas que producen artesanías en serie y que fabrican toda suerte de aparatos y maquinarias[213]. De este modo concluyó que en Japón "lo viejo y lo moderno, lo nacional y lo extranjero se enlazan continuamente y se manifiestan en el espíritu y en el ambiente"[214].

Un aspecto que destacó siempre entre los japoneses, fue su curiosidad, y a ello atribuye la existencia de gran cantidad de librerías con obras en las principales lenguas del orbe y también muchas foráneas traducidas a la lengua local. Llegó a enumerar hasta catorce autores españoles, en su mayoría de la Edad de Oro, cuyos libros podían leerse en japonés. También conoció y convivió con varios traductores e hispanistas en la isla[215].

En torno a sus interesantes reflexiones sobre el tema, solamente haremos una breve referencia, porque no todas se refieren al arte sino más bien a la cultura general, la sociedad y las experiencias de Maples al convivir con el pueblo japonés, y también porque reconozco el poco alcance de mi conocimiento sobre lo mismo.

---

211 *Idem*, p. 158.
212 Maples, *Ensayos japoneses*, *cit.*, p. 11.
213 *Idem*, p. 18.
214 *Ibid.*, p. 31.
215 *Ibid.*, p. 30.

Le dedica capítulos al teatro del Noh, a la poesía (*tanka* y *haiku*), señalando su trasfondo religioso budista y shintoista, Recuerda que el mexicano José Juan Tablada, luego de un viaje a Japón, trató de adaptar estas formas poéticas a nuestro idioma[216].

Entre los capítulos más amplios se encuentran los que dedica a la pintura y la estampa. El paisaje es un género pictórico chino y japonés con una historia que apareció casi un milenio antes de sus primeras manifestaciones en Europa. Una peculiaridad es que los autores no siempre se preocupaban por firmar con su nombre las obras[217]. Esto no significó obstáculo alguno para que Maples se explayara con deleite sobre el tema, pues los japoneses son, en sus palabras, una nación con gran afecto por el arte pictórico. "No exagero al asegurar que el Japón es uno de los países en que el gusto por la pintura está más extendido y en que el hombre busca como ideal filosófico y estético una síntesis visual"[218]. También adquirió un pequeño acervo de obras representativas del impresionismo japonés[219]. La estampa, formato pictórico más popular pero con el mismo trasfondo, pasó desde sus orígenes religiosos, siguiendo con paisajes y escenas de la vida cotidiana, hasta tarjetas de felicitación por el año nuevo[220]. Reconoce a Utagawa Hiroshigue como el artista más prolífico del paisajismo japonés y el introductor del llamado *japonismo* en la cultura occidental[221].

Luego dedica capítulos al arte del *cha* o ceremonia del té, a los templos y jardines de Kioto. Pero el recuerdo más perdurable de Japón para Maples, y al que dedica un capítulo especial como cierre de su libro, fue el de la estampa y el paisaje, al grado de afirmar: "No puedo recordar al Japón sin que me venga a la memoria una estampa o un paisaje"[222]. Y concluye expresando sus razones:

> Ascendiendo por las montañas, registrando con la mirada las aldeas esparcidas en las quebradas, paseando por las sendas florecidas de un cementerio, saliendo por las callejas de un pueblo para ver el litoral marino, he comprendido el amor que los pintores japoneses sienten hacia el paisaje, y sus impulsos de hacerlo perdurable por la magia del arte. He sentido como ellos, y como ellos atesoré visiones; y ahora, nostálgico de una etapa inolvidable de mi vida, vuelvo a gozar de los bellos paisajes gracias al infinito encanto de las estampas[223].

---

216 *Ibid*., p. 79. Como apunta Mendieta, "Su influencia, aunque transitoria, es indudable. Hubo un momento en la poesía actual de México en que Tablada impuso el *hai-kai*. Monterde, Romero, Gutiérrez Cruz, el abate Mendoza, Rafael Lozano, llenaron las revistas con sus pequeños poemas exóticos. Hoy parece que la moda ha pasado, pero perduran en ella —para bien de la poesía— el afán de un verso ceñido y justo". Mendieta Alatorre, Ángeles, *Tablada y la gran época de la transformación cultural*, México, Secretaría de Educación Pública, 1966, p. 9.

217 Maples, *op. cit*., pp. 85-87.

218 *Idem*, p. 99.

219 Maples, *Mi vida por el mundo*, *cit*., p. 146.

220 Maples, *Ensayos japoneses*, *cit*., pp. 103-115.

221 *Idem*, pp. 117-119.

222 *Ibid*., p. 175.

223 *Ibid*., p. 187.

Para concluir, aunque sea brevemente, podemos decir que Manuel Maples Arce, según hemos visto, además del estridentismo, fue un gran promotor y defensor del arte y la cultura mexicana. La vanguardia estridentista fue apenas su primer movimiento dentro de una estrategia cultural mucho más amplia en el tiempo y en la geografía, que le permitió llevar, por países de tres continentes, la cultura y el arte de México, en sus propias imágenes y en palabras de los expertos, sin distorsiones ni deformaciones interesadas. A fin de cuentas, tal vez el mejor recuerdo que podemos tener de él es el de un escritor y poeta, que fue, ante todo, uno de los grandes embajadores universales de la cultura nacional.

OBRAS DE REFERENCIA

Baciu, Stefan, *Estridentismo, estridentistas*, 2a ed., Veracruz, Cuadernos de Cultura Popular, Instituto Veracruzano de la Cultura, 2021.

Barrera Ardura, Pedro, "Relación de alumnos que han obtenido título de abogado en la Escuela Libre de Derecho, formulada por el Secretario General", en *idem*, p. 302.

Bonifaz Nuño, Rubén, "Estudio preliminar" a Maples Arce, Manuel, *Las semillas del tiempo. Obra poética 1919-1980*, Xalapa, Universidad Veracruzana, 2013, pp. 11-38.

Cantú Bolland, Carlos, "La Academia Nacional de San Carlos", *AAPAUNAM. Academia, Ciencia y Cultura*, edición especial: Los edificios históricos de la UNAM, enero, 2015, pp. 36-41.

Cruz, Itai, "Un poco de historia: El cabaret", *Cartelera de Teatro*, 13 de agosto de 2015. En línea: https://carteleradeteatro.mx/2015/un-poco-de-historia-el-cabaret/.

Da Costa Meyer, Esther, "Drawn into the future: Urban visions by Mario Chiattone and Antonio Sant'Elia", Greene, Vivien (ed.), *Italian Futurism, 1909-1944*, Nueva York, Solomon R. Guggenheim Foundation, 2014, pp. 140-155.

Díaz Maldonado, Yessica, *Imágenes y nacionalismo. Las litografías de* México a través de los siglos, tesis para obtener el grado de licenciado en Historia, Universidad Autónoma de Querétaro, 2014. En línea: https://ri-ng.uaq.mx/bitstream/123456789/6718/1/RI000710.pdf.

Fernández Delgado, Miguel Ángel, "La Escuela Libre de Derecho y el Congreso Constituyente de 1916-1917: Aportaciones de un maestro, un alumno fundador y otro que casi lo fue", *Pandecta. Revista de los Alumnos de la Escuela Libre de Derecho*, primavera 2017, pp. 130-135.

—, "Gustavo R. Velasco y la defensa del patrimonio cultural nacional de dominio público y privado", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 47, no. 47, 2023, pp. 185-222.

Gallo, Rubén, *Mexican Modernity. The Avant-Garde and the technological revolution*, Cambridge, Massachusetts, Londres, The MIT Press, 2010.

Gantús, Fausta, "Cómo México quiso mejorar su imagen en el extranjero en 1929", *Letras Libres*, 1 de julio, 2023. En línea: https://letraslibres.com/revista/fausta-gantus-como-mexico-quiso-mejorar-su-imagen-en-el-extranjero-en-1929/01/07/2023/.

"Leopoldo Méndez, 1902-1969", *Colección Blaisten*. En línea: https://museoblaisten.com/Artista/293/Leopoldo-Mendez.

López Hernández, Pedro, "El Tokyo National Museum se alista para presentar 'México Antiguo' (Ancient Mexico)", *Mexicanísimo*, 13 de enero, 2023. En línea: https://www.mexicanisimo.com.mx/2023/01/el-tokyo-national-museum-%E6%9D%B1%E4%BA%AC%E5%9B%BD%E7%AB%8B%E5%8D%9A%E7%89%A9%E9%A4%A8-se-alista-para-presentar-mexico-antiguo-ancient-mexico/.

Maples Arce, Manuel, *A la orilla de este río. Memorias I*, Xalapa, Universidad Veracruzana, 2010.

—, *Soberana juventud. Memorias II*, Xalapa, Universidad Veracruzana, 2010.

—, *Mi vida por el mundo. Memorias III*, 2ª ed., Xalapa, Universidad Veracruzana, 2010.

—, *Ensayos japoneses*, México, Editorial Cultura, 1959.

—, *La cuestión agraria*, tesis que para su examen profesional de abogado presenta el alumno..., México, Escuela Libre de Derecho,1925.

—, *Leopoldo Méndez*, México, Fondo de Cultura Económica, 1970.

—, *El paisaje en la literatura mexicana*, México, Librería de Porrúa Hnos. y Cía., 1944.

—, *Peregrinación por el Arte de México*, Buenos Aires, Imprenta López, 1951.

—, *Las semillas del tiempo. Obra poética 1919-1980*, Xalapa, Universidad Veracruzana, 2013.

Mata, Rodolfo, "Prólogo" a Manuel Maples Arce, *A la orilla de este río. Memorias I*, Xalapa, Universidad Veracruzana, 2010, pp. 7-21.

Mendieta Alatorre, Ángeles, *Tablada y la gran época de la transformación cultural*, México, Secretaría de Educación Pública, 1966.

Monahan, Kenneth C., "Preludio al estridentismo", *Estridentismo vuelto a visitar*, 2a ed., Veracruz, Cuadernos de Cultura Popular, Instituto Veracruzano de la Cultura, 2021, pp. 9-25.

Museo Nacional de Arte, "Donación de la familia Maples Arce Vermeersch, 16 de marzo, 2016-11 de febrero, 2017". En línea: https://www.munal.mx/es/exposicion/donacion-de-la-familia.maples-arce-vermeersch. Consultado el 11-IV-24.

Prado Núñez, Ricardo, "Introducción", *AAPAUNAM. Academia, Ciencia y Cultura*, edición especial: Los edificios históricos de la UNAM, enero, 2015, pp. 6-7.

Rashkin, Elissa J., *La aventura estridentista. Historia cultural de una vanguardia*, México, Fondo de Cultura Económica, Universidad Veracruzana, Universidad Autónoma Metropolitana, 2014.

Schneider, Luis Mario, *El estridentismo o una literatura de la estrategia*, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 1997.

Secretaría de Cultura, "Exhibe el Museo del Estanquillo la obra gráfica del artista plástico Leopoldo Méndez". En línea: https://www.gob.mx/cultura/prensa/exhibe-el-museo-del-estanquillo-la-obra-gráfica-del-artista-plastico-leopoldo-mendez.

Shenton, Caroline, *National Treasures. Saving the nation's art in World War II*, Londres, John Murray, 2022.

Velasco, Gustavo R., "En defensa del tesoro artístico de México", *Artes de México*, año xxi, nos. 179-180, 1960, pp. 4-6.

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.

CAMBIOS EN LA CONTRATACIÓN DE SEGUROS DE VIDA CON LA APLICACIÓN DE SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL, BAJO LA PERSPECTIVA DEL REGLAMENTO EUROPEO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL.

Montserrat García Sánchez*

RESUMEN: En este artículo se conocerán los cambios que existen en los modelos de contratación tradicional de seguros de vida, con la utilización de sistemas de Inteligencia Artificial bajo la perspectiva del Reglamento Europeo; se analizará si elementos como el riesgo asegurado, el deber de información del tomador del seguro y la máxima Buena Fe entre las partes se beneficiarían o, por el contrario, perderían fuerza con el avance tecnológico.

Palabras clavE: Seguros de vida, inteligencia artificial, algoritmos, datos personales.

ABSTRACT: This article will explore the changes occurring in traditional life insurance contracting underwriting with the use of Artificial Intelligence systems, from the European Artificial Intelligence Act´s perspective. It will analyze whether elements such as the insured risk, the policyholder's duty of information, and the principle of good faith between the parties would benefit from or, on the contrary, lose strength with technological advancement.

Keywords: Life insurance, artificial intelligence, algorithms, personal data.

SUMARIO: I. PRINCIPIOS RECTORES DEL CONTRATO DE SEGURO DE VID. 1.1. Deber de información y la importancia del cuestionario. 1.2. Máxima Buena Fe en el contrato de seguro. 1.3. El Riesgo. II. REGULACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA CONTRATACIÓN DE SEGUROS DE PERSONAS EN LA UNIÓN EUROPEA. 2.1. Regulación de la Inteligencia Artificial en la Unión Europea. 2.2. Sistemas de IA de Alto Riesgo y los Seguros de Vida. 2.3. Breve comentario sobre los Datos y el Algoritmo en la utilización de los sistemas de IA que valoran el riesgo y fijan el precio de las primas en los Contratos de Seguro de Vida. III. CAMBIOS EN

* Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Querétaro. Maestra en Derecho Privado Patrimonial por la Universidad de Salamanca. Abogada litigante en Derecho Financiero, Civil y Mercantil en Zavala Abogados S.C. Contacto: mongarc@zavala-abogados.com

Este artículo es un extracto de la tesis de defensa para la aprobación del Máster en Derecho Privado Patrimonial de la Universidad de Salamanca, España. El análisis sobre la Inteligencia Artificial (IA) en el contrato de seguro de vida se llevó a cabo principalmente bajo el marco de la legislación europea y española, con algunas referencias de Derecho Comparado. No obstante, se considera que el estudio y las conclusiones son plenamente aplicables al sistema asegurador mexicano, especialmente considerando que en México operan aseguradoras transnacionales y los métodos de evaluación de riesgos y fijación de primas son prácticamente universales. Existe un vasto campo para el desarrollo legislativo en México, a fin de regular el uso de la IA y proteger los derechos fundamentales de quienes contratan o desean contratar un seguro de vida. Asimismo, es fundamental establecer parámetros, manuales y normativas para que las compañías aseguradoras utilicen la IA de manera que se salvaguarden tanto sus derechos como, por supuesto, los de los usuarios de estos servicios.

LA CONTRATACIÓN DE SEGUROS DE VIDA CON LA APLICACIÓN DE SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL. 3.1. Beneficios de la aplicación de sistemas de IA en los contratos de seguro de vida. 3.2. Inconvenientes de la aplicación de sistemas de IA en los contratos de seguro de vida. CONCLUSIONES.

ABREVIATURAS

AIA Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Reglamento de Inteligencia Artificial).

IA Inteligencia Artificial.

LCS Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

RGPDP Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

UE Unión Europea.

I. PRINCIPIOS RECTORES DEL CONTRATO DE SEGURO DE VID.

Guardiola Lozano[1], describe al seguro como la evolución de la solidaridad social, cuya razón de ser es la previsión y protección grupal ante posibles infortunios; enfatiza que, gracias a su principio de mutualidad, — entendido éste como "*una forma colectiva de organización social para conseguir, en común, fines que no se pueden lograr individualmente*"[2]—, la institución aseguradora otorga la seguridad que el ser humano demanda, desempeñando un importante papel en el desarrollo social y económico contemporáneo.

En España, la Ley de Contrato de Seguro (en adelante, LCS)[3], regula dos bloques principales de seguros: contra daños —establecidos en el Título II— y los seguros de personas. Estos últimos, amparados en el Título III, tanto en su disposición general, como la regulación especial dedicada a los seguros sobre la vida, son el objeto del presente estudio.

El artículo primero de la ley en cuestión, dispone que el contrato de seguro [de personas] es "*aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura […] a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas*".

1 GUARDIOLA LOZANO, A., "El servicio a la sociedad, permanente razón de ser del seguro privado", *Revista Española de Seguros*, 2005/2, núm. 122, pp. 183–214.

2 SOLÁ I GUSSINYER, P., "El mutualismo y su función social: sinopsis histórica", *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 2003, número 44, p. 177.

3 Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

Existe una notoria distinción entre los seguros contra daños y los de personas. Los primeros, tienen una naturaleza indemnizatoria, conforme con el daño producido al objeto de cobertura del seguro. En este tipo de seguros, se busca resarcir un daño ocasionado; sin embargo, en el seguro de personas se pretende satisfacer un capital, una renta o cualquier prestación convenida por las partes.

El seguro de vida es el primer tipo de seguros de personas que regula la LCS. La empresa aseguradora se obliga, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato, a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas, una vez fallecido el asegurado, o bien, ante su supervivencia.

Uría González destaca que *"En los seguros de vida el riesgo no consiste solamente en la incertidumbre del evento, sino que es esencial además que pueda producir un perjuicio al asegurado, […] la presencia de un interés sobre la propia vida o sobre la vida de un tercero"*[4]. Así, el interés asegurable es la vida misma, ya sea del tomador o del asegurado.

Para el presente estudio, resulta relevante el tercer párrafo del artículo ochenta y tres de la LCS que establece: *"[…] la prestación convenida en la póliza ha sido determinada por el asegurador mediante la utilización de criterios y bases de técnica actuarial"*[5]. Esta utilización de criterios y bases técnicas son las que se podrán ver influenciadas con la aplicación de sistemas de inteligencia artificial, como se verá más adelante.

1.1. Deber de información y la importancia del cuestionario

La obligación de informar es un deber del tomador del seguro, *ex ante* a la celebración del contrato. El deber consiste en hacer del conocimiento de la entidad aseguradora todas aquellas circunstancias que puedan influir en la celebración del contrato o en la estimación de los riesgos amparados; se busca que la aseguradora pueda evaluar las condiciones concretas del tomador y realizar los cálculos actuariales para el costo de la prima.

El artículo 10 de la LCS, instituye la obligación precontractual del posible tomador, para declarar todas las circunstancias por él conocidas, con un criterio delimitador: el cuestionario al que lo someta la empresa aseguradora. Es decir, de acuerdo con el cuestionario que se le proporcione, el futuro tomador o asegurado —si son distintas personas físicas— deben responder con exactitud, veracidad y sin que medie dolo o culpa grave; de lo contrario el asegurador quedará liberado del pago de la prestación.

---

4 URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y OTROS, *Curso de Derecho Mercantil*. vol. II, *La contratación mercantil, derecho de los valores, derecho concursal, derecho de la navegación*, primera edición, Civitas, Madrid, 2001, p. 578.

5 Modificado conforme a lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero.

Existen particularidades contempladas por la ley en beneficio de los asegurados, como el derecho al olvido oncológico, en el cual el tomador no está obligado a declarar si padeció cáncer una vez transcurrido el plazo de cinco años desde la finalización de su tratamiento sin recaída posterior; añadiéndose el último párrafo del artículo diez como transposición a la Directiva de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, conforme a lo dispuesto por el artículo 209 del Real Decreto-ley 5/2023[6].

En ese mismo sentido, la disposición adicional quinta de la LCS, garantiza la no discriminación del asegurado por razón de VIH/SIDA y otras condiciones de salud; prohíbe la denegación de acceso a la contratación, la utilización de procedimientos diferentes a los habituales o la imposición de condiciones más onerosas.

Sin embargo, existe un "candado" al derecho del asegurado, la salvedad en favor de la entidad aseguradora a que estas diferencias en la contratación "*se encuentren fundadas en causas justificadas, proporcionadas y razonables, que se hallen documentadas previa y objetivamente*[7]*"*. Cabe resaltar que el ordenamiento jurídico omite definir qué se entiende por causas justificadas y cuáles son los elementos objetivos para que sean consideradas proporcionadas y razonables, siendo cuestionable la redacción de esta disposición.

Asimismo, la modificación al artículo 11.2 de la LCS, conforme a la disposición final primera de la Ley 20/2015, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, establece que, en los seguros de personas, el tomador o asegurado, según corresponda, no tiene obligación de comunicar la variación del estado de salud del asegurado, ya que en ningún caso se considerarán agravación del riesgo.

Es destacable que los párrafos anteriores son circunstancias únicas en su género, existiendo una fuerte obligación precontractual del tomador para declarar los hechos o circunstancias necesarias para que el asegurador evalúe el riesgo, y así determine si es su deseo contratar y las condiciones de la póliza.

Así, existe un deber bilateral de las partes: primero de la aseguradora, que deberá formular un cuestionario completo, claro y preciso, como se verá más adelante, y por el otro, del posible tomador, quien debe informar cualquier factor del que tenga co-

---

6 Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea. Para conocer la exposición de motivos véase: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2023-15135 (con último acceso el 18 de mayo de 2024).

7 Disposición adicional quinta, apartado 1. de la LCS.

nocimiento, respondiendo con veracidad el cuestionario al que es sometido. La jurista Muñoz Paredes, al respecto considera:

> *"En cambio, a la aseguradora en el plano de la información que ha de dar al solicitante del seguro en correspondencia con su deber de declarar el riesgo, sólo le exige en el artículo 3 que las condiciones del contrato se redacten en forma clara y precisa, que no introduzca cláusulas lesivas y que destaque las limitativas de los derechos de los asegurados […] Y es llamativa esta postura de la Ley, porque no se da aquí una asimetría informativa unilateral, sino bilateral. En efecto, la aseguradora no conoce el riesgo concreto del asegurado, pero sí la técnica del seguro y el asegurado se encuentra justo en la situación inversa, esto es, conoce su riesgo, pero es lego en la técnica aseguradora; sin embargo, la Ley da más relevancia al déficit de información sobre el riesgo que tiene la aseguradora que a la falta de conocimiento de la técnica del seguro que sufre el tomador o asegurado"*[8].

La autora plantea la existencia de una asimetría bilateral de la información en la contratación tradicional de los seguros, entiéndase en el caso concreto de seguros de vida. En el que el tomador conocerá sus riesgos —atendiendo a sus circunstancias personales, edad, estilo de vida, etc.—, desconociendo la técnica actuarial, sin poder en la negociación, adhiriéndose al contrato y a sus condiciones generales. Por su parte, el ente asegurador desconoce las particularidades del caso, pero conoce su mercado y los resultados que se generarían con la inexactitud del tomador o asegurado.

La legislación española ha buscado proteger a ambas partes para garantizar el deber de información. En principio, se obliga a las aseguradoras a cumplir con un cuestionario claro y preciso; exonerando al tomador de dicho deber para el caso de no ser sometido al cuestionario o siéndolo, existan circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo, pero no estén comprendidas en el mismo (artículo 10 LCS).

Por su parte, una vez conocido el riesgo, en los términos declarados por el tomador/asegurado al responder el cuestionario al que fue sometido, se permite a la compañía aseguradora analizar si es su deseo contratar y en qué términos, así como la cuantificación de la prima que debe pagar el solicitante y futuro tomador del seguro.

En ese sentido, la omisión en la información trae como aparejada consecuencia la rescisión del contrato, perjudicando al tomador, quien no verá cubierta la prestación a pesar del siniestro; y por el otro, la falta de información técnica sobre las condiciones particulares del seguro, perjudican al tomador en su carácter de consumidor y causan la nulidad de las cláusulas sobre las que no tenía conocimiento[9].

---

8 MUÑOZ PAREDES, M. L., "EL <Big Data> y la transformación del Contrato de Seguro", en VEIGA COPO, A. B., & MARTÍNEZ MUÑOZ, M., *Dimensiones y desafíos del seguro de responsabilidad civil,* Civitas, Navarra, 2021, p. 1021.

9 Segundo párrafo del artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Resulta destacable una reciente sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo[10], en la que analizó otros precedentes jurisprudenciales sobre el deber de información y las características del cuestionario; señala el Tribunal que existe un deber de respuesta del tomador/asegurado a las preguntas que se le formulen en el cuestionario, que deben permitir a la aseguradora identificar el riesgo y valorarlo correctamente.

Es decir, sólo si la compañía aseguradora requirió expresamente la información al contratante en el cuestionario, y el tomador, sin tener un mínimo de diligencia omitió o declaró con inexactitud el dato solicitado, se entiende que el contratante incumplió con su deber de información.

Queda evidenciada la importancia del cuestionario como medio objetivo para que el futuro tomador cumpla con el deber de información a su cargo, previo a la celebración del contrato de seguro de vida y con el que la aseguradora conocerá los alcances del riesgo declarado y podrá valorar el precio de la prima.

1.2. Máxima Buena Fe en el contrato de seguro

Todo contrato debe celebrarse de buena fe. Este principio es tan relevante que, de hecho, la legislación, jurisprudencia y doctrina regulan los actos jurídicos bajo este principio rector. Estimar lo contrario sería perjudicial para la sociedad e incongruente con el orden jurídico.

Sin embargo, atendiendo al origen del contrato de seguro, éste implica un deber de información y diligencia mayor. Si nació como una expresión de la solidaridad y mutualidad entre las partes para solventar económicamente a quien le ocurriera un siniestro y evitar la pérdida total de su patrimonio, se entiende que todos debían actuar con la máxima buena fe. Por ello, este principio está presente desde los actos precontractuales, durante el contrato y una vez ocurrido el siniestro.

Para el jurista Veiga Copo, la buena fe es bidireccional. Al analizar la jurisprudencia de los últimos años, llegó a concluir que: "*Buena fe que erradica o tratará de erradicar actitudes y declaraciones no colaborativas por parte del asegurado o tomador. Pero también actuaciones desleales por parte del asegurador si ulteriormente a la fase perfectiva modifica ciertas condiciones o elementos esenciales del riesgo contractual*[11]"[12].

Se puede señalar entonces que, si bien la buena fe es un principio universal a los actos jurídicos, el origen y naturaleza del seguro, así como la incertidumbre sobre la generación del riesgo, hace necesario maximizar este principio, incluso antes de celebrar el contrato.

---

10 STS (Sala Civil) Sentencia núm. 687/2024 de 14 mayo. JUR 2024\145046.

11 VEIGA COPO, A.B., *Tratado del contrato de seguro, Tomo I*., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2023, pp. 472–473.

12

Así, la obligación de actuar con máxima buena fe implica, de un lado, el deber de declaración del riesgo por parte del tomador, haciendo del conocimiento de la aseguradora toda la información con la que se pueda valorar el riesgo —limitado a las preguntas del cuestionario— y, de otro lado, la obligación del asegurador de actuar con probidad y no modificar las cláusulas convenidas o las condiciones generales.

1.3. El Riesgo

El riesgo es el elemento *sine qua non* para la existencia del contrato de seguro. Su importancia no es sólo doctrinal, ya que el propio artículo cuarto de la LCS establece que el contrato de seguro será nulo si en el momento de su conclusión no existía el riesgo o ya había ocurrido el siniestro. Lo anterior implica que el riesgo siempre debe mantenerse vigente.

Ahora bien, adecuando el concepto del jurista con relación a las características del contrato de seguro de vida, se puede concluir que el riesgo intrínseco en este tipo de contratos es la vida del asegurado. No existe mayor delimitación del riesgo que la cuantificación de la vida del asegurado, su deceso para los seguros en caso de muerte, o la llegada de la fecha pactada para la entrega del capital asegurado, en caso de supervivencia.

Así, el riesgo es y será el eje del contrato de seguro. No existe seguro sin riesgo, no existe indemnización sin siniestro. Ahora, desde la perspectiva de la compañía aseguradora, ésta tiene la obligación, como ente financiero de conocerlo y delimitarlo. Factores como la edad, la población a la que pertenece el tomador, sus antecedentes genéticos e historial médico, influyen sobre la valoración del riesgo en cada caso concreto.

A todo lo anterior, se suma la tecnología a la que actualmente la mayoría de la población tiene acceso. La sociedad está prácticamente conectada de forma virtual, generando necesidades de consumo a raíz de nuestros gustos e intereses, alimentamos algoritmos, etc. Actualmente las compañías aseguradoras tienen mayor acceso al público, pueden segmentarlo según edades, ideologías, grupos económicos, religión, etc.; permitiendo acercarse a cada mercado de una forma más eficiente[13]. Esto demuestra que hoy, más que nunca, es necesario mantener la concepción del riesgo como eje rector del contrato de seguro, y cuestionarnos qué tipo de información se proporciona y cómo es ésta evaluada.

Por esa circunstancia es que el Reglamento de Inteligencia Artificial, clasificó de Alto Riesgo a los Sistemas de Inteligencia Artificial destinados a ser utilizados para la eva-

13 Sobre este tema, véase MUÑOZ PAREDES, M. L., "EL <Big Data> y la transformación ...Op. Cit., p. 1025, quien considera que existe una tendencia a controlar el riesgo, especialmente en los seguros con monitorización o a través de dispositivos (internet de las cosas).

luación de riesgos y la fijación de precios en relación con las personas físicas en el caso de los seguros de vida y salud[14].

II. REGULACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA CONTRATACIÓN DE SEGUROS DE PERSONAS EN LA UNIÓN EUROPEA

Para conocer los antecedentes mediatos del AIA, se debe atender al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, también conocido como Convención Europea de Derechos Humanos, firmada en 1950, dos años después de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Es relevante la aprobación de la Convención. Morenilla Rodríguez señala como antecedentes que "*la protección internacional por los derechos humanos se planteó desde premisas distintas por la homogeneidad de las situaciones sociopolíticas y económicas de los Estados que la integraban y por una común aspiración de concordia y de paz*"[15].

Posteriormente y después de la aprobación de diversos Tratados, en diciembre del año dos mil, se promulgó la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, documento por el cual se recopilan los derechos humanos reconocidos en aquel momento.

Han pasado más de veinte años desde la promulgación de la Carta y es evidente que la sociedad, el desarrollo comercial, económico y tecnológico han cambiado: la creación de redes sociales, el desarrollo de tecnologías digitales emergentes, el uso de criptomonedas, así como el avance de la inteligencia artificial, proporcionan vías para acceder a más información (en términos cuantitativos y cualitativos); por lo cual, en el año dos mil diecinueve se publicó el texto denominado "*Directrices Éticas para una IA Fiable*" elaborado por el Grupo Independiente de Expertos de IA de la Comisión Europea, así como la publicación del *Libro Blanco sobre la Inteligencia Artificial – un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*.

En las Directrices Éticas, el comité de expertos destacó que, para que la IA sea fiable, son necesarios tres componentes fundamentales: (i) la licitud, garantizando las leyes y reglamentos aplicables; (ii) la ética, para asegurar el cumplimiento de los valores de la comunidad y (iii) tener estructura robusta, desde el enfoque técnico hasta el social. Estos elementos deben actuar en armonía y de forma simultánea. Para cumplir con lo anterior, los expertos describen siete líneas de actuación que debe seguir la Unión Europea: "acción y supervisión humanas", "solidez y seguridad técnicas", "gestión de la

14 Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Reglamento de Inteligencia Artificial). (En adelante AIA por sus siglas en inglés).

15 MORENILLA RODRÍGUEZ, J.M., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, ámbito, órganos y procedimientos*, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1985, pp. 13–14.

privacidad y de los datos", "transparencia", "diversidad, no discriminación y equidad", "bienestar social y medioambiental" y, "rendición de cuentas".

Por su parte en el Libro Blanco, el Consejo destaca que el uso de la IA conlleva posibles riesgos como la opacidad en la toma de decisiones, la violación a la protección de datos personales, discriminación, y violación a la seguridad cibernética. Su publicación tuvo un "*doble objetivo de promover la adopción de la inteligencia artificial y de abordar los riesgos vinculados a determinados usos de esta nueva tecnología*"[16].

Tanto ha sido el avance de la era digital, que recientemente el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión Europea, proclamaron la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital[17], fundamentando su aprobación en el respeto a la dignidad, libertad e igualdad de los seres humanos, con el que se busca una mejor calidad de vida y sostenibilidad. Nuevamente, en su capítulo primero, centra a las personas como el núcleo de la transformación digital de la Unión Europea, ponderando el uso de la tecnología al servicio de las personas.

De los textos a los que se ha hecho referencia en los párrafos que anteceden, existe un denominador común: *reconocer al ser humano como el eje rector del desarrollo social*. La AIA es el resultado de múltiples cambios sociales y tecnológicos que han sucedido en las décadas recientes, por ello la *trascendencia de su carácter antropocéntrico*.

2.1. Regulación de la Inteligencia Artificial en la Unión Europea

El Reglamento de Inteligencia Artificial tiene como objetivo garantizar el desarrollo e ingreso al mercado de los sistemas de IA en Europa, respetando los derechos consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales, así como en atención al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Es lógico que, en el orden histórico y evolutivo de los derechos fundamentales, el primer considerando de la AIA sea la introducción en el mercado europeo de la IA, basada en una libre circulación transfronteriza, con el objetivo de promover la adopción de sistemas de IA centrados en el ser humano, garantizando un elevado nivel de protección de la salud, la seguridad y los derechos fundamentales.

Lo anterior tiene relación con el considerando tercero de la AIA, en el que se justifica la necesidad de regulación comunitaria en materia de IA. Pues, de lo contrario, las normas nacionales divergentes podrían dar lugar a una fragmentación del mercado interior y a una reducción de la seguridad de los sistemas, permitiendo una mayor vulnerabilidad del ser humano.

---

16 COMISIÓN EUROPEA, *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial – un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza,* COM (2020) 65 final, Bruselas, 19 de febrero de 2020, p. 1.

17 Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el veintitrés de enero de dos mil veintitrés.

Así, se puede señalar que el objeto del antropocentrismo en el marco de la regulación de la IA es entrelazar los valores humanos y las necesidades técnicas para la creación de sistemas innovadores como lo es la IA.

En ese sentido, el cuarto considerando define a la IA como un *"conjunto de tecnologías en rápida evolución que contribuye a generar beneficios económicos, medioambientales y sociales muy diversos en todos los sectores económicos y las actividades sociales […] el uso de la IA puede proporcionar ventajas competitivas esenciales […] al mejorar la predicción, optimizar las operaciones y la asignación de los recursos*[18]*."*

Sin embargo, inmediatamente en el considerando quinto destacó que, "*dependiendo de las circunstancias relativas a su aplicación, utilización y nivel de desarrollo tecnológico concretos, la IA puede generar riesgos y menoscabar los intereses públicos y derechos fundamentales.*"

Los considerandos antes analizados pueden interpretarse en el sentido que, tanto el Parlamento como el Consejo Europeo, son conscientes de los beneficios y riesgos que implica el uso de sistemas de IA, si bien valorando sus ventajas competitivas para la predicción de resultados en favor del medio ambiente y sectores sociales y económicos diversos, también reconocen que su utilización puede menoscabar los derechos fundamentales de las personas físicas.

Una vez definido el concepto de sistemas de IA, el Reglamento clasifica los distintos tipos de IA en función del riesgo. Aquellos sistemas que presenten un *riesgo limitado* estarán sujetos a determinadas obligaciones de transparencia; los de *alto riesgo* deberán cumplir con una serie de requisitos y obligaciones para acceder al mercado de la Unión; los sistemas que entrañen *riesgos inaceptables* (por ejemplo, los diseñados para la manipulación cognitiva conductual o para otorgar una puntuación ciudadana), estarán prohibidos en la UE. La propuesta también incluye aquellos modelos de IA de *uso general.* Estos también estarán sujetos al cumplimiento de determinados requisitos, relacionados con la transparencia, pero los que entrañen riesgos sistémicos (por ejemplo, cualquier efecto negativo real o razonablemente previsible en relación

18 Sobre los «Sistemas de IA», se destacan los argumentos del considerando (12): "*Una característica principal de los sistemas de IA es su capacidad de inferencia. Esta capacidad de inferencia se refiere al proceso de obtención de información de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que puede influir en entornos físicos y virtuales, y a la capacidad de los sistemas de IA para deducir modelos o algoritmos a partir de información de entrada o datos. Las técnicas que permiten la inferencia al construir un sistema de IA incluyen estrategias de aprendizaje automático que aprenden de los datos cómo alcanzar determinados objetivos y estrategias basadas en la lógica y el conocimiento que infieren a partir de conocimientos codificados o de una representación simbólica de la tarea que debe resolverse. La capacidad de inferencia de un sistema de IA trasciende el tratamiento básico de datos y permite el aprendizaje, el razonamiento o la modelización. … Los sistemas de IA están diseñados para funcionar con distintos niveles de autonomía, lo que significa que pueden actuar con cierto grado de independencia con respecto a la actuación humana y tienen ciertas capacidades para funcionar sin intervención humana." (El subrayado es propio).*

con accidentes graves, perturbaciones de sectores críticos y consecuencias graves para la salud y la seguridad públicas, la difusión de contenidos ilícitos, falsos o discriminatorios, etc.), deberán cumplir normas más estrictas. Sobre los segundos centraremos nuestra atención, al ser objeto del presente trabajo.

2.2. Sistemas de IA de Alto Riesgo y los Seguros de Vida

La AIA en su Capítulo III, específicamente en el artículo 6 «Reglas de clasificación de los sistemas de IA de alto riesgo», regula las condiciones que ha de reunir un sistema de IA para considerarse de alto riesgo[19].

Al remitirse el apartado 2 del artículo 6 al Anexo III de la AIA, su numeral quinto inciso c), clasifica de Alto Riesgo a los "***Sistemas de IA destinados a ser utilizados para la evaluación de riesgos y la fijación de precios en relación con las personas físicas en el caso de los seguros de vida y salud.***" Esta cuestión atañe directamente al objeto de estudio.

---

19 Según lo dispuesto en el citado precepto, apartado 1: "*Con independencia de si se ha introducido en el mercado o se ha puesto en servicio sin estar integrado en los productos que se mencionan en las letras a) y b), un sistema de IA se considerará de alto riesgo cuando reúna las dos condiciones que se indican a continuación:*
a) que el sistema de IA esté destinado a ser utilizado como componente de seguridad de un producto que entre en el ámbito de aplicación de los actos legislativos de armonización de la Unión enumerados en el anexo I, o que el propio sistema de IA sea uno de dichos productos; y
b) que el producto del que el sistema de IA sea componente de seguridad con arreglo a la letra a), o el propio sistema de IA como producto, deba someterse a una evaluación de la conformidad realizada por un organismo independiente para su introducción en el mercado o puesta en servicio con arreglo a los actos legislativos de armonización de la Unión enumerados en el anexo I". Según establece el apartado 2, del artículo 6: "*Además de los sistemas de IA de alto riesgo a que se refiere el apartado 1, también se considerarán de alto riesgo los sistemas de IA contemplados en el anexo III*". Por su parte, el apartado 3, del mencionado artículo, establece lo siguiente: "*No obstante lo dispuesto en el apartado 2, un sistema de IA no se considerará de alto riesgo si no plantea un riesgo importante de causar un perjuicio a la salud, la seguridad o los derechos fundamentales de las personas físicas, en particular al no influir sustancialmente en el resultado de la toma de decisiones. Así será cuando se cumplan una o varias de las condiciones siguientes:*
a) que el sistema de IA tenga por objeto llevar a cabo una tarea de procedimiento limitada;
b) que el sistema de IA tenga por objeto mejorar el resultado de una actividad humana previamente realizada;
c) que el sistema de IA tenga por objeto detectar patrones de toma de decisiones o desviaciones con respecto a patrones de toma de decisiones anteriores y no esté destinado a sustituir la evaluación humana previamente realizada sin una revisión humana adecuada, ni a influir en ella; o
d) que el sistema de IA tenga por objeto llevar a cabo una tarea preparatoria para una evaluación pertinente a efectos de los casos de uso enumerados en el anexo III.
No obstante lo dispuesto en el párrafo primero, los sistemas de IA a que se refiere el anexo III siempre se considerarán de alto riesgo cuando el sistema de IA lleve a cabo la elaboración de perfiles de personas físicas".

Es importante recordar los temas abordados en el capítulo primero, ya que, con la declaración del riesgo y el deber del tomador del seguro a dar respuesta al cuestionario al que es sometido, la compañía aseguradora tiene elementos básicos para valorar el riesgo económico que implica asegurar la vida de determinada persona. Así, la compañía tiene a su alcance los conocimientos básicos la salud del futuro contratante.

El uso de sistemas de IA en el ámbito asegurador, permitirá que la IA realice modelos predictivos de posibles tomadores, no sólo con la información por él otorgada, sino conforme a las bases existentes en el sistema y con la posibilidad de analizar factores que hoy en día no son visibles o considerados por los humanos al realizar los cálculos actuariales.

Con relación a lo anterior, se analiza especialmente el artículo 6.3 en su último párrafo, pues la valoración de riesgos y fijación de precios para la cuantificación de primas en la contratación de seguros de vida y salud implica, *per se,* una actividad del sistema de IA sobre elaboración de perfiles de personas físicas.

A mayor abundamiento, el considerando cincuenta y tres de la AIA, determina que, si bien pueden existir casos específicos en que los sistemas descritos en el Anexo III no entrañen un riesgo considerable en perjuicio de las personas (como los sistemas de detección de patrones o para mejorar el resultado de una actividad previa llevada a cabo por un ser humano), siempre se considera como alto riesgo la elaboración de perfiles de personas físicas, conforme a la definición del artículos 4, punto 4, del Reglamento de la Unión Europea 2016/679 (en adelante RGPDP)[20].

El concepto de *«elaboración de perfiles»* significa: *"toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física".*

Resulta trascendente el Reglamento en cuestión pues evidencia que el núcleo del sistema de protección de datos personales es el consentimiento del interesado. Específicamente, es notable lo dispuesto por el artículo 22 del RGPDP, que permite al interesado —entiéndase tomador/asegurado es este caso— ejercer su derecho de no ser objeto decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado de sus datos personales.

Es decir, el artículo 22.1 RGPD establece una prohibición general de toma de decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de

20 Reglamento (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos Personales).

perfiles, que produzca efectos jurídicos o significativamente relevantes. Así, cuando esto acontezca, se prevén determinadas medidas para garantizar los derechos y libertades del afectado, así como sus intereses legítimos.

Se trata de asegurar que el responsable del despliegue del sistema utilizado en este sector, determine los riesgos específicos para los derechos de las personas que pueden verse afectadas y defina las medidas que deben adoptarse en caso de que se materialicen los posibles riesgos. Entre estas se halla la de identificar y registrar el grado de participación humana en la toma de decisiones. Estas pueden tener efectos relevantes para el interesado, como en nuestro ámbito, la denegación de un seguro de vida, que puede afectar de un modo considerable a sus medios de subsistencia[21].

Los casos aplicables en materia aseguradora implicarían, en suma, que el asegurado sea evaluado únicamente conforme a los resultados obtenidos por el sistema de IA y no por factores que, bajo la supervisión humana, analicen el contexto específico de su perfil.

En este sentido, se puede advertir que la AIA busca proteger los derechos ya reconocidos en temas de protección sobre la automatización y elaboración de perfiles para la toma de decisiones, e impone obligaciones para la utilización de los nuevos sistemas de IA, *ex ante* a su utilización, como una vez puesto en el mercado.

Así, en el ámbito asegurador, será proveedor el fabricante del sistema que evalúe los riesgos y pretenda fijar los precios de las pólizas, será usuario el ente asegurador que utilice el sistema para aplicarlo a los tomadores que pretendan contratar un seguro de vida. Siendo estos últimos los interesados en el tratamiento de datos que se llegue a utilizar en la elaboración de su perfil y sobre quienes recaerá la afectación de las decisiones tomadas por el sistema de IA.

De modo resumido, se señalan las obligaciones que los proveedores y responsables del despliegue, deben cumplir para el legítimo uso de sistemas de IA de alto riesgo:

a) Adoptar las medidas de gestión de riesgos más adecuadas a la luz del estado actual de la técnica en materia de inteligencia artificial (artículo 8) y realizar un proceso planificado y constantemente revisado de gestión de riesgos (artículo 9). Para el cumplimiento de las obligaciones anteriores, los sistemas de

21 El Considerando 71 RGPD prevé los siguientes ejemplos: «la denegación automática de una solicitud de crédito en línea» o «los servicios de contratación en red en los que no medie intervención humana alguna». El Grupo de Trabajo del artículo 29 (GT29), establece que: "Las decisiones automatizadas que provoquen diferencias de precios sobre la base de datos o características personales también podrían tener un efecto significativo si, por ejemplo, unos precios prohibitivamente elevados impiden que una persona acceda a determinados bienes o servicios". Véase Grupo de Trabajo sobre protección de datos del artículo 29, *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679*, adoptadas el 3 de octubre de 2017, p. 25.

alto riesgo serán sometidos a pruebas, utilizando parámetros adecuados para su finalidad prevista.

b) Someter a los sistemas de alto riesgo a entrenamientos y gestión de datos, adecuadas a la finalidad prevista para el sistema (artículo 10).

c) La existencia y continuidad de documentación técnica del sistema de IA (artículo 11).

d) La conservación de registros automáticos durante el ciclo de vida del sistema de alto riesgo (artículo 12).

e) Trazabilidad de datos, mediante el diseño y despliegue de información, de entrada y de salida, garantizando su transparencia, para que el proveedor y el responsable del despliegue cumplan con las obligaciones oportunas previstas en la sección 3 AIA (artículo 13).

f) La vigilancia humana (artículo 14).

g) Precisión, solidez y ciberseguridad del sistema de IA durante todo su ciclo de vida (artículo 15).

Por su parte, los proveedores y responsables del despliegue, también tienen obligaciones para con los usuarios de los sistemas de alto riesgo —entiéndase las compañías aseguradoras— ya que éstos tienen la responsabilidad de sensibilizar a los usuarios sobre la aplicación de los sistemas de IA, obligándoles a modificar cualquier aspecto una vez conocido un incidente grave o una falta de condición para el uso del sistema, así como la creación de canales de comunicación para cualquier problema que pudiera presentarse. (artículos 62 y 76).

Se puede advertir que la AIA, exige criterios de vigilancia, control y continuidad en la documentación e información obtenida, desde la elaboración del sistema, hasta su puesta en el mercado para así acreditar la trazabilidad del modelo de IA; imponiendo obligaciones a los proveedores, operadores y responsables de su despliegue.

Se entiende así la importancia y control que la AIA realiza sobre los sistemas considerados de alto riesgo, como lo es la valoración de riesgos y fijación de precios en el ámbito asegurador. De lo contrario existiría la posibilidad de que el sistema de inteligencia artificial genere resultados dudosos en áreas que implican gran incertidumbre para las personas —como lo es la materia financiera y de salud—, sin el conocimiento ni vigilancia de los expertos, proveedores y responsables del sistema.

En ese sentido, el artículo 14 de la AIA, determina que la vigilancia humana durará el periodo en el que el sistema de alto riesgo esté en uso —en el caso de los seguros de vida, se aplicaría durante la elaboración del perfil del asegurado, su evaluación sobre el riesgo y la fijación del precio de la póliza—. Para determinar el riesgo que el uso del sistema puede generar en el ámbito asegurador, el proveedor deberá definir las medidas

de seguridad antes de la introducción del sistema en el mercado que sean adecuadas para que las ponga en práctica el responsable del despliegue.

No debe pasar desapercibido que el propio artículo 14 de la AIA busca que esta vigilancia humana tenga por objeto la prevención o reducción de riesgos para los derechos fundamentales; debiendo ser proporcional a los riesgos existentes, a la autonomía de la máquina y al uso para el que está destinada.

Así, por ejemplo, los riesgos existentes para la elaboración de perfiles en la contratación de seguros de vida, radican en los sesgos discriminatorios para la fijación del precio, la falta de transparencia para el precio de las pólizas y la posibilidad de que determinados grupos vulnerables dejen de tener acceso a este tipo de contratos. Únicamente con el propósito de que el lector analice la naturaleza de los sistemas de IA, así como sus posibles riesgos al elaborar perfiles de personas físicas, y con relación a los principios rectores del contrato de seguro de vida, la autora Rincón Gallego, cuestiona:

> "*¿Qué ocurre si se introduce un algoritmo errado sobre el impacto o incidente del cáncer de piel por ejemplo en función de la raza o por el contrario sin tener en cuenta estadísticamente la probabilidad así como la intensidad y tipificación de estas neoplasias en función de la raza? No podemos pues ignorar que factores como raza, cáncer, etc., sí tienen entidad e intensidad propia a la hora de discriminación en el seguro, y que, hasta cierto punto han de tenerse en cuenta ex ante o ex post, en la auditación del algoritmo, a la hora de realizar las predicciones y proyecciones*"[22].

Al analizar la pregunta de la autora, aunque retórica, permite aplicar los conocimientos adquiridos sobre los sistemas de alto riesgo. En primer lugar, el operador debe ser consciente de la tendencia humana a confiar en las decisiones automatizadas. En segundo lugar, el operador puede intervenir el sistema y cambiar los datos con los que fue alimentado para evitar el sesgo de raza o, en su caso, interpretar el resultado correctamente, haciendo uso de los conocimientos técnicos en el ámbito de seguros y tecnológicos para la utilización del sistema de IA.

2.3. Breve comentario sobre los Datos y el Algoritmo en la utilización de los sistemas de IA que valoran el riesgo y fijan el precio de las primas en los Contratos de Seguro de Vida

Bajo este contexto general de sistemas de IA destinados a ser utilizados para la evaluación de riesgos y la fijación de precios en relación con las personas físicas en el caso de seguros de vida y de salud, es preciso plantearse varias cuestiones. Resulta posible que,

---

22 RINCÓN GALLEGO, C., "Discriminación en seguro de personas. El rechazo del riesgo por edad, por enfermedad, por discapacidad, por raza y por los datos" en VEIGA COPO, A.B., *Seguros e Inteligencia Artificial, Cátedra Uría Menéndez-Icade de Regulación de los Mercados,* primera edición, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2022. MARTÍNEZ MUÑOZ M. (Coord.), p. 793.

a través de dichos sistemas de IA, se establezcan modelos predictivos que elaboren seguros personalizados y determinen el valor de las primas con arreglo a la evaluación del perfil de cada persona física.

Esto puede afectar de manera significativa a los medios de subsistencia de las personas. En este sentido, su diseño, desarrollo y uso han de cumplir con las respectivas garantías legales, de modo que no se vean afectados los derechos fundamentales de las personas, ya que el uso de estos sistemas en este contexto puede derivar en su exclusión financiera y discriminación. Morillas Jaramillo[23] señala que el uso de sistemas predictivos de IA permite que las compañías aseguradoras utilicen datos masivos de los asegurados —tanto los recabados en redes sociales, mediante la aceptación de *cookies* en los navegadores de búsqueda en línea, como información recabada por otras compañías aseguradoras o profesionales de la salud; es decir, el uso de datos no estructurados ni trazables.

Es esencial entender el papel que los datos generan en los sistemas de IA predictiva[24], y como éstos afectan —o pueden afectar— a los algoritmos de los sistemas informativos. Por ello, tanto Reglamentos anteriores, como la AIA, buscan garantizar el cumplimiento del marco normativo en materia de protección de datos en toda la UE.

Basta leer la correlación existente entre los considerandos cuarenta y cinco, cincuenta y tres y cincuenta y nueve, por señalar algunos, en los que el Parlamento establece que la AIA no deberá contravenir las prácticas prohibidas en materia de protección de datos, la existencia de un riesgo significativo por el contenido de los datos —especialmente cuando éstos implican la elaboración de perfiles—, así como la calidad de los datos con los que se nutre a los sistemas de AI. Así, por ejemplo, "*si el sistema de IA no está entrenado con datos de buena calidad, no cumple los requisitos adecuados en términos de rendimiento, de precisión o de solidez, o no se diseña y prueba debidamente, antes de introducirlo en el mercado o ponerlo en servicio, es posible que señale a personas de manera discriminatoria, incorrecta o injusta […]*" (considerando quincuagésimo noveno).

En este sentido, existe un esfuerzo de la Comunidad Europea, para salvaguardar los derechos fundamentales y la protección de los datos personales de las personas físicas. La AIA en su artículo diez, denominado *"Datos y Gobernanza de Datos",* establece un proceso para los sistemas de IA de alto riesgo, mediante el uso conjunto de datos de

23 MORILLAS JARAMILLO, M.J., *La información previa en la contratación de seguros de personas: transparencia, cuestionarios y modelos predictivos,* Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 140.

24 La AIA recoge la definición de *«datos personales»* del Reglamento (UE) 2016/679: *"toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona".*

entrenamiento, pertinentes y relativos al objeto del sistema —en el caso que nos ocupa para la valoración de riesgos y fijación de precios en seguros de vida—; datos que deben cumplir con tratamientos como: anotación, etiquetado, depuración, actualización y enriquecimiento.

Estas medidas *ex ante* al uso de los sistemas de IA, tienen la función de examinar el proceso del modelo informático, siempre atendiendo a los sesgos que pueden llegar a existir y evitando vulnerar los derechos fundamentales reconocidos por el Derecho de la Unión.

Asimismo, para el singular caso de las entidades aseguradoras, la AIA obliga a las instituciones la aplicación y cumplimiento de la gobernanza ya existente en materia de servicios financieros.

Lo anterior conlleva a que, contrario a lo que podría creerse, existe una regulación clara de protección en materia de datos personales, al obligar a los proveedores y responsables del despliegue a alimentar al sistema de IA con datos de calidad, seguir su trazabilidad para la obtención de un resultado claro, así como una obligación de las compañías de seguros a revisar los datos que manejan para la predicción estadística en la evaluación de riesgos y fijación de precios. En ese sentido, Mayorga Toledano, al analizar el RGPD que, como se ha visto actualmente, es un pilar para la AIA, señaló:

> *"Así, el RGPD* [...] *impone una serie de exigencias para las entidades [...] se introducen condiciones restrictivas al tratamiento masivo de datos de manera inteligente, sensibles restricciones al análisis de los datos, que pueden operar como límite a su uso indiscriminado que conduzca a la mejora de la técnica aseguradora"* [25].

Una vez conocida la importancia de los datos personales, es necesario definir el término algoritmo y su implicación en los sistemas de IA de alto riesgo. El autor Huergo Lora menciona que éste supone una forma distinta para tomar una decisión, en sus palabras, los algoritmos utilizan todo tipo de datos, aparentemente sin relación alguna, que pueden funcionar como "baremo" para la toma de decisiones[26]".

En ese sentido, el Consejo Europeo, en la elaboración del documento *"Algorithms and Human Rights. Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications"*[27], considera que, si bien las decisio-

---

25 MAYORGA TOLEDANO, M.C., "Limitaciones legales de la analítica predictiva y el Big Data en el ámbito asegurador", en PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ (coord.) *Derecho de seguros. Nuevas realidades y nuevos retos,* Marcial Pons, España, 2021, p. 321.

26 HUERGO LORA, A., "Inteligencia Artificial y Regulación Económica" en VEIGA COPO, A.B. (direc.) *Seguro de personas e Inteligencia Artificial. Loc cit.,* pp. 152–253.

27 COUNCIL OF EUROPE, Committee of Experts on Internet Intermediaries (MSI-NET), *Algorithms and Human Rights: Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications,* Council of Europe, Strasbourg, 2018. (Consejo de Europa, Co-

nes realizadas por el ser humano no deben tomarse como necesariamente "mejores" que las de los sistemas automatizados, existe una probabilidad de creaciones de sesgos, riesgos y errores en estos últimos que difícilmente podrían conocerse, siendo necesario un debate abierto para medir la calidad de las decisiones tomadas por sistemas automáticos.

Destaca la necesidad de un enfoque de aplicación en materia de derechos humanos, con miembros profesionales de distintas áreas —desde tecnológicas hasta filosóficas— porque la protección a los derechos va más allá de garantizar transparencia y rendición de cuentas. Así, afirma que las cuestiones relacionadas con la gobernanza y la regulación algorítmica son políticas públicas, que no deben dejarse en manos de entidades privadas.

III. CAMBIOS EN LA CONTRATACIÓN DE SEGUROS DE VIDA CON LA APLICACIÓN DE SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

El presente capítulo busca que converjan los conocimientos previamente adquiridos, para analizar las principales posturas doctrinales respecto al uso de inteligencia artificial en materia aseguradora; que como se ha visto, a pesar de su naturaleza mercantil, tiene elementos de previsión y protección social los cuales pueden verse afectados ante el uso de estos sistemas tecnológicos.

3.1. Beneficios de la aplicación de sistemas de IA en los contratos de seguro de vida

Desde una visión meramente mercantilista, resaltan argumentos favorables sobre la utilización de IA para la disminución de los costos operativos de las compañías aseguradoras. Girgado Peradones lo analiza de forma sencilla al señalar que "*la IA supone un impulso innovador indiscutible en el diseño, distribución y comercialización de los productos de seguro. Se consiguen reducir los costes operativos de la actividad aseguradora y ofrecer al mercado productos más personalizados"* [28].

Se puede advertir como beneficio el asesoramiento automatizado, que actualmente ya podemos ver con los *"chatbots"* que aparecen en múltiples páginas de internet y ayudan al internauta a un mejor entendimiento de la página; así como la creación de productos personalizados, según las necesidades específicas del cliente. Es posible

---

mité de Expertos en Intermediación de Internet, *Algoritmos y Derechos Humanos: Estudio sobre la dimensión de derechos humanos en tecnicas automáticas de procesamiento de datos y su posible implicación regulatoria,* Consejo de Europa, Estrasburgo, 2018) La traducción es propia.

28 GIRGADO PERADONES, P., "Restricciones a la aplicación de los Sistemas de IA en la contratación de seguros: prácticas prohibidas y de alto riesgo" en VEIGA COPO, A.B., *Seguros e Inteligencia Artificial, Cátedra Uría Menéndez-Icade de Regulación de los Mercados,* primera edición, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2022. MARTÍNEZ MUÑOZ M. (Coord.), pp. 962–963.

observar que, con el uso de estas herramientas, el asegurado tiene un mayor acceso a su póliza, a las condiciones generales, así como una mayor facilidad para informar a la compañía en caso de siniestros.

El poder que confiere la tecnología permitiría que las compañías aceleren los procesos para la celebración de los contratos, así como el análisis de las reclamaciones. A modo de ejemplo, Mapfre ya ha realizado estudios sobre los beneficios que le generaría el uso de IA[29], citando informes de la consultora PWC (PriceWaterhouseCoopers) que, en el año 2018, señaló que la IA aportó más de dos billones de dólares al Producto Interno Bruto Mundial.

Ahora bien, desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta; destacan los comentarios de González Vaqué[30], exconsejero de la Dirección General de Mercado Interior de la Comisión Europea, que si bien analiza de forma genérica el beneficio que genera la IA para los consumidores de la UE, puede aplicarse a los tomadores/asegurados de los contratos de seguros de vida. Considera que, al regular la aplicación de los sistemas de IA, se fomenta el desarrollo empresarial, y con ello, una nueva generación de productos y servicios en diferentes áreas como la seguridad, transporte, atención sanitaria, etc.

En este sentido, la utilización de sistemas de IA podría permitir que las entidades aseguradoras, en aras de una mayor competitividad en el mercado, fueran más transparentes sobre la fijación de sus precios, buscando generar mayor confianza en los posibles tomadores para que éstos puedan contratar con la compañía que les ofrezca un mayor beneficio.

Además, dentro de las ventajas que se pueden encontrar con el uso de sistemas de IA en los seguros de vida, pueden considerarse los argumentos de Muñoz Paredes, en su estudio sobre los seguros "basados en el uso"[31]. La autora señala el uso que, hoy en día, las compañías otorgan a este tipo de seguros, como bonos económicos a los asegurados que se unen a aplicaciones de salud y superan satisfactoriamente determinados pasos al día o cumplen con ciertos retos delimitados por la "*app*". El eje central de este tipo de seguros basados en el uso es la forma en que las aseguradoras utilizan los datos proporcionados por el cliente.

---

29 ORTEGA GIMÉNEZ. A., BONMATI SÁNCHEZ J., Y OTRO, *Implicaciones jurídicas en el desarrollo y uso de sistemas de inteligencia artificial en el sector asegurador,* Cuadernos de la Fundación, Fundación MAPFRE, España, 2021. Disponible en https://documentacion.fundacionmapfre.org/documentacion/publico/es/media/group/1113012.do (con último acceso el 18 de junio de 2024).

30 GONZÁLEZ VAQUÉ, L., "La tecnología de la Inteligencia Artificial (IA) puede perjudicar o favorecer a los consumidores" en *Revista CESCO de Derecho de Consumo,* número 38, año 2021, España, pp. 26-41 en https://doi.org/10.18239/RCDC_2021.38.2751

31 En palabras de la autora: *"… se caracterizan precisamente porque en ellos la prima aumenta o se reduce en función del uso efectivo del bien, si son seguros de cosas, y de comportamiento del asegurado, si lo son de personas."* MUÑOZ PAREDES, M.L., "Seguros *usage-based:* luces y sombras" en VEIGA COPO, A.B., *Seguros e Inteligencia …, Loc. cit.* p. 247.

Continúa su estudio señalando como ventaja la reducción del riesgo cubierto, lo que es beneficioso no sólo para las partes contratantes sino para la sociedad en general. En sus propias palabras: "*Este efecto es, sin duda, el más relevante de la adopción de este tipo de fórmulas y propicia que el seguro abandone su finalidad de cobertura pasiva de riesgos en pro de una función activa preventiva de siniestros, económicamente más eficaz.*[32]"

Es importante señalar que, si bien las consideraciones de la autora no están basadas en modelos de contratación tradicional de seguros de vida, como es el objeto materia del presente estudio, sí permite tener una concepción clara de los cambios en el riesgo asegurado con la aplicación de sistemas de IA, ya que evidentemente existirá un tratamiento de los datos personales de los asegurados con los que la compañía alimentará al sistema, y así conocer las posibles predicciones que la IA podría realizar para cada asegurado.

Así, se advierte que existirá un cambio en el riesgo asegurado con la predictividad que otorgan los sistemas de IA, *ex ante* a su contratación, —incluso al llegar a ofrecer servicios especializados para cada una de las necesidades del futuro contratante— como *ex post*.

De igual forma, Benavides Galvis, al analizar la evolución de la jurisprudencia en Colombia, comenta que la Corte Suprema de aquel país exige a las compañías de seguros, en su carácter de profesionales especializados en la materia, el deber de actuar con máxima diligencia, que *"se traduce en indagar con mayor exhaustividad sobre el estado del riesgo"*[33]. Con el uso de la IA, esta máxima diligencia del asegurador, adaptada a la valoración del riesgo, no sólo es necesaria sino obligatoria. La autora considera que: *"si el uso de la IA en el proceso de ofrecimiento y comercialización de los seguros impone a la compañía de seguros el deber de actuar con la debida diligencia y profesionalismo en la asunción del riesgo, el mismo proceder se espera de la aseguradora en la valoración de la conducta del asegurado"*[34]. Es decir, representaría una mayor protección para el asegurado pues la aseguradora, al disponer de más datos e información del cliente, tendrá menos margen para alegar el desconocimiento del riesgo, cargando con la responsabilidad de probar la veracidad de sus afirmaciones.

Finaliza su aportación argumentando que también existe un mayor alcance del principio de máxima buena fe en los contratos de seguro, que obligaría a las aseguradoras no sólo a utilizar la IA a su favor, sino que este acceso oportuno a la información del

---

32 *Ibidem,* p. 259.

33 BENAVIDES GALVIZ, L.A., *"Aplicación de Inteligencia Artificial en la contratación y ejecución del Contrato de Seguro para la configuración de reticencia a partir de la exigencia de la Buena Fe exenta de culpa a las aseguradoras",* Universidad de los Andes, Colombia, 2023, p. 330. Disponible en https://repositorio.uniandes.edu.co/server/api/core/bitstreams/62300d00-9285-4b2f-8cfe-87f4839bc556/content (Con último acceso el 18 de junio de 2024).

34 *Ibidem,* p. 332.

interesado le obliga a actuar con la diligencia de un profesional del mercado en la evaluación de riesgos, por lo que en un futuro no podría simplemente desconocerlos, en perjuicio del asegurado.

Se considera que esta postura es innovadora y coincide con la naturaleza de la AIA, que obliga a los proveedores, distribuidores, responsables del despliegue y usuarios de sistemas de alto riesgo a una gestión de calidad, conservación de documentos y archivos, así como una gobernanza de los datos. En ese sentido, las compañías aseguradoras ante su profesionalidad y conocimiento de sus obligaciones también son responsables del uso, despliegue y resultados predictivos obtenidos por la IA, teniendo sobre ellas la carga de la prueba de haber actuado con la máxima diligencia al asegurar el riesgo.

De lo anteriormente expuesto se puede advertir que los elementos estudiados en capítulos anteriores como lo son: el deber de información, la valoración del riesgo, y la máxima buena fe que rige a los contratos de seguro, se pueden ver de cierta manera beneficiados con el uso y aplicación de sistemas de IA, siempre se insiste, en cumplimiento y protección a los derechos fundamentales reconocidos en la UE.

3.2. Inconvenientes de la aplicación de sistemas de IA en los contratos de seguro de vida

Antes de analizar los riesgos que implican las decisiones automatizadas en los seguros de vida, se destacan las palabras de Eubanks, politóloga estadounidense sobre estudios de tecnología y su impacto en la justicia social:

> "*Since the dawn of the digital age, decision-making in finance, employment, politics, health, and human services has undergone revolutionary change. Forty years ago, nearly all of the major decisions that shape our lives —whether or not we are offered employment, a mortgage, insurance, credit, or a government service— were made by human beings. They often used actuarial processes that made them think more like computers than people, but human discretion still ruled the day. Today, we have ceded much of that decision-making power to sophisticated machines. Automated eligibility systems, ranking algorithms, and predictive risk models control which neighborhoods get policed, which families attain needed resources, who is short-listed for employment, and who is investigated for fraud*"[35].

35 EUROBANKS, V., *Automating Inequality, how high-tech tools profile, police, and punish the poor,* St. Martin Press, New York, 2018, p. 3. (Desde el inicio de la era digital, la toma de decisiones en finanzas, empleo, política, salud y servicios humanos ha sufrido un cambio revolucionario. Hace cuarenta años, casi todas las decisiones importantes que permean nuestras vidas —ya sea que nos ofrezcan o no un empleo, una hipoteca, un seguro, un crédito o un servicio gubernamental— eran tomadas por seres humanos. A menudo utilizaban procesos actuariales que los hacían pensar más como computadoras que como personas, pero la discreción humana todavía dominaba. Hoy, hemos cedido gran parte de ese poder de toma de decisiones a máquinas sofisticadas. Los sistemas de elegibilidad automatizados, los algoritmos de clasificación y los modelos predictivos de riesgo controlan qué vecindarios son vigilados,

Lo manifestado por la autora tiene estrecha relación con el tercer párrafo del artículo ochenta y tres de la LCS, analizado en el capítulo primero al distinguir las características de los seguros de vida. En esta disposición legal el legislador ordenó que fuera mediante criterios y bases actuariales con los cuales se valoraran las prestaciones convenidas en las pólizas. Se puede entender que esta determinación legal fue con la intención de generar parámetros similares y equitativos, evitando posibles discriminaciones entre futuros contratantes de seguros con perfiles similares.

Sin embargo, con el uso de sistemas automatizados existe un riesgo intrínseco de que las predicciones algorítmicas de los sistemas de IA generen notorias desigualdades, contraviniendo los patrones actuariales con los que actualmente se evalúan los riesgos en los contratos tradicionales de seguros de vida.

El propio Comité de Expertos del Consejo Europeo ha publicado que un algoritmo sesgado puede discriminar sistemáticamente a un grupo de la sociedad. Aunado a esto, factores como la edad, raza, posición socioeconómica y orientación sexual, afectan al no permitir una visión imparcial para los resultados que el sistema arroje sobre una persona física[36].

En ese sentido, el Comité diferencia dos tipos de discriminaciones que puede realizar el algoritmo de IA: la discriminación directa, cuando la máquina toma una decisión basada en un criterio objetivo como la etnia, edad o discapacidad; y la discriminación indirecta, cuando una característica ocurre con mayor frecuencia en sectores vulnerables, y se exacerba con tratos diferenciados no justificables por el sistema de IA.

Aplicado específicamente al ámbito asegurador, Huergo Lora cuestiona la forma en que funcionan los algoritmos en los contratos de seguro. El autor señala que los sistemas de IA pueden discriminar de distintos modos, pudiéndose destacar, principalmente, dos: En primer lugar, si se examinan los datos para encontrar correlaciones, puede observarse que algunas variables como el sexo, la raza, la profesión, etc., no deberían, en principio, utilizarse para dar un tratamiento distintos. En segundo lugar, según afirma el autor, puede haber problemas como resultado de los datos utilizados, pues el algoritmo tiene a reproducir en el futuro los patrones del pasado y esto no siempre se corresponde con la realidad[37].

Para el autor, resulta peligroso el uso de sistemas algorítmicos que analizan diversos factores aparentemente neutros o ajenos entre sí, pero que son discriminatorios;

---

qué familias obtienen los recursos necesarios, quién es preseleccionado para empleo y quién es investigado por fraude.) La traducción es propia.

36 COUNCIL OF EUROPE, Committee of Experts on Internet Intermediaries (MSI-NET), *Algorithms and Human Rights: Study on the human rights dimensions ... Op. Cit.* p. 31. (Los expertos han advertido que la automatización y el aprendizaje automático tienen el potencial de reforzar los sesgos existentes porque, a diferencia de los humanos, los algoritmos pueden no estar equipados para contrarrestar conscientemente los sesgos aprendidos.) La traducción es propia.

37 HUERGO LORA, A., "Inteligencia Artificial y Regulación Económica" en VEIGA COPO, A.B., *Seguros e Inteligencia ..., Op. Cit.*, pp. 159-160.

máxime cuando éstos son el resultado de conductas o patrones anteriores que pueden no coincidir con la actualidad. Lo anterior implica que elementos que parecen no ser importantes, tendrán una trascendencia mayor de la que se podría imaginar, perjudicando al asegurador para la evaluación de su perfil y la fijación del precio de su póliza.

Por su parte, para Veiga Copo, el riesgo de programas predictivos puede privar a las compañías aseguradoras de actuar con buena fe, específicamente al utilizar los datos adquiridos sobre los usuarios, que podrían afectar la decisión de la compañía para asegurarlos. En palabras de este autor: "*Buena fe frente al tratamiento discriminatorio de ciertas contingencias, personas, razas, enfermedades, religiones, sexo, incluso la capacidad financiera o económica del asegurado, etc., y donde la estadística y lo predictivo, donde la utilización de bases de datos, frecuencias, estudios, datos, pueda atentar y vulnerar la buena fe objetiva del contrato y de la seguradora*"[38].

Nuevamente, se observa que el uso de modelos predictivos puede afectar directamente a un principio fundamental como lo es el de la Máxima Buena Fe. Resulta reseñable el comentario del autor, con el estudio previamente revisado de la autora Benavides Galvis, ya que, mientras el primero considera que el uso de algoritmos permitiría a la aseguradora discriminar a los usuarios según la información que se tenga de ellos, la segunda considera que se debe reforzar el principio para que los entes aseguradores actúen, desde la buena fe, con máxima diligencia en su calidad de profesionales expertos en el ramo.

La preocupación doctrinal radica en que el uso de la IA evita que se realicen estudios individuales de casos concretos, contraviniendo a los derechos y posibilidades de los aseguradores para ser protegidos contra la casuística que se alejara de lo "normal". Es decir, ante posibles contingencias fuera de lo ordinario, las predicciones podrían concluir que esa actuación es sospechosa, y por ello no asegurable o no pagable una vez sucedido el siniestro. Se entiende así la preocupación de la evaluación que realicen los sistemas de inteligencia artificial sobre perfiles de personas físicas que forman parte de una minoría social.

La cuestión es cómo ejercer los derechos que corresponden al asegurado cuando este no es consciente o no tiene la información que le llevaría a ejercerlos, al no conocer en base a qué criterios se ha podido tomar una decisión por parte del sistema de IA que le ha excluido del acceso a un seguro de vida o le ha aumentado cuantiosamente la prima. La AIA pretende lograr un control de los datos con los que se alimenta el correspondiente sistema de IA, la posibilidad de trazar los resultados y, sobre todo, la vigilancia humana como medida establecida para revisar e interpretar la información de salida del sistema.

La falta de transparencia en la fijación de los precios incrementará con la información masiva de datos que pueden obtener las aseguradoras sobre sus asegurados o futuros

38 VEIGA COPO, A.B., *Tratado del contrato de seguro, Tomo I., ... Op. Cit.,* p. 458.

contratantes. Incluso, la autora Muñoz Paredes llega a considerar que, si bien el RGPD obliga a que, para estimar lícito el tratamiento de los datos personales es necesario el consentimiento de su interesado de forma expresa e inequívoca, existirán cada vez más dificultades con el *big data* y la inteligencia artificial, ante el uso de los datos para fines distintos de los obtenidos.[39].

Por otro lado, la falta de transparencia también conlleva a una hiper individualización en la fijación de precios, lo que, para Nazzaro modifica el modelo de mutualidad[40], origen del contrato de seguro. La individualización de las primas genera que las compañías aseguradoras dividan a los usuarios en "homogéneos" o "grupos de riesgo", lo que aumenta la vulnerabilidad en los resultados del sistema de IA.

Es interesante que, a pesar de que el contrato de seguro es un contrato de naturaleza mercantil, se sigue buscando mantener la mutualidad y previsión social con el que fue creado. Permitiendo que la comunidad pudiera responder ante una situación dañosa para que el perjudicado no respondiera con todo su patrimonio y quedara en completo estado de indefensión. Desde esa perspectiva se puede concluir que la doctrina, más que negarse al uso de la tecnología, cuestiona el uso que, en ciertos casos, se realizará con estos sistemas de IA.

Especialmente, la preocupación radica en la calidad de los datos y algoritmos con los que se realizarán las predicciones. Máxime cuando, tratándose de contratos de consumo, como la contratación de seguros de vida, existe una notoria e inmensa disparidad entre la información y conocimientos técnicos de la compañía aseguradora y la información que tienen al alcance los tomadores/aseguradores.

Aunado a las dificultades intrínsecas del uso de IA, es necesario comprender que la contratación de productos financieros, como lo son los seguros de vida, son ofertados por entidades con conocimiento técnico y capacidad económica, conscientes de las obligaciones a las que los tomadores se someten al contratar el seguro. En ese sentido, por lo que se refiere al uso de la IA, al ser la compañía aseguradora el usuario de ésta, con los conocimientos de su funcionalidad y los recursos para su operación, fácilmente puede caer en acciones omisas o tendenciosas en favor de sus intereses.

En este sentido, como conclusión, se considera esencial no sólo que se cumpla con lo dispuesto en la AIA a efectos de salvaguardar los derechos fundamentales de las personas, sino también lo establecido en el RGPD y en las normas que regulan esta materia. Una lectura integradora de toda esta regulación lleva a inferir que, cumplidos los requisitos legales que la AIA prevé para un sistema de IA de alto riesgo, como es el destinado a ser utilizado para la evaluación de riesgos y la fijación de precios en

---

39 MUÑOZ PAREDES, M. L., "¿Sigue siendo el seguro el mismo contrato después del Big Data y la inteligencia artificial?, *Revista Española de Seguros,* 2021-3, número 187, Madrid.

40 NAZZARO, A.C., "Big data and segmentation of price", en VEIGA COPO, A.B., *Seguros e Inteligencia …, Loc. cit.* pp. 485–500.

relación con las personas físicas en el caso de los seguros de vida, se quiere garantizar la protección de dichos derechos fundamentales.

La cuestión estará en comprobar que, efectivamente, los datos con los que se alimenta el sistema tienen relevancia actuarial a efectos de valorar el riesgo asegurable. El hecho de que un algoritmo en este ámbito utilice variables sensibles podría estar justificado cuando, por ejemplo, se haya comprobado científicamente que tienen incidencia en el resultado que se pretende predecir y esté justificada ética y jurídicamente su relevancia actuarial a estos efectos. El hecho de que estos sistemas de IA utilizados en este sector, operen sobre la base de una gran cantidad de datos (personales y no personales), justifica que se alinee con el RGPD. Así, cuando la compañía aseguradora, usuaria del sistema, adquiera la posición de responsable del tratamiento de los datos, estaría obligada a informar al asegurado acerca de la lógica aplicada o los criterios utilizados por el sistema para llegar a la respectiva decisión. Los errores o desviaciones en los datos recopilados o la no intervención del humano en su supervisión, etc., puede provocar: clasificaciones incorrectas, evaluaciones basadas en previsiones imprecisas, que pueden afectar negativamente a los asegurados.

En este sentido, de acuerdo con lo dispuesto por el RGPD, el principio de transparencia en el tratamiento de datos (art. 5.1.a RGPD) guarda relación con el derecho del interesado a ser informado; esto es, con el derecho que tiene a recibir información de forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso sobre el tratamiento de sus datos (art. 12 RGPD). Los artículos 13 y 14 RGPD se refieren a la información que debe facilitar el responsable del tratamiento al interesado cuando haya obtenido datos sobre este. El artículo 13 señala la información que se ha de facilitar cuando los datos personales se hayan obtenido del interesado. El artículo 14 cuando éstos se hayan obtenido a través de terceros. Así, se deriva que el interesado debe recibir información, por ejemplo, sobre si se va a utilizar un sistema de IA para evaluar su riesgo. Por otra parte, tomada la decisión (en este caso, supervisada por el humano), tiene derecho a recibir una explicación sobre la decisión de la que ha sido objeto. Por ejemplo, sobre la funcionalidad del sistema, sobre los datos y factores específicos tomados en consideración sobre su caso concreto. Así, la explicación de la decisión concreta adoptada, es precisa para que el interesado pueda, en su caso, comprender los criterios sobre los que se ha tomado e impugnarla, en su caso, si considera que no hay motivos fundados que justifiquen su exclusión en el acceso al seguro o el elevado incremento de la prima[41].

La información facilitada, aunque no ha de llegar hasta el punto de ser tan absoluta como para revelar el algoritmo o conocimientos técnicos esenciales, (pues ello podría afectar al secreto comercial o al derecho de propiedad intelectual), sí debe ser lo sufi-

41 Como señala el considerando 58 RGPD, el principio de transparencia "es especialmente pertinente en situaciones en las que la proliferación de agentes y la complejidad tecnológica de la práctica hagan que sea difícil para el interesado saber y comprender si se están recogiendo, por quién y con qué finalidad, datos personales que le conciernen".

cientemente clara para que el interesado comprenda los fundamentos en que se sustenta la decisión y, de este modo, poder estar en condiciones de ejercer los derechos que le atribuye el RGPD.

Resulta esencial, en suma, que obtenga información sobre los criterios e información que sirvieron de base a la respectiva decisión adoptada. Pues, facilitar información sobre la forma de operar de estos sistemas en este contexto (sobre todo, cuando se basan en la elaboración de perfiles), forma parte del principio de transparencia. Sólo así podrían corregirse informaciones erróneas, inferencias o predicciones incorrectas. Así, la compañía aseguradora que utilice un sistema de IA para la evaluación de riesgos y fijación de precios en este ámbito, deberá cumplir con todos los requisitos legales previstos para los sistemas de IA de alto riesgo, así como lo concerniente a este respecto por el RGPD, incluida la necesidad de llevar a cabo la correspondiente evaluación de impacto relativa a la protección de datos, a efectos de determinar los riesgos específicos para los derechos de las personas que pueden verse afectadas en este contexto de uso específico.

CONCLUSIONES

Primero: Existen notorias diferencias entre los seguros de daños y los seguros de personas, especialmente en el de vida. En estos últimos, se pretende la satisfacción de un capital, una renta o cualquier prestación convenida. Así, el riesgo asegurado será la vida de la persona, que, con arreglo a factores únicos e individuales, determinará la evaluación y fijación del precio de la prima.

Segundo. El riesgo, eje rector del contrato de seguro, podría verse afectado por el uso de modelos de toma de decisiones automática, siempre que esta decisión no cumpla con el requisito de vigilancia humana contemplado en el artículo 14 de la AIA, o que, a pesar de ésta, exista un sesgo de automatización en el que el operador no verifique las condiciones particulares del caso concreto, ni corrija la decisión del sistema. En este sentido, la doctrina y la AIA, enfatizan que los resultados obtenidos por una persona física con conocimientos matemáticos-actuariales, se diferencian de aquellos obtenidos por un sistema de IA, ya que ésta puede resolver sobre factores que escapan a la simple vista del ojo humano, dependiendo de una predicción algorítmica que puede alterar la verdad conforme a los datos con los que es alimentada.

Tercero. Se destaca el argumento doctrinal de la máxima buena fe que deben tener las compañías aseguradoras con el uso de IA, quienes tienen la obligación de actuar con máxima diligencia como profesionales especializados en la materia. Así, se evitaría que actuaran a su favor y rescindieran fácilmente los contratos de seguro con el argumento de supuestas omisiones del tomador al momento de declarar el riesgo.

Cuarto. La toma de decisiones de los modelos predictivos permite resultados individualizados a cada caso concreto, lo que conlleva a la segmentación de precios determinados conforme a la elaboración del perfil de cada persona física, vulnerando el

modelo de mutualidad, origen social del contrato de seguro. Esto aumenta las diferencias ya existentes entre diversos grupos de población y permite que los sistemas de IA perpetúen los sesgos discriminativos.

Quinto. Existe poca doctrina que fomente el uso de inteligencia artificial. Los beneficios son de carácter general, de reducción de procedimientos administrativos, en los que se advierten mayores beneficios para las compañías aseguradoras y posibles daños a los derechos fundamentales de los tomadores/asegurados.

Sexto. Es importante la AIA, no sólo para salvaguardar el mercado interior europeo, sino para proteger los derechos fundamentales ya reconocidos a los seres humanos y evitar que cada Estado Miembro pueda vulnerarlos. Esto también garantiza que la trazabilidad, gobernanza de datos y documentación técnica, a la que están obligados los proveedores, distribuidores y responsables del despliegue del sistema de IA se cumpla y sea vigilada con mayor facilidad.

Séptimo. La AIA, al regular todo tipo de sistemas de IA —de prácticas prohibidas, sistemas de alto riesgo y modelos de uso general— así como las obligaciones y responsabilidades que cada uno de los operadores tendrá para la aplicación de los sistemas en ámbitos laborales, financieros y de salud; debe entenderse como normativa general, debiendo regularse el uso específico para la elaboración de perfiles en evaluación de riesgos y fijación de precios para los contratos de seguros de vida y salud.

EL ARBITRAJE ANTE LA REFORMA JUDICIAL

Francisco González de Cossío

SUMARIO: I. ¿ANTE UN TSUNAMI?. A. Calidad de justicia. B. El Derecho Arbitral está listo. C. Los MSC: una asignatura pendiente. II. IMPLEMENTACIÓN. A. Los albores. B. El periodo de disrupción. C. Los nuevos jueces. III. COMENTARIO FINAL. A. El Arbitraje y los MSC crecerán en importancia. B. Expandiendo, pero con calidad. El Arbitraje tendrá que adaptarse. C. ¿Qué puede hacerse?: documentar, aprender y diseminar consecuencias.

La Reforma Judicial[1] implica un cambio total del orden jurídico mexicano. Incidirá en todos los aspectos de la vida jurídica mexicana.[2] Uno de ellos ha dado lugar a consideraciones que se abordan en esta reflexión: el arbitraje y los mecanismos apropiados de solución de controversias ("*MSC*").

I. ¿ANTE UN TSUNAMI?

Varios anticipan un tsunami. Que, ante el deterioro que necesariamente ocurrirá en relación con la procuración de justicia, los agentes económicos sofisticados verán en el arbitraje una alternativa aún más atractiva para gerenciar el riesgo jurídico de su relación jurídica. Algunos abogados previsores ya están alertando de ello a sus clientes. Se observa una reestructuración de las relaciones jurídicas que toma formas diversas: modificación de aspectos diversos del contrato, cambio del derecho aplicable, cambio de sede del arbitraje, garantías con activos adicionales o capas corporativas adicionales, entre otros.

Dicho quehacer habla no solo de precaución, sino premonición. El que los jueces sean electos en la forma que se tiene pensado augura generar problemas temporales y sustantivos. *Temporalmente* pues, mientras se implementa el cambio, habrá una época de caos que generó *inter alia* demora adicional a la normal —de sí es importante— en la gestión de los asuntos. En lo *sustantivo*, habrá una merma en la calidad de justicia.

---

1 Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de reforma del Poder Judicial. Diario Oficial de la Federación, 15 de septiembre de 2024 ("*Reforma Judicial*").

2 En este ensayo no abordo la cuestión sobre si la Reforma Judicial es positiva o no. O la (delicada) cuestión de cómo se procuró. El ángulo es jurídico, no político, y está ceñido al tema de arbitraje y solución de controversias.

A. Calidad de justicia

La calidad de justicia menguará. Ello es incuestionable. Al día de hoy existe una trayectoria judicial que llevaba tres décadas construyéndose. Un sector de la sociedad se había dedicado y especializado al oficio (arte en verdad) de juzgar. Se trata no solo de los más de 7,000 jueces que hoy en día existen en México,[1] sino el cuerpo de personajes que, estando involucrados en la infraestructura de procuración de justicia, era no solo previsible sino usual que aspiraran a ocupar puestos de juzgador. Ello no solo no es noticia, sino que es deseable. Se trata de una burocracia especializada dedicada a cumplir una función social importante. Si ello deja de existir, se perderá mucho. Los personajes que lleguen y que carezcan de trayectoria con toda probabilidad serán cualitativamente inferiores a los personajes que tienen trayectoria. Ello se reflejará en los fallos. En la calidad de justicia que la población reciba. Pero además hay algo que debe no perderse de vista: se lastima a personas inocentes.

El último comentario será objeto de diferencia. El *zeitgeist* existente es cuestionar a los miembros del Poder Judicial. Siendo que esta reflexión no es política —es jurídica— la apreciación debe despegarse de la narrativa política para basarse en la experiencia jurídica. Y jurídicamente pueden hacerse comentarios tanto a favor como en contra del desempeño de diversos miembros del Poder Judicial. Puede por un lado aplaudirse la labor que en muchas materias se ha hecho. Puede aplaudirse la forma en que la Suprema Corte se erigió en tribunal constitucional y el progreso que su jurisprudencia ha generado el orden jurídico mexicano.[2] Puede también reconocerse la labor de muchos juzgadores que trabajan arduamente por cumplir sus obligaciones.

Por otro lado, debe reconocerse que la labor no carece de tropiezos. Y éstas tienen expresiones y grados distintos. También destinatarios distintos. Existen grandes jueces, pero también existen malos jueces. Existen jueces limpios; existen jueces corruptos. Existen jueces trabajadores; existen jueces improductivos. Existen jueces que quieren la toga y se consideran honrados de la labor social que se les ha confiado. Existen jueces que ven en el puesto un simple oficio—de hecho, una forma de lucrar. Y depende a quién se le haga la pregunta, el resultado variará no solo en la generalidad del aplauso y la crítica, sino también el estado de resultados que arroja. En lo que a mi concierne, no quiero dejar de expresar mi admiración por muchos jueces. Por su honradez, conocimientos jurídicos y deseo de hacer las cosas bien. Es cierto que algunos jueces que conocí no se merecen dicho reconocimiento; pero en mi experiencia ello no ha sido la regla.

---

1 1,635 jueces y magistraturas federales, 5,700 jueces estatales.

2 El estudiante y practicante del Derecho actual ve muy distinto la actividad judicial de lo que era hace una generación. Antes, el alfa y el omega del análisis era la norma escrita. Hoy tiene que verse lo que ha dicho el Poder Judicial. No es exageración decir que la Jurisprudencia como fuente del Derecho ha cambiado sustancialmente. Y que ello es loable: es una fuente más dinámica, ponderada, y adaptada a responder a las realidades y necesidades de la sociedad, que la fuente legislativa. El dúo legislador/juez como fuente de Derecho es positivo. Dicho desarrollo debe aplaudirse, encomiarse e incentivarse.

Cualquiera que sea la opinión del lector, lo que propongo es que debemos como gremio pensar qué se hizo mal que tuvo como resultado lo que estamos viviendo, y aprender de ello. Hay quien dirá que ello le da crédito a lo que de sí es un paso injustificado. No difiero. Pero también creo que las crisis son buenas: nos dan capital para mejorar. Debemos evitar desperdiciar esta crisis. Decantemos y asimilemos las lecciones que de ello derivan para mejorar. No es usual que se tenga la oportunidad de escribir sobre una *tabula rassa*. Lo ocurrido con la Reforma Judicial promete generar dicha oportunidad en dos ocasiones: con la ley secundaria que necesariamente se emitirá. Y con la modificación que en algún tiempo tendrá que tener lugar. Esto sin duda ocurrirá. Cuando vivamos las consecuencias de la Reforma Judicial, tendremos que replegar. Cuando veamos la calidad de los fallos menguar, a jueces cuya estrella polar de decisión no es la ley sino lo que le conviene para reelegirse. Cuando veamos que lejos de mejorar los tiempos judiciales, empeoran. Cuando veamos que las decisiones técnicas se sujetan a consideraciones políticas, recordaremos la lección que la historia ya nos había enseñado, y que hemos ignorado: *que los jueces deben ser independientes*. Que el papel del Poder Judicial es ser árbitro entre los demás poderes, y entre el ciudadano y el gobierno. Es entonces que nacerá la convicción que el sistema debe modificarse para adoptar uno que logre una auténtica independencia judicial: el que teníamos antes de la Reforma Judicial.

B. El Derecho Arbitral está listo

De presentarse un incremento en la demanda de servicios de solución de controversias, el derecho arbitral está listo para recibir y bien-manejarlo. La *lex arbitri* mexicana es derecho de punta internacional. Y su aplicación a treinta años de su adopción ha sido extraordinaria.[3]

Ello no quiere decir que no existan mejoras que podrían tener lugar, en caso de que alguien desee pulir el derecho arbitral mexicano. A continuación, las abordaré, no sin antes advertir dos cosas. Primero, en su mayoría, son cuestiones que no requieren modificación legal, sino refinación práctica: cómo se interpreta o aplica el Derecho. Segundo, que de existir un deseo de ajustar el derecho escrito, considero que *no deben implementarse*. El motivo es doble: primero, el clima legislativo sencillamente no es propicio para la presentación y apropiada evaluación de una iniciativa de ley que modifique derecho arbitral. Segundo, se trata de *peccata minuta*. Las cuestiones pendientes no han mermado el apropiado funcionar del arbitraje en México—que ha sido extraordinario.

Las cuestiones que pueden mejorarse de derecho arbitral mexicano son las siguientes:

(1) **Ejecución de acuerdos arbitrales**: En la Contradicción 51/2005 la Primera Sala se encontró con el dilema de qué hacer cuando el acuerdo arbitral se re-

3 *Vid. Arbitraje*, Ed. Porrúa, México, 2018, p. 1498.

clama nulo: ¿quién decide: el juez o el árbitro? A favor de la postura del árbitro está el principio *compétence de la compétence*. A favor de que decida el juez estuvo el considerar que hay una *petitio principi*. Y que para resolverlo es necesario, atento a la garantía de audiencia, ser escuchado primero por el juez. Ante la contradicción de colegiados la Sala decidió a favor de la segunda postura distinguiendo entre lo que se demanda: la nulidad del acuerdo arbitral o la nulidad del contrato que contiene un acuerdo arbitral. La Sala sostuvo que, mientras que en el segundo caso es el árbitro quien decide, en el caso de cuestionamiento de la validez del acuerdo arbitral, es el juez quien decide. *Dicho criterio es errado:* (*i*) trastoca el régimen;[4] (*ii*) hace una distinción donde no hay una diferencia; y (*iii*) confiere una chicana preciosa: los demandados que quieran sabotear cuestionarán la validez del acuerdo arbitral. Y siguiendo el criterio de la Contradicción 51/2055, el caso se irá primero al juez. Resultado: los tiempos arbitrales se sujetan a los tiempos judiciales. Ello sacrifica la velocidad que las partes desearon al pactar arbitraje.[5] Destaza de contenido el principio *compétence de la compétence*.

El criterio contenido en la Contradicción 51/2005 fue superado mediante la reforma a derecho arbitral de 27 de enero de 2011. Ésta introdujo los artículos 1464 y 1465 del Código de Comercio que tienen como objetivo justamente cerciorar que el juez remita a las partes al arbitraje *de forma inmediata*. En base a ello, el criterio de la contradicción (visible en la tesis con registro Tesis Jurisprudencial 25/2006[6]) debería entenderse superado. Sin embargo, no se ha eliminado del Semanario. Siendo que a lo que suelen seguir los juzgadores es a los criterios judiciales, la corrección no ha sido aterrizada en la práctica en nuestro orden jurídico—salvo en la mente y las decisiones de los jueces más avezados. Para aterrizarla y evitar que alguien use un criterio legislativamente corregido, he propuesto que se abandone y sustituya.[7]

(2) **Forma del acuerdo arbitral**: la forma (por escrito y firmado[8]) del acuerdo arbitral debe ser entendida como *una* manera de expresar consentimiento al arbitraje, no la única. Esta idea, que se aborda en *Arbitraje*,[9] colma problemas cuando ante situaciones complejas.

---

4 El análisis conjuga los artículos 1424 del Código de Comercio (que regula la remisión al arbitraje) y el 1432 (que contiene el principio *compétence de la compétence*). Al hacerlo se incurrió en una mezcla injustificada de conceptos jurídicos arbitrales que tuvo como resultado una aplicación incorrecta de los mismos.

5 Los motivos están detallados en *Arbitraje* (Ed. Porrúa, 5ª Ed., 2018, pp. 358-381).

6 Contradicción 51/2005, Primera sala de la Corte, 11 de enero de 2006. (Tesis Jurisprudencial 25/2006, Contradicción de tesis 51/2005-PS entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Sexto y Décimo, ambos en Materia Civil del Primer Circuito. Mayoría de tres votos.)

7 *Arbitraje*, ob. cit., pp. 385-388.

8 Artículo 1423 del Código de Comercio.

9 *Arbitraje* (Ed. Porrúa, 5ª Ed., 2018).

(3) **Tipo de amparo**: El tipo de amparo que procede en contra de una sentencia que recae a un juicio de nulidad o ejecución de laudo ha generado diferencia de criterios, misma fue resuelta mediante la Contradicción de Tesis 250/2019: procede el amparo indirecto.[10] El razonamiento que prevaleció fue doble. Primero, al no tratarse de un juicio principal o autónomo, sino que existe únicamente en función de un juicio arbitral, se concluyó que no se trata de una sentencia *definitiva*. Segundo, que el juicio de ejecución no tiene una sustantividad propia.

El criterio ha sido objeto de crítica por motivos prácticos y de fondo. El *práctico* es que añade una capa adicional de proceso y tiempo a la ejecución del laudo, cuando lo que se debería cumplir es finalidad y velocidad. En cuanto a *fondo*, se hacen dos comentarios. Primero, se dice que el juicio de ejecución sí tiene sustantividad: aunque las causales de no-ejecución son pocas, *números clausus* y de interpretación estrecha, no por eso carecen de sustantividad: la tienen. Piénsese por ejemplo en "orden público",[11] o "arbitrabilidad",[12] invalidez del acuerdo arbitral,[13] o no respeto al debido proceso.[14] Dichas discusiones suelen ser arduas. Ricos en contenido, con una consecuencia trascendente. *Ello es sustantividad.* Segundo, el juicio de ejecución no es un apéndice al arbitraje. Es un proceso separado; un auténtico juicio *especial* (como lo caracterizan expresamente los artículos 1471 y 1472 del Código de Comercio). Por ende, la sentencia que del mismo deriva es una que *pone fin a juicio*. El tipo de amparo que debe proceder es por ende el amparo *directo*.[15]

(4) **Órdenes de suspensión**: recientemente han existido casos (aún excepcionales) de juzgadores mexicanos que suspenden los procesos arbitrales razonando que, mientras el juez conoce de la demanda judicial (que suele versar ya sea sobre la nulidad del acuerdo arbitral o una demanda 'espejo' de lo que ocurre en el arbitraje). Esta práctica debe corregirse —de hecho erradicarse.[16] No solo es evidentemente contraria a derecho arbitral, sino inherentemente sospechosa. Además de probativo de actuar incorrecto: ¿Por qué no desea una parte ser juzgada? La respuesta no puede ser el cuestionamiento al acuerdo arbitral: ello lo resuelve *compétence*.

10 Conforme al artículo 107.IV de la Ley de Amparo.
11 Artículo 1462.II del Código de Comercio.
12 Artículo 1462.II del Código de Comercio.
13 Artículo 1462.I(a) del Código de Comercio.
14 Artículo 1462.I(b) del Código de Comercio.
15 Artículo 170.I de la Ley de Amparo.
16 Explico por qué en *Órdenes de Suspensión de Arbitraje, un cáncer que no debe hacer metástasis*, Pauta, Boletín ICC México, 2024; y en *Prohibido Prohibir: Las Órdenes de Suspensión de Procesos Arbitrales por Órganos Estatales* (www.gdca.com.mx/publicaciones).

(5) **Medidas precautorias**: eliminar la última oración del Derecho arbitral: la última oración del artículo 1480 del Código de Comercio, que dice "*De toda medida cautelar queda responsable el que la pide, así como el Tribunal Arbitral que la dicta, por consiguiente son de su cargo los daños y perjuicios que se causen*." Dicha oración es errada, debe borrarse. Debe advertirse sin embargo que dicha norma ha sido inocua. En México se emiten cotidianamente medidas precautorias sin que el precepto haya sido un verdadero óbice para ello. Es tan errado que no ha lastimado. En buena medida por que una condena por daños y perjuicios debe descansar en actuar ilícito. Y un juzgador no actúa ilícitamente cuando confiere tutela cautelar. El yerro está por ende autocontenido.

(6) **Tejido inerte**: Eliminar el tercer párrafo del artículo 1424, que es errado – además de letra muerta.

(7) **Ejecución de laudos arbitrales**: los laudos deben ejecutarse con mucha más velocidad. Los tiempos judiciales al respecto han sido pobres. Algunos jueces han tomado actitudes respecto del laudo con sabor de apelación. Al hacerlo pasan por alto que el laudo ya es producto de un proceso. Y que el laudo es final: nadie puede analizar su fondo. Sobre todo, que lo único que debe hacerse *es hacerlo cumplir*. El laudo debe verse como un instrumento con aparejada ejecución y ejecutarse de inmediato.

Todo lo anterior no cambia que el arbitraje en México funciona. Existe una industria vibrante, activa y preciosa dedicada a ello. Practicantes especializados y experimentados, árbitros de talla internacional, procesos que no le piden nada a nadie—donde sea. Ello se erige en una opción de justicia al gobernado quien puede escoger entre canalizar sus problemas al Poder Judicial o al arbitraje. Y como se explicó en el amparo en revisión 71/2014:[17] la Constitución es neutral ante la opción que se elija ante la forma de solución de controversias que el gobernado siga: sea judicial, arbitral u otros MSC.

Esto debe aplaudirse. Como explica Amartya Sen,[18] entre más opciones tenemos, más libres somos.

C. Los MSC: una asignatura pendiente

No puede decirse lo mismo de los MSC. Es triste observar la cantidad de ocasiones en que se ha perdido la oportunidad de emitir un régimen que se nutra del derecho

17 Sentencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 18 de mayo de 2016 cuyo párrafo 296 dice "el texto de la Constitución es neutro respecto a la diversidad de mecanismos alternativos de solución de controversias —por ejemplo, entre mediación, conciliación y arbitraje— y delega en el legislador el poder de diseñarlos y regularlos, lo que debe garantizarse se realice con un amplio margen de configuración."

18 *Development as Freedom*, Anchor, USA, 1999.

trasnacional de solución de controversias. Han sido cinco iniciativas de ley que han existido sobre una ley de Justicia Alternativa en la que expertos han propuesto adoptar como derecho mexicano la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial ("*Ley Modelo de Mediación*"). El legislador ha, ignorado en un principio, despreciado después, y prestado oído recientemente. Pero en ninguna ocasión ha aceptado y asumido la sugerencia que varios le han trasmitido sobre la conveniencia de que exista un régimen de mediación en materia mercantil. Los motivos son un misterio. No existe una respuesta de la clase legisladora a los expertos en solución de controversias a este respecto. Uno especula que el motivo es que no lo sienten tan importante. Y que ante la presión que un sector jurídico ha hecho (los mediadores certificados[19]), la respuesta cómoda ha sido no hacer nada.

No me cansaré de decirlo:[20] El paso es lamentable. Ante el vacío legislativo, la mediación que ocurre debe improvisar para remediar los espacios de necesidad regulatoria. Ello tiene por efecto que la confiabilidad de la mediación que ocurre es inferior, pero sobre todo que *existe menos mediación de la que podría existir*. El motivo: el régimen de la Ley Modelo de Mediación colma aspectos que tendrían por efecto propiciar mediaciones con más seguridad jurídica.[21] Por lo anterior, si alguien desea hacer algo positivo ante la coyuntura que estamos viviendo, puede adoptar la Ley Modelo de Mediación como derecho positivo mexicano.[22] Y le hará mucho bien al orden jurídico mexicano.

---

19 Muchos mediadores certificados pugnan porque no exista un régimen de mediación mercantil. Parece que lo ven como competencia a su quehacer, que quieren evitar. Se invita a considerar que ello les favorece: el régimen mercantil incrementará las mediaciones—lo cual incrementará oportunidades para que los mediadores certificados presten sus servicios. Si lo que les preocupa es que consideran que régimen es más laxo que el de la mediación certificada (argumento que se ha escuchado en los foros de discusión), están respetuosamente perdiendo de vista que la ausencia de régimen no significa que no ocurren las mediaciones, o que los mediadores certificados abarcan dicho espacio. Existe experiencia de mediación mercantil —sin insumo de mediadores certificados— que simplemente ocurre ante un vacío jurídico. Y no se trata de casos insignificantes. Muchas mediaciones muy importantes están ocurriendo en estos momentos, sin que participen mediadores certificados. Por consiguiente, en lo único que se ha traducido la ausencia de régimen de mediación mercantil es en oportunidad perdida—para todos.

20 Ver por ejemplo *Actualización sobre Mediación, Fomentando Mediación: Una propuesta, Críticas y Observaciones, y La Iniciativa de Ley de MASC y Conciliación Comercial: Una Última Oportunidad para Hacer lo Correcto* (todos visibles en www.gdca.com.mx/publicaciones). He trasmitido dicha perspectiva en un sinnúmero de conferencias. Y le doy eco en mi cátedra de Arbitraje y de Arbitraje Avanzado en la Universidad Iberoamericana y la Universidad Panamericana, respectivamente.

21 El aspecto más importante es la protección de información compartida en la mediación. Ésta nunca puede ser usada. Le aplica el triple principio: no es revelable, ni obtenible vía una orden de revelación, ni admisible en procesos legales. La necesidad de su protección reside en que, en ausencia de protección, las partes pueden temer mediar —o mediar con franqueza— por temor a que su buena fe sea sorprendida mediante argumentos que la citan en un proceso posterior, litigioso o arbitral. Ello es en sí motivo suficiente para que muchos teman mediar.

22 Existe un texto que el Instituto Mexicano de la Mediación, el Instituto Mexicano del Arbitraje (IMA) e ICC México elaboraron conjuntamente. Se basa en la Ley Modelo de Mediación, pero contiene también sugerencias que abordan otras cuestiones dignas de atención (como por ejemplo el efecto jurídico

Existe un desarrollo positivo que reportar. Se trata de una refinación de pensamiento sobre esta materia y su relación con el arbitraje. Tradicionalmente se consideraba que el mediador no puede convertirse en árbitro. Y que el árbitro no debe hacer nada para avenir a las partes: su función es *juzgar*, no *facilitar*. Dicho paradigma empieza a mudar. Sobre lo primero, es ahora aceptado que el mediador puede convertirse en árbitro siempre que ambas partes lo consientan—una visión que le reconoce mayoría de edad a las partes y permite economías de escala en la inversión en la preparación de los árbitros sobre los detalles del problema vivido. Sobre lo segundo, empieza a contagiarse la visión sajona del papel del juez y el árbitro ante un problema: que no está mal que el árbitro haga un intento para que las partes se avengan. Por ejemplo, el párrafo (h) del Apéndice IV del Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional ("*Reglamento ICC*") contempla como una forma de manejo del caso que permite reducción de tiempo y costos:

> "Settlement of disputes: (i) encouraging the parties to consider settlement of all or part of the dispute either by negotiation or through any form of amicable dispute resolution methods such as, for example, mediation under the ICC Mediation Rules; (ii) where agreed between the parties and the arbitral tribunal, the arbitral tribunal may take steps to facilitate settlement of the dispute, provided that every effort is made to ensure that any subsequent award is enforceable at law."

Recientemente (2023) la Comisión Mundial de Arbitraje y ADR de la Cámara de Comercio Internacional ("ICC") emitió el documento *Facilitating Settlement in International Arbitration.* Dicho informe aborda el tema de la posibilidad que el árbitro facilite transacciones. Al hacerlo, comienza citando un reporte de 2009 del *Center for Effective Dispute Resolutoin* (CEDR) que sugiere que:

> "Where necessary, discuss with the parties and their counsel the different ADR processes which might assist and discuss with them ways in which such processes might be accommodated within the arbitral process (for example by way of a "mediation window" during the proceedings). This form of discussion may be particularly useful where one or more of the parties or counsel is not familiar with mediation or other ADR processes, or where the parties come from different legal traditions."

No obstante dicha sugerencia, es raro observar que un árbitro abra una 'ventana de mediación'.[23] Este autor vivió un caso en el que la presidente del tribunal arbitral hizo una invitación a las partes a intentar llegar a un acuerdo que evite la emisión del lau-

---

de mediar o conciliar (suspender la prescripción). El texto puede consultarse en la página del IMA (imarbitraje.org.mx/posturas).

23 El reporte citado lo reconoce (Id. ¶31) y advierte que: "While it should be incumbent on arbitrators to ask parties about a possible mediation window, as a rule (to which there may be exceptions), it would generally not be appropriate for a tribunal to provide for a mediation window in the arbitration timetable absent the agreement of all parties." (Id. ¶33). Como puede verse, el paso sigue generando escepticismo.

do. Ello ocurrió al cierre de la audiencia. El paso fue recibido de forma disímbola por los asistentes. En mi opinión, la árbitra se lució: fue un paso brillante que, de haberse seguido, hubiera canalizado de una manera más salubre y positiva la gestión del problema que se estaba viviendo.

Recientemente, un caso en que este autor actúa como representante de la parte demandante, las partes de común acuerdo envestimos *expressis verbis* (en la orden procesal 1) al tribunal arbitral con la siguiente facultad:

> Podrían existir ventanas de negociación, mediación y/o transacción. El Tribunal Arbitral podrá, ya sea *sua sponte* o a iniciativa de una o ambas partes, proponer ventanas (etapas breves) de negociación, mediación o inclusive de transacción durante el proceso arbitral. Las partes convienen que hacerlo no será visto mal, y que ello no será entendido como una forma de adelantar un criterio sobre lo que el Tribunal Arbitral considera que es el resultado de aplicar el Derecho en el caso. De considerarlo conveniente, el Tribunal Arbitral, después de escuchar a las partes, y tomando en cuenta todas las circunstancias, podrá suspender el proceso arbitral para permitir una negociación, mediación y/o transacción entre las partes. En cualquier caso, la suspensión podrá ser levantada en cualquier momento por petición de cualquiera de las partes, a efecto de reanudar el proceso arbitral. El Tribunal Arbitral estará facultado para hacer ajustes al calendario procesal que puedan ser necesarios o convenientes, después de escuchar a las partes sobre ello.

Todo lo anterior es digno de documentarse pues habla de una sofisticación incremental de esta materia—justo lo que se necesitará para la nueva etapa de nuestro orden jurídico propiciada por la Reforma Judicial.

II. IMPLEMENTACIÓN

La implementación de la Reforma Judicial promete cosas distintas. Muchas son sencillamente imprevisibles. Pero de lo que se observa, hay cosas que pueden anticiparse. Las dividiré en tres fases: los inicios, la etapa de implementación, y la etapa posterior, una vez establecida la Reforma Judicial.

A. Los albores

La implementación de la Reforma Judicial conllevará un periodo de disrupción seria. Y de incertidumbre. Aún y cuando existe la propuesta que sea gradual, los (literalmente) cientos de miles de expedientes que existen serán demorados —muchos detenidos— mientras los nuevos ocupantes del puesto acaban por tomar las riendas del mismo. Estas personas deberán estudiar *de novo* el expediente. Ello implicará un periodo de *impasse* en las labores. Y mientras, los justiciables verán su frustración crecer.

Los pasos de implementación de la Reforma Judicial prometen una época caótica. Invito al lector a que considere lo siguiente. Cuando fue a emitir su voto por el jefe del

ejecutivo,[24] ¿también lo hizo por otros puestos de elección popular? ¿Voto por personas o por partidos? ¿Recuerda el nombre de las personas, distintas al presidente, por las que votó?

La población no conoce (mucho menos reconoce) a la clase política. Puede ser que una que otra persona conozca a alguno(s) de los personajes que se postularon. Pero dichas personas —sin duda un ciudadano activo e informado— no son la regla. La tendencia observable es que el votante desconoce quiénes son las personas que aspiran a cargos de elección popular, distintos a partido y presidente.

¿Cuál será la forma de elegir jueces? No tienen partido. No existe heurístico que facilite la toma de decisión de a quién preferir por encima de otros. Ante ello, ¿con base en qué escogerlos? Nadie los conoce: *ex hypothesi*, se trata de personas que no tienen trayectoria política. Posiblemente se recurra a mecanismos de difusión de credenciales de cada contendiente. ¡Pero son más de 7,000 jueces! ¿Es de esperarse que la población dedique el tiempo para analizar —investigar, estudiar y comparar— los miles de candidatos que existirán?

Existe una preocupación que por este motivo y en esta coyuntura el crimen organizado se filtre y enraíce en la sociedad mexicana aún más su carácter de factor real de poder. La preocupación no carece de mérito. Y dado el papel que el crimen organizado ha jugado en las últimas dos elecciones, el peligro es mayúsculo: que el narco desee tener a *sus* jueces, para amarrar *de iure* la patente de corso que el gobierno les ha dado *de facto*.[25]

Costo: las elecciones son costosísimas. Son necesarias para los puestos de elección popular, por lo que el costo se justifica. Pero llevar dicho costo a la configuración del Poder Judicial es un acto cuyo beneficio[26] no valdrá la pena.

Lo más probable es que *todo proceso de elección sea un caótico dispendio de recursos y que la elección sea un acto estéril*. Carente de verdadero contenido. Que no haya un resultado palpable —mucho menos uno útil— del enorme desperdicio de recursos que ocurrirá. No me extrañaría inclusive que exista un desierto de asistencia de la población a la elección. La apatía mexicana es enorme. La aseveración queda demostrada con la elección presidencial: con toda su importancia, la elección del presidente tuvo un nivel alto de abstencionismo. ¿Acaso se cree que ello cambie con la elección de los miembros del Poder Judicial?

---

24 Si es que fue: el abstancionismo es enorme.

25 La metáfora histórica no es estirada. La patente de corso fue la forma que la Corona inglesa no solo obtuvo beneficios económicos, sino que logró objetivos políticos. Así ocurre en la actualidad.

26 Hablar de 'beneficio' es cuestionable. Implica creerle al autor de la idea que lo hizo para mejorar. Lo visible es sin embargo otra cosa: venganza. Pero este ensayo es jurídico, por lo que no abundaré en ello.

Lo más probable es que existan trucos que la clase gobernante en turno desarrolle para cerciorar que las personas que desea que queden,[27] queden.[28] Por ejemplo, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los miembros del Tribunal de Disciplina Judicial. Ello se tornará en un mecanismo de control adicional. Uno ya ve personajes alabando al poderoso en turno; siguiendo su (ignorante) narrativa con tal de ser propuesto(a) para ser Ministra de la Suprema Corte o miembro del Tribunal de Disciplina Judicial. Ello promete acentuar la cercanía (y dependencia) de un poder a otro. Aún otro paso hacia la pérdida de libertades. A la configuración de una autocracia o dictadura.

Esto genera preocupaciones accesorias. Como el universo de personas que serán propuestas provendrá de fuentes diversas (presidente, poder legislativo y poder judicial) todas las cuales estarán bajo el control *de facto* del Presidente actual y la siguiente, es posible que se recurra —probablemente con maña— a identificar quién propuso a quién. Ello es extremadamente preocupante, pues acentuará el vínculo que la juez sienta que tiene con quien la nombró—el origen de parcialidad; de ausencia de independencia.

B. El periodo de disrupción

El transitorio octavo del Decreto de publicación de la Reforma Judicial establece un periodo de 90 días para adecuar la legislación secundaria. La jornada electoral será el primer domingo de junio de 2025.[29] Y los magistrados en funciones durarán en su encargo hasta la toma de protesta de los nuevos juzgadores en 2027.[30] Ello, aunado a la logística involucrada en esta titánica labor, generará un periodo tumultuoso. De incertidumbre. Un periodo en que es previsible que la gestión de los asuntos que se canalicen judicialmente sea lenta e inadecuada. Ello genera varias consecuencias.

Primero, el sencillo hecho que haya un periodo como este tendrá por efecto que los casos en ciernes se verán afectados seriamente. La demora judicial crecerá, y exponencialmente.

Segundo, el aspecto humano. Es un enorme desmotivador a los jueces actuales saber que serán injustamente despedidos, y que posiblemente sus beneficios laborales serán usados para financiar las elecciones. Algo así como que el lector fuera injustamente

---

27 En ciertos puestos que son útiles a las finalidades políticas.

28 Se observan ya ciertas promesas de personas que actualmente ocupan puestos para que, si apoyan, queden en los puestos máximos. De quedar, la conclusión será obligada: la elección de los jueces no será más que una farsa. Detrás de bambalinas se elegirán a los leales. Algo preocupante: cada vez habrá menos independencia. Cada vez se deberán los jueces más a la clase en turno en el poder. Ello hace cada vez más fértil la tierra para implementar una dictadura. Pero dado que el texto aborda la cuestión de costo, querrá decir que el (enorme) costo que se incurrirá no será más que pantalla.

29 Id., Transitorio Segundo.

30 Decreto, Transitorio Cuarto.

acusado y condenado, y se usaran los ahorros de su vida para pagarle sus honorarios al verdugo. ¿Qué motivación puede tener un juez para resolver los casos en ciernes, o atender los que entren, ante esta realidad? La relevancia de esto —además de lo injusto e inapropiado de hacer esto— es que este periodo será un periodo lamentable de impartición de justicia. Y los problemas de la sociedad no cesan. De hecho, ante disrupción, lo previsible es que crezcan. Esto quiere decir que el mandato constitucional de impartir justicia de forma expedita es cada vez menos logrado.

Tercero, concluido el periodo de elección y toma de posesión por los jueces vendrá la toma de las riendas de su actividad. Quien conoce los juzgados sabe que existen bodegas de expedientes por leer. Los nuevos jueces tendrán no solo que empezar de nuevo, sino aprender cómo juzgar. Cómo trabajar. El periodo en el que dicha curva de aprendizaje ocurra será uno en el que la impartición de justicia necesariamente se demorará aún más. Y existirán muchos errores. De lo que se observa, esta curva tomará años.

C. Los nuevos jueces

Ya no tendremos juzgadores legales, sino políticos. Personas cuya estrella polar no es la ley, sino el clima. ¿Qué conviene decidir para tener contento al poderoso para así cerciorar reelección? No puede exagerarse lo peligroso que es esto.

Tomemos por un momento la postura optimista. El gremio legal estamos suponiendo que los nuevos jueces serán una opción inferior. Consideremos la posibilidad de que ello no sea así. De que las personas que encarnen los nuevos puestos estén calificadas y adopten una actitud a la altura de la importancia de la tarea social que se les confiará.

La suposición es un acto de fe, es de admitirse. Dado lo que se observa, las condiciones no están dadas para que así ocurra. Pero la historia no está escrita. Y bien puede suceder que la ley secundaria diseñe mecanismos inteligentes para gestionar esto. O que los nuevos personajes resulten ser personas bien-intencionadas. En dicho caso, la siguiente reflexión puede ser de utilidad.

Los nuevos jueces harían bien en entender que el escepticismo no está dirigido a su persona, sino las condiciones en que ocurrió la Reforma Judicial. Y los incentivos que genera. Y que la mejor actitud que pueden tomar es la de entender que la tarea de juzgar es socialmente valiosa. Que deben esmerarse por ser lo mejor que pueden ser, por las partes. Por la sociedad mexicana. Y de paso, nos dan una cachetada con guante blanco a todos quienes fuimos escépticos. De adoptar esta actitud, hay muchas cosas loables que pueden hacer estos personajes. Por ejemplo:

(1) Adentrarse a la tarea lo antes posible, diseñar mecanismos de encausamiento veloz de los expedientes, desarrollando hábitos nuevos que premien calidad de respuesta, temporal y sustantivamente.

(2) Tomar en serio la crítica de corrupción. Al encarnar los nuevos puestos, que se establezcan no solo mecanismos, sino normas sociales, a favor de un actuar decente. No corrupto.[31]

(3) No olvidar. Hoy en día existe una queja social sobre los tiempos judiciales. Su duración genera frustración, indignación y es parte de lo que la clase política en turno recogió para lograr su objetivo. Debe aprenderse la lección. Debe entenderse que, cuando no se desempeña bien una actividad social, tarde o temprano habrá una consecuencia. Particularmente cuando es importante. Para evitar que los verdugos de hoy no se tornen en corderos de sacrificio del futuro, debe aprenderse la lección.

El Poder Judicial —con todos sus méritos— cometió el error de prestar oídos sordos a las quejas sociales de calidad y velocidad de desempeño de su labor. Y aunque hubo mucho ruido, hubo pocas nueces: muchos enarbolaron el mantra de reforma judicial con la finalidad de atraer atención, sentirse importantes o que dejaban una huella, o sencillamente dar una respuesta al clamor—sin que las palabras fueran seguidas de verdaderos hechos. Ello no puede repetirse. O de repetirse, los jueces de hoy deben tener en cuenta que les puede pasar lo mismo que a los actuales.[32]

El sentir que el autor de la Reforma Judicial capturó para hacerse de capital político fue la insatisfacción por el desempeño del mismo. Si no se tienen en cuenta las precauciones indicadas, si no ponen sus barbas a remojar cuando ven las de su vecino cortar, verán que el próximo es él/ella.

(4) En materia arbitral, guiarse de la mejor doctrina al respecto. Por ejemplo, el Instituto Mexicano del Arbitraje (IMA) ha escrito dos libros sobre arbitraje y dialoga con el Poder Judicial mediante la Crónica IMA.[33] Se trata de propuestas de mejora en el manejo de temas que expertos en arbitraje y solución de controversias han identificado, debatido y decantado una perspectiva letrada que sirva para los siguientes casos. Un juzgador nuevo haría bien en consultarla al desempeñar sus labores: se trata de comentario especializado sobre temas en esta materia

31 Si el lector sintió ternura por este comentario, lo entiendo.

32 Esta apreciación es injusta para muchos jueces. A ellas y ellos les extiendo una disculpa. He tenido el gusto de ver cómo muchos juzgadores y su equipo se esmeran por hacer una labor correcta y decente. A ellos no les aplica esta apreciación. Y les extiendo mi agradecimiento como ciudadano mexicano. (Puede ser que haya tenido suerte, puede ser que tenga que ver con que el grueso de mi práctica es litigio arbitral, no judicial. O puede también ser un caso particular de la vida: como le hablas te contesta. Cualquiera que sea la causa, no puedo escribir estas líneas sin dejar de reconocer a todo aquel miembro del Poder Judicial al que no le aplica.)

33 Visible en imarbitraje.org.mx/Crónica.

III. COMENTARIO FINAL

Ante todo lo expuesto, propongo tres reflexiones finales: la importancia del arbitraje y los MSC, pasos específicos a tomar ante el reto que enfrentaremos, y una sugerencia sobre qué puede hacerse en este (sombrío) momento de nuestra vida nacional.

A. El Arbitraje y los MSC crecerán en importancia

Pactar arbitraje se convertirá en un paso *de rigueur* para un número importante de relaciones. Toda relación jurídica descasa en una cama jurídica que sirve no solo de cimiento de dicha relación, sino también de tierra fértil que nutre el contenido jurídico de dicha relación.[34] El contenido verdadero de dicha cama lo dicta no solo el derecho escrito, sino su aplicación. A tal grado que ***D=OxE***: el *valor* real de un derecho está sujeto a cómo se aplica.[35] Dicho de otra manera, el contenido preciso de un derecho contenido en nuestro patrimonio depende (crece y decrece) en función de cómo su aplicador del derecho lo concibe y hace cumplir.

Si el lector acepta este punto, ante un nuevo evaluador que promete ser designado como se anticipa en la Reforma Judicial, es previsible que la aplicación del Derecho sea diversa, inferior, a la que ha recibido hasta ahora. La única pregunta que resta es qué tanto.

Quien quiera insular ese riesgo puede usar el arbitraje y los MSC. Con el arbitraje podrá cerciorar que el evaluador sea especializado, y que su único cometido sea la aplicación adecuada del derecho aplicable. Con los MSC pueden lograrse soluciones a problemas que sean aceptables, y disminuir el riesgo que los problemas se atoren en los intersticios del nuevo paradigma judicial.

B. Expandiendo, pero con calidad. El Arbitraje tendrá que adaptarse

El arbitraje tendrá que adaptarse a las nuevas exigencias que la nueva etapa detone. Para ello, propongo:

(1) **Laudos** más esbeltos. Se observa una (creciente) obesidad en el tamaño de los laudos. Y su parte analítica no necesariamente mejora. Más bien, se dedica mucho espacio a temas fácilmente resumibles, como antecedentes y repetición de argumentos. El corazón del laudo es la motivación. Su calidad debe ser el foco de atención tanto de los árbitros como los jueces (cuando analicen su validez y ejecución).[36]

---

34 *Vid*. Teoría de Contratos Incompletos de Oliver E. Williamson quien, junto con Elinor Ostrom, recibió el Premio Nobel de Economía por temas que incluyeron "contratos incompletos". Las apreciaciones del texto hacen eco y se nutren de dichas ideas.

35 *D=OxE*, Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, México, Número 34, 2010, p. 191.

36 Recientemente tuve un caso con un juez californiano retirado en el que la decisión final fue de una página y media, sin citas, sin mucho antecedente procesal. Su motivación fue concisa, pero suficiente.

(2) **Costas**: incentivar conducta ética mediante una distribución de costas que considere conducta procesal. Actualmente se observa que en muchos casos la distribución de costas merece poca ponderación. Y que el resultado genera incentivos perversos. A veces inclusive incrementa sobre-litigiosidad y chicanería. Una condena en costas que se base en conducta procesal puede hacer mucho para incentivar una conducta procesal decente.

(3) **Integrando a los juzgadores**: Debemos incluir en el mundo de la solución de controversias a los juzgadores. Es una enorme injusticia la que están viviendo. Y existe una veta de juzgadores que cuentan con un capital humano impresionante: jueces respetados, conocedores del Derecho, decentes, que pueden ser excelentes árbitros y abogados de parte. De presentarse una demanda incremental de servicios de arbitraje y MSC, haríamos bien en darles la bienvenida al mundo del arbitraje y los MSC. Para ello, deben crearse seminarios para adentrar a los jueces a la disciplina de la solución de controversias.

C. ¿Qué puede hacerse?: documentar, aprender y diseminar consecuencias

Vivimos tiempos no solo difíciles, sino tristes. Tanto en México como en el mundo.[37] En vez de mejorar las cuestiones que requieren atención, se ha decidido descartar *in toto*. Ello es mala idea. Ello genera retroceso. Especialmente porque las políticas sociales y económicas que se están adoptando hacen eco de ideas superadas. Repiten errores que la historia nos ha enseñado.

Habíamos diseñado un México y un mundo mejor. No era perfecto. Existían problemas. Lo que procedía era atenderlos. Mejorar el *statu quo*. Hacer una diagnosis seria y corregir lo que requería mejoría. En vez, tanto la sociedad civil como actores sociales han optado por destruir lo que iba bien y proponer alternativas que —la expresión más tenue y menos politizada del tema— son cuestionables. Con frecuencia abiertamente erradas. Ello ha generado retroceso. El progreso logrado ha sido menoscabado. Estamos regresando a situaciones que la historia nos había enseñado que son peligrosas. Ya contábamos con lecciones sobre qué hacer. Lamentablemente, las hemos olvidado e ignorado. Como resultado, volveremos a vivir problemas que pudimos —debimos— evitar. Unos de ellos graves. Preocupantes.

Una pregunta obligada que todo ciudadano sensato puede estarse haciendo ante ello es ¿qué puede hacerse? Quedarse cruzado de brazos ante pasos como este es algo que desperdiciaría la ocasión para aprender. Propongo tres pasos:

Pienso que debemos considerar esto para el futuro de la elaboración de los laudos: actualmente la mayor cantidad de tiempo (a veces demora) en los procesos arbitrales deriva de la elaboración del laudo. El ejemplo citado podría oxigenarlo.

37 En *Liberalismo Contemporáneo* (Bosch, 2024) abordo porqué. Resumiría que existe un cambio de época en el mundo. Y que el detonante de dicho cambio es ira. Ante ello, como suele suceder con todo paso motivado por ira, la respuesta no es la óptima.

(1) **Aprender la lección**: Lo que está ocurriendo es errado más no inexplicado. La Reforma Judicial es *inter alia* desatinada, demagoga y populista—además de intrínsecamente contradictoria con la finalidad ostentada. Pero ello no quiere decir que carezca de motivo. Debemos pensar en qué se erró y que creó las condiciones que fueron recogidas y capitalizadas para lograr los nefarios objetivos que la Reforma Judicial *en verdad*[38] busca.

Si aprendemos la lección, esta etapa por lo menos habrá generado una consecuencia positiva.[39] Un caso particular de lo anterior puede ser el que el arbitraje y los MSC penetren con más profundidad el tejido social. De ocurrir, ello será consecuencia positiva. Como dice el viejo adagio: no hay mal que por bien no venga.

(2) **Documentar y diseminar consecuencias**: propongo cuidadosamente recoger, documentar, y diseminar las consecuencias que el nuevo *statu quo* genere. Ello permitirá aprender la lección, y no simplemente sufrirla. Permitirá que el *costo* vivido se torne en *inversión*: en capital político para la nueva etapa de reconstrucción que México necesariamente deberá vivir.[40]

(3) **Cooperar con esfuerzos de resistencia no-violenta**: Las crisis son buenas: nos dan capital político para mejorar. No desperdiciemos esta crisis. Usémosla para cultivar y correctamente encausar. Utilizar apropiadamente el capital político que necesariamente generará consecuencias que se observa que vendrán.

Para que la situación que se vive no se perpetúe innecesariamente, debemos unirnos y colectivamente objetar la nueva realidad que se generará. En *From Dictatorship to Democracy*[41] Gene Sharp presenta una explicación aguda de la resistencia no violenta y cómo pueden tomarse pasos específicos para contrarrestar las tendencias que se observan, y que son preocupantes.

La sociedad civil enfrenta problemas importantes, la mayoría de los cuales le son indiferentes a la clase política.[42] Los Estados han demostrado ser fallidos en muchas áreas del quehacer que los justifica. Uno de ellos es la necesidad que tiene la clase creadora de manejar inteligente y constructivamente los problemas que natural y necesariamente surgen de la actividad humana. Otro es defenderse de la (preocupantemente

38 El observador agudo se percatará que el verdadero motivo de la Reforma Judicial no es el ostensible en la narrativa que lo busca justificar. Y dicho verdadero motivo es preocupante, además de un retroceso.

39 No puede decirse que haya valido la pena: el paso es tan lamentable que sinceramente creo que por más optimista que uno sea, no puede decirse que lo ocurrido haya valido la pena. En mi opinión, su autor pasará a la historia como el gran destructor del desarrollo mexicano. Veremos el veredicto de la historia, que está escribiéndose.

40 Así lo defiendo en *Liberalismo Contemporáneo*, *ob. cit*. p. 117.

41 The Albert Einstein Institution, Boston, USA, fourth edition, 2010.

42 Para entender por qué, recomiendo el libro The *Politics Industry* de Katherine M. Gehl y Michael E. Porter, Harvard Business Review Press, Boston Massachusetts, 2020.

creciente) clase parasitaria: el crimen (organizado o no) que cada vez cobra más víctimas en la sociedad, y que no se observa paso alguno para enfrentarlo; solo negarlo. En México, el Estado se ha erigido en testigo —a veces cómplice— del crimen organizado, sin dar respuesta a las quejas sociales por ello. Dado los beneficios que reporta el crimen organizado, aunado al (menguado) Estado de Derecho —que promete mermarse más con la Reforma Judicial—, y la actitud pasiva —inclusive de complicidad— de las autoridades, es obligado concluir que *vienen tiempos muy difíciles en México*.[43] Para enfrentarlos, el arbitraje y los MSC serán una alternativa para que la sociedad civil pueda enfrentar los retos que vivirá en esta etapa de retroceso, disrupción y caos.

43 La aseveración se basa en las políticas sociales y económicas que se están adoptando, que son iliberales, y que la historia ha demostrado erradas. Estamos embarcándonos en *The Road to Serfdom* (Friedrich A. Hayek, Chicago, 1944).

EL HIJO PÓSTUMO Y LA *LEX CORNELIA* EN EL LIBRO CUARTO DE LAS EPÍSTOLAS DEL JURISTA JAVOLENO

Yuri González Roldán*

RESUMEN: La ley Cornelia en la época republicana estableció la ficción que los ciudadanos que morían en territorio enemigo fueran considerados como si no hubieran perdido su libertad y, por tanto, su testamento, hecho en patria, habría tenido plena validez; sin embargo, los problemas abordados por Javoleno en el libro cuarto de sus epístolas, se refieren a la aplicación de esta ley incorporando el supuesto de la existencia de un hijo póstumo.

Palabras clave: Póstumo, testamento, ciudadano, jurista, esclavo.

ABSTRACT: The Cornelia law in the Republican era established the fiction that the *civis* who died in enemy territory was considered as if they had not lost their freedom and therefore, their will, made in homeland, would have had full validity. However, the problems tackled by Javolen in the fourth book of his epistles, concern the application of this law by incorporating the assumption of the existence of a posthumous.

Keywords: Posthumous, testament, citizen, jurist, slave

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. HIJO PÓSTUMO Y *LEX CORNELIA*. a. La llegada del hijo póstumo deja sin efectos el testamento. b. La tesis sabiniana que considera ineficaz el testamento del hijo preterido ya nacido y muerto antes del padre. 3. SOBRE LA ASIMILACIÓN ENTRE EL *CIVIS AB HOSTIBUS CAPTUS* (CIUDADANO CAPTURADO POR LOS ENEMIGOS) Y EL TESTADOR MUERTO EN LA PERSPECTIVA DE JULIANO. 4. CONCLUSIONES. 5. FUENTES DE CONSULTA.

1. INTRODUCCIÓN

El título de la obra de Javoleno no es novedoso, ya que, en la literatura latina existían obras llamadas epístolas[1] y, respecto a la materia jurídica, en edad julio-claudia, Labeón ya había escrito una obra con tal título[2], así también Próculo en al menos once libros. En edad de Trajano no únicamente Javoleno escribió epístolas, sino también Neracio (probablemente en cuatro libros) e inmediatamente después Celso (posible-

* Profesor titular de Instituciones de Derecho Romano en la Universidad de los Estudios de Bari, Italia.

1 En la segunda mitad del I siglo a.C. la tercera elegía del cuarto libro de Propercio, epístola de Arethusa a Lycotas, es el primer ejemplo latino de epístolas en versos. Recordamos, además la epístola escrita por Cicerón y dirigida al orador Hortensio Hortalo y la recopilación de Epístolas de Horacio dividida en dos libros: el primero incluye veinte cartas dedicadas a Mecenate escritas entre el 23 y el 20 a.C, el segundo está constituido por tres cartas en la que se encuentra la famosa *epistula ad Pisones* o *Ars poetica*, escrita en el 13 a.C. Las *epistulae ex Ponto* de Ovidio contienen 46 composiciones epistolares recopiladas en cuatro libros y fueron escritas entre el 14 y el verano del 16 d.C. Las *epistulae morales ad Lucilium* de Séneca, que resalen al periodo comprendido entre el 62 y el 65 d.C, incluyen 124 cartas subdivididas en 20 libros.

2 Como se recuerda en D. 41.3.30.1 (Pomp. 30 *ad Sab.*): *Labeo libris epistularum ait…*

mente en once libros[3]) y más tarde, pero todavía en edad antoniana, Pomponio fue el autor de dos obras con este título: las *epistulae* (parece ser en doce libros), además de los 20 *libri epistularum et variarum lectionum*, de los cuales fue autor también el jurista Africano (en veinte libros)[4].

Encontrar un orden en las epístolas de Javoleno resulta un trabajo difícil; el mismo Lenel[5] lo indica '*Certus rerum ordo in his libris nullus videtur fuisse*'. Eckardt[6] piensa que probablemente las *epistulae* seguían las rúbricas del edicto, pero tal tesis nos parece un tanto forzada[7] mientras que para nosotros Javoleno se limitó a afrontar varios problemas jurídicos que parecen seguir un diseño casual, argumentos unidos que son el resultado de un juego mental que se construye en modo consecuencial tomando como punto de referencia la obra de Sabino.

El jurista, al mismo modo que el fundador de su escuela[8], inicia sus epístolas tratando del testamento[9] y, mientras en el libro primero se logra reconstruir el hilo conductor seguido por Javoleno[10], entre el libro segundo y el cuarto la situación resulta más com-

---

3 D. 4.4.3.1 (Ulp. 11 *ad ed.*): *...Celsus epistularum libro undecimo et digestorum secundo tractat...*

4 D. 30.39 pr. (Ulp. 21 *ad Sab.*)

5 O. Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis,* 1, rist. Roma 2000, 285 nt.7.

6 B. Eckardt, *Iavoleni Epistulae*, Berlin 1978, 227 ss.

7 Por ejemplo, el investigador considera que el caso de un hijo impúber que obtiene del pretor la facultad de abstenerse de la herencia *damnosa*, presente en D. 42.5.28 (Iavolen. 1 *epist.*), corresponda al § 44 del título X (Lenel) '*ex quibus causis maiores XXV annis in integrum restituuntur*', pero este texto se encuentra en el Digesto bajo el título '*de rebus auctoritate iudicis possidendis seu vendundis*' junto a otros textos del comentario al edicto de Gayo, Paulo y Ulpiano, en donde el argumento tratado corresponde al pago de los acreedores hereditarios. D. 42.5.28 (Iavolen. 1 *epist.*) se encuadra sin problemas en el título del edicto '*De bonis possidendis proscribendis vendundis*' (XXXIX Lenel), pero, evidentemente, si el jurista hubiera tenido la intención de seguir el orden del edicto, difícilmente el problema habría sido analizado en el libro primero de su obra. Eckardt (pp. 227 ss.) piensa que a lo mejor el pasaje que se encuentra en D. 12.1.36 (Iavolen. 1 *epist.*), que trata de las novaciones subjetivas bajo condición corresponda a la rúbrica del edicto '*de lite restituenda*' (Tit. X § 45 Lenel) pero, en nuestra opinión, resulta posible considerarlo en el título '*Si certum peteretur*' (Tit. XVII § 95 Lenel); como puede apreciarse, tal texto se encuentra bajo el título '*de rebus creditis si certum petetur et de condicione*' del Digesto junto a otros textos del comentario al edicto de Juliano, Paulo y Ulpiano y, si nuestra tesis fuera correcta, el pasaje podría unirse a D. 17.1.52 (Iavolen. 1 *epist.*), en donde la cuestión se refiere a la así llamada *condictio triticaria.*

8 Como se demuestra con los comentarios a la obra de Sabino realizados por los juristas Pomponio, *ad Sabinum libri XXXVI* del primero al tercer libro (Lenel, *Palingenesia iuris civilis,* 2 cit. 86 ss.); de Paulo, *ad Sabinum libri XVI*, del primero al segundo (Lenel, *Palingenesia iuris civilis,*1 cit. 1251 ss.) y de Ulpiano, *ad Sabinum libri LI,* del primero al decimoprimero (Lenel, *Palingenesia iuris civilis,* 2 cit. 1019 ss).

9 De esta parte de la obra encontramos en la compilación D. 42.5.28 (Iavolen. 1 *epist.*), que corresponde a la rúbrica *De substitutione pupillari*, y D. 41.2.23 pr. (Iavolen. 1 *epist.*), que trata de la trasmisión de situaciones jurídicas entre el *de cuius* y los herederos voluntarios.

10 Javoleno concluye su análisis sobre la materia hereditaria con los herederos voluntarios y une tal argumento al de la *possessio*, como se observa en D. 41.2.23 pr. (Iavolen. 1 *epist.*): *Cum heredes instituti sumus, adita hereditate omnia quidem iura ad nos transeunt, possessio tamen nisi naturaliter comprehensa ad nos non pertinet*) y, como la posesión continuativa permite la adquisición del *dominium* mediante la *usucapio*, el jurista introduce en su tratado el problema de la *accessio temporis* en D.

plicada; no obstante, podemos constatar que gran parte de los argumentos tratados tienen como punto de encuentro el *fundus*[11]. Por el hecho que el fundo se posee, la posesión del fundo del testador debería favorecer al heredero, como se indica en el libro IV en D. 41.3.20 y por este hecho el argumento encuentra una relación lógica cuando se trata del problema del testamento del ciudadano que entra en la potestad del enemigo.

2. HIJO PÓSTUMO Y *LEX CORNELIA*

Javoleno en un fragmento del libro primero de sus epístolas incorporado en D. 41.2.23.1, había ya afrontado el tema del ciudadano capturado por los enemigos (*civis ab hostibus captus*), considerando *ius singulare* el hecho que un ciudadano romano, prisionero por los enemigos continuara a ser titular de sus propios bienes; según el jurista, resultaría contrario, bajo un sentido lógico (*tenor rationis*), que una persona que se encontrara bajo la potestad ajena conservara todavía tales derechos (*in retinendo iura rerum suarum*), además que, la perdida de la posesión sobre las mismas *res* tendría como fundamento una contradicción lógica: no puede continuar a poseer quien ya se encuentra bajo la posesión de otra persona (*neque enim possunt videri aliquid possidere, cum ipsi ab alio possideantur*) [12].

La *fictio iuris* en materia de *captivitas* se presenta también, como es notorio, respecto a la aplicación de la *lex Cornelia*[13]. Sobre la materia encontramos un caso con dife-

---

41.3.19 (Iavolen. 1 *epist.*), para terminar su análisis con el caso del *dominus* que adquiere la titularidad de una *res* concedida a dos esclavos que pertenecen al mismo propietario. Faltan en la obra textos que permitan entender la relación entre la propiedad y la *sponsio* o la *stipulatio* en D. 12.1.36 (Iavolen. 1 *epist.*) y D. 17.1.52 (Iavolen. 1 *epist.*), pero parece evidente que los casos que se refieren a las obligaciones *verbis contractae* fueron considerados por el jurista sabiniano al final del libro primero y no al inicio de la obra, como contrariamente considera Lenel, *Palingenesia* 1 cit. 285 ss, porque el maestro de Juliano continúa a tratar el argumento en el segundo libro de sus epístolas (D. 16.2.15; D. 45.1.105).

11 Libro II: D. 18.1.64 (fundo comprado); D. 8.6.15 (fundo y servidumbre); D. 10.3.18 (*fundus hereditarius*). Libro III: D. 7.1.54 y en D. 38.2.35 (usufructo de un fundo concedido en un legado con y sin condición); D. 38.5.12: el fundo mancipado por un liberto a favor de una tercera persona con fraude en contra de su patrón. Libro IV: D. 8.1.12: la adquisición de una servidumbre a favor de un fundo perteneciente a los habitantes de un municipio mediante un esclavo; D. 35.2.61: el legado de un fundo ajeno; D. 50.16.115: distinción conceptual entre *fundus, ager* y *possessio.*

12 Argumento ya estudiado por nosotros en otra ocasión, cfr. Y. González Roldán, *Argomenti del libro primo delle Epistole di Giavoleno,* en *RIDA* 66, 2019, 102-107.

13 Ley del 84-81 o del 82-67 a.C. (?) cuyo nombre proviene de su proponente *Lucius Cornelius Sulla.* Sobre el argumento se vean: E. Balogh, *Der Urheber und das Alter der Fiktion des Cornelischen Gesetzes*, en *Studi in O. di P. Bonfante* 4, Milano, 1930, 624-691; H.J. Wolff, *The «lex Cornelia de captivis» and the roman law of succession*, en *RHD* 17, 1941, 136-183; L. Amirante, «*Captivitas» e «postliminium»*, Napoli 1950, 25-40; E. Bianchi, *Fictio iuris. Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea,* Padova 1997, 352-373; L. D'Amati, «*Civis ab hostibus captus». Profili del regime classico,* Milano 2004, 175-181, la autora transcribe en la nt. 491 los tentativos de reconstrucción de la doctrina a la presente ley.

rentes variantes que parecen ser el resultado de una simple ejercitación de carácter escolástico, en D. 28.3.15 (Iavolen. 4 *epist.*):

> *Qui uxorem praegnatem habebat, in hostium potestatem pervenit: quaero, filio nato quo tempore testamentum in civitate factum rumpatur? et si filius ante moriatur quam pater, an scripti heredes hereditatem habituri sint? respondi: non puto dubium esse, quin per legem Corneliam, quae de confirmandis eorum testamentis, qui in hostium potestate decessissent, lata est, nato filio continuo eius testamentum, qui in hostium potestate sit, rumpatur: sequitur ergo, ut ex eo testamento hereditas ad neminem perveniat.*
>
> Un ciudadano que tenía una mujer embarazada cae bajo la potestad de los enemigos. Pongo la cuestión: nacido el hijo ¿En que momento se vuelve inválido el testamento hecho mientras se encontraba como ciudadano? Y, si el hijo muere antes del padre ¿Los herederos escritos en el testamento obtendrían la herencia? Respondí que no considero que exista alguna duda con fundamento en la ley Cornelia, que fue promulgada para confirmar los testamentos de aquellos que hubieran fallecido bajo la potestad de los enemigos, que una vez nacido el hijo, el testamento de quien se encuentra en potestad de los enemigos se vuelve inmediatamente inválido; en consecuencia, a nadie puede llegar la herencia con fundamento en tal testamento.

Un ciudadano elabora un testamento sin considerar la eventualidad del nacimiento de un hijo póstumo y después llega a ser capturado por los enemigos. El jurista presenta dos cuestiones (*quaero*) con variables diferentes; la primera consiste en determinar el momento en que el *testamentum* redactado en Roma por el prisionero se volvería ineficaz después del parto; respecto a la segunda, es necesario establecer si los herederos instituidos en el testamento podrían obtener la herencia en el caso en que el feto llegara a nacer, pero muera antes del padre. El jurista para responder a las preguntas propone su interpretación (*non puto dubium esse*) tomando en consideración la *lex Cornelia de confirmandis testamenti eorum qui in hostium potestate decessissent* destacando que, desde el momento en que el hijo nace, el testamento inmediatamente se volvería inválido, como sucede además en el caso en que el padre se encontrase en territorio romano (con la consecuencia que los herederos designados por el *de cuius* no obtendrían la herencia según el testamento ineficaz).

Como es notorio, la *lex Cornelia* de edad republicana establecía la ficción que el ciudadano muerto en territorio enemigo habría sido considerado todavía libre y por tal motivo su testamento, elaborado en su patria, habría tenido plena validez[14], no considerándose *irritum* por *capitis deminutio*.

---

14 Javoleno indica la función de la *lex* en el pasaje motivo de estudio:...*per legem Corneliam, quae de confirmandis eorum testamentis*..., expresión que, como considera Bianchi, *Fictio iuris* cit. 355 nt. 426 «descrive come, nonostante la caduta in prigionia, ai testamenti sia mantenuta efficacia»; así, como indica U. Ratti, *Studi sulla captivitas,* Napoli, rist. 1980, 158, resulta erróneo decir que la validez del testamento se encuentre en vilo o que la captura en una guerra, visto la ley Cornelia, no lo convierta por ningún motivo en *irritum*, ya que, el *testamentum* se vuelve ineficaz para todos los efectos a causa

Esto significa que, si el hijo póstumo hubiera sido considerado en el testamento dentro de los herederos, la última voluntad del *de cuius* sería eficaz para todos los efectos como si el prisionero en territorio enemigo hubiera muerto como ciudadano libre.

Un dato no indicado en la *lex* se refiere a la determinación del momento preciso en que habría sido considerada la muerte del ciudadano en territorio enemigo. Las posibles soluciones eran dos[15]: el momento efectivo del deceso o bien, el de la captura.

La prima solución presenta una grave dificultad, ya que, no obstante, en algunos casos limitados, tener la certeza del deceso habría necesitado una constatación no siempre posible, por este motivo, parecería más cónsono considerar llegada la muerte a partir del momento en que el ciudadano se había vuelto prisionero. De todos modos, debemos destacar que tal tesis jurisprudencial habría necesitado de la inclusión en la interpretación de la ley Cornelia, que ya presuponía una ficción, de una segunda simulación: la muerte del ciudadano al momento en que fue capturado por los enemigos. Gayo no expresa cuál de las dos tesis prevaleció en la jurisprudencia[16], pero parece ser que el segundo criterio tuvo mayor aceptación en edad severiana, como demuestra el fragmento que se encuentra en D. 49.15.18 (Ulp. 35 *ad Sab.*): *In omnibus partibus iuris is, qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, cum captus est*[17]. Probablemente el texto de Ulpiano tiene una matriz sabiniana, no solo por el hecho que el jurista está comentando al corifeo de la escuela (que ya por sí solo representa un indicio), sino porque, como se demuestra en D. 28.3.15 (Iavolen. 4 *epist.*), parece que el discípulo de Javoleno fuera del mismo parecer; efectivamente, Javoleno inicia

---

de la *capitis deminutio* del testador en cautividad si bien, gracias a la ley Cornelia, producirá efectos jurídicos. En el mismo sentido Bianchi (pp. 357-358) considera, en modo correcto, que el ámbito de aplicación de la *lex* en origen fuera la sucesión testamentaria y que después, en edad clásica, gracias a una interpretación extensiva de la jurisprudencia iniciada probablemente con Juliano en D. 28.6.28 (Iulian. 62 *dig.*), el criterio habría sido ampliado a cualquier tipo de herencia (como aquella que se refería a la sustitución pupilar): *Lex Cornelia, quae testamenta eorum qui in hostium potestate decesserunt confirmat, non solum ad hereditatem ipsorum qui testamenta fecerunt pertinet, sed ad omnes hereditates, quae ad quemque ex eorum testamento pertinere potuissent...*. Sobre este último punto Wolff, *The «lex Cornelia de captivis»* cit. 139-141, destaca como la tesis julianea encontraba todavía confrontaciones en edad severiana, como se hace notar en D. 49.15.10 pr. (Papinian. 27 *quaest.*):*...verum huic sententiae refragatur iuris ratio...* Sobre la relación entre la ley Cornelia y la sustitución pupilar ver G. Finazzi, *La sostituzione pupillare*, Napoli 1997, 211-216.

15 Como se recuerda en Gai 1.129:*...sed utrum ex hoc tempore, quo mortuus est apud hostes parens, an ex illo, quo ab hostibus captus est, dubitari potest...*

16 Como correctamente hace notar R. Quadrato, *Le Institutiones nell'insegnamento di Gaio. Omissioni e rinvii,* Napoli 1979, 102-106.

17 En el mismo sentido cfr. P. Voci, *Diritto ereditario romano,* 1, Milano 1967, 557-558. Debemos incluir como prueba D. 49.15.10 pr. (Papin. 29 *quaest.*): *...si pater, qui non rediit, iam tunc decessisse intelligitur, ex quo captus est...* y D. 49.15.12.1 (Tryphon. 4 *disp.*): *Si quis capiatur ab hostibus, hi, quos in potestate habuit, in incerto sunt, utrum sui iuris facti, an adhuc pro filiis familiarum computentur; nam defuncto illo apud hostes, ex quo captus est, patres familiarum...*

tratando del problema de los efectos del testamento sin presuponer la muerte efectiva del testador, sino su captura: *in hostium potestatem pervenit*[18].

a. La llegada del hijo póstumo deja sin efectos el testamento

La primera *quaestio* presentada por Javoleno consiste en determinar cuando el testamento del ciudadano que cae en cautividad se vuelve inválido verificándose el nacimiento[19] de un hijo póstumo no instituido o desheredado en la disposición de última voluntad[20].

Si la *lex Cornelia* no hubiera sido emanada, la *capitis deminutio* del *pater* ocurrida con la captura, habría transformado en *irritum* el testamento (Gayo 2.145; 2.146) antes del nacimiento del póstumo, pero, ya que la presente ley considera el *civis ab hostibus captus* muerto en su patria, el *testamentum* se vuelve ineficaz (*ruptum*) desde momento del nacimiento del hijo póstumo. Bajo tal perfil encuentra aplicación la regla *adgnatione postumi testamentum rumpitur* [Gai 2.131; Ulp. 22.18; Inst. 2.13.1; D. 28.3.3 pr. (Ulp. 3 *ad Sab.*)].

El caso se vuelve más complejo si los herederos testamentarios manifiestan en el juicio la falta de relación agnaticia entre el *de cuius* y el hijo póstumo; por ejemplo, en el caso en que el menor efectivamente sea hijo biológico del testador, pero jurídicamente no tenga el carácter de *suus heres* ya que la verdadera madre era una esclava y no la esposa que afirmaba ser la madre del niño. En este caso, el pretor, previa evaluación de las circunstancias (*causa cognita*), habría concedido la posesión de los bienes al menor como si no hubiera existida la controversia, reenviando la decisión al tiempo de la pubertad con fundamento en el edicto Carboniano [D. 37.10.1 pr. (Ulp. 41 *ad edict.*)][21].

---

18 Ratti, *Studi sulla «captivitas»* cit. 159, afirma que, visto que para Javoleno la muerte del testador debería considerarse llegada al momento de la captura, el periodo de nulidad del testamento, causado por la *capitis deminutio* del testador por motivo de la prisión, resultaría cancelado.

19 El término *natum* incluye también al hijo llegado a la luz mediante el corte cesáreo [D. 28.2.12 pr. (Ulp. 9 *ad Sab*)]. El requisito del nacimiento es fundamental para invalidar el testamento (*ruptum*) inclusive si el hijo hubiera nacido sin voz [C.6.29.3 (Lamp. Et Orest., a. 530)]. Ciertamente, si la mujer hubiera sufrido un aborto, *nihil impedimento est scriptis heredibus ad hereditatem adeundam* (Gayo 2.131). Contrariamente si, en el testamento del ciudadano capturado por los enemigos hubiera sido concedida una cuota de la herencia al hijo póstumo y hubiera sido constatado que la mujer no se encontraba embarazada, la cuota que debería haber correspondido al hijo póstumo incrementaría las porciones de los otros herederos, cfr. D. 29.2.31 (Paul. 2 *ad Sab.*).

20 Gai 2.130: *Postumi quoque liberi vel heredes institui debent vel exheredari.* No hemos considerado el adverbio *nominatim* que resulta aparecer en el texto Veronese (*Postumi quoque liberi nom<inatim vel heredes insti>tui debent vel exheredari*) ya que varios editores lo consideran inserido con posterioridad y lo eliminan en la reconstrucción del pasaje. F. Lamberti, *Studi sui postumi nell'esperienza giuridica romana. Profili del regime classico,* 2, Milano 2001, 98-108 prefiere incorporarlo en el fragmento.

21 Problema afrontado por nosotros en Y. González Roldán, *Il diritto ereditario in età adrianea. Legislazione imperiale e senatus consulta,* Bari 2014, pp. 221-223.

b. La tesis sabiniana que considera ineficaz el testamento del hijo preterido ya nacido y muerto antes del padre

El segundo caso analizado por Javoleno tiene una variante, el *suus* sobreviene después de la elaboración del testamento, pero su muerte se verifica antes del fallecimiento del padre. En tal caso se deberían producir los mismos efectos ya referidos en el primer supuesto: el testamento se vuelve ineficaz *iure civili* y ninguno de los herederos instituidos puede beneficiarse de la herencia testamentaria. El jurista no informa si con fundamento en el derecho pretorio los herederos indicados por el *de cuius* tengan la facultad de pretender la *bonorum possessio secundum tabulas*, como habrían considerado posteriormente en rescriptos imperiales Adriano y Caracala[22], pero, con fundamento en sus palabras, debemos excluirlo: *sequitur ergo, ut ex eo testamento hereditas ad neminem perveniat.*

La posición de Javoleno aplica al *postumus* la tradicional visión sabiniana que considera ineficaz el testamento del hijo preterido nacido y premuerto al padre como se recuerda in D. 28.2.7 (Paul. 1 *ad Sab.*): *Si filius qui in potestate est praeteritus sit et vivo patre decedat, testamentum non valet nec superius rumpetur, et eo iure utimur.*

Los Proculeyanos habrían sido menos rígidos respecto a los Sabinianos considerando válido el testamento elaborado cuando el hijo se encontraba todavía en gestación, si, después de su nacimiento hubiera muerto mientras el padre continuaba en vida,[23], tesis recordada en Gai 2.123:

> *Item qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum vel heredem instituat vel nominatim exheredet: alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur: adeo quidem, ut nostri praeceptores existiment, etiamsi vivo patre filius defunctus sit, neminem heredem ex eo testamento existere posse quia scilicet statim ab initio non constiterit institutio. Sed diversae scholae auctores, si quidem filius mortis patris tempore vivat, sane impedimento eum esse scriptis heredibus et illum ab intestato heredem fieri confitentur; si vero ante mortem patris interceptus sit, posse ex testamento hereditatem adiri putant, nullo iam filio impedimento; quia scilicet existimant non statim ab initio inutiliter fieri testamentum filio praeterito.*

---

22 D. 28.3.12 pr. (Ulp. 4 *disp.*): *Postumus praeteritus vivo testatore natus decessit: licet iuris scrupulositate nimiaque suptilitate testamentum ruptum videatur, attamen, si signatum fuerit testamentum, bonorum possessionem secundum tabulas accipere heres scriptus potest remque optinebit, ut et divus Hadrianus et imperator noster rescripserunt...* Cfr. González Roldán, *Il diritto ereditario in età adrianea,* cit. 221 nt.1, en donde se releva que los términos *scrupulositas* y *subtilitas* fueron considerados interpolados por varios autores como P. Voci, *Testamento pretorio,* en *Labeo* 13, 1967, 324, si bien, el mismo autor afirma que la interpolación que atribuye a la *nimia subtilitas* la ruptura del testamento, se refiere evidentemente al régimen civil y no incorpora nada de substancialmente nuevo. A nuestro parecer tales términos son clásicos ya que el jurista lo único que hace es destacar un dato totalmente aceptable en edad clásica.

23 La controversia jurídica entre las dos escuelas ya había sido destacada por B. Eckardt, *Iavoleni epistulae*, Berlin 1978, 86.

> El que tiene un hijo en potestad debe tener atención de instituirlo heredero o de desheredarlo nominativamente, si no, si lo haya omitido con el silencio, inútilmente hará testamento, a tal punto ciertamente que nuestros preceptores estimen que nadie puede ser heredero con base en aquel testamento porque desde el inicio no había subsistido la institución. Pero los autores de la escuela contraria admiten que, si el hijo viva en el momento de la muerte del padre, éste es de obstáculo a los herederos escritos, y aquél se convierte en heredero *ab intestato*, pero si haya muerto antes al fallecimiento del padre, piensan que se puede adquirir la herencia con base en el testamento, no siendo el hijo ya un obstáculo, porque evidentemente estiman que el testamento no es hecho inútilmente desde el inicio, aunque el hijo sea preterido.

El texto recuerda la regla *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi* incorporada también en Tit. Ulp. 22.14 probablemente ya considerada en edad republicana[24] y confirma el criterio sabiniano indicado en D. 28.3.15 (Iavolen. 4 *epist.*) de la ineficacia del acto si no se hubiera aplicado tal máxima inclusive en el caso del hijo concebido nacido y después fallecido cuando el padre se encontraba todavía en vida[25]. Debemos tomar atención a las últimas palabras utilizadas por Gayo para interpretar la *ratio* de la tesis proculeyana: resulta evidente (*scilicet*), que la escuela contraria habría negado la ineficacia del acto ya que al inicio este tenía plena eficacia. La dotrina[26] ha considerado que para los Sabinianos tenga mayor importancia la validez potencial del testamento, situación por la que, los eventuales vicios debían verificarse al momento de la exteriorización y no después, mientras que, para los Proculeyanos habría sido relevante únicamente la aceptación de la herencia (*aditio*) y todo lo que sucedió anteriormente dejaría de tener importancia. No aceptamos tal posición, ya que, respecto a la tesis sabiniana, no se debe entender forzosamente que el hijo hubiera sido ya concebido

24 Como sostiene Lamberti, *Studi sui postumi* cit. 69-91 con referencias bibliográficas en la nt.1. Se vea también E. Bianchi, *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur'. Fondamenti arcaici e classici*, Milano 2009,160-220.

25 Inclusive, si el hijo hubiera nacido y después se hubiera caído inmediatamente, el testamento, de todos modos, resultaría invalidado (*ruptum*), como se indica en C. 6.29.3 (Lamp. Et Orest., a. 530).

26 Se vea G.L. Falchi, *Le controversie tra Sabiniani e Proculeiani*, Milano 1981, 152-154, el cual propone nuevamente una tesis de G. Baviera, *Le due scuole di giureconsulti romani,* Firenze 1898 (rist. 1971), 94, pero no acepta la opinión de P. Bonfante, *Storia del diritto romano* 2, Torino 1934, 266, que hace notar una mayor amplitud de la visión de la escuela proculeyana. Sin negar la validez de tal pensamiento, sin embargo, lo consideran incompleto P. Stein, *The two schools of jurists in the early Roman Principate*, en *Cambridge LJ* 31, 1972, 24-25 y M.G. Scacchetti, *Note sulle differenze di metodo fra Sabiniani e Proculeiani*, Cisalpino 5, *Studi in O. di A. Biscardi*, Milano 1984, 396-397. La opinión de Scacchetti, a nuestro parecer, parece poco clara, ya que la investigadora, por una parte, sostiene que los Proculeyanos querían conservar el acto *mortis causa* (que resulta evidente, claro está), pero por otra parte la frase «ne applicarono concretamente i principi in quei soli casi in cui ciò non avrebbe comportato la violazione del diritto vigente, differenziandosi così, ancora una volta, dalla metodologia dei Sabiniani» no parece encontrar confirmación en el presente caso ya que, bajo tal perspectiva, considerar válido un testamento en donde se hace omisión del hijo póstumo parece, bajo un aspecto de lógica jurídica, una clara 'violazione del diritto vigente' (usando las palabras de la investigadora).

cuando el *pater* había declarado su última voluntad: es más, el testamento, en tal caso, no habría tenido vicios, pero resultaría eficaz en un segundo momento.

Respecto a la tesis contraria, parece poco preciso, a nuestro parecer, concentrar la atención a la fase de aceptación considerando irrelevante todo lo demás. Probablemente la *secta* proculeyana reconoce que la regla que prohíbe la *praeteritio* del embrión presenta la dificultad que el hijo todavía no había nacido e inclusive ni siquiera concebido al momento de la elaboración del *testamentum* y, ya que el *postumus* dejó de estar con vida cuando murió el *de cuius*, se reconstruirían las mismas condiciones que existían en el periodo de la *nuncupatio*.

Seguramente el pensamiento sabiniano es más correcto bajo un punto de vista di lógica jurídica (el hijo concebido nació y por este motivo existe una causa de invalidez sobrevenida que no puede ser ignorada), pero, el excesivo rigor[27] aplicado en el presente caso, hecho notar por Gayo (*etiamsi*), se soluciona con la propuesta novedosa de los Proculeyanos no seguida en edad justinianea (*Inst.* 2.13 pr. y C. 6.29.3) que mira a salvaguardar la voluntad del testador, considerando como si no hubiera ocurrido el nacimiento y la muerte del hijo preterido.

3. SOBRE LA ASIMILACIÓN ENTRE EL *CIVIS AB HOSTIBUS CAPTUS* (CIUDADANO CAPTURADO POR LOS ENEMIGOS) Y EL TESTADOR MUERTO EN LA PERSPECTIVA DE JULIANO

En D. 28.3.15 (Iavolen. 4 *epist.*) la conjunción *et* sirve de unión entre la primera y la segunda cuestión (*et si filius ante moriatur quam pater, an scripti heredes hereditatem habituri sint*?) produciendo el efecto de incorporar el presupuesto de la ley Cornelia al segundo interrogativo. De tal hecho resultaría evidente que para Javoleno existiría asimilación entre el *civis ab hostibus captus* y el testador muerto. Tal opinión no parece ser aceptada por su discípulo Juliano, como se demuestra en D. 49.15.22.4 (Iulian. 62 *dig.*):

> *Si quis, cum praegnatem uxorem haberet, in hostium potestatem pervenerit, nato deinde filio et mortuo, ibi decesserit, eius testamentum nullum est, quia et eorum, qui in civitate manserunt, hoc casu testamenta rumpuntur.*
>
> Si alguno, teniendo embarazada a su esposa, hubiera caído en poder de los enemigos y el hijo habiendo nacido y muerto después, falleciendo el ciudadano prisionero en poder de aquéllos, es nulo su testamento, porque inclusive en los casos de los ciudadanos que permanecen en la ciudad, los testamentos dejarían de producir efectos.

Juliano considera dos momentos diferentes: el primero que corresponde al mismo acto de la captura (*in hostium potestatem pervenerit*), mientras que el segundo, a la

27 Voci, *Testamento pretorio* cit. 638-639.

muerte en el territorio enemico (*ibi decesserit*) y, en esta última circunstancia, el jurista considera aplicable la *fictio legis Cornelia*[28]. Probablemente Juliano tiene una visión más optimista respecto a la de Javoleno[29], ya que, si bien resulte evidente la dificultad de determinar la muerte del testador prisionero por los enemigos (*apud hostes*), el regreso del ciudadano a su patria podría ser posible; por ejemplo, después de su rescate. El maestro de Juliano, diferentemente, considerando la muerte del testador al momento de la captura, habría permitido, resultando ineficaz el testamento por motivo del nacimiento del hijo póstumo, la apertura de la sucesión *ab intestato* y, en la eventualidad del regreso en el territorio romano, el ciudadano habría podido readquirir sus bienes gracias al *postliminium*.

La tesis de Javoleno, según Eckardt[30], resulta menos clara de la de Juliano ya que, según el investigador, el maestro del jurista adrianeo habría considerado que la invalidez del testamento era atribuida a la ley Cornelia y no al nascimiento del *suus*. La mejor interpretación del texto, a nuestro parecer, es otra: la ley Cornelia fue emanada para confirmar la validez del testamento de aquellos que se encuentran como prisioneros de los enemigos, como demuestran los pasajes incorporados en la compilación, pero, el nacimiento del hijo es la variable que impide su eficacia (*...nato filio continuo eius testamentum...rumpatur*).

De todos modos, debemos destacar que, si bien Juliano considere muerto el testador cuando los enemigos conduzcan al ciudadano romano en el propio territorio, esto no significa que los herederos habrían podido pretender inmediatamente después de la captura, la apertura del testamento. Como es notorio, la condición jurídica de sus descendientes se encuentra en una situación de incertidumbre [D. 38.17.2.7 (Ulp. 13 *ad Sab.*)], resultando incierto si deban ser considerados *sui iuris* o si permanezcan en la potestad del *pater* [Gai. 1.129; D. 49.15.12.1 (Tryphon. 4 *disp.*); Ulp. 10.4] aunque si bien, como afirma Voci[31], prevalece la opinión que ellos deberían ser considerados *sui iuris*.

Tal solución, bajo el aspecto práctico, resulta ser la mejor ya que, en este modo, los hijos del prisionero no habrían tenido como obstáculo el senadoconsulto Macedoniano[32] y así podrían solicitar eventuales préstamos para pagar el rescate y hacer regresar a la patria al propio padre y, como releva Ratti[33], «La possibilità che la situazione giuridica

---

28 Se vea, además, D. 28.1.12 (Iulian. 42 *dig.*); D. 28.6.28 (Iulian. 62 *dig.*) y D. 49.15.22 pr. (Iulian. 62 *dig.*). En este último pasaje, el jurista adrianeo resulta muy claro: *Bona eorum, qui in hostium potestatem pervenerint atque ibi decesserint...*

29 Respecto a la diferencia de posición entre Javoleno y Juliano en materia de *fictio legis Corneliae* ver Amirante, «*Captivitas» e «postliminium»* cit. 108-109.

30 Eckardt, *Iavoleni Epistulae* cit. 86-88.

31 Voci, *Diritto ereditario romano* 1 cit. 559.

32 Sobre este punto en D. 14.6.1.1 (Ulp. 29 *ad edict.*) Ulpiano afirma claramente que, si el padre se encuentra prisionero frente a los enemigos, el senadoconsulto no encontrará aplicación, pero, si el padre regresa a la patria, el senadoconsulto Macedoniano producirá efectos.

33 Ratti, *Studi sulla captivitas* cit. 55-63; 190-191.

attuale muti in avvenire con effetto retroattivo non deve necessariamente produrre un'incertezza sulla situazione attuale».

4. CONCLUSIONES

Después de haber analizado el pensamiento de Javoleno sobre el hijo póstumo y la aplicación de la ley Cornelia podemos afirmar que su tesis refleja la posición sabiniana en materia. El nacimiento de un descendiente después de su muerte deja sin efectos el testamento del ciudadano inclusive si éste se encontrara en territorio enemigo y no obstante la *fictio legis Cornelia.* Los Proculeyanos, a diferencia de los Sabinianos, consideran que si el hijo póstumo hubiera muerto antes del fallecimiento del padre no dejaría sin efectos el testamento y el motivo sería debido al hecho que se reconstruirían las mismas condiciones que existían al momento de la *nuncupatio*, tesis no seguida en edad justinianea. Entre Javoleno y su discípulo Juliano existe una perspectiva diferente respecto a la aplicación de la ley Cornelia, el maestro considera la muerte del ciudadano en el momento preciso en que fue capturado por los enemigos mientras que Juliano piensa que tal ley habrá lugar sólo cuando efectivamente haya fallecido el ciudadano en territorio extranjero.

5. FUENTES DE CONSULTA

Gai 2.123

D. 28.3.15 (Iavolen. 4 *epist.*)

D. 49.15.22.4 (Iulian. 62 *dig.*)

Bibliografía

Amirante L, «*Captivitas» e «postliminium»*, Napoli 1950, 25-40

Balogh E, *Der Urheber und das Alter der Fiktion des Cornelischen Gesetzes*, en *Studi in O. di P. Bonfante* 4, Milano, 1930, 624-691

Bianchi E, *Fictio iuris. Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea,* Padova 1997

Bianchi E, *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur'. Fondamenti arcaici e classici*, Milano 2009,160-220

Bonfante P, *Storia del diritto romano* 2, Torino 1934

D'Amati L, «*Civis ab hostibus captus». Profili del regime classico,* Milano 2004

Eckardt B, *Iavoleni Epistulae*, Berlin 1978

Falchi G.L, *Le controversie tra Sabiniani e Proculeiani*, Milano 1981

Finazzi G, *La sostituzione pupillare*, Napoli 1997

González Roldán Y, *Argomenti del libro primo delle Epistole di Giavoleno*, en RIDA 66, 2019, 97-133

González Roldán Y, *Il diritto ereditario in età adrianea. Legislazione imperiale e senatus consulta,* Bari 2014

Lamberti F, *Studi sui postumi nell'esperienza giuridica romana. Profili del regime classico,* 2, Milano 2001

Lenel O, *Palingenesia Iuris Civilis,* 1, rist. Roma 2000

Quadrato R, *Le Institutiones nell'insegnamento di Gaio. Omissioni e rinvii,* Napoli 1979

Ratti U, *Studi sulla captivitas,* Napoli, rist. 1980

Scacchetti M.G, *Note sulle differenze di metodo fra Sabiniani e Proculeiani*, Cisalpino 5, *Studi in O. di A. Biscardi*, Milano 1984, 396-397

Stein P, *The two schools of jurists in the early Roman Principate*, en *Cambridge LJ* 31, 1972, 24-25

Voci P, *Diritto ereditario romano,* 1, Milano 1967

.Voci P, *Testamento pretorio,* en *Labeo* 13, 1967, 324

Wolff H.J, *The «lex Cornelia de captivis» and the roman law of succession*, en *RHD* 17, 1941, 136-183

Yuri González Roldán (Università degli Studi di Bari "Aldo Moro")
yuri.gonzalezroldan@uniba.it

LA CONSTRUCCIÓN DE LA CATEGORÍA JURÍDICA DEL DEUDOR DE BUENA FE EN EL *TRACTATUS* «*DE CONTURBATORIBUS SIVE DECOCTORIBUS*» DE BENVENUTO STRACCA Y SU RELACIÓN CON EL «MECANISMO DE SEGUNDA OPORTUNIDAD» PREVISTO POR LA LEGISLACIÓN CONCURSAL ESPAÑOLA

Alessandro Grillone

RESUMEN: El objetivo de esta investigación es descubrir qué papel pudo haber jugado el *Tractatus* «*De conturbatoribus sive decoctoribus*» de Benvenuto Stracca en la construcción de la categoría jurídica del deudor de buena y consecuentemente de la legislación española de segunda oportunidad, que constituye uno de los componentes más importantes del actual derecho concursal. El legislador español en el preámbulo de la Ley 25/2015, de 28 de julio, «de mecanismo de segunda oportunidad», cita expresamente la ley III, título XV, Partida V, de la Ley de las Siete Partidas, como fundamento de la nueva legislación sobre el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho. Esta legislación vincula la exoneración a la *cessio bonorum* voluntaria sin precisar quién es el deudor que merece este beneficio. Esta investigación tiene como objetivo demostrar, pues, que el fundamento histórico de la categoría jurídica del deudor de buena fe se encuentra en el *Tractatus* de Benvenuto Stracca, en particular, en la parte III, nn. 1-6 y nn. 24-26.

Palabras clave: buena fe, segunda oportunidad, exoneración, *cessio bonorum*, liquidación.

SUMARIO: 1. PREMISA. 2. EL PAPEL DE LAS PARTIDAS EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA 'REFORMA DE MECANISMO DE SEGUNDA OPORTUNIDAD' ESPAÑOLA. 3. BENVENUTO STRACCA Y LA CONSTRUCCIÓN DE LA CATEGORÍA JURÍDICA DEL DEUDOR DE BUENA FE. 4. BENVENUTO STRACCA, EL 'CONCURSO CULPABLE' Y SU 'SUPUESTOS ESPECIALES'. FUENTES DE CONSULTA.

1. PREMISA

Esta investigación representa una continuación y actualización de los estudios realizados en colaboración con la Universidad San Pablo-CEU de Madrid, bajo la dirección del Prof. Juan Manuel Blanch Nougués, por nuestro grupo de investigación del Departamento de Derecho de la Universidad de Pisa[1], dentro del 'Proyecto estatal de I+D "de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia, Subprograma estatal de Generación de Conocimiento" (DER2017-87401-P)': *La construcción del de-*

1 Compuesto por los Profesores Aldo Petrucci, Alessandro Cassarino (Derecho romano) y Andrea Landi (Historia del derecho).

recho concursal moderno en el tratado de Benvenuto Stracca 'De conturbatoribus sive decoctoribus', recientemente concluido con la publicación de las Actas de Congreso, *Estudios en torno al Tratado de los quebrados o fallidos (De conturbatoribus sive decoctoribus) de Benvenuto Stracca*.

Debido a la larga gestación de este libro, la investigación que allí publiqué[2] analizaba los fundamentos históricos del Texto refundido de la Ley Concursal (Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo), sin que no obstante pudiera tener en cuenta las últimas modificaciones introducidas en el mismo, principalmente a través de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, 'de reforma del Texto refundido, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia)'. Por eso conviene ahora volver sobre el tema para intentar actualizar y renovar esas reflexiones.

La finalidad de esta investigación es desvelar el papel del *Tractatus «De conturbatoribus sive decoctoribus»* de Benvenuto Stracca en la construcción de la categoría jurídica del deudor de buena fe y consecuentemente de la legislación española de segunda oportunidad (Rdl 1/2015, de 27 de febrero y Ley 25/2015, de 28 de julio), que constituye hoy uno de los componentes más importantes del actual derecho concursal.

El legislador español en el preámbulo de la Ley 25/2015, de 28 de julio, «de mecanismo de segunda oportunidad», cita expresamente la ley III, título XV, Partida V, de la Ley de las Siete Partidas, como fundamento de la nueva legislación sobre el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho. Sin embargo, el límite de esta referencia histórica, con respecto al derecho concursal vigente, es el de vincular la exoneración a la *cessio bonorum* voluntaria sin precisar plenamente quién es el deudor que merece este beneficio[3].

Entonces en mi opinión los otros fundamentos históricos para la construcción de la categoría jurídica del deudor de buena fe, no culpable y desafortunado, que merece

---

2 A. Grillone, *Las raíces de la legislación 'de segunda oportunidad' en las fuentes romanas, en Stracca y en el derecho medieval español*, en: *Estudios en torno al Tratado de los quebrados o fallidos (De conturbatoribus sive decoctoribus) de Benvenuto Stracca*, Madrid, Dykinson, S.L., 2023, pp. 87-106.

3 A propósito ya en: A. Grillone, *Las Siete Partidas e il diritto romano come esplicito fondamento de La reforma concursal de mecanismo de segunda oportunidad (Rdl 1/2015, de 27 de febrero y Ley 25/2015, de 28 de julio): riflessioni a margine del nuovo articolato de la Ley Concursal*, en: *Teoria e Storia del Diritto Privato*, XIV, 2021 y Id., *Alfonso X il Padre della "segunda oportunidad"*, en: *Vergentis. Revista de Investigación de la Cátedra Internacional Conjunta Inocencio III*, 14, enero-junio 2022, pp. 19-31. En el mismo sentido: A. Valencia Virosta, *La importancia del beneficio de competencia en la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad: antecedentes remotos y su configuración en el derecho histórico español*, en: *Anuario de Derecho Concursal*, 51, diciembre 2020, Historia, n. 1., §. I y ss.

disfrutar de algunos beneficios en el procedimiento concursal, se encuentran en el *Tractatus* de Benvenuto Stracca[4].

Lo descubriremos, en particular, observando la descripción de los supuestos y efectos de la *cessio bonorum*, que Stracca propone en la parte III, nn. 1-6 y nn. 24-26.

2. EL PAPEL DE LAS PARTIDAS EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA 'REFORMA DE MECANISMO DE SEGUNDA OPORTUNIDAD' ESPAÑOLA

Lo descrito por Las Partidas, en la ley III, título XV, Partida V[5], es un mecanismo de segunda oportunidad y un procedimiento de exoneración de pasivo insatisfecho construido sobre la institución romana de la *cessio bonorum*[6] y, por lo tanto, que sigue a un procedimiento de liquidación voluntaria de los bienes del quebrado.

Esto resulta, en primer lugar, de la ley I[7], del mismo título, donde se pueden identificar tres condiciones imprescindibles para que el desamparamiento de los bienes pueda conducir a la exoneración:

---

4 Ya he dicho algo sobre la importancia de la Obra de Stracca en el contexto de la *second chance policy* en: A. Grillone, *Le nuove frontiere del diritto della crisi e dell'insolvenza ripensate in prospettiva storica*, I, *I cardini del sistema: soggetti, oggetto, negozialità e par condicio creditorum*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 98 y ss.; Id., *The Historical Foundation of Bankruptcy European Law: Restructuring and Second Chance Policy*, en *Academia Letters*, 2021, Article 2109, p. 3; y ahora véase J.M. Blanch Nougués, *Stracca y Baldo en el tratado De conturbatoribus sive decoctoribus ¿continuidad o ruptura? (A propósito de la quiebra fortuita)*, en: *Estudios en torno al Tratado de los quebrados o fallidos*, cit., pp. 13-67.

5 *El desamparamiento que faze el debdor de sus bienes (…) ha tal fuerza que después non puede ser el debdor emplazado, nin es tenido de responder en juyzio a aquellos a quien deuiesse algo: fueras ende si oviesse fecho tan gran ganancia, que podría pagar los debdos todos, o parte dellos, e que fincasse a el de que podiesse vivir.*

6 La derivación de este procedimiento de la *cessio bonorum* romana no es controvertida: J.A. Alejandre García, *La quiebra en el derecho histórico español anterior a la Codificación*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1970, p. 26 y ss.; A. Valencia Virosta, *La importancia del beneficio de competencia*, cit., §. II y ss.; A. Grillone, *Las Siete Partidas e il diritto romano come esplicito fondamento de La reforma concursal de mecanismo de segunda oportunidad*, cit., p. 7 y ss.; Id., *Alfonso X il Padre della "segunda oportunidad"*, cit., pp. 19-24. Respecto a las distintas opiniones sobre los orígenes del procedimiento romano y la probable alteración justiniana de muchas de las fuentes relacionadas: S. Solazzi, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, IV, Napoli, Jovene, 1943, p. 156 y ss.; B. Biondi, *s.v. Cessio bonorum*, en: *Novissimo Digesto italiano*, III, Torino, Utet, 1967, p. 137; V. Giuffré, *La c.d. 'lex Iulia de bonis cedendis'*, en: *Labeo*, 18, 1972, p. 173 y ss.; Id., *La spoliazione spontanea*, en: *Studi sul debito. Tra esperienza romana e ordinamenti moderni*, Napoli, Jovene, 1997, p. 79 y ss.; S. Schiavo, *Graziano, la cessio bonorum e l'esecuzione personale dei debitori*, en: *Iuris Antiqui Historia*, 1, 2009, p. 125 y ss.; M. del Pilar Pérez Álvarez, *La bonorum venditio: estudio sobre el concurso de acreedores en derecho romano clásico*, Madrid, Mira Editores, S.A., 2000, p. 118 y ss., nt. 548 y ss.; Ead., *Origine e presupposti del concorso dei creditori a Roma*, en: *Teoria e Storia del Diritto Privato*, IV, 2011, p. 48 y ss.; A. Grillone, *Le nuove frontiere del diritto della crisi*, I, cit., pp. 69-71.

7 *E deuelos desamparar ante el judgador. E este desamparamiento, puede fazer el debdor por si, o por su personero, o por su carta, conosciendo las debdas que deue, quando fuere la sentencia data contra el (…). E deuelos desamparar a aquellos aquien deue algo, diziendo como non han de que faga pagamiento.*

1) la confesión de todas sus deudas y de su propia insolvencia;

2) la voluntariedad, con tal que la voluntad espontánea del deudor pueda resultar de un intermediario o de una carta;

3) la oportunidad, en la medida en que el deudor tiene que cumplir la *cessio bonorum* en el mismo momento en que el juez pronuncia la sentencia en su contra[8].

A través de su acto voluntario y oportuno de cesión de bienes, el deudor, que había confesado sus deudas y su insolvencia, manifestaba su intención de satisfacer a sus acreedores por cualquier medio. Esta conducta, voluntaria y no dilatoria, del desamparador justificaba la particular indulgencia del legislador hacia este tipo de deudores, permitiendo, en cierto sentido, presumir su buena fe. Por esta razón, después de la *cessio bonorum* el deudor no podía ser llamado a responder por el pasivo insatisfecho, a menos que, posteriormente, no hubiera obtenido una ganancia extraordinaria. Por lo tanto, solo en este último caso, cuando, como recuerda el «preámbulo»[9] de la Ley 25/2015, de 28 de julio, el deudor haya obtenido, después de la *cessio bonorum*, una ganancia atípica, suficientemente grande para permitirle pagar las deudas insatisfechas sin perjuicio de sus condiciones de vida, la exoneración podría ser revocada por sus acreedores, cuyos créditos volverían a existir.

Esta Ley es ciertamente sorprendente por sus numerosos puntos de contacto con la disciplina adoptada en la legislación «de mecanismo de segunda oportunidad» y, ahora, contenida en el Texto Refundido de la Ley Concursual (TRLC). Las dos disciplinas parecen coincidir en la medida en que ambas tienen como único beneficiario a un deudor, que si bien no es posible definir como propiamente de buena fe en el sentido

8 La existencia de estas tres condiciones, en virtud de la Ley de las Siete Partidas, es suficiente para calificar al deudor 'de buena fe' (v. A. Valencia Virosta, *La importancia del beneficio de competencia*, cit., §. III), aunque el texto (en la Partida, V.15) nunca es explícito sobre esta calificación. J.A. Alejandre García, *La quiebra*, cit., p. 28, nt. 63 y, también, I. Sancho Gargallo, *La retroacción de la quiebra*, Pamplona, Aranzadi, D.L., 1997, p. 137 y s., había argumentado que el Título XV fue complementado a este respecto por el derecho romano: «de acuerdo con el derecho romano... se exige siempre que la situación de insolvencia en que se encuentra el deudor haya sobrevenido sin culpa suya, es decir, a causa de la adversa fortuna». En realidad, hasta la época postclásica no hay pruebas de que en el derecho romano se «admitió distinción alguna entre ambos supuestos (azar y culpa del deudor)». La distinción de trato entre las dos categorías de deudores es el resultado de la reinterpretación que Stracca hace de las fuentes romanas en su Ópera. Véase: J.M. Blanch Nougués, *Stracca y Baldo en el tratado De conturbatoribus sive decoctoribus*, cit., p. 17 y ss. y A. Grillone, *Las raíces de la legislación 'de segunda oportunidad' en las fuentes romanas*, cit., p. 97 y ss.

9 «Así pues, la Ley de Partidas ya previó la liberación del deudor tras un proceso de liquidación de sus bienes (que no necesariamente de convenio con los acreedores) y además, en cierto modo, estableció una modulación de la mejor fortuna al no permitir que ésta pudiera jugar en perjuicio del deudor salvo cuando éste pudiese pagar todas sus deudas (o, en expresión ciertamente algo confusa, parte de ellas) sin perjuicio de sus propias condiciones de vida, todo ello relacionado con 'tan gran ganancia' que en principio debiera considerarse atípica».

de la disciplina del Sabio, sin embargo es evidentemente cooperador con los órganos del procedimiento, según una forma común de conducta:

— por haber cumplido el deber de solicitar oportunamente la declaración del concurso y el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 444, [1° y 2°][10] y 487.1 [3°][11], TRLC.

— por no haber contribuido a generar o agravar dolosamente o culpablemente su propia insolvencia, de conformidad con el artículo 442[12], TRLC;

— por haber puesto a disposición y no haber ocultado de forma alguna su patrimonio a sus acreedores, a la luz de lo que se aprende del artículo 443[13], TRLC.

Dicho esto, Stracca es probablemente el perfeccionador más ilustre de la categoría del deudor de buena fe, es decir, del deudor que hoy, en el derecho concursal vigente, merece disfrutar el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, aunque después de la venta pública de sus activos.

---

10 Artículo 444. *Presunciones de culpabilidad.* El concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores: 1.º Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso. 2.º Hubieran incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal….

11 1. No podrá obtener la exoneración del pasivo insatisfecho el deudor que se encuentre en alguna de las circunstancias siguientes: …3.º Cuando el concurso haya sido declarado culpable. No obstante, si el concurso hubiera sido declarado culpable exclusivamente por haber incumplido el deudor el deber de solicitar oportunamente la declaración de concurso, el juez podrá atender a las circunstancias en que se hubiera producido el retraso.

12 Artículo 442. *Concurso culpable.* El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, directores generales, y de quienes, dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, hubieren tenido cualquiera de estas condiciones.

13 Artículo 443. *Supuestos especiales*. En todo caso, el concurso se calificará como culpable en los siguientes supuestos: 1.º Cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación. 2.º Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos. 3.º Cuando antes de la fecha de declaración del concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia. 4.º Cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos. 5.º Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad hubiera incumplido sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido en la que llevara irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera. 6.º Cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado…

3. BENVENUTO STRACCA Y LA CONSTRUCCIÓN DE LA CATEGORÍA JURÍDICA DEL DEUDOR DE BUENA FE

El pensamiento de Stracca, quizá por su supuesta recepción en el derecho aragonés, quizá por la influencia de la glosa de Gregorio López en Las Partidas, debió de tener no poco impacto en el derecho castellano de quiebra, en donde «no se encuentra testimonio alguno del extremo rigor que en toda Europa se realizaba con respecto a la persona del quebrado a través de actos ignominiosos llevados a cabo en la propia ciudad que provocaron el escándalo en determinados juristas, conocedores de esas prácticas»[14].

Como además afirmaba recientemente Juan Manuel Blanch Nougués[15]: «la brecha que abrió Stracca en favor de la quiebra fortuita fue enorme y el estruendo de su arremetida ha resonado en las leyes y la doctrina posterior hasta nuestros días en diferentes países e incluso tradiciones jurídicas diversas. Así ha sucedido en España a través de un largo proceso histórico que ha conducido a la moderna Ley Concursal española».

En Stracca, la discusión sobre la función de la *cessio bonorum* se mezcla y está estrechamente relacionada con la predominante acerca la distinción entre la quiebra fortuita y culpable, y de quiénes son los deudores a los que debe imponerse la nota de infamia. Stracca analiza este tema en la Parte III, nn. 1-2[16]. La discusión empieza con la cita de la opinión de Baldo:

> «*Los falliti (fallidos) son infames, antes bien, muy infames, y por costumbre de una ley muy antigua debían ser entregados a los acreedores para que los despedazaran.* Hasta tal punto, que por su dolo no se considera que tengan el beneficio de la cesión de bienes, que es subsidio de los desgraciados y no baluarte de los maliciosos, y son prontos en mentir y engañar y, por lo que acontece comúnmente, los falliti (fallidos) son engañadores y defraudadores, y se presume que ocurre siempre lo que es común que ocurra, sin que se excusen por el azar adverso, y si es fallido, entonces es defraudador, pues así los denomina la ley: de ahí el edicto fraudatorio»[17].
>
> (*Falliti sunt infames, & infamissimi & more antiquissimae legis deberent tradi creditoribus laniandi. Adeo quod propter dolum suum non videntur beneficium cessionis habere, quod est subsidium miserorum, sed non praesidium dolosorum, facilesque sunt ad mentiendum, & colludendum, & a communiter accidentibus falliti sunt deceptores, & fraudatores, praesumitur omnibus inesse, quod omni-*

14 J.M. Blanch Nougués, *Stracca y Baldo en el tratado De conturbatoribus sive decoctoribus*, cit., pp. 30-35.

15 J.M. Blanch Nougués, *Stracca y Baldo en el tratado De conturbatoribus sive decoctoribus*, cit., p. 54.

16 B. Straccha, *Tractatus de conturbatoribus sive decoctoribus. Edición con versión latina, traducción al español y notas*, ed. J.M. Blanch Nougués – A. Landi – C. Palomo Pinel – A. Petrucci, Madrid, Dykinson, S.L., 2021, Pars III, n. 1-2, pp. 38-45.

17 B. Straccha, *Tractatus de conturbatoribus sive decoctoribus*, cit., p. 41.

bus est commune, nec excusantur ob aduersam fortunam, & decoctor, ergo fraudator, sic enim lex uocat eos: unde edictum fraudatorium).

El argumento de Baldo está claro: los fallidos son todos defraudadores, si están «en quiebra» significa necesariamente que han engañado a sus acreedores, por lo tanto, son infames. Si es así, por su dolo, se considera que ningún fallido podría disfrutar el beneficio de la *cessio bonorum*.

Stracca solo se adhiere parcialmente al argumento de Baldo[18]. La opinión de Stracca, en el párrafo siguiente (n. 2), es diferente: «...si los fallidos, como afirma Baldo, son defraudadores, se cuentan por tanto entre los infames» (*...si decoctores, ut inquit Bald. fraudatores sunt in numero, ergo infamium uidentur*)[19].

No hay correspondencia biunívoca en Stracca entre las dos categorías: fallidos-*fraudatores*. A este respecto, el jurista de Ancona se apoya en Juliano, 1 *ad ed.* 28 D. 3.2.1:

> «Dicen las palabras del Pretor: Es notado de infamia el que... en su propio nombre hubiere sido condenado ó hubiere pactado sobre... dolo malo y fraude...»[20].
>
> (*Praetoris verba dicunt: Infamia notatur qui... de dolo malo et fraude suo nomine damnatus pactusve erit...*).

Infame, por lo tanto, argumenta Stracca, es el deudor insolvente que es condenado por dolo malo o fraude. El que voluntariamente cedió sus bienes no es infame, según lo que afirma una constitución de Alejandro Severo del 223 d.C. (C. 2.11.11)[21], que Stracca cita y comenta inmediatamente después: «...los deudores que cedieron sus bienes,

---

18 Baldus de Ubaldis, *Consilia sive Responsa Volumen V.*, Apud Dominicum Nicolinum et socios, Venetiis, 1580, consil. 382 «Quaestio Milani», nos 19-20, fol. 98v. y consil. 400 «In libris thesaurariae», nos 3-4, fol. 104ra. (en relación a la opinión de Baldus, v. J.A. Obarrio Moreno, *La cessio bonorum en la tradición jurídica medieval*, en: *Glossae: European Journal of Legal History*, 13, 2016, p. 462 y ss.). Como se señala en B. Straccha, *Tractatus de conturbatoribus sive decoctoribus*, cit., Pars III, n. 1, pp. 39 y 41, ntt. 64-66: «Stracca, en realidad, escoge, mezclándolas, diversas afirmaciones de Baldo que extrae de los dos dictámenes *supra* citados». A tal respecto, F. Migliorino, *Mysteria concursus. Itinerari premoderni del diritto commerciale*, Milano, Giuffré, 1999, p. 108 y s.; A. Barbagli, *Profili giuridici del fallimento nel pensiero dei commentatori*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 64 y ss., 211 y ss.; A. Landi, *Proiezioni ultramar del ius mercatorum europeo. La definizione di fallito nel Labyrintho de Commercio di Juan de Hevia Bolaños*, en: *I rapporti fiduciari: temi e problemi*, ed. A. Petrucci, Torino, Giappichelli, 2020, p. 84; J.M. Blanch Nougués, *Stracca y Baldo en el tratado De conturbatoribus sive decoctoribus*, cit., pp. 35-37; A. Grillone, *Las raíces de la legislación 'de segunda oportunidad' en las fuentes romanas*, cit., p. 97 y s.

19 B. Straccha, *Tractatus de conturbatoribus sive decoctoribus*, cit., Pars III, n. 2, p. 42 y s.

20 I.L. García del Corral, *Cuerpo del Derecho Civil Romano. A doble texto, traducido al Castellano del Latino*, I, Barcelona, 1889, p. 300 y s.

21 C. 2.11.11. Imp. Alexander Severus. *Debitores qui bonis cesserint, licet ex ea causa bona eorum venierint, infames non fiunt.* * Alex. a. Irenaeo. *<a 223 pp. x K. Maias Maximo ii et Aeliano Conss.>. Véase A. Grillone, *Le nuove frontiere del diritto della crisi*, I, cit., p. 70; Id., *Las raíces de la legislación 'de segunda oportunidad' en las fuentes romanas*, cit., p. 99 y J.M. Blanch Nougués, *Stracca y Baldo en el tratado De conturbatoribus sive decoctoribus*, cit., p. 41.

aunque se hayan vendido por esa causa sus bienes, no son infames» (*...debitores, qui bonis cesserunt licet ea causa bona eorum uaenierint infames non sunt*)[22].

El razonamiento continúa en este sentido: aquellos que son condenados por dolo o fraude son infames, pero los deudores que cedieron sus activos no lo son; por consiguiente, el beneficio de la *cessio bonorum* debe reservarse a los deudores que no sean fraudulentos con respecto a su propia insolvencia. Lo confirma también el *incipit* de otra constitución de Justiniano, en C. 7.71.8 pr. («...se pide á nuestra majestad, que los hombres puedan recurrir al miserabile auxilio de la cesión de bienes...» /*...a nostra maiestate petitur, ut ad miserabilis cessionis bonorum homines veniant auxilium...* *Iust. a. Iohanni pp.*<a 531-532>[23]). El emperador quiere significar aquí que la *cessio bonorum* es una institución destinada a socorrer a quien ha fracasado por mala suerte o azar, que por esta razón puede definirse "miserable"[24], no merece ser infamado y merece disfrutar de alguna forma de limitación de su responsabilidad. Afirma Stracca:

> «Por consiguiente, si nos preguntamos acerca del fallido que ha quebrado por culpa del azar, respondo que no es infame, y esto se aprueba en (...) C. 2.11.11 <Alex. a. 223>[25]»
>
> (*Si igitur quaeramus de decoctore, qui fortunae uitio decoxerit, & hunc non esse infamem respondeo, idque probatur in l. debitores, supra citata*).

---

22 B. Straccha, *Tractatus de conturbatoribus sive decoctoribus*, cit., Pars III, n. 2, p. 42 y s. Sobre las consecuencias personales de la *bonorum venditio*: G. Purpura, *La pubblica rappresentazione dell'insolvenza. Procedure esecutive personali e patrimoniali al tempo di Cicerone*, en: *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di Luigi Labruna*, VII, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007, p. 4545 y ss.; Id., *La "sorte" del debitore oltre la morte. Nihil inter mortem distat et sortem (Ambrogio, De Tobia X, 36-37)*, en: *Iuris Antiqui Historia*, 1, 2009, 41 ss.; A. Cassarino, *Brevi note su alcune scelte individuali compiute dai giuristi nel principato in tema di bonorum venditio*, en: *Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani. Atti del seminario internazionale (Montepulciano 14-17 giugno 2011)*, ed. C. Baldus – M. Miglietta – G. Santucci – E. Stolfi, Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, 107, Università degli Studi di Trento, 2012, p. 533 y ss.; Id., *La "morte civile" dell'insolvente. Il procedimento della bonorum venditio secondo l'interpretazione ciceroniana*, en: *Pluralismo delle fonti e metamorfosi del diritto soggettivo nella storia della cultura giuridica*, *I. La prospettiva storica*, ed. A. Landi – A. Petrucci, Torino, Giappichelli, 2016, p. 139 y ss. y Id., *Sul divieto di occupare i posti in teatro: il caso delle accuse di Cicerone ad Antonio (Phil. 2.18.44)*, en: *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, LXXXIII, 2017, p. 577 y ss.

23 I.L. García del Corral, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, cit., V, p. 293.

24 A. Rocco, *Il fallimento. Teoria generale e origine storica*, Milano, Giuffré, 1917, p. 171, nt. 2 y, sobre la interpretación de esta constitución en relación con la finalidas de la *cessio* en la tradición jurídica medieval anterior a Stracca, v. J.A. Obarrio Moreno, *La cession bonorum en la tradición jurídica medieval*, cit., p. 456 s. Con respecto a Stracca y Hevia Bolaños, v. A. Landi, *Proiezioni ultramar del ius mercatorum europeo*, cit., p. 92 y J.M. Blanch Nougués, *Stracca y Baldo en el tratado De conturbatoribus sive decoctoribus*, cit., p. 41. Sobre la expresión *genus hominum miserable* en la *pars secunda*, §. 2, véase C. Palomo Pinel, *Sobre la presencia del humanismo jurídico en el tratado De conturbatoribus sive decoctoribus de Benvenuto Stracca*, en: *Estudios en torno al Tratado de los quebrados o fallidos*, cit., p. 151 y s.

25 B. Straccha, *Tractatus de conturbatoribus sive decoctoribus*, cit., Pars III, n. 2, p. 42 y s.

Estamos frente al primer intento de construcción de la categoría moderna del deudor de buena fe[26]: solo estos desafortunados deudores por lo tanto podrán lograr el beneficio de la *cessio* y la consiguiente liberación de deudas.

4. BENVENUTO STRACCA, EL 'CONCURSO CULPABLE' Y SU 'SUPUESTOS ESPECIALES'

De manera diferente, el deudor que ha quebrado por dolo o culpa suya (*suo vitio*), siempre tendrá que ser considerado infame y no podrá disfrutar del beneficio de la *cessio*[27].

Exactamente al igual que la actual regulación de los arts. 441 y ss. del TRLC, Benvenuto Stracca, después de haber aclarado que el deudor puede o no ser *fraudator*, que quien se ha endeudado por mala suerte o azar no lo es, y que normalmente colaborar con los órganos del procedimiento concursal, oportunamente, despojándose de bienes otorga una presunción de no culpabilidad, se detiene en la definición del deudor infame y de quienes deben ser necesariamente excluidos de la categoría del deudor de buena fe[28].

> «Si, en cambio, acerca del que se ha arruinado por su culpa o en parte por su culpa y en parte por culpa del azar, si por el dolo malo o fraude que ha cometido en su quiebra ha sido condenado en su nombre o ha pactado, a este lo incluyo entre los infames, y así por la autoridad del jurisconsulto <romano> en (...) Iul. 1 *ad ed.* D. 3.2.1[29]».
>
> (*Si uero de eo, qui suo uitio, vel eo, qui partim suo uitio, partim fortunae decoxerit, siquidem de dolo malo, uel fraude, quam in decoctione admiserit damnatus suo nomine, pactusve erit, hunc inter infames connumero, idque autoritate Iuriscons. in d. l. j. ff. de his, qui not. infa.*).

De la categoría del deudor de buena fe Stracca excluye a los deudores insolventes por su culpa y los que han cometido algún tipo de dolo o fraude.

---

26 A. Barbagli, *Profili giuridici del fallimento nel pensiero dei commentatori*, cit., p. 212 y s. y A. Landi, *Proiezioni ultramar del ius mercatorum europeo*, cit., p. 85 y s. Puede ser interesante que este último Autor señala al jurista milanés Iacopo Menocchio como continuador de esta elaboración de Benvenuto Stracca: I. Menocchio, *De immunitate ecclesiae pro ad eam confugientibus*, en: *De iurisdictione, imperio et potestate ecclesiastica ac seculari*, Sumptibus J.A. Cramer et P. Perachon, Genevae, 1695, l. 4, cap. 7, p. 309, donde Menocchio identifica una categoría de insolventes *prabatae vitae et fidei*, que merecen ser ayudados a superar las desgracias de la quiebra.

27 F. Migliorino, *Mysteria concursus*, cit., p. 108 y s., 124 s. y A. Barbagli, *Profili giuridici del fallimento nel pensiero dei commentatori*, cit., p. 211 y s.

28 A. Grillone, *Las raíces de la legislación 'de segunda oportunidad' en las fuentes romanas*, cit., p. 97 y ss. y J.M. Blanch Nougués, *Stracca y Baldo en el tratado De conturbatoribus sive decoctoribus*, cit., p. 50 y ss.

29 B. Straccha, *Tractatus de conturbatoribus sive decoctoribus*, cit., Pars III, n. 2, p. 43 y nt. 82.

Mientras que en el actual artículo 442, TRLC, el concurso se considera culpable sólo cuando «en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor», Stracca de forma más rigurosa y estricta sigue incluyendo en este tipo de concurso también los casos en que la culpa se ha unido a la mala suerte.

El jurista italiano descarta todos estos deudores de la categoría de buena fe refiriéndose nuevamente al derecho romano. De hecho, siempre serán considerados infames aquellos que han obligado una cosa a dos personas o han cometido el crimen de *Stellionatus* (es decir de estafa):

> «De ahí que si los fallidos (como es su costumbre) han obligado una cosa a dos personas, no evitan la infamia de hecho... Opino que debe darse la misma solución de derecho si cometen lo que aparece en (...) Ulp. 8 *de off. procons.* D. 47.20.3»[30].
>
> (*Vnde si decoctores [ut assolent] rem duobus obligassent, facti infamiam non euitant, ... Idem iuris esse puto, si admitterent ea, quae in l. iij. ff. de crimi. stell. habentur.*).

En este sentido, el párrafo más relevante del texto de Ulpiano es el primero, 8 *de off. procons.* D. 47.20.3.1:

> «Mas se puede acusar de estellionato á los que hicieron alguna cosa con dolo, conviene á saber, si no hubiera otra acusación criminal que se les oponga; porque por lo que en los judicios privados hay la acción de dolo, hay en los delitos la persecutión de estellionato. Así, pues, allí donde falta el título del delito, acusaremos de estellionato. Pero principalmente tiene lugar, si acaso alguno, habiendo disimulado la obligación, hubiere enajenado, ó permutado, ó dado en pago á alguien con malicia una cosa obligada á otro; porque todos estos casos contienen estellionato. Pero también si alguno hubiere substituído mercancías, ó hubiere distraído las que estaban obligadas, ó las hubiere estropeado, será igualmente reo de estellionato. Asimismo, si alguno hubiere hecho impostura, ó colusión en perjuicio de otro, podrá ser acusado de estellionato...»[31].
>
> (*Stellionatum autem obici posse his, qui dolo quid fecerunt, sciendum est, scilicet si aliud crimen non sit quod obiciatur: quod enim in privatis iudiciis est de dolo actio, hoc in criminibus stellionatus persecutio. Ubicumque igitur titulus criminis deficit, illic stellionatus obiciemus. Maxime autem in his locum habet: si quis forte rem alii obligatam dissimulata obligatione per calliditatem alii distraxerit vel permutaverit vel in solutum dederit: nam hae omnes species stellionatum continent. Sed et si quis merces supposuerit vel obligatas averterit vel si corruperit, aeque stellionatus reus erit. Item si quis imposturam fecerit vel collusionem in necem alterius, stellionatus poterit postulari...*).

30 B. Straccha, *Tractatus de conturbatoribus sive decoctoribus*, cit., Pars III, n. 2, p. 43 y nt. 88.
31 I.L. García del Corral, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, cit., III, p. 718.

El crimen de *Stellionatus*[32] —afirma Ulpiano— es el reflejo criminal de la acción de dolo civil. Siempre que se pueda entablar esta acción ante los tribunales, se puede entender contemplada la persecución del *crimen*.

Más relevantes para nosotros son los ejemplos que Ulpiano enumera a continuación.

El crimen de estellionato se comete cada vez que alguien obliga algo a alguien, y luego, descuidando esta obligación, lo vende, lo intercambia o realiza una *datio in solutum*. Lo mismo se aplica si algunos bienes o mercancías, después de haber sido obligados a alguien, han salido del patrimonio del deudor fraudulentamente, disimulando otra obligación, o cuando el deudor los ha dañado o destruido en perjuicio de sus acreedores[33].

Después de discutir (en nn. 3-5) la aplicabilidad a estos delincuentes de la pena de tortura, a través de la «*plumbatura» y la «ferruminatio»*[34], en el n. 6[35], Stracca analiza el tratamiento que se reserva a los deudores insolventes que también han integrado el delito de hurto. Aprobando la opinión de Baldo[36], estos deudores son los que han huido con bienes ajenos.

Si el deudor «huye con la cosa... el hecho es malo por razón de la cosa, porque sustrayendo comete hurto» (...*aufugit cum re, est malum ratione rei, quia contrectando, facit furtum*...), aunque la 'fuga' no puede considerarse exactamente hurto. Estos deudores («...los malos que se lanzan a la fuga con el dinero ajeno...»/...*falsos mercatores, qui arripiunt fugam cum pecuniis alienis*...) deberán ser colocados en las antípodas del deudor de buena fe; por consiguiente, quebrados por su dolo y fraude.

Las similitudes con la disciplina actual de la Ley Concursal resultarán evidentes a través de la comparación con los artículos que me dispongo a tratar a continuación.

La conducta del deudor, integrando los delitos penales, nunca puede dar lugar a la calificación de buena fe, tanto en el actual Texto Refundido de la Ley Concursal, como en la opinión de Stracca[37]. De hecho, por un lado, el Capítulo II, *De la exonera-*

---

32 Sobre el *crimen stellionatus*: E. Volterra, *Stellionatus*, en: *Studi Sassaresi*, II.7, 1929; U. Zilletti, *Annotazioni sul crimen stellionatus*, Modena, Antica tipografia Soliani, 1961; R. Mentxaka, *Stellionatus*, en: *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"*, 91, 1988, p. 305 y ss. e L. Garofalo, *La persecuzione dello stellionato in diritto romano*, Padova, CEDAM, 1998.

33 A. Saccoccio, *Aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare*, Milano, Giuffré, 2008, p. 115 y s. y B. Biscotti, *Debtor's fraud in Roman Law. An opportunity for some brief remarks on the concept of fraud*, en: *Fundamina*, 17.2, 2011, p. 2 y s.

34 B. Straccha, *Tractatus de conturbatoribus sive decoctoribus*, cit., Pars III, nn. 3-5, p. 44-47.

35 B. Straccha, *Tractatus de conturbatoribus sive decoctoribus*, cit., Pars III, n. 6, p. 48 y s.

36 Baldus de Ubaldis, *Consilia sive Responsa Volumen V.*, Apud Dominicum Nicolinum et socios, Venetiis, 1580, *consil.* 382, fols. 97rb y ss.

37 A. Grillone, *Las Siete Partidas e il diritto romano come esplicito fondamento de La reforma concursal de mecanismo de segunda oportunidad*, cit., p. 13 y Id., *Las raíces de la legislación 'de segunda oportunidad' en las fuentes romanas*, cit., pp. 101-103.

ción del pasivo insatisfecho, Sección 1.ª, art. 486. *Ámbito de aplicación*, dispone que «el deudor persona natural, sea o no empresario, podrá solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho en los términos y condiciones establecidos en esta ley, siempre que sea deudor de buena fe», de otro lado, el siguiente, art. 487, *Excepción*, que no podrá obtener la exoneración del pasivo insatisfecho el deudor «cuando, en los diez años anteriores a la solicitud de la exoneración, hubiera sido condenado en sentencia firme a penas privativas de libertad, aun suspendidas o sustituidas, por delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores, ...». La integración de conductas delictivas por parte del deudor ineludiblemente desmiente su buena fe.

Además el mismo art. 487, TRLC, excluye que el deudor sea de buena fe cuando su concurso «haya sido declarado culpable». En términos de comparación diacrónica entonces, en mi opinión, parecen muy significativos los *Supuestos especiales* para la declaración de culpabilidad del concurso, contenidos hoy en el art. 443, TRLC:

> «En todo caso, el concurso se calificará como culpable en los siguientes supuestos:
>
> 1.º Cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación.
>
> 2.º Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos.
>
> 3.º Cuando antes de la fecha de declaración del concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia.
>
> 4.º Cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos.
>
> 5.º Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad hubiera incumplido sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido en la que llevara irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera...».

Como se puede apreciar, en particular, las primeras cláusulas, 1°-2°, del art. 443, parecen estar modeladas en torno al concepto medieval de 'fuga' y al *crimen* romano de *Stellionatus*.

Por lo demás, las otras cláusulas siguen fielmente el contenido del discurso de Stracca, en los §§. 24 y 25 de la misma Parte III del *Tractatus*[38], de las distintas formas en que

38 B. Straccha, *Tractatus de conturbatoribus sive decoctoribus*, cit., Pars III, nn. 24-25, p. 62 y s.

los quiebrados engañan a los acreedores mediante una contabilidad inexacta o irregular y simulando situaciones patrimoniales ficticias:

> «Suelen los *decoctores* embrollar las cuentas para perdición de los acreedores, tanto en sus códigos como en sus notas, por lo que se presume el dolo malo (...) v. Ulp. 29 *ed.* D. 15.1.21[39] (...) y Alf. 2 *dig.* D. 15.3.16[40] (...). Suelen —digo— perder, adulterar y perturbar las cuentas según (...) Ulp. 23 *ed.* D. 11.3.1.5[41]. De ahí que de

---

39 *Rectius* en: D. 15.1.21 pr.: «Con mucha razón computará el Pretor también en este peculio, lo que con dolo malo del señor se hizo que no estuviese en el peculio. Pero debemos entender dolo malo, si le quitó el peculio. Mas también si consintió que empeñase el peculio en perjuicio de los acreedores, escribe Mela, que esto se hizo con dolo malo de él. Pero asimismo, si alguien, sospechando que uno le habrá de demandar, transmitiese el peculio á otro, no carece de dolo; pero si pagó á otro, no dudo respecto á esto que no se obliga, porque se paga á un acreedor, y es licito á un acreedor vigilar para conseguir lo suyo» (v. I.L. García del Corral, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, cit., I, p. 795). / (*Summa cum ratione etiam hoc peculio praetor imputavit, quod dolo malo domini factum est, quo minus in peculio esset. sed dolum malum accipere debemus, si ei ademit peculium: sed et si eum intricare peculium in necem creditorum passus est, Mela scribit dolo malo eius factum. sed et si quis, cum suspicaretur alium secum acturum, alio peculium avertat, dolo non caret. sed si alii solvit, non dubito de hoc, quin non teneatur, quoniam creditori solvitur et licet creditori vigilare ad suum consequendum.*). Sobre el texto véase: J.J. Aubert, *Dumtaxat de peculio: What's in a Peculium, or Establishing the Extent of the Principal's Liability*, en: *New Frontiers. Law and Society in the Roman World*, ed. P.J. Du Plessis, Edimburgh, Edinburgh University Press, 2013, p. 197 y s. y A. Cassarino, *Il vocare in tributum nelle fonti classiche e bizantine*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 28 y s.

40 «Uno dió en arrendamiento á su esclavo un fundo para cultivarlo, y le había dado bueyes; no siendo estos bueyes á proposito, había mandado que fueran vendidos, y que con el dinero que se hubiese cobrado se repusieran otros; el esclavo había vendido los bueyes, había comprado otros, no había pagado el dinero al vendedor, y después se había declarado en quiebra; el que había vendido los bueyes reclamaba del señor el dinero por la acción de peculio, ó por la de lo que hubiese convertido en utilidad del señor, porque los bueyes, por los que se pedía el dinero, estaban en poder del señor. Respondió, que no parece que había cosa alguna del peculio, sino si, deducido lo que el esclavo hubiese debido al señor, resultase algún sobrante, y que á él le parecia, que verdaderamente los bueyes se convirtieron en la utilidad del señor, pero que por esto pagó tanta cantitad en cuanta hubiesen sido vendidos los primeros bueyes, y que si los últimos bueyes valiesen algún dinero más, debía ser condenado su señor» (v. I.L. García del Corral, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, cit., I, p. 814). / (*Quidam fundum colendum servo suo locavit et boves ei dederat: cum hi boves non essent idonei, iusserat eos venire et his nummis qui recepti essent alios reparari: servus boves vendiderat, alios redemerat, nummos venditori non solverat, postea conturbaverat: qui boves vendiderat nummos a domino petebat actione de peculio aut quod in rem domini versum esset, cum boves pro quibus pecunia peteretur penes dominum essent. respondit non videri peculii quicquam esse, nisi si quid deducto eo, quod servus domino debuisset, reliquum fieret: illud sibi videri boves quidem in rem domini versos esse, sed pro ea re solvisse tantum, quanti priores boves venissent: si quo amplioris pecuniae posteriores boves essent, eius oportere dominum condemnari.*). Recientemente, sobre el texto A. Schiavone, *Law, Slaves, and Markets in the Roman Imperial System*, en: *Roman Law and Economics. II: Exchange, Ownership, and Disputes*, ed. G. Dari-Mattiacci – D.P. Kehoe, Oxford, Oxford University Press, 2020, §§. 13.4-13.5; A. Cassarino, *I 'luoghi' letterari e giurisprudenziali romani sulla terminologia del 'fallito': il quadro offerto da Stracca*, en: *Estudios en torno al Tratado de los quebrados o fallidos*, cit., pp. 75-77 y A. Petrucci, *Il servus peculiatus coltivatore e la sua insolvenza nel pagamento dei buoi sostitutivi. Note in margine a Alf. 2 dig. D. 15.3.16*, en: *Antologia del Digesto giustinianeo. Scritti in ricordo di Giovanni Negri*, ed. L. Maganzani, Napoli, Jovene, 2023, p. 259 y ss.

41 «También lo hace peor el que persuade al esclavo á que (...) solicite al eslavo de otro (...) á que empeñe su peculio, ó (...) á que rompiese ó alterase las cuentas de su señor, ó también á que embrollasse la cuen-

la fidelidad † de los libros y de los códigos pueda con razón dudarse (...) v. Ulp. 4 *ed.* D. 2.13.6.1[42]. De esto hemos hablado en la segunda parte del tratado principal en que, de modo especial, prestamos atención al comerciante que declara no haber confeccionado el libro contable. Ha llegado a mi conocimiento que algunos fallidos lo habían dicho para que no se descubrieran sus fraudes. Por tanto, han hecho bien los acreedores, si, una vez producida la insolvencia del deudor, han pedido que se exhiban inmediatamente los libros y han inspeccionado con diligencia las cuentas. Pues, mediante sutil indagación, descubrirán con su ayuda tanto los fraudes como el dolo del fallido y de los demás, ...».

(*† Solent decoctores rationes tam in codicibus quam in aduersariis intricare in necem creditorum, ex quo dolus malus praesumitur. l. summa cum ratione. ubi text. notabilis ff. de pecul. l. quidam ff. de in rem uers.* [...] *Solent in quam rationes interdicere, adulterare, & turbare, iuxta. l. j. in § fi. ff. de ser. cor. Vnde de fide † librorum, & rationum merito quis dubitare potest l. si quis ex argentariis. § cogentur. ff. de eden. De quo diximus in secunda par. principalis tractatus, ubi speciatim de eo mercatore meminimus, qui se librum non conscripsisse dicit. Quod audiui quosdam decoctores affirmasse, ne fraudes detegerentur. Bene igitur fecerint creditores, si decoctione debitoris secuta, statim libros exhiberi petierint. & rationes diligenter, rimati fuerint. Ex his enim fraudes, ex his dolum, & decoctoris, & aliorum subtili inquisitione perspicient...*).

El complejo discurso argumentativo está construido por Stracca a partir de cuatro textos romanos.

---

ta que se le encomendò...» (v. I.L. García del Corral, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, cit., I, p. 653). / (*Is quoque deteriorem facit, qui servo persuadet,* [...] *ut peculium intricaret,* [...] *vel* [...] *ut rationes dominicas intercideret adulteraret vel etiam ut rationem sibi commissam turbaret...*). Sobre el texto: B. Albanese, *Actio servi corrupti*, en: *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo*, 27, 1959, p. 27 y ss.; F. Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa, Pacini, 1989, p. 39 y ss.; R. Gamauf, "*Cum aliter nulla domus tuta esse possit...*", en: *Fear of slaves, fear of enslavement in the ancient Mediterranean*, ed. A. Serghidou, Franche-Comtè, Presses universitaires de Franche-Comté, 2007, p. 157 y ss.; F. Reduzzi Merola, *Aperçu sur le lexique de la servi corruptio*, en: *Hommes, cultures et paysages de l'antiquité à la période moderne. Mélanges offerts à Jean Peyras*, ed. I. Pimouguet-Pédarros – M. Clavel-Levêque – F. Ouachour, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2013, p. 215 y ss. y A. Petrucci, *Organizzazione ed esercizio delle attività economiche nell'esperienza giuridica romana. I dati delle fonti e le più recenti vedute dei moderni*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 176 y s.

42 «También los sucesores del cambista serán obligados á exhibir las cuentas. Mas si son muchos los herederos, y uno las tuviera, sólo él será compelido á la exhibición; pero si las tuvieran todos, y solo uno las hubiere presentado, todos han de ser compelidos á la exhibición. Mas ¿qué se dirá, si las exhibió uno tan humilde é infeliz, que con razón pueda alguien dudar de la fe de la exhibición? En este caso, para que puedan compararse las cuentas, deben exhibirlas también los demás, ó ciertamente suscribir la exhibición de aquel solo. Esto mismo será, también si hubieren sido muchos los cambistas de quienes se desea la exhibición...» (v. I.L. García del Corral, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, cit., IV, p. 293). / (*Cogentur et successores argentarii edere rationes. quod si plures sunt heredes et unus habeat, solus ad editionem compelletur: sed si omnes habeant et unus ediderit, omnes ad editionem compellendi sunt. quid enim si humilis et deploratus unus edidit, ut dubitare quis merito de fide editionis possit? ut igitur comparari rationes possint, etiam ceteri edere debent aut certe unius editioni subscribere. hoc idem erit et si plures fuerint argentarii, a quibus editio desideratur...*) v. A. Petrucci, *Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione delle banche romane*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 134 y p. 145 y s.

En particular, de los tres primeros textos, que tienen por objeto la gestión del peculio servil, pero que sin embargo Stracca considera analógicamente aplicables a cualquier patrimonio empresarial, él deduce la frecuencia con la que fraudulentamente los *mercatores* embrollan en la administración de su patrimonio, de sus cuentas, tanto en sus códigos como en sus notas (Ulp. 23 *ed.* D. 11.3.1.5), ocultando bienes a los acreedores (Ulp. 29 *ed.* D. 15.1.21 pr.) o haciendo parecer vacías sus arcas (Alf. 2 *dig.* D. 15.3.16).

Debido a la frecuencia de esta referida conducta, se presume el dolo malo en la quiebra cada vez que el *mercator* perdió, adulteró y perturbó las cuentas.

Las cuentas del fallido siempre debían presentarse por completo íntegras si el quería demostrar su buena fe. De hecho, según la opinión de Stracca, argumentada a partir de Ulpiano, 4 *ed.* D. 2.13.6.1, debía considerarse sospechosa la conducta de quienes no querían o no podían presentar todos los libros de contabilidad, porque los quebrados tienen la costumbre de ocultar su contabilidad para que no se descubran sus fraudes[43]. Es así que, no sin relevantes asonancias con lo dispuesto del art. 443, 3°-5°, TRLC, Stracca cierra su argumentación en el n. 26[44]:

> «† Suelen también los fallidos hacer inaccesibles las propias mercancías y bienes obligándolas, consumiéndolas, donándolas y de los otros modos poco antes referidos. Por eso (como dijimos al principio) se decía que alteraban las fortunas y las cuentas, y, como se sospecha que un tercero actúa con ellos, que desvían a otra parte las mercancías y transfieren a otro su posesión, por lo que no carecen de dolo…»[45].
>
> († *Solent etiam decoctores merces ipsas, & bona intricare, obligando, consumendo, donando, aliisque paulo superius relatis modis. Vnde [ut in initio diximus] & conturbare fortunas, & rationes dicebantur, & cum suspicantur aliquem secum acturum, alio merces auertere, & possessionem ipsarum in alio transferre, ex quo dolo non carent…*).

Es como decir que, hoy como ayer no haber desviado activos, llevar una contabilidad ordenada y oportunamente exhibida siguen siendo prerrequisitos indispensables para mantener la calificación de buena fe, evitar la imputación del concurso e, indirectamente, para poder disfrutar del beneficio de la exoneración.

FUENTES DE CONSULTA

Albanese, Bernardo, *Actio servi corrupti*, en: *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo*, 27, 1959;

43 Sobre el valor probatorio de la contabilidad en la época medieval: M. Fortunati, *Scrittura e prova. I libri di commercio nel diritto medievale e moderno*, Roma, Fondazione Sergio Mochi, 1996. Sobre el valor probatorio de la contabilidad en la época romana: A. Cassarino, *Il vocare in tributum nelle fonti classiche e bizantine*, cit., 141 p. y ss.

44 Véase A. Barbagli, *Profili giuridici del fallimento nel pensiero dei commentatori*, cit., p. 210 y s. y nt. 19.

45 B. Straccha, *Tractatus de conturbatoribus sive decoctoribus*, cit., Pars III, n. 26, p. 63.

Alejandre García, Juan Antonio, *La quiebra en el derecho histórico español anterior a la Codificación*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1970;

Aubert, Jean-Jacques, *Dumtaxat de peculio: What's in a Peculium, or Establishing the Extent of the Principal's Liability*, en: *New Frontiers. Law and Society in the Roman World*, ed. P.J. Du Plessis, Edimburgh, Edinburgh University Press, 2013;

Barbagli, Alarico, *Profili giuridici del fallimento nel pensiero dei commentatori*, Torino, Giappichelli, 2019;

Biondi, Biondo, *s.v. Cessio bonorum*, en: *Novissimo Digesto italiano*, III, Torino, Utet, 1967;

Biscotti, Barbara, *Debtor's fraud in Roman Law. An opportunity for some brief remarks on the concept of fraud*, en: *Fundamina*, 17.2, 2011;

Blanch Nougués, Juan Manuel, *Stracca y Baldo en el tratado De conturbatoribus sive decoctoribus ¿continuidad o ruptura? (A propósito de la quiebra fortuita)*, en: *Estudios en torno al Tratado de los quebrados o fallidos (De conturbatoribus sive decoctoribus) de Benvenuto Stracca*, Madrid, Dykinson, S.L., 2023;

Cassarino, Alessandro, *Brevi note su alcune scelte individuali compiute dai giuristi nel principato in tema di bonorum venditio*, en: *Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani. Atti del seminario internazionale (Montepulciano 14-17 giugno 2011)*, ed. C. Baldus – M. Miglietta – G. Santucci – E. Stolfi, Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, 107, Università degli Studi di Trento, 2012;

Cassarino, Alessandro, *La "morte civile" dell'insolvente. Il procedimento della bonorum venditio secondo l'interpretazione ciceroniana*, en: *Pluralismo delle fonti e metamorfosi del diritto soggettivo nella storia della cultura giuridica, I. La prospettiva storica*, ed. A. Landi – A. Petrucci, Torino, Giappichelli, 2016;

Cassarino, Alessandro, *Sul divieto di occupare i posti in teatro: il caso delle accuse di Cicerone ad Antonio (Phil. 2.18.44)*, en: *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, LXXXIII, 2017;

Cassarino, Alessandro, *Il vocare in tributum nelle fonti classiche e bizantine*, Torino, Giappichelli, 2018;

Cassarino, Alessandro, *I 'luoghi' letterari e giurisprudenziali romani sulla terminologia del 'fallito': il quadro offerto da Stracca*, en: *Estudios en torno al Tratado de los quebrados o fallidos (De conturbatoribus sive decoctoribus) de Benvenuto Stracca*, Madrid, Dykinson, S.L., 2023;

Del Pilar Pérez Álvarez, María, *La bonorum venditio: estudio sobre el concurso de acreedores en derecho romano clásico*, Madrid, Mira Editores, S.A., 2000;

Del Pilar Pérez Álvarez, María, *Origine e presupposti del concorso dei creditori a Roma*, en: *Teoria e Storia del Diritto Privato*, IV, 2011;

Fortunati, Maura, *Scrittura e prova. I libri di commercio nel diritto medievale e moderno*, Roma, Fondazione Sergio Mochi, 1996;

Gamauf, Richard, "*Cum aliter nulla domus tuta esse possit...*", en: *Fear of slaves, fear of enslavement in the ancient Mediterranean*, ed. A. Serghidou, Franche-Comtè, Presses universitaires de Franche-Comté, 2007;

Garofalo, Luigi, *La persecuzione dello stellionato in diritto romano*, Padova, CEDAM, 1998;

Giuffré, Vincenzo, *La c.d. 'lex Iulia de bonis cedendis'*, en: *Labeo*, 18, 1972;

Giuffré, Vincenzo, *La spoliazione spontanea*, en: *Studi sul debito. Tra esperienza romana e ordinamenti moderni*, Napoli, Jovene, 1997;

Grillone, Alessandro, *Las Siete Partidas e il diritto romano come esplicito fondamento de La reforma concursal de mecanismo de segunda oportunidad (Rdl 1/2015, de 27 de febrero y Ley 25/2015, de 28 de julio): riflessioni a margine del nuovo articolato de la Ley Concursal*, en: *Teoria e Storia del Diritto Privato*, XIV, 2021;

Grillone, Alessandro, *Le nuove frontiere del diritto della crisi e dell'insolvenza ripensate in prospettiva storica*, I, *I cardini del sistema: soggetti, oggetto, negozialità e par condicio creditorum*, Torino, Giappichelli, 2021;

Grillone, Alessandro, *The Historical Foundation of Bankruptcy European Law: Restructuring and Second Chance Policy*, en *Academia Letters*, 2021;

Grillone, Alessandro, *Alfonso X il Padre della "segunda oportunidad"*, en: *Vergentis. Revista de Investigación de la Cátedra Internacional Conjunta Inocencio III*, 14, enero-junio 2022;

Grillone, Alessandro, *Las raíces de la legislación 'de segunda oportunidad' en las fuentes romanas, en Stracca y en el derecho medieval español*, en: *Estudios en torno al Tratado de los quebrados o fallidos (De conturbatoribus sive decoctoribus) de Benvenuto Stracca*, Madrid, Dykinson, S.L., 2023;

Mentxaka, Rosa, *Stellionatus*, en: *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"*, 91, 1988;

Migliorino, Francesco, *Mysteria concursus. Itinerari premoderni del diritto commerciale*, Milano, Giuffré, 1999;

Landi, Andrea, *Proiezioni ultramar del ius mercatorum europeo. La definizione di fallito nel Labyrintho de Commercio di Juan de Hevia Bolaños*, en: *I rapporti fiduciari: temi e problemi*, ed. A. Petrucci, Torino, Giappichelli, 2020;

Obarrio Moreno, Juan Alfredo, *La cessio bonorum en la tradición jurídica medieval*, en: *Glossae: European Journal of Legal History*, 13, 2016;

Palomo Pinel, Carmen, *Sobre la presencia del humanismo jurídico en el tratado De conturbatoribus sive decoctoribus de Benvenuto Stracca*, en: *Estudios en torno al Tratado de los quebrados o fallidos (De conturbatoribus sive decoctoribus) de Benvenuto Stracca*, Madrid, Dykinson, S.L., 2023;

Petrucci, Aldo, *Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione delle banche romane*, Torino, Giappichelli, 2002;

Petrucci, Aldo, *Organizzazione ed esercizio delle attività economiche nell'esperienza giuridica romana. I dati delle fonti e le più recenti vedute dei moderni*, Torino, Giappichelli, 2021;

Petrucci, Aldo, *Il servus peculiatus coltivatore e la sua insolvenza nel pagamento dei buoi sostitutivi. Note in margine a Alf. 2 dig. D. 15.3.16*, en: *Antologia del Digesto giustinianeo. Scritti in ricordo di Giovanni Negri*, ed. L. Maganzani, Napoli, Jovene, 2023;

Purpura, Gianfranco, *La pubblica rappresentazione dell'insolvenza. Procedure esecutive personali e patrimoniali al tempo di Cicerone*, en: *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di Luigi Labruna*, VII, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007;

Purpura, Gianfranco, *La "sorte" del debitore oltre la morte. Nihil inter mortem distat et sortem (Ambrogio, De Tobia X, 36-37)*, en: *Iuris Antiqui Historia*, 1, 2009;

Reduzzi Merola, Francesca, *Aperçu sur le lexique de la servi corruptio*, en: *Hommes, cultures et paysages de l'antiquité à la période moderne. Mélanges offerts à Jean Peyras*, ed. I. Pimouguet-Pédarros – M. Clavel-Levêque – F. Ouachour, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2013

Rocco, Alfredo, *Il fallimento. Teoria generale e origine storica*, Milano, Giuffré, 1917;

Saccoccio, Antonio, *Aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare*, Milano, Giuffré, 2008;

Sancho Gargallo, Ignacio, *La retroacción de la quiebra*, Pamplona, Aranzadi, D.L., 1997;

Schiavo, Silvia, *Graziano, la cessio bonorum e l'esecuzione personale dei debitori*, en: *Iuris Antiqui Historia*, 1, 2009;

Serrao, Feliciano, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa, Pacini, 1989;

Solazzi, Siro, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, IV, Napoli, Jovene, 1943;

Valencia Virosta, Alejandro, *La importancia del beneficio de competencia en la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad: antecedentes remotos y su configuración en el derecho histórico español*, en: *Anuario de Derecho Concursal*, 51, diciembre 2020;

Volterra, Edoardo, *Stellionatus*, en: *Studi Sassaresi*, II.7, 1929;

Zilletti, Ugo, *Annotazioni sul crimen stellionatus*, Modena, Antica tipografia Soliani, 1961.

LA OBLIGATORIEDAD DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL MEXICANO

Andrea Harris Heredia*

RESUMEN: La remisión de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a los derechos humanos contenidos en tratados internacionales conlleva la obligación de cumplir con la interpretación realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al emitir opiniones consultivas referentes al contenido de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Lo anterior se sustenta en los principios del derecho internacional público, específicamente *pacta sunt servanda* y buena fe, así como en el bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad *ex officio*, contemplados en la Constitución mexicana.

Palabras clave: Corte Interamericana de Derechos Humanos, opiniones consultivas, bloque de constitucionalidad, control de convencionalidad, tratados internacionales.

ABSTRACT: The reference of the Mexican Constitution to human rights contained in international treaties entails the obligation to comply with the interpretation made by the Inter-American Court of Human Rights when issuing advisory opinions on the content of the American Convention on Human Rights. The above is based on principles of international public law, specifically *pacta sunt servanda* and good faith, as well as on the block of constitutionality and on *ex officio* conventionality review, contemplated in the Mexican Constitution.

Keywords: Inter-American Court of Human Rights, advisory opinions, block of constitutionality, conventionality review, international treaties.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. 2.1. Generalidades del Sistema Interamericano. 2.2. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2.3.1. Función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. III. OBLIGATORIEDAD DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. 3.1. *Pacta sunt servanda* y la buena fe como principios fundamentales del derecho internacional público. 3.2. La interpretación y cumplimiento de los tratados internacionales en materia de derechos humanos. IV. OBLIGATORIEDAD DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNO. 4.1. El bloque de constitucionalidad. 4.1.1. Concepto, origen y críticas. 4.1.2. El bloque de constitucionalidad en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 4.2 El control de convencionalidad. 4.2.1. Concepto y finalidad. 4.2.2. Desarrollo del Control de Convencionalidad interno en el Sistema Interamericano de Derecho Humanos. 4.2.3. El control de convencionalidad interno en México. 4.3. Opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos

* Licenciada en Derecho por la Universidad Panamericana, campus Mixcoac. Actualmente cursa la maestría en Derecho Constitucional en la Escuela Libre de Derecho.

Humanos como parte del parámetro de regularidad constitucional que se debe considerar al realizar el control de convencionalidad. V. CONCLUSIONES. VI. FUENTES DE CONSULTA.

I. INTRODUCCIÓN

La universalización de los derechos humanos no se acota a la que conocemos como el sistema universal de derechos humanos de las Naciones Unidas, sino que existen sistemas regionales de derechos humanos enfocados en las características y necesidades de cada región.

A la fecha, si bien existen órganos de tratados en el sistema universal que cumplen con una función de promoción de los derechos humanos, las únicas cortes internacionales en la materia con funciones contenciosas son las de los sistemas regionales. Desde una perspectiva general, las cortes regionales de derechos humanos conocen los casos de los Estados que son parte de su tratado fundacional. Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es el encargado de interpretar y garantizar la aplicación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y sus protocolos adicionales. Por otro lado, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos tiene competencia sobre los Estados parte de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Finalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene jurisdicción contenciosa sobre los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

La existencia de estas cortes, así como el crecimiento de su reputación y autoridad, ha llevado a la necesidad de analizar y resolver los alcances que sus decisiones tienen en la esfera nacional. En ciertos casos, como el mexicano, la misma constitución ha reconocido a los tratados internacionales como "ley suprema de la unión", y establecido la obligación de garantizar el goce de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México es parte.

De lo anterior, resulta evidente que existe una apertura del orden nacional al internacional. No obstante, el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos ha llevado a que los Estados no se obliguen solamente al contenido de los tratados y a las decisiones en las sean parte, sino que también a lo que resulte de las funciones interpretativas de las Cortes. A pesar de que se trata de tribunales a los que los Estados acceden de manera voluntaria, lo anterior puede llegar a cuestionarse desde el punto de vista de la soberanía nacional y la democracia.

En aras de lo mencionado, el presente trabajo tiene la finalidad de analizar la obligatoriedad de las opiniones consultivas emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho constitucional mexicano, sosteniendo que las mismas son obligatorias para México (1) conforme a los principios de buena fé y *pacta sunt servanda* del derecho internacional público, y (2) conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), por ser parte del bloque de constitucio-

nalidad y derivado de la obligación de realizar control de convencionalidad, según lo establecido por los artículos 1 y 133 de la CPEUM.

II. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

2.1. Generalidades del Sistema Interamericano

La creación de los sistemas regionales de derechos humanos se puede explicar, al menos, desde dos perspectivas: ideológica y pragmática. Por un lado, se argumenta que el contexto en el cual se desarrolló el derecho internacional llevó a imponer una visión occidental y eurocéntrica de los derechos humanos.[1] Como respuesta a esto, movimientos como el Panamericanismo de Bolívar llevaron a la creación de sistemas regionales como lo es la Organización de Estados Americanos (OEA). Por otro lado, se puede argumentar que la misma Carta de las Naciones Unidas llevó a la creación de estos sistemas regionales, al disponer en el artículo 1.3 de la Carta que uno de las propósitos de las Naciones Unidas es "la cooperación internacional para 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[2]".

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) surgió en 1948 con la creación de la OEA y con la aprobación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Posteriormente, se fundaron los dos principales órganos de derechos humanos de la región: En 1959, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), y en 1979, un año después de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

2.2. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La CIDH encuentra su sede en Washington D.C., Estados Unidos, y está conformada por siete miembros propuestos por los Estados Miembros y elegidos por la Asamblea General de la OEA, que se desempeñan de manera independiente y a título personal durante cuatro años, con la posibilidad de ser reelegidos una vez[3]. De conformidad con el Reglamento de la CIDH, dentro de sus funciones se encuentra el recibir y analizar peticiones individuales, observar y preparar informes, visitar países, recomendar

1 Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, "El sistema interamericano en el contexto de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos", Programa de capacitación y formación profesional en derechos humanos, fase básica 2, Comisión de Derechos Humanos, México, 2013, p. 14

2 Carta de las Naciones Unidas, Nueva York, 26 de junio de 1945

3 Color Vargas, Marycarmen, "Fuentes del derecho internacional de los derechos humanos" en ReformaDH. Metodología para la Enseñanza de la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos, México, CDHDF-SCJN-OACNUDH, 2011, p. 29

medidas a Estados miembros, solicitar medidas cautelares a los Estados, solicitar a la Corte medidas provisionales, presentar casos y comparecer ante la Corte IDH.

Como se puede notar, la CIDH tiene una función primordialmente de promoción, pues, a pesar de que puede recibir y analizar peticiones individuales, las cuales culminan con la emisión de un informe de fondo por el cual se recomienda al Estado miembro una serie de medidas para no escalar el caso a la Corte IDH; la CIDH no tiene competencia contenciosa.

2.3. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte IDH se encuentra ubicada en San José, Costa Rica, y está conformada por siete miembros que, al igual que en el caso de la CIDH, son propuestos por los Estados Miembros y elegidos por la Asamblea General de la OEA. Los jueces de la Corte IDH se desempeñan como tales de manera independiente y a título personal durante seis años, con la posibilidad de ser reelegidos una vez[4]. De conformidad con el estatuto y reglamento de la Corte IDH, su objetivo principal es aplicar e interpretar la CADH a través de su función jurisdiccional y consultiva. En cuanto a su función jurisdiccional, una vez que termina el procedimiento ante la CIDH, la Corte IDH puede conocer los casos que se sometan bajo su consideración, siempre que el Estado parte haya reconocido su competencia contenciosa[5].

2.3.1. Función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Cualquier Estado de la OEA puede consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención Americana o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, así como solicitar que emita una opinión acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales[6]. De acuerdo con lo señalado por la Corte[7], las opiniones consultivas tienen la finalidad de coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados.

El artículo 73 del Reglamento de la Corte IDH regula el procedimiento de las opiniones consultivas, y señala que una vez recibida la solicitud de opinión consultiva, el Secretario transmitirá copia a todos los Estados miembros, a la Comisión, al Consejo Permanente, al Secretario General y a los órganos de la OEA a cuya esfera de compe-

---

4 Artículo 4 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, La Paz, Bolivia, octubre de 1979

5 *Ibidem*, art. 2

6 Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969

7 Hitters, Juan Carlos, "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (Control de constitucionalidad y convencionalidad)", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, número 10, julio-diciembre 2008, p. 148

tencia se refiera el tema de la consulta. La Presidencia de la corte establecerá un plazo para que los interesados remitan sus observaciones escritas. De acuerdo con Carlos Marí Pelayo Möller, la función consultiva de la Corte IDH es de las más extensas e incluyentes de los tribunales internacionales, ya que en el artículo 73.3 del Reglamento se dispone que la Presidencia podrá invitar o autorizar a cualquier persona interesada para que presente su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta[8]. Esto incluye a organizaciones de la sociedad civil, instituciones académicas y cualquier persona. Una vez concluido el procedimiento escrito, la Corte decidirá si es conveniente realizar un procedimiento oral y fijará la audiencia.

Una vez que se obtenga la opinión de la Corte IDH, se notificará por medio de la Secretaría de la Corte a todos los Estados parte, y contendrá las cuestiones sometidas a la Corte, un resumen del procedimiento, los fundamentos de derecho, la opinión de la Corte y la indicación de cuál es la versión auténtica de la opinión. Los jueces de la Corte IDH están en posibilidad de emitir votos concurrentes o disidentes, que tendrán que ser compartidos con los demás jueces antes de la comunicación de la opinión consultiva. Lo anterior, conforme al artículo 75 del Reglamento de la Corte IDH.

En principio, las opiniones consultivas de la Corte IDH se categorizan como instrumentos no vinculantes. A diferencia de la función contenciosa de la Corte, que culmina con un fallo que los Estados parte se comprometieron a cumplir y es ejecutable[9], la función consultiva culmina con la difusión de la opinión emitida, sin que exista alguna disposición que de manera expresa establezca su obligatoriedad. La propia Corte, en su opinión consultiva OC-1/82, señaló que las opiniones consultivas "…no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa en el artículo 68 de la Convención…[10]".

No obstante, la práctica internacional demuestra que la tendencia es que las opiniones consultivas sean acatadas por los países[11]. Lo anterior deriva, en parte, de la autoridad de la Corte IDH como único tribunal competente para interpretar la CADH. De acuerdo con Héctor Faúndez Ledezma, las opiniones consultivas de la Corte IDH tienen un efecto jurídico vinculante derivado de la propia CADH[12], así como del artículo 1 del Estatuto de la Corte, que define a la Corte IDH de la siguiente manera:

---

8 Pelayo Möller, Carlos María, *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, México, CNDH, 2011, p. 65

9 Artículo 68.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969

10 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-1/82, del 24 de septiembre de 1982, "Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (artículo 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Serie A: Fallos y Opiniones, N° 1, párr. 51.

11 Hitters, Juan Carlos…*op. cit*. p. 18

12 Faúndez Ledesma, Héctor, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, 2.ª ed., Costa Rica, Editorial IIDH, 1999, p. 89.

> Una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Es así como, [...] al ejercer, sea en el campo contencioso, sea en el consultivo, la función de "aplicar o interpretar" el Pacto de San José, la Corte actúa como un órgano jurisdiccional y sus decisiones tienen naturaleza jurisdiccional.

Asimismo, la Corte IDH también señaló que sus opiniones consultivas tienen "efectos jurídicos innegables[13]".

A continuación, procederemos a argumentar que las opiniones consultivas de la Corte IDH son obligatorias a la luz del derecho internacional público, y, en el caso concreto de México, bajo el bloque de constitucionalidad y la obligación de control de convencionalidad *ex officio*.

III. OBLIGATORIEDAD DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

El derecho internacional público tiene como objeto reglamentar las relaciones entre los sujetos de la comunidad internacional, con la finalidad de asegurar la paz y seguridad internacional. Esta reglamentación se da a través de las fuentes del derecho internacional, que de conformidad con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, son: las convenciones internacionales, la costumbre internacional, los principios generales de derecho, y las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (Convención de Viena), establece que un tratado es, "un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular." La Convención de Viena contempla dos principios fundamentales del derecho internacional: *pacta sunt servanda* y la buena fe.

3.1. *Pacta sunt servanda* y la buena fe como principios fundamentales del derecho internacional público

De conformidad con el artículo 26 de la Convención de Viena, *pacta sunt servanda* se refiere a que, "todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe." Asimismo, este mismo principio se encuentra contemplado en el párrafo 2 artículo 2 del preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, el cual dice, "sus miem-

13 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva, OC-15/97, del 14 de noviembre de 1997, Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Serie A: Fallos y Opiniones, N° 15, párr. 26.

bros cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con dicha carta".

La jurisprudencia internacional ha señalado que parte integrante del principio *pacta sunt servanda* es el cumplimiento de buena fe de las obligaciones. En el caso relativo a los ensayos nucleares (Australia v. Francia), la Corte Internacional de Justicia estableció que el principio rector del derecho internacional, en términos de creación y cumplimiento de las obligaciones internacionales, es la buena fe[14]. Asimismo, de acuerdo con Hugo Grocio, la buena fe es el fundamento de los tratados entre soberanos[15]. La buena fe rige también la interpretación de los tratados[16], y obliga a los estados a no frustrar el objeto del tratado[17].

La sección segunda de la Convención de Viena contempla la posibilidad de que los Estados presenten reservas al momento de ratificar, aceptar, aprobar o adherirse a un tratado. Una reserva es una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado[18]. Lo anterior, siempre que la reserva no esté prohibida por el tratado, o que la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado. Las reservas permiten que los Estados puedan determinar si hay ciertos aspectos de los tratados que les aplicarán de manera diferente o que no les aplicarán en lo absoluto. Esto refuerza la vigencia del principio *pacta sunt servanda* y buena fe, ya que los Estados se adhieren a los tratados en pleno ejercicio de su soberanía.

Finalmente, la sección tercera de la Convención de Viena contempla la posibilidad de que los Estados retiren su consentimiento de un tratado, a través de una denuncia. Lo anterior se basa en el principio de soberanía de los Estados, pues si pueden vincularse a un tratado por voluntad propia, pueden desvincularse también del mismo.

3.2. La interpretación y cumplimiento de los tratados internacionales en materia de derechos humanos

Si bien los Estados son los principales sujetos del derecho internacional, durante los últimos años se ha internacionalizado la protección de los derechos humanos, por lo que los efectos del derecho internacional se han ampliado y profundizado hasta tutelar

14 Corte Internacional de Justicia, *Caso de los ensayos nucleares (Australia v. Francia)*, 20 de diciembre de 1974, párr. 46.
15 Ucaryilmaz, Talya, "El principio de buena fe en el derecho internacional público", *Estudios de Deusto Revista de Derecho Público*, Vol 68, Núm. 1, 2020, p. 52
16 Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969
17 Ibidem, art. 18
18 Ibidem, art. 2

los derechos humanos de las personas[19]. Al respecto, resulta importante señalar que los tratados en materia de derechos humanos se distinguen del resto debido a que los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción[20].

Como en cualquier orden del derecho, la interpretación de las disposiciones normativas de los tratados es esencial para su correcta aplicación. La Corte Internacional de Justicia ha señalado que "un tratado debe ser interpretado de buena fe conforme al sentido ordinario que haya de atribuir a sus términos en su contexto y a la luz de su objeto y fin[21]". Los tratados en materia de derechos humanos suelen tener un órgano encargado de dirimir las controversias que susciten de los mismos, así como de interpretar sus disposiciones. Por ejemplo, en el sistema universal de derechos humanos existen órganos de tratados, conocidos como Comités, que se crearon con el fin de vigilar el cumplimiento por parte de los Estados de lo dispuesto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros.

Conforme al principio de *pacta sunt servanda*, al momento que un Estado celebra un tratado en ejercicio de su soberanía, debe cumplir lo establecido en él, lo que incluye adoptar la interpretación del contenido y alcance de sus disposiciones conforme a lo emitido por el órgano competente[22]. Es decir, si un Estado suscribe un tratado con un órgano autorizado para interpretarlo, el Estado se obliga a cumplir con la interpretación que el órgano autorizado emita.

En el caso de la CADH, de acuerdo con Pedro Nikken, cuando su interpretación "resulta de una opinión consultiva de la Corte, no es una interpretación cualquiera, pues se trata de conclusiones obtenidas por el órgano que la misma Convención creó con el propósito de interpretarla[23]".

De lo expuesto en esta sección, podemos concluir que de conformidad con el derecho internacional público, al momento que un Estado se adhiere a un tratado internacional, el mismo se obliga a cumplir con sus disposiciones de buena fe. Esto incluye cumplir con sus normas y con la interpretación de las mismas que realice el órgano competente, según lo establecido en el mismo tratado. Asimismo, es importante seña-

---

19 Pagliaro, Arturo Santiago, "El derecho internacional público. Funciones, fuentes, cumplimiento y la voluntad de los Estados", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. IV, 2004, p. 461

20 Color Vargas, Marycarmen… op. cit. p. 18

21 Corte Internacional de Justicia, *Caso relativo a la controversia territorial Jamahiriya Árabe (Libia v. Chad)*, 3 de febrero de 1994, párr. 22

22 Nieto-Navia, Rafael, "El valor jurídico de las recomendaciones de los Comités de Derechos Humanos y el bloque de constitucionalidad", *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, vol. 9, no. 18, 2011, pp. 163-166

23 Nikken, Pedro, "La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*, 1999, p. 173

lar que los Estados se adhieren a los tratados en ejercicio de su soberanía, con pleno conocimiento de su contenido, incluyendo el hecho de que existe un órgano encargado de interpretar su significado y alcances.

IV. OBLIGATORIEDAD DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNO

En la presente sección desarrollaremos dos conceptos fundamentales para explicar la obligatoriedad de las opiniones consultivas de la Corte IDH desde el derecho interno: el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad interno *ex officio*.

4.1. El bloque de constitucionalidad

4.1.1. Concepto, origen y críticas

El Estado Constitucional de Derecho implica que la Constitución, entendida como norma fundamental, es la norma de mayor jerarquía dentro del sistema jurídico, y establece los parámetros de control de la validez material de todas las demás fuentes de derecho[24]. No obstante, en diversos sistemas jurídicos ha existido la necesidad de ampliar la Constitución con la finalidad de incorporar distintos contenidos a los que se encuentran formalmente en su texto[25]. Por ejemplo, a través de la remisión constitucional, la Carta Fundamental francesa le da valor constitucional a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789[26]. Por otro lado, diversos estados latinoamericanos han ampliado sus constituciones a través de la incorporación de tratados internacionales que reconocen derechos humanos[27].

De acuerdo con Arturo Guerrero Zazueta, el desarrollo del bloque de constitucionalidad "responde a la necesidad de complementar el texto constitucional, mediante un conjunto de normas que contribuyan al desarrollo [...] para la limitación efectiva del poder en favor de las personas.[28]" De este modo, define al bloque de constitucionalidad de la siguiente manera:

> Conjunto de normas que gozan jerarquía constitucional en el ordenamiento jurídico de cada país y que, por ello, constituyen el parámetro de control de validez del resto de los enunciados normativos, pese a que no necesariamente aparezcan

24 Guerrero Zazueta, Arturo, ¿Existe un bloque de constitucionalidad en México? Reflexiones en torno a la decisión de la Suprema Corte respecto al nuevo parámetro de control de regularidad, CNDH, México, 2015, p. 43
25 *Ibidem*, p. 73
26 *Ibidem*, pp. 18-19
27 *Ibidem*, p. 48
28 *Ibidem*, p. 55

> expresamente en la Carta Fundamental, siempre y cuando sea ésta la que remita a aquéllas[29].

Esta figura trae beneficios como un mayor dinamismo que permite que las Constituciones se adapten a las nuevas realidades sociales y políticas, incluyendo al desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos[30]. No obstante, también existen desventajas como la inseguridad jurídica, arbitrariedad judicial y afectaciones al principio democrático[31].

La crítica de afectaciones al principio democrático se da, en mayor medida, en el caso de bloques de constitucionalidad por medio de los cuales se incluye el contenido de tratados internacionales en materia de derechos humanos. Lo anterior, debido a que por medio del bloque de constitucionalidad se modifica el contenido del texto constitucional, sin que exista un proceso de reforma constitucional. Así mismo, el contenido y alcance de los tratados se desarrolla a través de la jurisprudencia internacional, lo que termina afectando el contenido de la Constitución sin que se cumpla con el procedimiento formal contemplado por la misma.

Sin embargo, consideramos que el bloque de constitucionalidad no es contrario al principio democrático, ya que, en primer lugar, la inclusión de una cláusula de apertura en el texto constitucional se da a través del proceso de reforma contemplado en la Constitución. Es decir, bajo la premisa de que la soberanía del pueblo está depositada en el texto constitucional, se concluye que, siempre que se cumpla con el proceso de reforma constitucional, la inclusión de una cláusula de apertura es consecuencia del ejercicio de la soberanía nacional.

En segundo lugar, consideramos que la modificación del texto constitucional que se puede dar a través de la jurisprudencia internacional, tampoco es contraria al principio democrático. Lo anterior bajo un razonamiento similar al del párrafo que antecede, pues si un Estado se adhiere a un tratado internacional cumpliendo con los requisitos formales y materiales contemplados en la Constitución, lo hace en ejercicio de la soberanía depositada en el texto constitucional. Asimismo, conforme a los principios de *pacta sunt servanda* y buena fe desarrollados en la sección anterior, los Estados tienen la obligación de cumplir el contenido de los tratados que celebren, incluyendo la interpretación realizada por el órgano autorizado.

Por lo tanto, consideramos que la figura del bloque de constitucionalidad y la modificación al texto constitucional que se da por la misma, tiene un sustento democrático, ya que se encuentra contemplada en la propia Constitución.

---

29 *Ibidem*, p. 58
30 *Ibidem*, p. 65
31 *Ibidem*, p. 66

4.1.2. El bloque de constitucionalidad en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

El primer párrafo del artículo 1 de la CPEUM señala lo siguiente:

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

Asimismo, el artículo 133 de la CPEUM dispone que:

> Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas.

De lo anterior, podemos observar que la CPEUM establece que todas las personas en México gozarán de los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México es parte, así como que todos los tratados internacionales celebrados conforme a la Constitución son parte de la Ley Suprema de la Unión.

De acuerdo con Guerrero Zazueta, el artículo 133 no se puede considerar como un bloque de constitucionalidad, sino que más bien se trata del fundamento de la supremacía constitucional en México[32]. Esto, debido a que el precepto señala que las leyes del congreso de la unión emanan de la Constitución, y que los tratados internacionales se deben celebrar conforme a la misma.

En el expediente Varios 912/2010, al analizar los efectos de la sentencia emitida por la Corte IDH en el caso Radilla Pacheco v. México, en conjunto con la reforma en materia de derechos humanos de junio de 2011, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) estableció que el parámetro de análisis de control que deben ejercer todos los jueces incluye, entre otros, a los derechos humanos contenidos en tratados de los que México es parte, y a las sentencias de la Corte IDH cuando México haya sido parte. En estos casos, la SCJN estableció que para el poder judicial son vinculantes no solamente los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en la sentencia[33]. Adicionalmente, cuando México no sea parte, la jurisprudencia de la Corte IDH tendría carácter de criterio orientador[34].

---

32 *Ibidem*, p. 72

33 Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Expediente Varios 912/2010,* resuelto el 14 de julio de 2011, párr.19

34 *Ibidem,* párr. 20

Posteriormente, n la contradicción de tesis 293/2011, la SCJN determinó que la reforma en materia de derechos humanos de 2011 modificó los alcances del concepto de supremacía constitucional, pues a partir de la misma, "la supremacía constitucional se predica de todos los derechos humanos incorporados al ordenamiento mexicano, en tanto forman parte de un mismo catálogo o conjunto normativo[35]." De acuerdo con el análisis realizado por la SCJN, una vez que un tratado internacional se incorpora formalmente al sistema jurídico mexicano, los derechos humanos contenidos en el mismo se integran al catálogo de rango constitucional, mientras que, conforme al artículo 133, el tratado internacional en su conjunto seguirá en segundo lugar frente a la Constitución[36]. Lo anterior se traduce en que las normas de derechos humanos comparten el mismo rango, independientemente de si su fuente es constitucional o convencional.

Con respecto al valor normativo de la jurisprudencia de la Corte IDH, la SCJN abandonó el criterio establecido en el expediente Varios 912/2010, pues al considerar que la Corte IDH es la intérprete última de la CADH, su jurisprudencia se reconoce como una extensión del texto, concluyendo que toda la jurisprudencia será vinculante en México, con independencia de que el Estado haya sido parte en el litigio o no[37].

De lo anterior concluimos que, si bien no existe un bloque de constitucionalidad en sentido estricto, el parámetro de regularidad constitucional establecido por la SCJN cumple con la misma función al dar rango constitucional a los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales de los que México es parte. Sin embargo, la supremacía constitucional frente a los tratados se mantiene al señalar que cuando exista una restricción expresa en la Constitución, se estará a lo dispuesto en la norma constitucional[38].

4.2 El control de convencionalidad

4.2.1. Concepto y finalidad

El control de convencionalidad se clasifica en control interno y control externo. El control de convencionalidad interno consiste en el conjunto de acciones orientadas a cumplir con las normas contenidas en los instrumentos internacionales incorporados al sistema jurídico estatal, a través de las acciones de cumplimiento de los particulares

35 Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Contradicción de Tesis 293/2011*, resuelta el 2 de septiembre de 2013 por mayoría de 10 votos, p. 48

36 *Ibidem*, pp. 51-53

37 *Ibidem*, p. 57

38 Tesis jurisprudencial P./J. 20/2014 (10a.), registro de IUS 2006224, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 5, abril de 2014, Tomo I, p. 202.

o de las funciones de autoridades estatales[39]. Por otro lado, el control de convencionalidad externo es el que ejercen las autoridades internacionales para prevenir y corregir las violaciones cometidas por autoridades nacionales a obligaciones internacionales[40].

De acuerdo con la abogada Juana María Ibáñez Rivas, la finalidad del control de convencionalidad es la prevención de violaciones de derechos humanos y del incumplimiento de las obligaciones estatales correspondientes[41], así como el fortalecimiento del diálogo judicial entre las cortes nacionales y la Corte Interamericana y la consolidación del *ius commune* interamericano[42].

4.2.2. Desarrollo del Control de Convencionalidad interno en el Sistema Interamericano de Derecho Humanos

Los inicios del desarrollo del control de convencionalidad interno en la Corte IDH se pueden identificar desde el voto concurrente del juez mexicano Sergio García Ramírez, en el caso Myrna Mack Chang v. Guatemala, del año 2003. En el párrafo 27 de aquel caso el Juez García Ramírez señaló que al tratarse de la responsabilidad del Estado, "no es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos... y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del 'control de convencionalidad' que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional".

Posteriormente, el término se utilizó por primera vez en una sentencia de la Corte IDH en el caso Almonacid Arellano y otros v. Chile en 2006, y en el caso de los Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros v. Perú). No obstante, en ambos casos la Corte IDH se refirió exclusivamente al control de convencionalidad realizado por el Poder Judicial[43]. Finalmente, en el caso Gelman v. Uruguay la Corte IDH estableció que todas las autoridades estatales están obligadas a cumplir con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), y a no aplicar normas contrarias a ella.

En el caso Gudiel Álvarez y otros vs. Guatemala, la Corte IDH precisó que el control de convencionalidad interno no se limita al contenido de los tratados internacionales, sino que se debe tomar en cuenta también la interpretación que la Corte realiza de los

---

39 Olvera Rangel, Sergio Charbel, La jurisdicción restaurativa del sistema jurídico estatal: una visión de la regularidad normativa más allá de los parámetros constitucionales y convencionales, Valencia, Tirant lo blanch, 2023, p. 158

40 *Ibidem,* p. 154

41 Ibáñez Rivas, Juana María, "El control de convencionalidad y la consolidación del Ius Commune interamericano", en *Ius constitutionale commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro y Max Planck Institute, México, 2017, p. 404

42 *Ibidem*, p. 406

43 *Ibidem. pp.* 391 y 392

mismos, incluso en los casos en que no se es parte del litigio[44]. Lo anterior deriva de la eficacia de la sentencia interamericana como cosa juzgada (*res judicata*) y como cosa interpretada (*res interpretata*).

En su voto razonado emitido en la sentencia de supervisión del caso Gelman v. Uruguay, el Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Pisot señaló que las sentencias de la Corte IDH producen un efecto *erga omnes* hacia todos los Estados parte de la Convención[45]. Esto, debido a que al estar vinculadas a la Convención, las autoridades nacionales quedan vinculadas también "al criterio interpretativo establecido por la Corte IDH, en tanto estándar mínimo de efectividad de la norma convencional, derivada de la obligación de los Estados de respeto, garantía y adecuación[46]".

En ese mismo voto razonado, el Juez Ferrer Mac-Gregor especificó que existen alcances diferentes entre la *res judicata* y la *res interpretata*. En el caso de la primera, se produce una eficacia vinculante directa, completa y absoluta por parte del Estado responsable[47], debido a lo establecido en los artículos 67 y 68.1 de la CADH. Mientras que en el caso de la *res interpretata*, los demás Estados Parte se vinculan solamente a la "norma convencional interpretada" y no a la totalidad del fallo.

No obstante, la eficacia de la *res interpretata* es "relativa", debido a que los Estados parte pueden preferir una interpretación de su sistema local cuando sea más favorable para la persona, siempre y cuando sea para potencializar la efectividad de la norma convencional[48].

4.2.3. El control de convencionalidad interno en México

La obligación del Estado mexicano a realizar el control de convencionalidad interno se resolvió, de manera directa, en el fallo de la Corte IDH del caso Radilla Pacheco v. México de 2009. De acuerdo con la Corte IDH, para proteger los derechos de la CADH en el caso concreto, México debía interpretar su Constitución "de acuerdo con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes a la Constitución mexicana[49]". Asimismo, la Corte IDH sostuvo que los jueces nacionales tienen la obligación de apegarse a la CADH y a su desarrollo[50], y deben realizar

---

44 *Ibidem*, p.409

45 Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo, *Voto razonado del juez a la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, emitida en la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso Gelman vs. Uruguay, párr. 33*

46 *Idem*

47 *Ibidem*, párr. 68

48 *Ibidem*, párr. 72

49 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Radilla Pacheco vs. México*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 23 de noviembre de 2009, párr. 338.

50 *Ibidem*, párr. 339

interpretaciones constitucionales y legislativas conforme a los principios establecidos en la jurisprudencia interamericana[51].

Posteriormente, la Corte IDH se pronunció sobre el control de convencionalidad interno en el caso Fernández Ortega y otros vs. México, determinando que el Estado era responsable por la violación del artículo 2 de la CADH "por incumplir con su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno de acuerdo a este instrumento[52]". Después, en el Caso Cabrera García y Montiel Flores[53], la Corte IDH resolvió que México era responsable por incumplir con diversos derechos contenidos en la CADH, pero también por incumplir con su obligación de adecuar su derecho interno a las disposiciones convencionales que le obligaban.

En un voto razonado emitido en el caso Cabrera García y Montiel Flores, el Juez Ferrer Mac-Gregor llegó a la conclusión de que el parámetro jurisprudencial para realizar el control de convencionalidad difuso comprende "toda interpretación que la Corte IDH realice a la Convención Americana, a sus Protocolos adicionales, y a otros instrumentos internacionales de la misma naturaleza que sean integrados a dicho *corpus juris interamericano*, materia de competencia del Tribunal Interamericano[54]".

Derivado del Caso Radilla, la SCJN se dio a la tarea de establecer cuáles eran las obligaciones concretas del Poder Judicial de la Federación en relación al control de convencionalidad interno, a través del expediente Varios 912/2010.

En el expediente varios 912/2010, la SCJN determinó que todos los jueces del Estado mexicano tienen la obligación de ejercer el control de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la CADH en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes[55]. Lo anterior debido a que conforme a los artículos 1o. y 133 constitucionales, los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, resultando en la inaplicación de normas inferiores que sean contrarias al contenido de la Constitución y de los tratados internacionales. Además de eso, la SCJN especificó que el mecanismo para el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente[56].

Adicionalmente, y de acuerdo con lo señalado en la subsección anterior sobre el bloque de constitucionalidad, conforme a los artículos 1o. y 133 constitucionales, el control de

---

51 *Ibidem*, párr. 340

52 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 30 de agosto de 2010, párr. 179

53 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 26 de noviembre de 2010

54 *Ibidem*, párr. 48

55 Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Expediente Varios 912/2010*, resuelto el 14 de julio de 2011, párr. 55

56 *Ibidem*, párr. 30

convencionalidad debe realizarse en el marco del parámetro de regularidad constitucional[57]. Es decir, la obligación de los jueces nacionales a realizar el control de convencionalidad implica considerar los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México es parte, así como la jurisprudencia de la Corte IDH, independientemente de si México sea o no parte del litigio.

La SCJN también determinó que, conforme al artículo 1o. constitucional y previo a la inaplicación de una ley por medio del control de convencionalidad, los jueces deben realizar una interpretación conforme a los derechos humanos contenidos en el parámetro de regularidad constitucional, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia[58]. Asimismo, ante la presencia de varias interpretaciones jurídicamente válidas de una disposición normativa, se debe preferir aquélla que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en el parámetro de regularidad constitucional[59].

En consideración de lo anterior, podemos observar que el orden jurídico mexicano reconoce la obligación del Estado a realizar un control de convencionalidad de sus normas internas, con la finalidad de asegurar que las mismas sean conforme a los derechos humanos contenidos en los tratados de la materia y su desarrollo jurisprudencial.

4.3. Opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como parte del parámetro de regularidad constitucional que se debe considerar al realizar el control de convencionalidad.

En el caso de la CADH y su desarrollo jurisprudencial, vemos que el control de convencionalidad implica que los jueces están obligados a considerar los derechos humanos contenidos en la CADH y en la interpretación que de ella realice la Corte IDH.

Si bien la SCJN no se ha pronunciado sobre el valor de las opiniones consultivas de la Corte IDH en específico, vemos que las mismas tienen la finalidad de permitir que cualquier Estado de la OEA consulte a la Corte IDH acerca de la interpretación de la CADH. Es decir, las opiniones consultivas constituyen uno de los principales mecanismos por los cuales la Corte IDH realiza su labor hermenéutica como intérprete de la CADH. Por lo anterior, sostenemos que, al realizar el control de convencionalidad, los jueces nacionales deben de contemplar a las opiniones consultivas emitidas por la Corte IDH como parte del parámetro de regularidad constitucional.

Esta postura es conforme al criterio establecido por la SCJN en la Contradicción de Tesis 293/201, referente a la obligatoriedad de la jurisprudencia interamericana con independencia de que el Estado haya sido parte en el litigio. Esto derivado del hecho

57 *Ibidem*, párr.. 28
58 *Ibidem*, párr. 33
59 *Idem*

de que la Corte IDH es la intérprete última de la CADH, y su jurisprudencia se reconoce como una extensión del texto.

Consideramos que el mismo razonamiento aplica para considerar que las opiniones consultivas son obligatorias para México, pues a través de estas la Corte IDH interpreta el contenido de la CADH, resultando en una extensión del texto.

Como se señaló al inicio de la presente sección, la modificación del contenido constitucional que resulta de la apertura que conlleva el bloque de constitucionalidad al desarrollo jurisprudencial internacional, ha llegado a criticarse por ser antidemocrática y carente de legitimidad. Lo anterior, debido a que se modifica el contenido constitucional de un Estado sin que sea necesario realizar el procedimiento de reforma contemplado por su derecho interno.

Por ejemplo, en el caso de México, el artículo 135 de la CPEUM señala que para poder reformar la Constitución, es necesario que se apruebe por dos terceras partes del Congreso de la Unión, así como por la mayoría absoluta de las legislaturas de los Estados. Mientras tanto, el procedimiento para la firma de tratados internacionales por parte del Estado Mexicano contempla, en primer lugar y conforme a la fracción X del artículo 89 constitucional, la voluntad del Presidente de la República, y en segundo lugar, conforma la fracción I del artículo 76 constitucional, la aprobación del Senado.

Como se puede apreciar, el procedimiento para reformar la Constitución es mucho más rígido que el de la adopción de un tratado internacional. No obstante, debido al bloque de constitucionalidad, las consecuencias son las mismas: una reforma al contenido del texto constitucional. Esto se ve de manera especial en el caso que nos ocupa, pues el texto constitucional se modifica no solamente por el hecho de que el Estado celebra un tratado internacional, sino que de manera posterior, en el momento que la Corte IDH emite nuevos criterios interpretativos.

A pesar de lo anteriormente mencionado, consideramos que sería erróneo determinar que los tratados internacionales y las decisiones de tribunales internacionales atentan contra la soberanía estatal y la democracia. Lo anterior, debido a que es esa misma soberanía la que, a través del texto constitucional, ha establecido un bloque de constitucionalidad que contempla a los tratados internacionales, a sabiendas de que los mismos cuentan con órganos autorizados para interpretar su contenido y emitir resoluciones vinculantes.

V. CONCLUSIONES

El análisis realizado en el presente trabajo nos permite concluir que las opiniones consultivas emitidas por la Corte IDH son obligatorias para México, en primer lugar, conforme a los principios de *pacta sunt servanda* y buena fe del derecho internacional público. Al adherirse a la CADH, México se obligó a cumplir con sus normas y con la interpretación de estas que realice la Corte IDH.

En segundo lugar, la obligatoriedad de las opiniones consultivas de la Corte IDH se desprende también del orden jurídico mexicano. La CPEUM y la jurisprudencia emitida por la SCJN incluyen a la interpretación de la CADH realizada por la Corte IDH como parte del bloque de constitucionalidad, y por lo tanto, como parámetro del control de convencionalidad.

Finalmente, si bien la afectación a la soberanía nacional es una preocupación legítima, consideramos que la decisión de expandir el contenido de la Constitución por medio del bloque de constitucionalidad tiene una raíz democrática, y deriva en la necesidad de reconceptualizar la manera en que pensamos sobre el constitucionalismo. En palabras del maestro Néstor Pedro Sagües, nos encontramos ante una "constitución convencionalizada", caracterizada por la primacía del valor bien común regional, o bien común internacional, sobre el bien común nacional[60].

VI. FUENTES DE CONSULTA

Textos normativos

Carta de las Naciones Unidas, Nueva York, 26 de junio de 1945

Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969

Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, La Paz, Bolivia, octubre de 1979

Resoluciones de tribunales internacionales

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-1/82, del 24 de septiembre de 1982, "Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (artículo 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos),* Serie A: Fallos y Opiniones, N° 1, párr. 51.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva, OC-15/97, del 14 de noviembre de 1997, Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Serie A: Fallos y Opiniones, N° 15

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Radilla Pacheco vs. México*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 23 de noviembre de 2009

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 30 de agosto de 2010

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 26 de noviembre de 2010

Corte Internacional de Justicia, *Caso de los ensayos nucleares (Australia v. Francia)*, 20 de diciembre de 1974

60 Sagüés, Néstor Pedro, *La constitución bajo tensión*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2016, p. 390

Corte Internacional de Justicia, Caso *relativo a la controversia territorial Jamahiriya* Árabe *(Libia v. Chad)*, 3 de febrero de 1994

Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo, *Voto razonado del juez a la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, emitida en la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso Gelman vs. Uruguay*

Resoluciones de tribunales nacionales

Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Expediente Varios 912/2010*, resuelto el 14 de julio de 2011

Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Contradicción de Tesis 293/2011*, resuelta el 2 de septiembre de 2013

Tesis jurisprudencial P./J. 20/2014 (10a.), registro de IUS 2006224, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 5, abril de 2014, Tomo I

Artículos y publicaciones

Color Vargas, Marycarmen, "Fuentes del derecho internacional de los derechos humanos" en ReformaDH. Metodología para la Enseñanza de la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos, México, CDHDF-SCJN-OACNUDH, 2011

Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, "El sistema interamericano en el contexto de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos", Programa de capacitación y formación profesional en derechos humanos, fase básica 2, Comisión de Derechos Humanos, México, 2013

Faúndez Ledesma, Héctor, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, 2.ª ed., Costa Rica, Editorial IIDH, 1999

Guerrero Zazueta, Arturo, ¿Existe un bloque de constitucionalidad en México? Reflexiones en torno a la decisión de la Suprema Corte respecto al nuevo parámetro de control de regularidad, CNDH, México, 2015

Hitters, Juan Carlos, "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (Control de constitucionalidad y convencionalidad)", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, número 10, julio-diciembre 2008, p. 148 https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25295.pdf

Ibáñez Rivas, Juana María, "El control de convencionalidad y la consolidación del Ius Commune interamericano", en *Ius constitutionale commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro y Max Planck Institute, México, 2017

Nieto-Navia, Rafael, "El valor jurídico de las recomendaciones de los Comités de Derechos Humanos y el bloque de constitucionalidad", *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, vol. 9, no. 18, 2011

Nikken, Pedro, "La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*, 1999

Olvera Rangel, Sergio Charbel, *La jurisdicción restaurativa del sistema jurídico estatal: una visión de la regularidad normativa más allá de los parámetros constitucionales y convencionales*, Valencia, Tirant lo blanch, 2023

Pagliaro, Arturo Santiago, "El derecho internacional público. Funciones, fuentes, cumplimiento y la voluntad de los Estados", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. IV, 2004, p. 461 https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/100/153

Pelayo Möller, Carlos María, *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, México, CNDH, 2011

Ucaryilmaz, Talya, "El principio de buena fe en el derecho internacional público", *Estudios de Deusto Revista de Derecho Público*, Vol 68, Núm. 1, 2020, p. 52 https://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/1815/2199

PERSPECTIVAS PARA LA CONCEPTUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS ANIMALES Y DEBATES JURÍDICOS RELEVANTES

Zulma Marlene Lara Ceballos

RESUMEN: Los debates sobre la protección jurídica de los derechos de los animales surgen desde el intento de su conceptualización, debido a que estos no pueden ser vistos de la forma en la que entendemos los derechos humanos. Dadas las diversas dificultades de estos derechos, su alcance parece estar limitado a garantizar el bienestar animal básico y evitar el sufrimiento innecesario. El objeto de este artículo es presentar una propuesta para entender los derechos de los animales frente a los desafíos de la realidad legal y cultural, y exponer algunos casos relevantes que discuten aspectos novedosos sobre derecho animal.

Palabras clave: Derechos de los animales, debates jurídicos, ética jurídica, protección animal, derecho ambiental.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. CONCEPTUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS ANIMALES. 1.1. Protecciones humanas. 1.2. Términos intermedios. 1.3- Derechos inherentes a los animales. 1.4 Propuesta de concepto. 2. CARACTERÍSTICAS Y ALCANCE DE LOS DERECHOS DE LOS ANIMALES. 2.1. No son generalizables: especismo. 2.2 No son universales: aspectos culturales. i. Animales sagrados en la India. ii. Fetos de llama para rituales en Perú. 2.3. Progresividad. 2.4. Dependencia. 2.5. Alcance limitado. 3. CASOS RELEVANTES: DILEMAS JURÍDICOS Y CAMBIOS SOCIALES. i. *Sea World y la Orca Tilikum (2013):* Animales marinos en cautiverio. ii. *Mono Naruto* (2011): Derechos de autor y propiedad intelectual. iii. *Prohibición de Circo con Animales en México* (2015). iv. *Habeas Corpus para Chimpancés* (2014 y 2015): Estatus legal de no humanos. v. *El hipopótamo del Rancho Dolores* (2019). vi. *Caso Fiesta Taurina y los gallos de pelea* (2022). vii. *Elefanta Ely en México (2023).* 4. REFLEXIONES FINALES. 5. BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES CITADAS.

INTRODUCCIÓN

Si bien con el tiempo se han reconocido protecciones a los animales contra el maltrato, la caza o a ser utilizados para fines del entretenimiento humano, lo cierto es que los animales quedaron excluidos de los regímenes de los Estado Modernos y no se les han reconocido derechos inherentes[1]. Así, por ejemplo, en la Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos no se reconocen derechos a otras especies, pues únicamente se advierte en el quinto párrafo del artículo 4º, el derecho de las personas a un medio

1 Linares Salgado, Jorge E. Los filósofos ante los animales: *Zoopolis, la teoría política de los derechos de los animales de Donaldson y Kymlicka*. Universidad Nacional Autónoma de México, México. 1º ed. Octubre 2021. p. 163

ambiente sano para su desarrollo y bienestar[2]. Aunque ello pueda implicar protecciones legales a los animales y el ecosistema, eso no significa que les hayan sido otorgados o reconocidos derechos.

Hablar sobre los derechos de los animales supone diversas dificultades y genera cuestionamientos sobre su naturaleza y también sobre sus formas de protección. Las problemáticas parten desde su conceptualización porque no sabemos de qué hablamos cuando hablamos de los derechos de los animales.

Además, las características propias de los animales, como la falta de voluntad autónoma, limitan sus posibilidades de ejercicio de los derechos, por lo que es complejo establecer las garantías necesarias para su cumplimiento y respeto. Derivado de ello, incluso se cuestiona si las protecciones jurídicas a estos sujetos pueden llamarse derechos.

Por esas diversas razones, resulta complejo establecer alguna clasificación jurídica de estos derechos en la concepción tradicional del derecho. En este artículo se analizan algunas perspectivas para la conceptualización de los derechos de los animales con una propuesta para poder entenderlos en nuestra realidad legal y cultural, así como diversos casos relevantes a nivel global que plantean dilemas ético-jurídicos en este tema.

1. CONCEPTUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS ANIMALES

Los derechos humanos son un conjunto de prerrogativas sustentadas en la dignidad humana, inherentes a todas las personas por el simple hecho de serlo[3]. Hemos concluido que estos derechos no se crean, solo se reconocen[4], y de esa forma se encuentran reconocidos dentro del orden jurídico nacional e internacional para poder garantizarlos. Los derechos de los animales, en cambio, se han fundamentado en argumentos basados en la empatía y la consideración del sufrimiento que pueden experimentar algunas especies.

La problemática de los derechos de los animales parte desde su conceptualización porque los derechos se han concebido en el contexto humano, siempre vinculados a la capacidad de las personas para ejercer y defender esos derechos. El derecho animal puede entenderse desde distintas perspectivas.

---

2 Artículo 4. […] Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley. […]

3 *Véase* ¿Qué son los derechos humanos? Comisión Nacional de Derechos Humanos. Consultado en https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/que-son-los-derechos-humanos

4 Olvera Rangel, Sergio Charbel. El reconocimiento de derechos humanos y el otorgamiento de garantías en el constitucionalismo mexicano. Revista de investigaciones jurídicas. Año 45. México 2021. Núm. 45, p. 419.

1.1. Protecciones humanas

Descartes rechazaba, como lo hace algún grupo de personas, que los animales tengan sensaciones o pasiones —como nosotros— y negó la existencia del pensamiento animal o que posean una mente[5]. Bajo esa forma de pensamiento se buscó justificar que las personas puedan utilizar a los animales de la forma en que les sea conveniente. Sin embargo, para la mayoría de las personas, incluyendo a las personas más críticas de los movimientos por los derechos de los animales, esta postura es inaceptable[6].

Casi todas las personas consideran que los seres humanos, por lo menos, no tenemos derecho a torturar o a tratar cruelmente a los animales. En ese sentido, muchos animales ya cuentan con protecciones legales en los ordenamientos jurídicos. La cuestión a debate es si sería válido llamarles derechos.

Bajo esta primer perspectiva, el término "derechos" podría no ser aplicable debido a que únicamente se consideran las protecciones que reciben los animales como extensiones de las consideraciones éticas y legales humanas. Antes que derechos, se trata de mínimas concesiones derivadas de nuestra empatía ante el reconocimiento de su capacidad para sentir dolor, pero además tienen la función de evitar que se repliquen actos de violencia que lleguen a afectar a las personas o el orden público.

1.2. Términos intermedios

Algunas personas prefieren términos intermedios como el de *bienestar animal* o *protección animal* para describir las consideraciones éticas y legales relacionadas con los animales[7]. Bajo esta perspectiva no solo se considera que los animales no deben ser torturados, sino que se debe garantizar que sean tratados con respeto y consideración, pero sin aplicar el concepto de derecho de manera directa.

Estos términos buscan equilibrar el trato ético de los animales con consenso de las diferencias cognitivas que existen entre humanos y animales, y entre especies de animales. Una de las diferencias más comúnmente reconocidas entres los seres humanos y los animales es la autoconsciencia con la que cuentan las personas, entendida como la capacidad de reconocer nuestros propios sentimientos, pensamientos y comportamientos, así como comprender cómo están relacionados[8]. Lo anterior ha sido, en esencia, la base del especismo, que consiste básicamente en la discriminación por especie.

---

5 García Rodríguez, Sergio. Descartes y el pensamiento animal: acciones exteriores vs. acciones interiores. Daimon. Revista Internacional de Filosofía, nº 79, 2020. pp. 161-163

6 Sustein, Cass R and Nussbaum, Martha C. *Animal Rights. Current Debates and New Directions (English Edition).* Oxford University Press. Abril 2004. p. 6

7 *Véase*, Ibidem. p. 5

8 Centro de Estudios de Psicología. Autoconciencia: en qué consiste y cómo trabajarla. Enero 2023. Consultado en:https://cepsicologia.com/autoconciencia/#:~:text=La%20autoconciencia%20es%20la%20capacidad,que%20tenemos%20en%20ciertas%20situaciones.

Los derechos están tradicionalmente vinculados a la capacidad de entender y ejercer responsabilidades, algo que se considera limitado o inexistente en los animales. Por ende, estos términos intermedios proponen extender la legislación en favor del bienestar de los otros seres sintientes pero, como aquellos no tienen ni la capacidad de asumir responsabilidades éticas y legales, no calificarían para tener derechos en el sentido en que se otorgan a los seres humanos.

1.3- Derechos inherentes a los animales

Los animales del mundo existen por su propia razón
—Alice Walker

Uno de los puntos de discusión más fundamentales es si los animales poseen derechos inherentes a su condición de seres vivientes.

La capacidad cognitiva, de autoconciencia y de raciocinio de los seres humanos es relevante para el reconocimiento de los derechos humanos, sin embargo, hay personas con discapacidades que afectan todas estas características humanas que no están excluidas de tener estos derechos[9]. Es decir, esos aspectos son relevantes pero no una condición necesaria para reconocer derechos y otorgar garantías de protección a todos los seres humanos.

En ese sentido, resulta relevante lo que plantea Jeremy Bentham sobre el dolor animal: La pregunta no es ¿pueden razonar? ni ¿pueden hablar?, sino ¿Pueden sufrir?[10]. De esta forma podemos concluir que los animales por su mera existencia deben obtener de los seres humanos, por lo menos, el respeto de su vida en bienestar.

1.4 Propuesta de concepto

El término de derechos de los animales es viable. La razón para hablar sobre derechos es resaltar la importancia de las protecciones éticas y legales que requieren establecerse en favor de los animales. Sin embargo, estos no pueden entenderse de la manera en que concebimos los derechos humanos y sus garantías.

El derecho animal, visto en áreas del derecho tradicional, puede impactar en cuestiones del derecho civil, mercantil, penal, administrativo y del medio ambiente, entre

9 Otro ejemplo es el tema del aborto, que ha generado un amplio debate en torno a dos posturas, pero lo que no está a discusión es que el producto de la gestación todavía no cuenta con ninguna de esas capacidades; sin desconocer que eventualmente, con el desarrollo, las podrá tener.

10 Weltman, Daniel. "Can They Suffer?": Bentham on our Obligations to Animals. 1000-Word Philosophy. Marzo 2022. Consultado en: https://1000wordphilosophy.com/2022/03/18/bentham-on-animals/#:~:text=English%20philosopher%20Jeremy%20Bentham%20(1748,of%20animals'%20pain%20and%20suffering. [la traducción de la frase es propia]

otros. Las relaciones entre humanos y animales se generan en todos los ámbitos de la vida cotidiana, lo cual evidencia que la necesidad de pensar más en este derecho.

Una propuesta conceptual es la que formula Sonia S. Waisman, quien señala que el "Derecho animal es, en su forma más simple y amplia, aquella ley estatutaria y jurisdiccional en la cual la naturaleza —legal, social o biológica— de los no humanos es un factor de relevancia"[11]. Sin embargo, este concepto se refiere más a la rama del conocimiento y no en lo sustancial, a los derechos de los animales.

Al hablar de derecho de los animales, se propone entenderlo como el conjunto de normas jurídicas que regulan las protecciones del bienestar animal, cuyo objetivo es generar el menor sufrimiento posible a las especies no humanas. Estos derechos se caracterizan por no ser generalizables ni universales, pero sí son progresivos y dependientes de los seres humanos, por lo que implican obligaciones a todas las personas y al Estado respecto de ellos. La propuesta se explica con los siguientes apartados de este artículo.

2. CARACTERÍSTICAS Y ALCANCE DE LOS DERECHOS DE LOS ANIMALES

Las características siguientes pretenden ser vistas desde una base objetiva de la realidad legal y cultural de las sociedades humanas que se encuentran reguladas bajo sistemas jurídicos innegablemente antropocentristas.

2.1. No son generalizables: especismo

Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, sexo, origen étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición; todas las personas tenemos los mismos derechos, sin discriminación[12]. Cuando hablamos de derechos de los animales, es difícil encontrar un común denominador para todos ellos, por lo que las normas de protección animal no son generalizables a todas las especies.

La diferencias han sido claras, para nosotros, entre humanos y animales[13]. Sin embargo, dentro del gran mundo de las especies animales existen rasgos muy diferentes de unos a otros, lo cual dificulta pensar en derechos generalizables a todos ellos. Una de las características distintivas de la existencia animal es precisamente su diversidad y la especificidad de sus requisitos, habilidades y necesidades en entornos ecológicos muy particulares[14]. Si intentamos encontrar un común denominador en todas las especies,

---

11 S. Waisman, Sonia et al. (2014): *Animal Law. Cases and Materials*, 5ª edición (North Carolina, Carolina Academic Press). p. 9

12 Op. cit. Nota 3.

13 Como se señala en el apartado *1.2 Terminos Intermedios*.

14 Rogers, Lesly J. y Kaplan Gisela. *All animals are not equal*. En op. cit. Sustein, Cass R and Nussbaum, Martha C. *Animal Rights*. p. 175.

parece que inevitablemente nos topamos con el problema de decidir qué especies se incluirán en las nuevas prácticas legislativas.

Lesly J. Rogers y Gisela Kaplan en su ensayo *All animals are not equal: The interface between scientific knowledge and Legislation for animal rights,* explican diversos test que se han realizado a ciertas especies animales para evaluar su capacidad de autoconciencia, inteligencia, memoria, la habilidad de planear el futuro y la comunicación[15]. Los aspectos de la memoria y la habilidad para planear el futuro, por ejemplo, son relevantes porque en la medida en la que algunas especies puedan tener estas capacidades también reside la importancia de reconocerles ciertos derechos; si cierta especie olvida particularidades de su entorno en un lapso de 7 días, o no logra recordar de cuál árbol comió el día anterior, entonces ¿sería cruel tener a esa especie en un espacio limitado que se puede recorrer en ese tiempo y volver a ser algo novedoso?

Además, como regla general, los humanos hemos considerado a los animales que se parecen más a nosotros como más inteligentes que otros animales, pero esa visión no reconoce que cada especie ha desarrollado una inteligencia distinta adaptada al ambiente en el que se desarrolla[16]. Por otro lado, no podemos ignorar que desde la visión humana, los animales también se clasifican de acuerdo con la funcionalidad que tienen para el ser humano. Por ejemplo, hay una consenso general de que los animales salvajes deben permanecer en su hábitat natural y en espacios libres, mientras que nos parece correcto tener a los animales domésticos en nuestras casas como mascotas y a los animales para consumo en granjas.

Incluso las teorías de los derechos de los animales a las que han contribuido autores como Peter Singer, Martha C. Nussbaum, o Tom Regan[17], argumentando por los derechos fundamentales a la vida libertad del desarrollo de los animales, persiste la problemática de instituir escalas de consideración y prioridades para la atención de cada especie, en función de las condiciones de su existencia así como su relación con los seres humanos[18].

Por lo anterior, una característica de lo que entenderemos como derechos de los animales es que las normas en esa materia no pueden ser generalizables a todas las especies. El único común denominador para la mayoría de las especies[19] es el concepto que

---

15 Ibidem. pp. 176 a 196

16 Ibid.

17 Singer, P. en sus libros: *Animal Liberation*, (1975), (1999); *The Ethics of What we eat*, (2006); *Animal Libertaion Now,* (2023). Sunstein, Cass R. y Martha C. Nussbaum en *Animal Rights: Current Debates and New Directions (English Edition)*, (2004). Tom Regan en *A case for animal rights* (1986).

18 Op. cit. Nota 1. p. 171

19 Hay literatura que debate sobre los peces como seres sintientes y se ha cuestionado si se puede hablar de otorgar *bienestar* a esta especie; Véase: Tort, LLuis. Bienestar animal en peces: La controversia alrededor de los peces como seres sentientes. Aportaciones de la biología. dA. Derecho Animal *(Forum of Animal Law Studies)* 2019, vol. 10/4. pp.60-66.
Disponible en: https://ddd.uab.cat/pub/da/da_a2019v10n4/da_a2019v10n4p60.pdf

sustenta Jeremy Bentham sobre el dolor, que ha remarcado con la frase que mencionamos anteriormente: La pregunta no es ¿pueden razonar? ni ¿pueden hablar?, sino ¿pueden sufrir?[20].

2.2 No son universales: aspectos culturales

La universalidad es uno de los principios más importantes codificados en el derecho internacional en materia de derechos humanos[21], que implica que todos los seres humanos cuentan con ellos más allá de su propia cultura, religión o incluso si se encuentran en territorios con regímenes que no reconocen estos derechos. Este aspecto, en el derecho humano, muchas veces se ve afectado por el derecho interno de las naciones[22]; en materia de derechos de los animales, esta característica sería aún es menos efectiva.

Como ya se mencionó, la diversidad de las especies es una circunstancia de la realidad que impacta en la posibilidad de generalizar las normas de protección animal o derechos animales. Así también, la diversidad cultural alrededor del mundo impacta en la consideración ética y jurídica que tienen diversas naciones y culturas respecto de ciertas especies animales. Para ilustrar esto se exponen brevemente dos ejemplos:

i. Animales sagrados en la India

Las vacas son sagradas para la religión hindú, profesada por el 80% de la población de la India. Desde tiempos antiguos, las vacas productoras de leche no se podían tocar, e incluso se les daba el título de madre; debido a esto, cuando finaliza la vida productiva de estos animales, se opta por liberarlas y dejarlas vagar por las calles[23].

En contraste, la tercer proteína más consumida en México es la carne de res con 1,865 toneladas de carne al año; incluso, uno de los objetivos de la Secretaría de Agricultura es fortalecer la ganadería nacional impulsando la ingesta de productos cárnicos nacionales[24].

---

20 Op. cit. Nota 9.

21 Universalidad y diversidad. Organización de las Naciones Unidas. Consultado en: https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-cultural-rights/universality-cultural-rights#:~:text=La%20universalidad%20de%20los%20derechos,sistema%20de%20los%20derechos%20humanos.

22 Véase, Rey, Sebastián A., "Derechos humanos, soberanía estatal y legitimidad democrática de los tribunales internacionales ¿Tres conceptos incompatibles?, en Revista Derechos Humanos, año 1, núm. 1, noviembre 2012, pp. 73-86.

23 S/A Las vacas sagradas de la India son origen de conflictos. RumiNews, 6 de abril de 2020. Consultado en: https://rumiantes.com/vacas-sagradas-india-origen-conflictos/

24 Carne mexicana para una dieta sana y equilibrada. Gobierno de México. Agosto, 2020. Disponible en: https://www.gob.mx/senasica/articulos/carne-mexicana-para-una-dieta-sana-y-equilibrada#:~:text=A%20nivel%20mundial%2C%20cada%20mexicano,como%20Argentina%2C%20Brasil%2C%20Chile.

ii. Fetos de llama para rituales en Perú

Cada año en el mes de agosto, se inician las festividades de Pachamama en Perú. En estos festejos se realizan ofrendas que incorporan alimentos, lana de colores, hojas, adornos de pan de oro y plata y fetos de llamas disecados como agradecimiento a la madre tierra[25]. Los fetos disecados se venden en cualquier mercado y también son usados para enterrar en los cimientos de las casas en construcción para manifestar buenos resultados.

Mientras tanto, la Ley de Protección de los Animales de la Ciudad de México prohíbe en su artículo 25, fracción XIII, el uso de animales en la celebración de ritos y usos tradicionales que puedan afectar el bienestar animal, esto en relación con la protección jurídica de los animales en la Constitución de la capital del país.Dadas las diferencias culturales en las diversas poblaciones del mundo, los derechos de los animales no pueden fundarse en normas generales que tengan la característica de universalidad.

2.3. Progresividad

A pesar de las características anteriores, es posible hablar de progresividad en los derechos de los animales. Cada vez hay más reconocimiento del valor por sí mismos que tienen las especies no humanas, al menos en un aspecto limitado de la vida y de minimizar el sufrimiento innecesario.

El principio de progresividad, tal como se entiende en materia de derechos humanos, puede ser aplicable a los derechos o protecciones de los animales. Este principio supone el gradual progreso para lograr el pleno cumplimiento de derechos, lo cual implica la toma de diversas medidas a corto, mediano y largo plazo para hacerlo posible[26].

En la tesis de jurisprudencia 85/2017 (10a.) de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México, se afirma que es posible diseccionar este principio en varias exigencias de carácter tanto positivo como negativo, dirigidas a los creadores de las normas jurídicas y a sus aplicadores. En sentido positivo, del principio de progresividad derivan para los legisladores la obligación de ampliar el alcance y la tutela de los derechos; y para el aplicador, el deber de interpretar las normas de manera que se amplíen, en lo posible jurídicamente, esos aspectos de los derechos. En sentido negativo, impone una prohibición de regresividad: el legislador tiene prohibido, en principio, emitir actos legislativos que limiten, restrinjan, eliminen o desconozcan el alcance y

25 Salazar, Yolanda. Las ofrendas dulces y los fetos de llama dan inicio al mes de la Pachamama en Bolivia. 01 de Agosto de 2023. SWI Swiss Info.ch. Consultado en: https://www.swissinfo.ch/spa/bolivia-tradiciones_las-ofrendas-dulces-y-los-fetos-de-llama-dan-inicio-al-mes-de-la-pachamama-en-bolivia/48704820

26 Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/34-Principios-universalidad.pdf

la tutela que en determinado momento ya se reconocía a los derechos,, y el aplicador tiene prohibido interpretar las normas sobre derechos de manera regresiva[27]. Por supuesto este criterio se refiere a derechos humanos, pero lo anterior es completamente trasladable a los derechos de los animales.

En congruencia con ello, el alcance y nivel de protección a los derechos animales en distantes jurisdicciones y en los tratados internacionales, deben entenderse como un mínimo que se debe respetar y, a la vez, el punto de partida para su desarrollo gradual.

2.4. Dependencia

En el contenido de los derechos humanos residen expectativas de que se puedan garantizar, por lo que las personas deben contar con los medios para ello. Para ello, las garantías de protección de los derechos humanos son técnicas y medios que permiten lograr la eficacia de los mismos; en su ausencia, el goce de los derechos que reconoce nuestro orden constitucional no puede materializarse en las personas[28].

Las garantías de protección para el ejercicio de derechos en el caso de los animales es un tema problemático, pues las técnicas y mecanismos para lograr su eficacia van a depender de la acción y responsabilidad humanas. Los animales, por sí mismos, no tienen los medios para demandar o garantizar sus derechos.

Si bien la falta de *voluntad autónoma* de estos sujetos limitaría sus posibilidades de ejercicio de los derechos, no tendría por qué privarlos de su titularidad, ni impedir que el resto de la sociedad tuviera determinadas obligaciones respecto de ellos[29]. Por eso es que los derechos de los animales no solo implican obligaciones a los legisladores y aplicadores de las normas jurídicas, sino que implican obligaciones también a los particulares en dos aspectos: respetar los derechos animales y denunciar todos los casos en los que el bienestar animal se encuentre en peligro de ser vulnerado.

2.5. Alcance limitado

Los derechos humanos a menudo abarcan una gama amplia y compleja de libertades y protecciones, que reflejan la complejidad de la existencia humana. Incluyen dere-

---

27 Tesis: 1a./J. 85/2017 (10a.), PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. SU CONCEPTO Y EXIGENCIAS POSITIVAS Y NEGATIVAS. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Décima época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 47, Octubre de 2017, Tomo I, página 189

28 Tesis: 1a. CCLXXXVI/2014 (10a.), DERECHOS HUMANOS. NATURALEZA DEL CONCEPTO "GARANTÍAS DE PROTECCIÓN", INCORPORADO AL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, VIGENTE DESDE EL 11 DE JUNIO DE 2011. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Décima época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 9, Agosto de 2014, Tomo I, página 529.

29 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.

chos fundamentales como la libertad de expresión, la libertad de religión, el derecho a la vida y la igualdad ante la ley. Esto, sin mencionar toda la regulación secundaria y administrativa.

A diferencia del derecho humano, conforme a las características identificadas de los derechos de los animales (no generalizables, no universales, progresivos y dependientes), su alcance podría centrarse en garantizar su bienestar, conservación, evitar la crueldad y minimizar el sufrimiento tanto como sea posible. Las leyes y regulaciones que protegen a los animales son necesariamente de un alcance más limitado.

3. CASOS RELEVANTES: DILEMAS JURÍDICOS Y CAMBIOS SOCIALES

i. *Sea World y la Orca Tilikum (2013):* Animales marinos en cautiverio.

En 2011, la organización Personas por el Trato Ético de los Animales (en adelante PETA por sus siglas en inglés) presentó una demanda de medidas declaratorias y cautelares contra *Sea World Entertainment Inc.* ante el Tribunal del Distrito Sur de California en nombre de cinco ballenas orca, Tilikum, Katina, Corky, Kasatka y Ulises, que vivían en cautiverio en ese parque temático. Las cinco orcas eran las demandantes en el asunto.

PETA alegó que la tenencia por parte de *Sea World* de las orcas capturadas en estado salvaje violaba la 13ª enmienda de la Constitución estadounidense, que prohíbe la esclavitud y la servidumbre involuntaria, así como que su confinamiento las suprime de "del enriquecimiento ambiental necesario para estimular mental y físicamente a los demandantes para su bienestar"[30].

En 2012, el Tribunal determinó que la organización no estaba legitimada para promover el asunto, porque la 13ª enmienda sólo se aplica a los seres humanos y, por lo tanto, el tribunal también carecía de jurisdicción sobre este[31].

ii. *Mono Naruto (2011*): Derechos de autor y propiedad intelectual.

Este caso tuvo su origen en el 2011, cuando un fotógrafo llamado David Slater, instaló una de sus cámaras en la selva de la isla de Sulawesi, en Indonesia. El mono nombrado

30 Caso estadounidense Tilikum contra Sea World Parks and Entertainment. Eco Jurisprudence Monitor. 2012. Consultado en: https://ecojurisprudence.org/es/iniciativas/tilikum-v-sea-world-parks-and-entertainment/

31 TILIKUM, Katina, Corky, Kasatka, and Ulises, five orcas, by their Next Friends, PEOPLE FOR THE ETHICAL TREATMENT OF ANIMALS, INC., Richard Ric O'Barry, Ingrid N. Visser, Ph.D., Howard Garrrett, Samantha Berg, and Carol Ray, Plaintiffs, v. SEA WORLD PARKS & ENTERTAINMENT, INC. and Sea World, LLC, Defendants. Animal Legal & Historical Center. Consultado en: https://www.animallaw.info/case/tilikum-ex-rel-people-ethical-treatment-animals-inc-v-sea-world-parks-entertainment-inc

Naruto tomó varias fotografías de sí mismo, una de las cuales se hizo famosa como la *"Monkey Selfie"*.

En 2014, David Slater y Blurb, Inc., un editorial, publicaron y vendieron un libro en los Estados Unidos que contenía copias de las *selfies* tomadas por el mono Naruto y afirmaba en ese libro que Slater y Wildlife Personalities, Ltd. son los propietarios de los derechos de autor de las fotografías. Sin embargo, a lo largo del libro se afirma que Naruto tomó las fotografías en cuestión.

La organización PETA demandó en 2015 a Slater, Blurb Inc, y Wildlife Personalities, al considerar que el mono Naruto tenía derecho a beneficiarse de los ingresos derivados de esas imágenes porque "resultaron de una serie de acciones intencionales y voluntarias por parte de Naruto, sin la ayuda de Slater, lo que dio lugar a obras originales de autoría no de Slater, sino de Naruto"[32].

Un Tribunal de Distrito en los Estado Unidos de América concluyó que la demanda no contenía hechos suficientes para establecer legitimación pues la organización únicamente señalaba ser "la organización de derechos de los animales más grande del mundo" que "ha abogado por establecer los derechos y protecciones legales disponibles para los animales más allá de su utilidad para los seres humanos" y desestimó el asunto[33].

Finalmente en 2018 la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estado Unidos confirmó esa decisión, pero, además, sostuvo que Naruto no tenía legitimación para demandar según la Ley de Derechos de Autor porque la ley no establecía expresamente que los animales tienen legitimación.

iii. *Prohibición de Circo con Animales en México (2015)*

El 9 de enero de 2015 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el Decreto por el que se reformaron diversas disposiciones de la Ley General de Vida Silvestre, en el que destaca el último párrafo adicionado al artículo 78 que establece lo siguiente: *Queda prohibido el uso de ejemplares de vida silvestre en circos*[34].

---

32 NARUTO, a Crested Macaque, by and through his Next Friends, PEOPLE FOR THE ETHICAL TREATMENT OF ANIMALS, INC., and ANTJE ENGELHARDT, Ph.D. Plaintiff, v. DAVID JOHN SLATER, an individual, BLURB, INC., a Delaware corporation, and WILDLIFE PERSONALITIES, LTD., a United Kingdom private limited company, Defendants. Animal Legal & Historical Center. Consultado en: https://www.animallaw.info/pleading/naruto-v-slater-peta [traducción propia]

33 NARUTO, a Crested Macaque, by and through his Next Friends, People for the Ethical Treatment of Animals, Inc., Plaintiff-Appellant, v. David John SLATER; Blurb, Inc., a Delaware corporation; Wildlife Personalities, Ltd., a United Kingdom private limited company, Defendants-Appellees. Animal Legal & Historical Center. Consultado en: https://www.animallaw.info/case/naruto-v-slater [traducción propia]

34 Ley General de Vida Silvestre vigente.

En el segundo transitorio del decreto se estableció que los circos debían presentar a la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales una base de datos que incluyera el número y características de los ejemplares de vida silvestre que poseían entonces, de forma inmediata. Se dispuso que esas bases de datos se pondrían a disposición de los zoológicos del país para que estuvieran en posibilidades de seleccionar a los ejemplares que sean susceptibles de ser integrados a sus colecciones; el resto de ellos que no fueran seleccionados por los zoológicos, podrían ser entregados por sus poseedores a los Centros para la Conservación e Investigación de la Vida Silvestre pertenecientes a la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales con el objeto de que no implicaran gasto por concepto de manutención de animales que ya no podrán ser utilizados en sus centros de trabajo.

Esta segunda parte del artículo transitorio tuvo efectos indeseables y contrarios a los fines de esta legislación que supondría abonar al bienestar animal. Se conoció que la mayoría de los animales que participaban en espectáculos circenses en México, murieron. De los mil 298 animales censados en el 2015 por la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales en los 80 circos del país, al 2016 se dijo que no más 300 seguían con vida; mientras algunos están en santuarios, otros siguen en los circos pero sin ser parte de espectáculo o fueron entregados a zoológicos, enfermos y deprimidos. El resto fueron los compraron coleccionistas privados o incluso cayeron en manos de traficantes de especies[35].

De lo anterior, se discute si la medida fue mala o fue un problema de la implementación. Incluso en febrero de 2020 una diputada federal de la LXIV Legislatura del Congreso de la Unión, integrante del Grupo Parlamentario de Morena, presentó una iniciativa para derogar el último párrafo del artículo 78 de la Ley General de Vida Silvestre. Entre algunos de los debates y argumentos se encuentra que hay generaciones de ciertas especies, como tigres, que han nacido en los circos por años en México, que nunca han tenido contacto con la naturaleza, por lo que enviarlos a otros contextos es perjudicial[36].

Lo anterior no ha prosperado debido a que, ética y jurídicamente, se trataría de una regresión en los derechos de los animales entendidos ampliamente, sin embargo, es muestra de la amplia complejidad que representan estos derechos y sus garantías de

---

35 *Véase*: Mejía Francisco, Murió 80% de los animales de circo. Milenio, Julio de 2017. Disponible en: https://www.milenio.com/estados/murio-80-de-los-animales-de-circo
Hernández, Ricardo, ¿Qué pasó después de circos sin animales? Zarate Abogados. Noviembre, 2021. Consultado en: https://zarateabogados.com/2021/11/20/que-paso-despues-de-circos-sin-animales/

36 Hernández Pérez, María Eugenia. INICIATIVA QUE DEROGA EL PÁRRAFO TERCERO DEL ARTÍCULO 78 DE LALEY GENERAL DE VIDA SILVESTRE, A CARGO DE LA DIPUTADA MARÍA EUGENIA HERNÁNDEZ PÉREZ, DEL GRUPO PARLAMENTARIO DE MORENA. Palacio Legislativo de San Lázaro, a 5 de febrero de 2020 Consultable en:
http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2020/02/asun_3993325_20200206_1581011413.pdf

protección cuando pueden existir diversas formas de relación de los animales con los seres humanos.

iv. *Habeas Corpus para Chimpancés (2014 y 2015)*: Estatus legal de no humanos

The Nonhuman Rights Project (en adelante NhRP) es una organización que tiene como objetivo conseguir el reconocimiento de derechos fundamentales para animales no humanos.

En el año 2014, la organización promovió un procedimiento de conformidad con el artículo 70 del Código de Procedimientos Civiles de Nueva York de acuerdo con el derecho común, la cuestión en disputa era el estatus legal de un chimpancé llamado Tommy que se encontraba en posesión de Patrick C. Lavery, individualmente y como oficial de *Circle L. Trailer Sales Inc*., quienes eran los demandados. NhRP ofreció declaraciones juradas de expertos que afirmaban que los chimpancés tenían las características necesarias para que un tribunal los considere personas con el fin de obtener autonomía personal y libertad contra detenciones ilegales.

La Corte de Apelaciones se enfrentó aquí a la cuestión novedosa de si un chimpancé puede considerarse una persona para que se le reconozcan los derechos y protecciones otorgados por el habeas corpus, y finalmente determinó que los chimpancés no pueden asumir responsabilidades legales ni deberes sociales. Se señaló "inapropiado conferir a los chimpancés los derechos legales que se han otorgado a los seres humanos"[37].

Nuevamente, en julio de 2015, la misma organización promovió un procedimiento para obtener un habeas corpus en nombre de Hercules y Leo, dos chimpancés bajo la custodia de la Universidad Estatal de Nueva York. Se buscaba una orden que instruyera a los demandados a demostrar la base para detener a Hércules y Leo, así como una orden para su liberación porque se realizaban experimentos con estos ejemplares y traslado a un santuario en Florida[38].

Como era de esperarse, el asunto no prosperó dado que la Corte consideró que estaba vinculada por la resolución en el caso chimpancé Tommy, por lo que reiteró que los

37 The PEOPLE of The State of New York ex rel. The NONHUMAN RIGHTS PROJECT, INC., on Behalf of Tommy, Appellant, v. Patrick C. LAVERY, Individually and as an Officer of Circle L Trailer Sales, Inc., et al., Respondents. Animal Legal & Historical Center. Consultado en: https://www.animallaw.info/case/people-ex-rel-nonhuman-rights-project-inc-v-lavery [Traducción propia]

38 In the Matter of a Proceeding under ARTICLE 70 OF the CPLR FOR A WRIT OF HABEAS CORPUS, THE NONHUMAN RIGHTS PROJECT, INC., on behalf of HERCULES AND LEO, Petitioner, v. Samuel L. STANLEY Jr., M.D., as President of State University of New York at Stony Brook a/k/a Stony Brook University and State University of New York at Stony Brook a/k/a Stony Brook University, Respondents. Animal Legal & Historical Center. Consultado en: https://www.animallaw.info/case/article-70-cplr-writ-habeas-corpus-nonhuman-rights-project-inc-ex-rel-hercules-and-leo-v

chimpancés no eran personas legales con derecho a los derechos y protecciones otorgados por un habeas corpus, denegó la petición y desestimó el procedimiento.

v. *El hipopótamo del Rancho Dolores (2019)*[39]

El 3 de enero de 2016, se fugó un hipopótamo por la puerta principal del Predio o Instalación que Maneja Vida Silvestre en forma confinada fuera de su hábitat natural Rancho Dolores, ubicado en el Estado de Puebla, México. El hipopótamo fue atropellado sobre la carretera Santa Cruz-San José Guerrero y murió el mismo día.

La Procuraduría de Federal de Protección al Ambiente impuso diversas multas al representante legal del Predio Rancho Dolores, a través de una resolución administrativa en 2018; entre varias de las razones, el animal no contaba con registro y además fue mutilado tras fallecer para disecar su cabeza y usar la piel[40]. Las multas impuestas sumaron una totalidad de $353,431.00 pesos impuestas ante el incumplimiento a su plan de manejo autorizado de estas especies y falta de medidas de seguridad en sus instalaciones. En el juicio de amparo un Tribunal Colegiado validó las multas y negó el amparo que fue solicitado por los representantes de Rancho Dolores que argumentaba sus derechos de propiedad.

vi. *Caso Fiesta Taurina y los gallos de pelea (2022)*[41]

El Estado de Nayarit, en México, emitió un decreto que declara a la "Fiesta Taurina y las Peleas de Gallos", como Patrimonio Cultural Inmaterial de la Estado de la República que fue publicado en mayo de 2019. En contra de ese decreto, una asociación civil que tiene como finalidad ayudar a proteger el medio ambiente y a los animales, promovió un juicio de amparo por considerar que la "fiesta taurina y las peleas de gallos" no pueden ser consideradas como patrimonio cultural, ya que son actividades en las que se maltrata, tortura e incluso se causa la muerte de los animales.

El asunto terminó en un criterio importante a favor de los derechos de los animales, pues la Segunda Sala de la Suprema Corte determinó que el derecho humano a la participación cultural no puede ser usado como una excusa para violar ni destruir otros derechos, por el contrario, su ejercicio debe permitir la armonía y desarrollo de los demás derechos reconocidos en nuestro país. Por ello, se indicó que incluso aquellas actividades que tengan mucho arraigo, que forman parte de nuestra historia o tradiciones, o bien, que se estimen de mucho valor para ciertos sectores de la población, deben ser

---

39 Amparo directo 469/2019 del índice del Decimoséptimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, México.

40 Pérez Cornoa, Fernando. Cortan Cabeza de hipopótoma atropellado para disecarla. Excelsior. Enero de 2016. Consultado en: https://www.excelsior.com.mx/nacional/2016/01/07/1067379

41 Amparo en revisión 80/2022, de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 15 de junio de 2022.

siempre compatibles con el conjunto de derechos humanos reconocidos por nuestro país, para poder ser protegidas constitucionalmente por los derechos culturales.

Seguido de esas reflexiones, se afirmó que el derecho a un medio ambiente sano sí protege a los animales contra maltratos o sufrimientos provocados por los seres humanos. Se reafirmó el derecho humano a un medio ambiente sano es un concepto amplio que incluye la vida y bienestar animal, concibiendo a los animales no sólo como miembros de una sola especie o grupo de especies, sino también como seres vivos individuales capaces de experimentar miedo, sufrimiento y dolor. Por supuesto, se precisó que estas especies no son "personas", pero el hecho de que no puedan considerarse como tales no debe conducir a permitir tratos hostiles y crueles. Por ende, se determinó que las fiestas taurinas y las peleas de gallos no puede ser protegidas constitucionalmente como derechos culturales, dado que conllevan incluso la muerte de las especies involucradas.

vii. *Elefanta Ely en México (2023)*[42]

Este caso es el más reciente en México que implica un análisis novedoso en materia de derechos de los animales. En este asunto, una persona promovió un juicio de amparo en representación de una elefanta llamada Ely, la cual se encuentra en el zoológico de Aragón ubicado en la Ciudad de México. La persona promovente reclamó la privación ilegítima y arbitraria de la libertad, el aislamiento y maltrato animal ejercido sobre la elefanta, además de solicitar su traslado a un santuario de elefantes de Brasil, entre otras peticiones particulares.

El juzgador federal que conoció del asunto negó el amparo solicitado y en contra de esa resolución, la parte quejosa interpuso un recurso de revisión del que solicitó su atracción a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Finalmente, el tribunal constitucional determinó atraer el asunto pues se plantean cuestiones de relevancia jurídica para el orden nacional dado que el tema de los derechos de los animales no ha sido desarrollado en nuestra jurisprudencia. Al respecto, se identificaron 6 notas de interés que se resumen en:

1. Establecer una correcta interpretación de los términos "ciudad habitable", "Derecho a un medio ambiente sano" y "Protección de los animales", así como su contenido y el alcance.

2. Los animales entendidos como "seres sintientes", ¿son diferentes a las personas? ¿tienen derechos fundamentales? o ¿qué tipo de derechos pueden tener?

3. Estudiar la relación entre la "Protección de los animales" de la Constitución de la Ciudad de México, con el artículo 4, quinto párrafo, constitucional sobre el derecho a un medio ambiente sano.

---

42 Solicitud de la facultad de atracción 249/2023, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 16 de agosto de 2023.

4. Establecer cuáles son las autoridades obligadas y facultadas para cumplir las obligaciones de protección de los animales en la Ciudad de México.

5. Estándares que las autoridades de la Ciudad de México deben utilizar para garantizar la protección, bienestar, así como el trato digno y respetuoso a los animales, tratándose de los que se encuentren en zoológicos. ¿Cuáles son las obligaciones para satisfacer las necesidades básicas materiales y psicológicas de las especies en cautiverio?

6. Estudiar los medios de prueba idóneos para demostrar tanto las necesidades materiales y psicológicas de cada una de las especies en cautiverio.

Este asunto representa, en sentido estricto, la primera oportunidad de la Suprema Corte de Justicia mexicana de desarrollar el concepto de derechos de los animales propiamente dichos y sus alcances para el orden jurídico.

En el recurso de revisión que se deberá analizar, llama la atención que la promovente se duele de que el juez federal afirmó que Ely vive en mejores condiciones que millones de personas, lo que consideró que demuestra una actitud despectiva ante personas de extrema pobreza. Ese argumento fue utilizado por el juez principalmente para no conceder las peticiones respecto del traslado de la elefanta. En ese sentido, otra de las cuestiones a discutir es si las obligaciones del Estado respecto del bienestar animal están limitadas también al deber de satisfacer en primer lugar las necesidades de las personas o si esto se trata de un falso dilema.

4. REFLEXIONES FINALES

En nuestra realidad, es innegable que los derechos de los animales se construyen sobre el fundamento ético y legal establecido por los seres humanos. Las leyes y regulaciones destinadas a proteger a los animales a menudo reflejan los estándares éticos que la sociedad humana considera aceptables en términos de trato y consideración hacia los seres no humanos.

Precisamente por ello, los derechos de los animales podrían ser percibidos como concesiones basadas en la conveniencia humana que como derechos inherentes. Esta perspectiva resalta la necesidad de una reflexión continua sobre la manera en que se fundamentan los derechos de los animales en un marco ético y legal.

Hay necesidad de equilibrar nuestra posición dominante como humanos con la responsabilidad de preservar y respetar a todas las especies y el medio ambiente, sin embargo, no es posible desconocer la realidad legal y cultural de nuestros sistemas jurídicos claramente antropocéntricos. Hemos visto que la implementación efectiva de los derechos de los animales se ve obstaculizada por los aspectos culturales, que generan la dificultad de alcanzar un consenso internacional en la protección de estos derechos. A pesar de la creciente conciencia sobre la importancia ética y legal de considerar a los

animales como seres sintientes, la visión profética de Leonardo Da Vinci sobre un futuro donde el asesinato de un animal sea equiparable al de un ser humano sigue siendo una meta distante en nuestra realidad actual[43].

Sin embargo, instar a la totalidad de la población a adoptar un estilo de vida vegano o permitir que la fauna se regule sin intervención humana sería un esfuerzo en vano y poco realista para nuestras sociedades contemporáneas. La propuesta es reconocer en el ámbito jurídico que los animales tienen un valor intrínseco por la sola razón de su existencia, que no tiene que ver con la relación que en lo particular tenga cada especie con los seres humanos, pero que sí impacta en esa regulación. Se aboga por incorporar los derechos de los animales como un área del derecho que es transversal a las demás que, dentro de los límites prácticos y culturales actuales, aspire a minimizar en la mayor medida posible el sufrimiento de todos los seres sintientes.

Reconociendo la complejidad del desafío, se destaca la necesidad de un enfoque gradual y pragmático. En ese sentido, el principio de progresividad de los derechos de los animales cobra central relevancia. Este proceso implica cuestionar nuestras prácticas y promover un diálogo reflexivo sobre cómo podemos mejorar la protección del bienestar animal con el objeto de reducir al mínimo el sufrimiento que se causa a las demás especies.

5. BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES CITADAS

Linares Salgado, Jorge E. Los filósofos ante los animales: Zoopolis, la teoría política de los derechos de los animales de Donaldson y Kymlicka. Universidad Nacional Autónoma de México, México. 1º ed. Octubre 2021. p. 163

Olvera Rangel, Sergio Charbel. El reconocimiento de derechos humanos y el otorgamiento de garantías en el constitucionalismo mexicano. Revista de investigaciones jurídicas. Año 45. México 2021. Núm. 45, p. 419.

García Rodríguez, Sergio. Descartes y el pensamiento animal: acciones exteriores vs. acciones interiores. Daimon. Revista Internacional de Filosofía, nº 79, 2020. pp. 161-163

Sustein, Cass R and Nussbaum, Martha C. Animal Rights. Current Debates and New Directions (English Edition). Oxford University Press. Abril 2004. p. 6

Philosophy. Marzo 2022. Consultado en: https://1000wordphilosophy.com/2022/03/18/bentham-on-animals/#:~:text=English%20philosopher%20Jeremy%20Bentham%20(1748,of%20animals'%20pain%20and%20suffering. [la traducción de la frase es propia]

S. Waisman, Sonia et al. (2014): Animal Law. Cases and Materials, 5ª edición (North Carolina, Carolina Academic Press). p. 9

Weltman, Daniel. "Can They Suffer?": Bentham on our Obligations to Animals. 1000-Word

43 Véase: López, Alfred. Leonardo da Vinci y su gran amor por los animales [Anécdota]. Octubre de 2015. Disponible en: https://blogs.20minutos.es/yaestaellistoquetodolosabe/leonardo-da-vinci-y-su-gran-amor-por-los-animales-anecdota/

Rogers, Lesly J. y Kaplan Gisela. All animals are not equal. En op. cit. Sustein, Cass R and Nussbaum, Martha C. Animal Rights. p. 175.

Singer, P. en sus libros: Animal Liberation, (1975), (1999); The Ethics of What we eat, (2006); Animal Libertaion Now, (2023). Sunstein, Cass R. y Martha C. Nussbaum en Animal Rights: Current Debates and New Directions (English Edition), (2004). Tom Regan en A case for animal rights (1986).

Tort, LLuis. Bienestar animal en peces: La controversia alrededor de los peces como seres sentientes. Aportaciones de la biología. dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies) 2019, vol. 10/4. pp.60-66. Disponible en: https://ddd.uab.cat/pub/da/da_a2019v10n4/da_a2019v10n4p60.pdf

Rey, Sebastián A., "Derechos humanos, soberanía estatal y legitimidad democrática de los tribunales internacionales ¿Tres conceptos incompatibles?, en Revista Derechos Humanos, año 1, núm. 1, noviembre 2012, pp. 73-86.

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.

Páginas web y casos:

¿Qué son los derechos humanos? Comisión Nacional de Derechos Humanos. Consultado en https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/que-son-los-derechos-humanos

Centro de Estudios de Psicología. Autoconciencia: en qué consiste y cómo trabajarla. Enero 2023. Consultado en:https://cepsicologia.com/autoconciencia/#:~:text=La%20autoconciencia%20es%20la%20capacidad,que%20tenemos%20en%20ciertas%20situaciones.

Universalidad y diversidad. Organización de las Naciones Unidas. Consultado en: https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-cultural-rights/universality-cultural-rights#:~:text=La%20universalidad%20de%20los%20derechos,sistema%20de%20los%20derechos%20humanos.

Las vacas sagradas de la India son origen de conflictos. *RumiNews*, 6 de abril de 2020. Consultado en: https://rumiantes.com/vacas-sagradas-india-origen-conflictos/

Carne mexicana para una dieta sana y equilibrada. Gobierno de México. Agosto, 2020. Disponible en: https://www.gob.mx/senasica/articulos/carne-mexicana-para-una-dieta-sana-y-equilibrada#:~:text=A%20nivel%20mundial%2C%20cada%20mexicano,como%20Argentina%2C%20Brasil%2C%20Chile.

Salazar, Yolanda. Las ofrendas dulces y los fetos de llama dan inicio al mes de la Pachamama en Bolivia. 01 de Agosto de 2023. SWI Swiss Info.ch. Consultado en: https://www.swissinfo.ch/spa/bolivia-tradiciones_las-ofrendas-dulces-y-los-fetos-de-llama-dan-inicio-al-mes-de-la-pachamama-en-bolivia/48704820

Caso estadounidense Tilikum contra Sea World Parks and Entertainment. Eco Jurisprudence Monitor. 2012. Consultado en: https://ecojurisprudence.org/es/iniciativas/tilikum-v-sea-world-parks-and-entertainment/

TILIKUM, Katina, Corky, Kasatka, and Ulises, five orcas, by their Next Friends, PEOPLE FOR THE ETHICAL TREATMENT OF ANIMALS, INC., Richard Ric O'Barry, Ingrid N. Visser,

Ph.D., Howard Garrrett, Samantha Berg, and Carol Ray, Plaintiffs, v. SEA WORLD PARKS & ENTERTAINMENT, INC. and Sea World, LLC, Defendants. Animal Legal & Historical Center. Consultado en: https://www.animallaw.info/case/tilikum-ex-rel-people-ethical-treatment-animals-inc-v-sea-world-parks-entertainment-inc

NARUTO, a Crested Macaque, by and through his Next Friends, PEOPLE FOR THE ETHICAL TREATMENT OF ANIMALS, INC., and ANTJE ENGELHARDT, Ph.D. Plaintiff, v. DAVID JOHN SLATER, an individual, BLURB, INC., a Delaware corporation, and WILDLIFE PERSONALITIES, LTD., a United Kingdom private limited company, Defendants. Animal Legal & Historical Center. Consultado en: https://www.animallaw.info/pleading/naruto-v-slater-peta

NARUTO, a Crested Macaque, by and through his Next Friends, People for the Ethical Treatment of Animals, Inc., Plaintiff-Appellant, v. David John SLATER; Blurb, Inc., a Delaware corporation; Wildlife Personalities, Ltd., a United Kingdom private limited company, Defendants-Appellees. Animal Legal & Historical Center. Consultado en: https://www.animallaw.info/case/naruto-v-slater

Mejía Francisco, Murió 80% de los animales de circo. Milenio, Julio de 2017. Disponible en: https://www.milenio.com/estados/murio-80-de-los-animales-de-circo

Hernández, Ricardo, ¿Qué pasó después de circos sin animales? Zarate Abogados. Noviembre, 2021. Consultado en: https://zarateabogados.com/2021/11/20/que-paso-despues-de-circos-sin-animales/

Hernández Pérez, María Eugenia. INICIATIVA QUE DEROGA EL PÁRRAFO TERCERO DEL ARTÍCULO 78 DE LALEY GENERAL DE VIDA SILVESTRE, A CARGO DE LA DIPUTADA MARÍA EUGENIA HERNÁNDEZ PÉREZ, DEL GRUPO PARLAMENTARIO DE MORENA. Palacio Legislativo de San Lázaro, a 5 de febrero de 2020 Consultable en: http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2020/02/asun_3993325_20200206_1581011413.pdf

The PEOPLE of The State of New York ex rel. The NONHUMAN RIGHTS PROJECT, INC., on Behalf of Tommy, Appellant, v. Patrick C. LAVERY, Individually and as an Officer of Circle L Trailer Sales, Inc., et al., Respondents. Animal Legal & Historical Center. Consultado en: https://www.animallaw.info/case/people-ex-rel-nonhuman-rights-project-inc-v-lavery

In the Matter of a Proceeding under ARTICLE 70 OF the CPLR FOR A WRIT OF HABEAS CORPUS, THE NONHUMAN RIGHTS PROJECT, INC., on behalf of HERCULES AND LEO, Petitioner, v. Samuel L. STANLEY Jr., M.D., as President of State University of New York at Stony Brook a/k/a Stony Brook University and State University of New York at Stony Brook a/k/a Stony Brook University, Respondents. Animal Legal & Historical Center. Consultado en: https://www.animallaw.info/case/article-70-cplr-writ-habeas-corpus-nonhuman-rights-project-inc-ex-rel-hercules-and-leo-v

Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/34-Principios-universalidad.pdf

Pérez Corona, Fernando. Cortan Cabeza de hipopótoma atropellado para disecarla. Excelsior. Enero de 2016. Consultado en: https://www.excelsior.com.mx/nacional/2016/01/07/1067379

López, Alfred. Leonardo da Vinci y su gran amor por los animales [Anécdota]. Octubre de 2015. Disponible en: https://blogs.20minutos.es/yaestaellistoquetodolosabe/leonardo-da-vinci-y-su-gran-amor-por-los-animales-anecdota/

Amparo directo 469/2019 del índice del Decimoséptimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, México.

Amparo en revisión 80/2022, de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 15 de junio de 2022.

Solicitud de la facultad de atracción 249/2023, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 16 de agosto de 2023.

FORMALIDADES DE LOS TESTAMENTOS OTORGADOS ANTE NOTARIO PÚBLICO. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS EN MÉXICO

Guillermo Loaiza Gómez*

RESUMEN: La regulación de los testamentos varía entre las entidades federativas de México, lo que genera una diversidad normativa que requiere de análisis comparativo para su comprensión nacional. El objetivo de este estudio consiste en examinar las formalidades de los testamentos otorgados antes notarios públicos, en las diferentes legislaciones mexicanas vigentes. Para lograr lo anterior, se explora la distribución constitucional de competencias, las definiciones y tipos de testamentos, la capacidad testamentaria y los requisitos generales. Posteriormente, se profundiza en temas específicos como la comparecencia de testigos, la identificación del testador y las regulaciones especializadas para cada tipo de testamento. Además, se detallan las obligaciones adicionales para adultos mayores, los registros testamentarios y las listas de sucesores en materia agraria. Finalmente, se presentan tres anexos que ilustran la incidencia en las disposiciones testamentarias, los métodos para expresar la voluntad y el uso de testigos.

Palabras clave: Testamentos; notarios públicos; sucesiones; derecho civil.

ABSTRACT: The regulation of wills varies among the federal entities of Mexico, resulting in a diverse legal framework that requires comparative analysis for national understanding. This study aims to examine the formalities of wills executed before public notaries under different Mexican legislations. To achieve this, it explores the constitutional distribution of competences, definitions and types of wills, testamentary capacity, and general requirements. Subsequently, specific topics such as witness appearance, testator identification, and specialized regulations for each type of will are explored in depth. Additionally, it details additional obligations for elderly individuals, testamentary registries, and lists of successors in agrarian law. Finally, three annexes are provided to illustrate the impact on testamentary provisions, methods for expressing intent, and the use of witnesses.

Keywords: Wills; Public Notaries; Successions; Civil Law.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. COMPETENCIA LEGISLATIVA. II. DEFINICIÓN Y TIPOS DE TESTAMENTOS. III. CAPACIDAD Y FORMALIDADES GENERALES. IV. COMPARECENCIA DE TESTIGOS. V. TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO. VI. TESTAMENTO PÚBLICO CERRADO. VII. TESTAMENTO PÚBLICO SIMPLIFICADO. VIII. FORMALIDADES ESPECIALES A LOS ADULTOS MAYORES. IX. REGISTRO DE TESTAMENTOS. X. LISTA DE SUCESORES. CONSIDERACIONES FINALES. REFERENCIAS.

* Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, ORCID 0009-0001-7509-6372. Maestro en Políticas Públicas por el ITESM, abogado por la ELD.

INTRODUCCIÓN

En México la regulación de las sucesiones y testamentos se encuentra distribuida en diversas legislaciones con ámbitos de aplicación distintos. En ese sentido, las formalidades que deben contener las disposiciones testamentarias varían dependiendo la entidad federativa de que se trate. Esto genera una miscelánea de normas jurídicas que es necesario analizar de forma comparativa.

En el presente texto primero se desarrollará la distribución constitucional de competencias, las definiciones y tipos de testamento, la capacidad para testar y los requisitos generales. Posteriormente, se abundará en ciertos tópicos específicos, como la comparecencia de testigos, la identificación del testador y la regulación específica para cada tipo de testamentos. Después, se señalarán las obligaciones adicionales para adultos mayores, los registros testamentarios y la lista de sucesores en materia agraria. Por último, se presentarán tres anexos con el propósito de mostrar la incidencia en el otorgamiento de disposiciones testamentarias, las formas de manifestar la voluntad y la utilización testimonial.

I. COMPETENCIA LEGISLATIVA

México es una federación cuya distribución competencial se regula por el artículo 124 constitucional. Dicho numeral establece que las facultades que no están expresamente concedidas a los funcionarios federales se entienden reservadas a los estados o a la Ciudad de México. Así, la materia civil, dentro de la que se incluye las sucesiones y testamentos, no se encuentra expresamente mencionada por la Constitución.

La regulación de las sucesiones se desarrolla en las leyes promulgadas por las legislaturas de las entidades federativas. Así, las formalidades de los testamentos se encuentran en veintiocho códigos civiles y en cuatro códigos familiares (en adelante "los Códigos"), dependiendo el estado de que se trate.[1] Aunado a esto, existe un Código Civil Federal con un marco de aplicación específico.[2] Por último, la Ley Agraria (federal) regula una figura emparentada denominada lista de sucesores.

II. DEFINICIÓN Y TIPOS DE TESTAMENTOS

Los Códigos definen al testamento como el acto jurídico personalísimo, revocable y libre por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte. Algunos estados agregan la unilateralidad y

1 Morelos, Oaxaca y Sinaloa regulan la figura en sus Códigos Familiares y Yucatán en su Código de Familia.

2 La aplicación del Código Civil Federal en materia sucesoria se circunscribe a los testamentos hechos en país extranjero, marítimo y militar. Las disposiciones locales que regulan estos supuestos deben ser entendidas como complementarias a la legislación federal.

solemnidad como características, mientras que otros no mencionan la libertad.[3] No obstante, estos cinco adjetivos se desprenden del desarrollo de la institución en todas las legislaciones. Lo anterior con excepción de Sonora, toda vez que se establece expresamente que la forma no implica solemnidad y su inobservancia solamente origina la nulidad relativa del instrumento. En Guerrero se establece que las disposiciones de carácter no patrimonial contenidas en el testamento son válidas, aunque sean las únicas que contenga el acto.

En los diferentes Códigos se regulan 8 tipos de testamentos: Público Abierto (el único previsto en todas las legislaciones), Público Cerrado, Público Simplificado, Ológrafo, Privado, Militar, Marítimo y una regulación de los hechos en país extranjero o fuera del estado (Anexo A).[4] Los notarios públicos intervienen en los primeros tres de los antes referidos.

III. CAPACIDAD Y FORMALIDADES GENERALES

Los Códigos regulan de manera diferente quién tiene capacidad para testar. La mayoría señala que son incapaces los menores de 16 años y los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio. En algunas entidades se permite testar desde los 14 años, mientras que otras lo limitan a los 18.[5] Respecto del segundo requisito, algunos estados lo equiparan a la incapacidad, estado de enajenación mental, o al estado de interdicción.[6] Salvo en el Estado de México, se permite el otorgamiento de un testamento en intervalos de lucidez, previa autorización judicial y con formalidades especiales. En Yucatán, además, están impedidos los sordomudos que no sepan leer y escribir.

La totalidad de los Códigos establecen la prohibición para que dos o más personas testen en el mismo acto, en provecho recíproco o en favor de un tercero.[7] Por otro lado, ni la subsistencia del nombramiento del heredero o de los legatarios, ni la designación de las cantidades que a ellos correspondan, pueden dejarse al arbitrio de un tercero.

La mayoría de los estados establecen como excepción, a la regla señalada en el párrafo anterior, cuando se designen herederos a determinadas clases formadas por un

---

3 Unilateralidad: Sonora, Coahuila, Guerrero, Jalisco, Puebla, Sonora, Tlaxcala, Zacatecas, Morelos, Oaxaca y Yucatán. Solemnidad: Chihuahua, Estado de México, Jalisco y Zacatecas. Libre: Sonora, Tamaulipas y Tlaxcala.

4 En Veracruz el Público Cerrado se denomina "Notarial Cerrado" y el Ológrafo se le llama "Autógrafo".

5 16 años: Chihuahua, Coahuila, Quintana Roo, Tabasco, Tlaxcala, Sinaloa y Puebla. En Chihuahua siempre que el menor esté emancipado. En Puebla se establece la capacidad del menor de catorce años cuando esté casado. 18 años: Jalisco y Oaxaca.

6 Incapacidad: Michoacán. Estado de enajenación mental: Puebla, Tabasco y Tlaxcala. Estado de interdicción: Tabasco.

7 Se exceptúa de esta prohibición los Testamentos Públicos Simplificados otorgados por cónyuges casados en sociedad conyugal sobre el mismo bien.

número indeterminado de individuos. Otros se refieren a determinados grupos de personas en los que no se precise el número de integrantes, grupos determinados, clases determinadas y actos de beneficencia.[8] Asimismo, otras entidades exceptúan a las instituciones públicas de asistencia social, de asistencia privada y otras cuyo objeto sea semejante, o cuando se trate de obras de beneficencia en favor de determinados grupos vulnerables.[9]

Se prohíbe a los notarios y a cualesquiera otras personas que hayan de redactar disposiciones de última voluntad, dejar hojas en blanco y servirse de abreviaturas o cifras, bajo la pena de una sanción económica. Puebla y Chihuahua establecen que la invocación de artículos de leyes o números de formas oficiales está exenta de esta prohibición. Chihuahua, Coahuila, Quintana Roo y Tamaulipas son los únicos estados que establecen la manera en cómo se hace efectiva esta sanción. Se impone por el juez que conozca del juicio sucesorio y se hará efectiva por el recaudador de rentas u oficina fiscal del lugar.

IV. COMPARECENCIA DE TESTIGOS

En el Testamento Público Abierto existe una regulación desigual respecto de la comparecencia de testigos en su otorgamiento (Anexo B). En seis códigos se requieren tres, en dos se necesitan dos obligatoriamente y en diecisiete es posible presentar dos a criterio del notario o a petición del testador.[10] En este último supuesto hay algunas variaciones, mientras que en Querétaro la decisión sólo le corresponde al fedatario, en Baja California, Veracruz y Morelos es un derecho exclusivo del testador. Jalisco establece el requisito tratándose de los supuestos descritos en el siguiente párrafo. El Estado de México prescribe la obligatoriedad de los testigos, así como el derecho del otorgante para prescindir de ellos. En Guerrero en ningún supuesto se prevé la comparecencia de testigos.

En los estados en donde la comparecencia de testigos no es obligatoria se regulan algunas excepciones. La totalidad prevé su comparecencia tratándose de testadores que no sepan leer, sean sordos o ciegos, o que no sepan o puedan firmar.[11] Algunas entidades además incluyen los casos en que no sepan escribir, sean mudos, ignoren el español o el idioma del país, sean menores de edad o por autorización judicial en intervalos de

8 Primer supuesto: Tamaulipas. Segundo: Puebla y Tlaxcala. Tercero: Tabasco.
9 Primer supuesto: Estado de México. Segundo: Yucatán.
10 Tres: Chihuahua, Michoacán, Tabasco, Tlaxcala, Zacatecas y Oaxaca. Este último con una contradicción normativa, puesto que otro artículo establece la posibilidad de que comparezcan dos de manera optativa. Dos obligatorios: Aguascalientes, Yucatán. Dos opcionales: Baja California Sur, Campeche, Chiapas, Coahuila, Colima, Durango, Hidalgo, Nayarit, Nuevo León, Puebla, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sonora, Tamaulipas, Ciudad de México y Sinaloa (que también establece la posibilidad de uno).
11 En Morelos y Baja California, si son sordos, pero pueden leer, no son necesario testigos.

lucidez.[12] Jalisco agrega el supuesto en que el notario ignore al otorgante y no haya bases suficientes para su plena identificación.

La Ciudad de México exige testigos tratándose del testamento otorgado mediante medios electrónicos, además de requerir que estén físicamente junto al testador y a la vista del notario. En Durango, siempre que existan las condiciones técnicas en la notaría y el otorgante así lo disponga, además de la versión en castellano, se podrá realizar el instrumento en escritura braille. En Sinaloa, los testigos también son necesarios cuando el testador tenga noventa años o más, así como cuando éste dicte su testamento en el "lecho de su enfermedad". En estos supuestos, uno de los testigos deberá ser médico en ejercicio de su profesión, quien en el acto de otorgamiento certificará la capacidad y comprensión de la persona. La totalidad de los Códigos que regulan el Testamento Público Cerrado establecen la obligación de la comparecencia de tres testigos.

Los Códigos regulan de manera distinta quienes no pueden ser testigos del testamento. Todos proscriben a los amanuenses del notario. También llamados empleados, auxiliares, escribientes, colaboradores y dependientes económicos.[13] Respecto de la edad, la mayoría establece el límite de 16 años. Sin embargo, algunos prescriben 14 años, mientras que otros la mayoría de edad, o lo remiten a la incapacidad.[14] Otro supuesto de impedimento se refiere a los que no están en su sano juicio, también referido a las personas que no tienen la capacidad para comprender el significado del hecho, discapacidad cognitiva, o quienes padezcan algún trastorno mental, transitorio o permanente.[15]

Mayoritariamente, están impedidos los ciegos, sordos o mudos.[16] En la Ciudad de México sí pueden ser testigos con el apoyo de un intérprete pagado por el testador. Asimismo, las personas que no entienden el idioma que habla el otorgante, el español o aquel en que se redacte el testamento.[17] Otro supuesto casi unánime es la prohibición a los herederos o legatarios, sus descendientes, ascendientes, cónyuges o hermanos.[18] El concurso como testigo de una de las personas anteriores produce como efecto la

---

12 Escribir: Sinaloa. Mudo: Baja California, Ciudad de México y Jalisco. Ignore el idioma del país: Morelos, Coahuila y Nayarit. No hable español: Sinaloa y Jalisco. Menores: Jalisco y Sinaloa. Intervalos de lucidez: Sonora.

13 Empleados: Chihuahua, Coahuila, Estado de México, Guanajuato, Puebla, Querétaro, Quintana Roo y Yucatán. Auxiliares: Tabasco. Escribientes: Sinaloa. Colaboradores y dependientes económicos: Baja California Sur y Jalisco.

14 14 años: Chihuahua, Coahuila, Quintana Roo y Sinaloa. Mayoría de edad: Morelos, Yucatán, Baja California Sur, Guerrero, Jalisco, San Luis Potosí y Oaxaca. Incapacidad: Michoacán, Puebla, Tabasco, Tamaulipas y Tlaxcala.

15 Significado del hecho: Baja California. Discapacidad cognitiva: Durango. Trastorno: Yucatán.

16 En Tamaulipas se les llama personas con discapacidad auditiva, visual o del habla. En Baja California se excluyen los mudos y sordos.

17 Español: Michoacán y San Luis Potosí. Testamento: Zacatecas.

18 En Coahuila se adiciona la persona que viva maritalmente con el heredero. En Puebla la prohibición no se extiende a los parientes. En todos los Códigos esta situación también se regula como una incapacidad para heredar por presunción de influjo en la voluntad del testador.

nulidad de la disposición que le beneficie. El último supuesto que se repite en todos los Códigos son los que hayan sido condenados por el delito de falsedad.

En cuanto a las particularidades, Campeche prohíbe ser testigos a los ascendientes y descendientes del testador sin limitación de grado, su cónyuge y sus parientes colaterales por consanguinidad dentro del tercer grado. Puebla impide a los auxiliares o suplentes del notario, estén o no en ejercicio. En San Luis Potosí, Tabasco y Tlaxcala a aquellos que no estén domiciliados en el lugar donde se otorgue el testamento.

Tanto el notario como los testigos que intervengan en cualquier testamento deberán conocer al testador o cerciorarse de algún modo de su identidad, así como que se halla en su cabal juicio y libre de cualquier coacción. Si la identidad del otorgante no pudiera ser verificada, se declarará esta circunstancia por el fedatario o por los testigos, en su caso, agregando uno u otros, todas las señales que caractericen la personalidad de aquél.[19] No tendrá validez el instrumento mientras no se justifique la identidad del testador. En Coahuila y Puebla si se recurre a testigos de identidad, éstos deberán ser conocidos del notario o de los testigos instrumentales.

V. TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO

Los Códigos definen al Testamento Público Abierto como aquel que se otorga ante notario público, lo que implica que se redacta por este último dentro de su protocolo. Además, se exige que el testador exprese su voluntad de un modo claro y terminante al fedatario y a los testigos (en su caso). Por su parte, el notario debe redactar por escrito las cláusulas del testamento, sujetándose estrictamente a la voluntad del otorgante, las cuales leerá en voz alta para que éste manifieste si está conforme.

Si el testador estuviere conforme, todos firmarán el instrumento, asentándose el lugar, año, mes, día y hora en que hubiere sido otorgado. Yucatán establece que la manifestación de voluntad deberá ser de "viva voz". En el Estado de México el notario debe, además, exhortar al otorgante a leer las cláusulas por sí mismo. En Sinaloa se establece que la falta de la hora en que se elaboró el testamento solo afecta su validez cuando exista otro otorgado, por la misma persona, en el mismo día, mes y año.

Yucatán regula que el testador debe manifestar que no se encuentra coaccionado para su otorgamiento. Chihuahua, Coahuila, Durango, Puebla y Yucatán establecen que el otorgante debe de imprimir su huella digital.[20] En Coahuila y Puebla no pueden presenciar el acto del otorgamiento personas distintas a las antes mencionadas y los escribientes del notario.[21]

---

19 Este último supuesto no es permitido en Yucatán.
20 En Puebla se debe indicar cuál huella se estampa, y en Yucatán la huella debe ir en todas las hojas.
21 El supuesto de los escribientes solo se prevé en Coahuila.

Las formalidades se practicarán en acto continuo y el notario dará fe de haberse cumplido todas.[22] Jalisco establece que no se considera interrumpido el testamento por la impresión de la escritura. En Puebla se dispone que durante el acto, el testador, el fedatario, el escribiente y los testigos no podrán separarse del local en que se otorgue el instrumento.

Cuando el testador ignore el idioma del país, si es posible, escribirá sus disposiciones testamentarias, las cuales serán traducidas al español por un intérprete.[23] La traducción se transcribirá como testamento en el respectivo protocolo, mientras que el original, firmado por el otorgante, el intérprete y el notario, se archivará en el apéndice correspondiente.[24] Si el testador no puede o no sabe escribir, el intérprete escribirá el testamento que dicte aquél; leído y aprobado por el primero, se traducirá al español por el intérprete, que debe concurrir al acto. Si el otorgante no puede o no sabe leer, dictará en su idioma las cláusulas al intérprete. El intérprete podrá intervenir, además, como testigo de conocimiento.

Recientemente la Ciudad de México y Yucatán regularon el testamento público abierto electrónico, mediante la utilización de un protocolo digital (que a la fecha no existe), firma electrónica y la conservación de audio y video. La Ciudad de México, además, permite el otorgamiento de testamentos mediante medios electrónicos, siempre que el testador cuente con la posibilidad de comunicarse con el notario a través de un dispositivo. Asimismo, se exige que el fedatario pueda ver y oír al testador, así como hablar con él de manera directa, simultánea y en tiempo real durante todo el acto del otorgamiento. Sin embargo, este supuesto se limita a que se actualice alguno de los siguientes supuestos:

> I. Peligro inminente de muerte; II. Sufra al momento una enfermedad grave o contagiosa; III. Haya sufrido lesiones que pongan en riesgo su vida; o IV. Se encuentre en un lugar al que, por una situación excepcional, no se pueda acceder en persona.

El notario deberá dejar constancia de los hechos relevantes que a su juicio motivaron que el instrumento se otorgara en las circunstancias expuestas, así como del entorno observado en todo el tiempo en que el acto tuvo lugar. Por otro lado, es necesario manifestar que se localiza en la Ciudad de México y que se encuentra libre de coacción. El fedatario debe grabar, en cualquier dispositivo electrónico, de manera nítida e ininterrumpidamente esta manifestación. De igual forma, se debe grabar la totalidad del acto, desde el inicio de la lectura del testamento hasta la conformidad del testador con

---

22 Coahuila no establece una disposición en este sentido.

23 En Jalisco, el notario puede autorizar el instrumento si conoce el idioma del testador, haciendo constar esta circunstancia, así como que la voluntad del testador es reflejo fiel de lo señalado en el testamento.

24 Jalisco prevé que se podrá otorgar un testamento a doble columna en español y en cualquier otro idioma si así lo solicitare el otorgante. Se podrá hacer uso de este derecho aún en la hipótesis de que conozca perfectamente el idioma español.

las disposiciones establecidas. Esto último incluye las explicaciones que se hubiesen solicitado en relación con el contenido del acto y sus efectos legales. No es necesario que el otorgante y los testigos firmen la escritura, sino que el notario lo autorizará con su sello y firma.

VI. TESTAMENTO PÚBLICO CERRADO

Los Códigos definen al testamento público cerrado como aquel que es escrito por el testador, o por otra persona a su ruego, en papel común. El otorgante debe firmar al pie del documento y al margen de las hojas de que se componga. En Coahuila, San Luis Potosí, Jalisco y Tlaxcala además debe imprimir su huella digital.[25] En Jalisco el testador debe escribir con su puño y letra su nombre debajo de su firma. El papel en que está escrito el testamento o el que le sirva de cubierta, deberá estar cerrado y sellado.[26] De lo contrario, el otorgante lo hará cerrar y sellar en el acto del otorgamiento y lo exhibirá al notario en presencia de tres testigos. Los que no saben o no pueden leer son inhábiles para otorgar este tipo de disposiciones testamentarias.

Al hacer la presentación, el testador declarará que en aquel pliego está contenida su última voluntad. En Jalisco y Puebla es obligación del notario leer el testamento; en caso de encontrar alguna irregularidad evidente lo hará saber al otorgante para que se corrija (en el segundo estado no deben advertirlo los testigos). En ambas entidades se establece el deber del fedatario de guardar el secreto profesional y reservar para sí el conocimiento del instrumento. En Tlaxcala solo se impone la obligación de leer en voz alta el documento en presencia de los testigos, de lo que se deberá dar fe.

El notario dará fe del otorgamiento con expresión de las formalidades requeridas. Esa constancia deberá extenderse en la cubierta del testamento, que deberá ser firmada por el testador, los testigos y el fedatario. Además, este último deberá estampar su sello. Cerrado y autorizado el testamento, se entregará al otorgante y el notario pondrá razón en su protocolo del lugar, hora, día, mes y año en que el mismo fue autorizado y entregado. En Chihuahua, el testador debe imprimir su huella digital en el acta del protocolo y en la cubierta del documento. En Michoacán se debe depositar en el Archivo General de Notarías y hacerse una anotación en el protocolo de esta circunstancia. Salvo en Querétaro, la infracción en la entrega y levantamiento de la razón no anula el acto jurídico en ningún estado (solamente genera responsabilidad civil).

El testamento cerrado no podrá ser abierto, sino después de que el notario y los testigos instrumentales hayan reconocido ante el juez sus firmas y la del testador (o la

25 En San Luis Potosí y Jalisco debe hacerlo en todas las hojas. En la segunda entidad debe estampar ambas huellas.

26 En Campeche, Michoacán y San Luis Potosí se establece que se deberá de lacrar o cerrar con lacre. En el segundo y tercer estado se establece que se debe sellar con un sello del testador o con cualquier otro objeto que deje huella visible en el lacre.

de la persona que por éste hubiere firmado). Además, deberán de declarar si, en su concepto, el documento está cerrado y sellado como lo estaba en el acto de la entrega.

VII. TESTAMENTO PÚBLICO SIMPLIFICADO

El Testamento Público Simplificado es aquél que se otorga ante notario público respecto de un inmueble destinado, o que vaya a destinarse, a vivienda para el adquirente.[27] Se puede otorgar en la misma escritura en que consigna la adquisición o la regularización del inmueble (que lleven a cabo las autoridades públicas), así como en un acto posterior.[28] El precio del inmueble o su valor de avalúo no debe exceder del equivalente a veinticinco veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización elevado al año al momento de la adquisición.[29] En los casos de regularización de inmuebles no aplica el límite anterior.

El testador instituirá uno o más legatarios con derecho de acrecer, salvo que designe sustitutos. En el supuesto que los legatarios fueren incapaces, y no estuvieren sujetos a patria potestad o tutela, podrá designarles un representante especial que firme el instrumento notarial por su cuenta.[30] Si hubiere pluralidad de adquirentes del inmueble, cada copropietario podrá instituir uno o más legatarios respecto de su porción. Cuando el otorgante estuviere casado bajo el régimen de sociedad conyugal, su cónyuge podrá testar en la misma escritura, por la porción que le corresponda.

En Nuevo León este testamento no implica la revocación de uno anterior, salvo que se otorgue nuevamente este tipo de disposiciones testamentarias sobre un mismo inmueble. En Coahuila y Chihuahua se requiere estampar la huella digital. Querétaro regula de una manera distinta este acto jurídico. Sólo aplica tratándose de adquisiciones de vivienda de interés social o popular. Las únicas formalidades son la designación de los beneficiarios y las establecidas para el acto jurídico donde se titule la propiedad. En lo restante se aplicarán las reglas de los legados.

VIII. FORMALIDADES ESPECIALES A LOS ADULTOS MAYORES

En Colima (1408bis) cuando el testador sea un adulto mayor, éste podrá solicitar la intervención de un representante de la Procuraduría de la Defensa del Adulto Mayor. El notario deberá solicitar dicha intervención si considera que se encuentra en estado de incapacidad o interdicción. Además, el fedatario se deberá de entrevistar con el otor-

27 En Guanajuato no se establece la obligación que se destine a vivienda. En el Estado de México, el inmueble puede incluir un solar o parcela.

28 En Sonora, en lugar de regularizaciones, se mencionan las "enajenaciones" de los entes públicos.

29 En el 2023 esa cantidad es de $ 946,110.00 pesos. En Nayarit el monto es de por nueve mil ciento veinticinco Unidad de Medida y Actualización, en Tamaulipas es de treinta y cinco mil veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización y en Guanajuato no hay restricción de monto.

30 Este supuesto no se encuentra regulado en el Estado de México.

gante para confirmar que éste tiene pleno conocimiento del significado y consecuencias jurídicas de las cláusulas del documento. Asimismo, tiene el deber de identificar cualquier posible caso de violencia psicológica, patrimonial o económica que pudiera alterar la voluntad del testador en beneficio de un tercero.

El representante de la Procuraduría de la Defensa del Adulto Mayor, cuando se haya solicitado su intervención, deberá estar presente al momento de la lectura en voz alta de las cláusulas del testamento. Asimismo, deberá informar por escrito al notario de la imposibilidad de continuar con la firma del mismo o, por el contrario, que no existe impedimento para continuar. En este último supuesto deberá firmar el instrumento.

El otro supuesto se regula en Sinaloa y se refiere a la comparecencia de testigos cuando el testador tiene noventa años o más, así como cuando dicta su testamento en el lecho de su enfermedad. Se desarrolló este supuesto en el apartado de "Comparecencia de Testigos".

IX. REGISTRO DE TESTAMENTOS

La mayoría de los estados regulan un registro local de testamentos, en el cual los notarios deben dar aviso del otorgamiento de aquellos.[31] De igual forma, existe un Registro Nacional de Testamentos (RENAT), a cargo de la Secretaría de Gobernación (federal).[32] La función de dichos sistemas registrales es fungir como una base de datos que recibe, concentra, actualiza y permite la consulta de la existencia de disposiciones testamentarias por parte de los fedatarios y autoridades jurisdiccionales. Para obtener un informe de los registros es necesario, por lo general, acreditar la existencia de un procedimiento sucesorio (judicial o extrajudicial), lo que implica haber exhibido el acta de defunción ante las instancias solicitantes.

La información registral varía de acuerdo con la entidad federativa, pero en general incluye los datos: (i) del testador (nombre, nacionalidad, CURP, estado civil, filiación); (ii) del instrumento (tipo de testamento, número de escritura, localización, fecha y lugar del otorgamiento y existencia de disposiciones irrevocables); y (iii) del notario (nombre, número y adscripción).

Según los datos obtenidos de dichos registros, el promedio de testamentos por cada mil habitantes en los últimos diez años es de 27 (Anexo C). La Ciudad de México es la entidad con mayor tasa (55), mientras que Tlaxcala es la menor (3). Asimismo, al cotejar los estados en donde se requiere la comparecencia obligatoria y opcional de testigos, es posible desprender que no se tiene incidencia directa en el otorgamiento de las disposiciones testamentarias. Así, hay estados en donde son obligatorios y están

31 Oaxaca, Quintana Roo y Morelos no regulan un registro local.

32 El RENAT tiene fundamento en el Reglamento Interior de la Secretaría de Gobernación (art. 103, f. XXVI, 104, f. XVIII, 108, f. I y III), así como en 32 convenios de coordinación.

por arriba de la media de otorgamiento (Aguascalientes y Yucatán), mientras que en otros sucede lo contrario. Por ejemplo en Guerrero, cuya legislación no establece este requisito ni como optativo al notario o testador.

X. LISTA DE SUCESORES

La Constitución de 1917 atribuyó a la nación mexicana la propiedad originaria de las tierras y aguas comprendidas dentro del territorio nacional. A su vez, la nación transmite su dominio a los particulares (propiedad privada), a los ejidos y comunidades (propiedad social), y se reservó el dominio directo de determinados bienes (propiedad pública). Según datos del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI) la propiedad ejidal y comunal, representa el 50.8% del territorio nacional. Esta última se distribuye en 29,709 ejidos y 2,393 comunidades que en conjunto ocupan aproximadamente 100 millones de hectáreas (de un total de 196.5 millones), sobre las que tienen derecho 5.5 millones de personas.

Los ejidatarios son los titulares de los derechos ejidales, entre los que se incluye el aprovechamiento, uso y usufructo de sus parcelas.[33] Así, conforme a los artículos 17 y 18 de la Ley Agraria, los ejidatarios tienen la facultad de designar a quien deba sucederle en sus derechos.[34] Para ejercer este derecho es necesario que el ejidatario formule una lista de sucesión, en la que consten los nombres de las personas y el orden de preferencia conforme al cual deba hacerse la adjudicación de derechos a su fallecimiento.

La lista de sucesión deberá ser depositada en el Registro Agrario Nacional (RAN) o formalizada ante fedatario público. Si se hace ante notario puede ser a través de un testamento público abierto o mediante la ratificación de firmas de documento, en donde se manifieste la voluntad respecto de la sucesión.[35] El Reglamento del RAN establece que el notario debe dar aviso "a la brevedad posible", sin señalar término especial.[36] La falta de inscripción del testamento ante el RAN no afecta la validez del mismo.[37]

Se puede designar como heredero a cualquier persona y la asamblea no tiene facultades para negar el carácter de ejidatario al designado.[38] La omisión del orden de preferencia no es razón suficiente para declarar la nulidad de la disposición testamentaria.[39] Con

---

33 Las tierras ejidales, por su destino, se dividen en tierras parceladas, de uso común y para el asentamiento humano.

34 El Reglamento del Registro Agrario Nacional (art. 80) establece que también pueden otorgar la lista de sucesión los posesionarios reconocidos (por asamblea o judicialmente), más no los irregulares.

35 Jurisprudencia 2a./J. 43/2011 de la SCJN.

36 Artículo 44. El notario debe informar el tipo y nombre del núcleo agrario, municipio y estado; del testador debe informar su nombre y, de ser posible, su calidad y derechos agrarios que integran la sucesión.

37 Tesis XV.1o.4 A de la SCJN.

38 Tesis VII.3o.C.2 A, y VIII.2o.2 A de la SCJN.

39 La Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó aplicar analógicamente las reglas de la sucesión legítima. De conformidad con estas, los herederos gozarán de tres meses a partir de la muerte del eji-

las mismas formalidades podrá ser modificada la lista de sucesión, en cuyo caso será válida la de fecha posterior. Los ejidatarios pueden revocar la lista inscrita en el RAN mediante un testamento otorgado ante notario. Lo anterior sucederá aun cuando en el testamento se nombre a un heredero universal sin especificar los derechos agrarios.[40]

CONSIDERACIONES FINALES

Del desarrollo del presente texto se puede desprender que el estudio de las formalidades de los testamentos otorgados ante notario en México constituyen una empresa compleja. Sin embargo, del análisis comparativo de las diferentes legislaciones es posible abrevar una mejor regulación en la materia. Si el propósito general es fomentar la formalización de las disposiciones testamentarias, es necesario realizar un examen cuantitativo por entidad federativa (Anexo C). Esto permitirá identificar las mejores prácticas y generar propuestas de adecuación legislativa.

REFERENCIAS

Normatividad

Código Civil del Estado de Aguascalientes
Código Civil del Estado de Campeche
Código Civil del Estado de Chihuahua
Código Civil del Estado de Durango
Código Civil del Estado de Jalisco
Código Civil del Estado de México
Código Civil del Estado de Querétaro
Código Civil del Estado de Zacatecas
Código Civil del Estado Libre y Soberano de Guerrero Número 358
Código Civil Federal
Código Civil para el Estado de Baja California
Código Civil para el Estado de Chiapas
Código Civil para el Estado de Coahuila
Código Civil para el Estado de Colima
Código Civil para el Estado de Guanajuato
Código Civil para el Estado de Hidalgo

datario para decidir quién, de entre ellos, conservará los derechos ejidales. En caso de no ponerse de acuerdo, el Tribunal Agrario proveerá su venta en subasta pública y repartirá el producto, por partes iguales, entre las personas con derecho a heredar. Jurisprudencia 2a./J. 162/2009 de la Segunda Sala de la SCJN.

40 Jurisprudencia 2a./J. 11/2000 de la SCJN.

Código Civil para el Estado de Michoacán
Código Civil para el Estado de Nayarit
Código Civil para el Estado de Nuevo León
Código Civil para el Estado de Quintana Roo
Código Civil para el Estado de San Luis Potosí
Código Civil para el Estado de Sonora
Código Civil para el Estado de Tabasco
Código Civil para el Estado de Tamaulipas
Código Civil para el Estado de Veracruz
Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Baja California Sur
Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla
Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala
Código Civil para la Ciudad de México (antes Distrito Federal)
Código de Familia para el Estado de Yucatán
Código Familiar del Estado de Sinaloa
Código Familiar para el Estado de Morelos
Código Familiar para el Estado de Oaxaca
Ley Agraria
Reglamento Interior de la Secretaría de Gobernación
Reglamento del Registro Agrario Nacional

Criterios judiciales

2a./J. 11/2000. De rubro "SUCESIÓN DE DERECHOS AGRARIOS. LA ÚLTIMA VOLUNTAD DEL EJIDATARIO FORMULADA EN TESTAMENTO NOTARIAL ES SUSCEPTIBLE DE REVOCAR O MODIFICAR LA LISTA DE SUCESIÓN INSCRITA EN EL REGISTRO AGRARIO NACIONAL HECHA CON ANTERIORIDAD." (emitida la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación).

2a./J. 162/2009. De rubro "SUCESIÓN TESTAMENTARIA DE DERECHOS PARCELARIOS. LA OMISIÓN DE SEÑALAR EL ORDEN DE PREFERENCIA DE LOS HEREDEROS DESIGNADOS, NO PRODUCE LA NULIDAD DE LA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA RESPECTIVA (APLICACIÓN ANALÓGICA DEL ARTÍCULO 18, PÁRRAFO ÚLTIMO, DE LA LEY AGRARIA)." (emitida la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación).

2a./J. 43/2011. De rubro "SUCESIÓN DE DERECHOS AGRARIOS. BASTA QUE LA LISTA ELABORADA POR EL EJIDATARIO SEA RATIFICADA ANTE NOTARIO EN CUANTO A CONTENIDO Y FIRMA PARA TENERLA POR FORMALIZADA ANTE FEDATARIO PÚBLICO (ARTÍCULO 17 DE LA LEY AGRARIA)." (emitida la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación).

VII.3o.C.2 A. De rubro "SUCESIÓN EN MATERIA AGRARIA." (emitida el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito).

VIII.2o.2 A. De rubro "DERECHOS AGRARIOS INDIVIDUALES. CONFORME A LA NUEVA LEGISLACION AGRARIA LA ASAMBLEA DE EJIDATARIOS CARECE DE FACULTADES PARA INTERVENIR EN LA TRANSMISION DE LOS." (emitida el Segundo Tribunal Colegiado del Octavo Circuito).

XV.1o.4 A. De rubro "DERECHOS AGRARIOS. EL TESTAMENTO POSTERIOR A LA LISTA DE SUCESION, AUNQUE NO REGISTRADO, DEBE PREVALECER PARA HEREDARLOS." (emitida la Primer Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito).

Anexo A
TIPOS DE TESTAMENTOS EN LAS ENTIDADES FEDERATIVAS

	Testamentos regulados							
Entidad Federativa	**Público Abierto**	**Público Cerrado**	**Público Simplificado**	**Ológrafo**	**Privado**	**Militar**	**Marítimo**	**Hecho en país extranjero***
Aguascalientes								
Baja California								
Baja California Sur								
Campeche								
Chiapas								
Chihuahua								
Ciudad de México								
Coahuila								
Colima								
Durango								
Estado de México								
Guanajuato								
Guerrero								
Hidalgo								
Jalisco								
Michoacán								
Morelos								
Nayarit								
Nuevo León								
Oaxaca								
Puebla								
Querétaro								
Quintana Roo								
San Luis Potosí								
Sinaloa								
Sonora								
Tabasco								
Tamaulipas								
Tlaxcala								
Veracruz**								
Yucatán								
Zacatecas								

*En este apartado se contempla la regulación de testamentos hechos en país extranjero y los otorgados fuera del estado.
**En Veracruz el ológrafo y el público tienen otras denominaciones.

Anexo B
TESTIGOS EN EL TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO

	Testigos en el Testamento Público Abierto							
Entidad Federativa	3 obligatorios	2 obligatorios	2 opcionales (testador/notario)	2 opcionales (testador)	2 opcionales (notario)	2 en supuestos específicos	1 opcional	Ninguno
Aguascalientes								
Baja California								
Baja California Sur								
Campeche								
Chiapas								
Chihuahua								
Ciudad de México								
Coahuila								
Colima								
Durango								
Estado de México								
Guanajuato								
Guerrero								
Hidalgo								
Jalisco								
Michoacán								
Morelos								
Nayarit								
Nuevo León								
Oaxaca*								
Puebla								
Querétaro								
Quintana Roo								
San Luis Potosí								
Sinaloa								
Sonora								
Tabasco								
Tamaulipas								
Tlaxcala								
Veracruz								
Yucatán								
Zacatecas								

*En Oaxaca existe una contradicicón normativa, mientras el artículo 817 del Código Familiar menciona a 3 testigos obligatorios, el 819 habla de 2 testigos opcionales y en supuestos específicos.

Anexo C
TASAS DE FORMALIZACIÓN DE TESTAMENTOS

Entidad Federativa	Testamentos en el periodo 2013-2023	Tasa por cada mil habitantes	Testigos obligatorios
Aguascalientes	73,848	52	2
Baja California	107,012	28	
Baja California Sur	25,019	31	
Campeche	19,079	21	
Chiapas	58,397	11	
Chihuahua	96,023	26	3
Ciudad de México	510,797	55	
Coahuila	140,323	45	
Colima	30,895	42	
Durango	44,582	24	
Estado de México	412,271	24	
Guanajuato	247,668	40	
Guerrero	34,011	10	Ninguno
Hidalgo	35,149	11	
Jalisco	253,125	30	
Michoacán	69,079	15	3
Morelos	60,593	31	
Nayarit	40,995	33	
Nuevo León	275,372	48	
Oaxaca	33,888	8	3
Puebla	56,776	9	
Querétaro	119,956	51	
Quintana Roo	46,292	25	
San Luis Potosí	66,404	24	
Sinaloa	63,979	21	
Sonora	72,398	25	
Tabasco	20,697	9	3
Tamaulipas	42,783	12	
Tlaxcala	3,559	3	3
Veracruz	182,954	23	
Yucatán	78,092	34	2
Zacatecas	25,890	16	3
Total + promedio	3,347,906	27	

Fuente: Oficio: SEGOB_UT/02727/2023 de la Secretaría de Gobernación

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA LEY GENERAL DE MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS.

Erick Mena Moreno*

Para Gloria García Romero,
gracias por cuidar lo que tanto quiero.

RESUMEN: El presente artículo tiene por objeto que el lector pueda conocer el origen de la facultad constitucional consagrada en los artículos 17 y 73 fracción XXIX-A concedida a favor del Congreso de la Unión para expedir una Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias (en lo sucesivo el Ley General MASC), la naturaleza de dicha ley y de la facultad concurrente al respecto, la estructura general del Consejo Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias y del diverso Consejo Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en materia de Justicia Administrativa, los métodos sustitutivos de la jurisdicción reconocidos en la Ley, los aspectos más importantes y novedosos de esta Ley publicada el 24 de enero de 2024 en el Diario Oficial de la Federación, su vinculación con el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares y las reglas de su entrada en vigor.

Palabras clave: Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, Negociación, Negociación Colaborativa, Mediación, Conciliación, Arbitraje, Justicia Restaurativa y Justicia Restaurativa en materia familiar.

ABSTRACT: The purpose of this article is that the reader can know the origin of the constitutional power enshrined in articles 17 and 73 section XXIX-A granted in favor of the Congress of the Union to issue a General Law of Alternative Dispute Resolution Mechanisms (in hereinafter the MASC General Law), the nature of said law and the concurrent power in this regard, the general structure of the National Council of Alternative Dispute Resolution Mechanisms and the various National Council of Alternative Dispute Resolution

* El autor es Abogado por la Escuela Libre de Derecho, con estudios de Especialidad en Propiedad Intelectual por el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México; de Maestría en Derecho Constitucional con Mención Honorifica 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; ha sido profesor en la Escuela Libre de Derecho, en la Universidad del Claustro de Sor Juana, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en el Centro Carbonell, miembro del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, fundador de la Agrupación de Abogados Latinoamericanos y socio de Despacho Capin Abogados, S.C.

Mechanisms in matters of Justice Administrative, the substitute methods of jurisdiction recognized in the Law, the most important and innovative aspects of this Law published on January 24, 2024 in the Official Gazette of the Federation, its connection with the National Code of Civil and Family Procedures and the rules of its entry into force.

Keywords: General Law of Alternative Dispute Resolution Mechanisms, National Code of Civil and Family Procedures, Negotiation, Collaborative Negotiation, Mediation, Conciliation, Arbitration, Restorative Justice and Restorative Justice in family matters.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ARTICULO 17 CONSTITUCIONAL. 3. ARTÍCULO 73 FRACCIÓN XXIX-A CONSTITUCIONAL. 4. NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEY GENERAL DE MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. 5. MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS TUTELADOS EN LA LEY GENERAL. 6. EFECTOS DE UN CONVENIO CELEBRADO CONFORME A LA LEY GENERAL DE MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. 7. MECANISMOS ALTERNATIVOS Y TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN. 8. CONSEJO NACIONAL DE MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS Y CONSEJO NACIONAL DE MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA. 9. ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY GENERAL DE MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS. 10. CONCLUSIONES. 11. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El 5 de febrero de 2017 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el "Decreto por el que se declaran reformadas y adicionadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de mecanismos alternativos de solución de controversias, mejora regulatoria, justicia cívica e itinerante y registros", Decreto que adicionó el artículo 73 fracción XXIX-A Constitucional para facultar al Congreso de la Unión para expedir una legislación general que establezca los principios y bases en materia de mecanismos alternativos de solución de controversias con excepción de la materia penal.

El plazo de 180 días contado a partir de la entrada en vigor del Decreto Constitucional de 5 de febrero de 2017 que adicionó el artículo 73 fracción XXIX-A Constitucional para que el Congreso de la Unión expidiera la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias no fue cumplido en tiempo, por lo que el 5 de octubre de 2020 la Asociación de profesionistas en defensa del estado de derecho, A.C., promovió demanda de amparo reclamando la omisión legislativa del poder legislativo federal de expedir dicha ley general, demanda resuelta el 26 de abril de 2021 en primera instancia por el Juzgado Décimo Segundo de Distrito en Materia Administrativa en la Ciudad de México (expediente 959/2020) sobreseyendo el amparo por considerar que la parte quejosa no acreditó fehacientemente el interés legítimo necesario, considerando que su objeto social no se relacionaba con la omisión que impugnaba, y porque las afectaciones que señala en todo caso serían resentidas por toda la población y no solo por ella, circunstancia que se estimó no podía dar cabida a algún interés legítimo que surgiera de una especial situación individual frente a la omisión legislativa reclamada.

En contra de la sentencia de 26 de abril de 2021, la Asociación de profesionistas en defensa del estado de derecho, A.C., promovió recurso de revisión el cual después de algunos trámites procesales se turnó a la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual dictó sentencia el 9 de agosto de 2023 en el amparo en revisión 651/2022, otorgando el amparo a favor de Asociación de profesionistas en defensa del estado de derecho, A.C., para los efectos siguientes "*69.Por lo tanto, en el caso concreto esta Segunda Sala concede el amparo para el efecto de que el Congreso de la Unión cumpla con la obligación contenida en el artículo segundo transitorio del Decreto de reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de cinco de febrero de dos mil diecisiete. 70. Para ello, deberá iniciar el proceso legislativo correspondiente a la brevedad posible y de manera prioritaria, por conducto de la Cámara de Diputados y/o la Cámara de Senadores, durante el período de sesiones que se encuentre en curso o en el siguiente periodo ordinario.*"

Finalmente, el 26 de enero de 2024 se publicó por el Ejecutivo Federal en el Diario Oficial de la Federación la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias y conforme al artículo primero transitorio entró en vigor al día siguiente de su publicación.

2. ARTICULO 17 CONSTITUCIONAL

El artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone que *"Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial".*

En cumplimiento al artículo 17 Constitucional, el Congreso de la Unión expidió primeramente el 29 de diciembre de 2014 la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Material Penal, conformada por 52 artículos y la cual tutela como mecanismos la mediación, conciliación y junta restaurativa.

El acceso a la Justicia Alternativa constituye un derecho humano de rango constitucional pues así lo han establecido los tribunales federales al señalar que "*La reforma al artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, encuentra su telos en lograr que la justicia sea impartida de manera rápida y eficaz. El Poder Reformador de la Constitución estimó que los justiciables tuvieran la posibilidad de acceder a los métodos alternativos de solución de conflictos como una opción al proceso jurisdiccional, para fomentar la cultura del diálogo, el respeto por el otro, la agilidad y eficacia, entre otros, que los medios alternativos tienen. Con esta reforma constitucional, el Estado deja de tener el monopolio para dirimir las controversias entre particulares y da cabida a los medios alternativos para resolver los conflictos, para que de una forma expedita y de fondo, las partes con ayuda de terceros imparciales, resuelvan expedita, equitativa y flexiblemente los conflictos. De modo que la importancia y trascendencia*

de la citada reforma es elevar a rango constitucional el derecho humano de acceso a los medios alternativos de justicia de naturaleza civil, para que los conflictos se resuelvan de una manera rápida, ágil, pacífica y eficaz, al ser herramientas para revolucionar el sistema tradicional de justicia, los cuales derivan de lo establecido en el párrafo quinto del artículo 17 de la Constitución Federal".[1]

3. ARTÍCULO 73 FRACCIÓN XXIX-A CONSTITUCIONAL

El artículo 73 fracción XXIX-A de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala que el Congreso de la Unión tiene facultad para expedir la ley general que establezca los principios y bases en materia de mecanismos alternativos de solución de controversias, con excepción de la materia penal.

Legislar sobre mecanismos alternativos de solución de controversias es una facultad concurrente entre la federación y las entidades federativas, ya que a nivel federal en cumplimiento del artículo 73 fracción XXIX-A Constitucional se expidió la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, y a nivel local los estados conservan la facultad de expedir sus leyes locales.

4. NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEY GENERAL DE MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

El artículo 1º de la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias señala que es una ley de orden público, lo cual implica *"el conjunto de reglas en que reposa el bienestar común y ante las cuales ceden los derechos los particulares, porque interesan a la sociedad colectivamente más que a los ciudadanos aisladamente considerados. Funciona, además, como un límite por medio del cual se restringe la facultad de los individuos sobre la realización de ciertos actos jurídicos válidos que tengan efectos dentro de un orden jurídico. El carácter de orden público de las normas adjetivas o sustantivas se determina de acuerdo al objeto de cada disposición y a su naturaleza. Así, el legislador puede declarar que una norma es de orden público y, en ese caso, el intérprete debe limitarse a aplicarla, a menos que se cuestione, desde el punto de vista constitucional, la facultad de hacer esa declaración. En defecto de una disposición expresa que establezca que una norma es de orden público e irrenunciable, la determinación de si tiene ese carácter queda librada al criterio judicial"*[2]

---

1 Tesis aislada JUSTICIA ALTERNATIVA. CONSTITUYE UN DERECHO HUMANO DE RANGO CONSTITUCIONAL, registro digital 2020851.

2 Tesis "NORMAS JURÍDICAS. SI LA LEY NO DETERMINA EXPRESAMENTE QUE SEAN DE ORDEN PÚBLICO E IRRENUNCIABLES, CORRESPONDE AL JUZGADOR RESOLVER SOBRE EL PARTICULAR DE ACUERDO AL ANÁLISIS DE CIERTAS PREMISAS", consultable bajo el registro 183781.

También señala que el artículo 1º que dicha Ley es de interés social y observancia general en todo el territorio nacional, que tiene por objeto establecer las bases, principios generales y distribución de competencias en materia de mecanismos alternativos de solución de controversias, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 17 y 73 fracción XXIX-A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y que en todo lo no previsto por esta Ley, será aplicable el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares.

El Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 7 de junio de 2023 y conforme al artículo primero transitorio entró en vigor al día siguiente de su publicación; este Código también es supletorio a nivel federal del Código de Comercio; Ley de Seguridad Nacional; Ley Federal de Competencia Económica; Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo; Código Nacional de Procedimientos Penales; Ley Agraria; Ley de Amparo; Ley de adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector publicó; Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral; Ley Federal de Derechos de Autor; Ley de navegación y comercio marítimo; Ley Federal de Turismo; Ley de Concursos Mercantiles; Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionadas con las mismas; Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares; Ley Federal de la Policía Federal; Ley de Uniones de Crédito; Ley para la transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros; Ley de Asociaciones Publico Privada; Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera; Ley Federal del Procedimiento Administrativo; Ley Federal para el Control de Sustancias Químicas Susceptibles de Desvío para la Fabricación de Armas Químicas; Ley de Sistemas de Pagos; Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial; Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Código Fiscal de la Federación; Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente; Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos: Ley del Mercado de Valores; Ley Federal de Protección al Consumidor; Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión; Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros; Ley de Ahorro y Crédito Popular; Ley de Fondos de Inversión; Ley de Instituciones de Crédito; Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas; Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro; Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito; Ley para Regular las Agrupaciones Financieras; Ley General de Bienes Nacionales; Ley para Regular las Actividades de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo; Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujeto Obligados; Ley de Desarrollo Sustentable de la Caña de Azúcar; Ley de Fondos de Aseguramiento Agropecuario y Rural.

5. MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS TUTELADOS EN LA LEY GENERAL

El artículo 4 de la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias enuncia de manera no limitativa cinco mecanismos que son i) negociación (frac-

ción I), ii) negociación colaborativa (fracción II), mediación (fracción III), conciliación (fracción IV) y el arbitraje (fracción V).

A lo largo de la Ley se contemplan otros mecanismos como es el caso de la justicia restaurativa prevista en los artículos 81, 82, 83, 84 y 85 de dicha Ley y también reconocida en los artículos 584, 585 y 586 del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares que tutelan la Justicia Restaurativa en materia familiar.

También encontramos el Modelo Katartizo de Restauración desarrollado por Claudia Villavicencio y quien en relación con el artículo 585 del Código Nacional señala *"Al respecto, el enfoque multidisciplinario del modelo "Katartizo" de restauración familiar en sus aristas considera la multidisciplinariedad, para la identificación de los daños y la búsqueda de la reparación integral. La persona facilitadora deberá estar certificada por la autoridad competente, al respecto es necesario subrayar el enfoque especializado y multidisciplinario que debe considerarse en la capacitación y certificación de las personas que estén a cargo de los procesos restaurativos. Los principios del procedimiento de Justicia Restaurativa son: legalidad, imparcialidad, voluntariedad, confidencialidad, flexibilidad, simplicidad, acceso a la información".*[3]

Otro sustitutivo de la jurisdicción que se reconoce doctrinalmente es la transacción la cual se regula en los artículos 2944 a 2963 del Código Civil Federal.

Sobre el concepto de mecanismos alternativos de solución de controversias indica Luis Octavio Vado Grajales que *"Los medios alternativos consisten en diversos procedimientos mediante los cuales las personas pueden resolver sus controversias sin necesidad de una decisión jurisdiccional. Encontramos entre ellos la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje, en los que, como se describió en el cuadro anterior, el poder de las partes puede ser mayor o menor en términos de la decisión.*

Lo anterior sucede porque existe una serie de litigios cuya resolución por medio de un proceso no parece la vía más adecuada. Pensemos en conflictos familiares, donde el peso de las relaciones necesarias futuras no se puede dejar a un lado al resolverlos, o conflictos donde, ya sea por el monto reclamado o por su necesidad inmediata, no se puede optar por un proceso judicial dado el lento paso del mismo. Podemos señalar también aquellos asuntos penales que, perseguibles por querella, la ley privilegia la voluntad de la persona ofendida para conseguir un arreglo no procesal del litigio"

La negociación de acuerdo con Luis Octavio Vado Grajales *"es un procedimiento en el cual las dos partes de un conflicto intercambian visiones sobre el mismo y se formulan mutuamente propuestas de solución. En muchas ocasiones es el primer mecanismo al que recurren las partes de un litigio".*

3 VILLAVICENCIO Guadarrama Claudia Lizeth, Justicia Restaurativa Familiar: Modelo Katartizo de Restauración, Centro de Estudios Jurídicos Carbonell, A.C., México, 2023.

La mediación es definida por Luis Octavio Vado Grajales como *"procedimiento en el cual dos partes de un conflicto se reúnen con un tercero ajeno e imparcial, que facilita la comunicación entre aquellas para que puedan delimitar el conflicto y encontrar su solución. El tercero no hace propuestas de arreglo".*

Sobre el arbitraje refiere Luis Octavio Vado Grajales que "*es el sometimiento de un litigio a un tercero neutral ajeno a las partes que lo deciden mediante una resolución vinculativa para las partes llamada laudo, cuya ejecución obligatoria queda encomendada a la judicatura, previa homologación que esta haga del laudo. Tenemos distintos tipos de arbitraje, y son básicamente los siguientes:*

1) *de estricto derecho: en este caso, el árbitro debe ceñirse al procedimiento establecido en la ley para la resolución del litigio planteado;*

2) *de equidad: las partes establecen un procedimiento específico a seguir, que debe respetar el árbitro, a quien incluso se le puede facultar para que decida el litigio sin ajustarse a las reglas de derecho, sino con base en la equidad;*

3) *institucional: diversas agrupaciones sociales o privadas, como lo son las cámaras de comercio o de actividades empresariales, ofrecen servicios de arbitraje a sus miembros, proporcionando una lista de árbitros y proponiendo un procedimiento tipo;*

4) *privado: es el prestado por particulares, generalmente con un costo en honorarios por su participación como árbitros;*

5) *público: ofrecido por instituciones gubernamentales, y suele ser gratuito. Por ejemplo, PROFECO, Comisión Nacional de Arbitraje Médico, etcétera".*

Expone Luis Octavio Vado Grajales como otros mecanismos alternativos de solución de controversias que "*en su mayoría se han desarrollado en Estados Unidos de América. Podemos citar los siguientes: Mini trial: las partes de un litigio, previo acuerdo, deciden presentar ante un "asesor neutral", que generalmente es una abogada o un abogado, información y escritos sobre su conflicto, intercambiándolos entre ellos. Al final de la presentación las partes intentan llegar a un acuerdo y, si no es posible, el asesor dictamina cuál sería el probable resultado de dicho caso si se presentara ante un tribunal. A esta forma también se le llama evaluación experta.*

Neutral listener (oyente neutral): las partes nombran a una persona de su mutua confianza a la que hacen llegar las propuestas de arreglo, y este tercero determina si están lo suficientemente próximas como para verificar reuniones de negociación.

Summary jury trial: un jurado integrado por personas incluidas en las listas de los jurados de los tribunales ordinarios escucha las peticiones de las partes, reciben pruebas y expiden un dictamen que pueden o no aceptar las partes.

Moderated settlement conference: es muy parecido al anterior, pero el jurado se compone de personas expertas en el derecho, normalmente tres, que escuchan a las partes y presentan un dictamen, que también puede o no ser aceptado por los litigantes.

Por último, aunque no es propiamente un medio alternativo, tenemos los llamados juzgados multipuertas, que funcionan en algunos estados de la unión americana, en donde se da al órgano judicial la facultad de recomendar a las partes de un proceso el acudir a un medio alternativo, ya sea mediación, conciliación, mini trail, etc., y el juez recomienda el medio considerando cuál es el más apropiado para resolver el asunto".[4]

La diferencia entre la negociación y la negociación colaborativa es que en la segunda se requiere intervenga un abogado colaborativo, el cual conforme a la fracción XIII del artículo 5º son quienes cuentan con la patente para ejercer la profesión de derecho o abogacía certificadas en términos de la Ley que participan en conjunto con las partes mediante un proceso de negociación colaborativa con el fin de encontrar soluciones beneficiosas para las mismas.

La mediación forzosamente requiere la presencia de una persona tercera imparcial denominada facilitadora, cuando intervienen más de dos personas facilitadoras se le llamada comediación; las personas facilitadoras conforme a la fracción XIV del artículo 5º de esta ley son la persona física certificada

La diferencia entre la negociación y la negociación colaborativa es que en la segunda se requiere intervenga un abogado colaborativo, el cual conforme a la fracción XIII del artículo 5º son quienes cuentan con la patente para ejercer la profesión de derecho o abogacía certificadas en términos de la Ley que participan en conjunto con las partes mediante un proceso de negociación colaborativa con el fin de encontrar soluciones beneficiosas para las mismas.

La mediación forzosamente requiere la presencia de una persona tercera imparcial denominada facilitadora, cuando intervienen más de dos personas facilitadoras se le llamada comediación; las personas facilitadoras conforme a la fracción XIV del artículo 5º de esta ley son la persona física certificada para el ejercicio público o privado cuya función es propiciar la comunicación y la avenencia para la solución de controversias entre las partes a través de los mecanismos alternativos de solución de controversias previstos en la Ley y demás aplicables.

Los artículos 457 fracción II, 460, 461, 511, 524, 560, 665, 667, 673 fracción III, 821, 872, 873 del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares permiten resolver las controversias judiciales mediante conciliación la cual se realiza durante la celebración de la audiencia preliminar en los juicios ordinarios como el oral civil y oral

4 VADO Grajales Luis Octavio, Curso de Teoría General del Proceso, Editorial Ubijus, México, 2022, p. 39.

familiar y en la audiencia de juicio en los juicios especiales como el hipotecario, arrendamiento inmobiliario oral, etc.

Los convenios emanados de procedimientos de mediación o conciliación, incluidos los de mediación comunitaria de cada Estado que cumplan con los requisitos previstos en la Ley de Justicia Alternativa o la legislación respectiva que señale la autoridad jurisdiccional o Poder Judicial de las diversas entidades son documentos que tienen aparejada ejecución en términos de los artículos 470 fracción VIII y 471 del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares.

El arbitraje forzosamente requiere la presencia de uno varios árbitros; el arbitraje civil está regulado en los artículos 533 a 549 del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, el arbitraje mercantil está regulado en los artículos 1415 a 1480 del Código de Comercio, el arbitraje internacional se regula entre otros por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional.

6. EFECTOS DE UN CONVENIO CELEBRADO CONFORME A LA LEY GENERAL DE MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

El artículo 98 de la Ley, indica que los convenios firmados por las partes y suscritos por la persona facilitadora, que cumplan con los principios establecidos en el artículo 6 (Acceso a la justicia alternativa, Autonomía de la voluntad, Buena fe, Confidencialidad, Equidad, Flexibilidad, Gratuidad, Honestidad, Imparcialidad, Interés superior de niñas, niños y adolescentes, Legalidad, Neutralidad, Voluntariedad) y las obligaciones previstas en el artículo 30 (deberes y obligaciones de las personas facilitadoras), a partir de su registro e inscripción en el Sistema de Convenios correspondiente, tendrán efectos de cosa juzgada, señalando además en el artículo 99 que cuando en el convenio se acuerde un acto que conforme a la Ley deba constar en escritura pública, los convenios podrán ser anotados en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio o su equivalente, y que tratándose de convenios donde se contemple obligaciones de transmisión, constitución y modificación de derechos reales o garantías sobre inmuebles, se deberá cumplir para su validez, con los requisitos de forma que establezca la Legislación Federal, Local y Municipal.

El carácter de cosa juzgada de los convenios derivados de mecanismos alternativos de solución de controversias es reconocido en diversas disposiciones del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares.

En primer lugar, la cosa juzgada es una excepción procesal tutelada en el artículo 63 fracción VII del Código Nacional, la cual conforme al diverso artículo 75 se acredita en relación con los mecanismos alternativos con el original o copia certificada del convenio emanado del procedimiento de mediación a que se refiere la ley correspondiente

que regule los medios alternativos de solución de conflictos o justicia alternativa, o cualquier otra disposición al respecto de cada Entidad Federativa.

En segundo lugar, el artículo 312 fracción X del Código Nacional otorga el carácter de documental pública a los convenios emanados del procedimiento de mediación o de Centro de Mediación o mecanismos alternativos para la solución de conflictos, que cumplan con los requisitos previstos en la Ley de la materia (en este caso Ley General y leyes locales).

En tercer lugar, el artículo 470 fracción VIII del Código Nacional que tienen aparejada ejecución y por ende procede el Juicio Ejecutivo Civil Oral respecto de convenios emanados del procedimiento de mediación o conciliación que cumplan con los requisitos previstos en la Ley de mecanismos alternativos de solución de controversias o de justicia alternativa respectiva; asimismo el artículo 471 reconoce también como títulos ejecutivos a los convenios emanados del procedimiento de mediación o conciliación, incluidos los de mediación comunitaria de cada Estado, que cumplan con los requisitos previstos en la Ley de Justicia Alternativa o la legislación respectiva que señale la autoridad jurisdiccional o Poder Judicial de las diversas entidades.

En cuarto lugar, el artículo 974 del Código Nacional señala que se considera cosa juzgada el convenio emanado de cualquier procedimiento judicial, el celebrado en el procedimiento de mediación en el Centro de Justicia Alternativa correspondiente en las Entidades Federativas, así como el que resulte de la mediación comunitaria, y en los demás casos que la ley prevea.

En quinto lugar, el artículo 975 fracción VI del Código Nacional señala que causan ejecutoria por ministerio de ley, los convenios de mediación, conciliación o transacción emanados de los mecanismos alternativos para la solución de controversias realizados antes del inicio de un procedimiento jurisdiccional o durante el desarrollo de éste, sin necesidad de ser ratificados ante la autoridad jurisdiccional, los que tendrán la categoría de cosa juzgada o en su caso de sentencia ejecutoriada de conformidad con sus propias leyes.

En sexto y último lugar, el artículo 982 del Código Nacional indica que procede la vía de apremio respecto de la ejecución de convenios emanados del procedimiento de mediación ante los Centros de Justicia Alternativa, de Mediación Comunitaria, Estatales o Municipales, los realizados a través de Mediadores Públicos o Privados certificados, que cumplan previamente con los requisitos previstos en la Ley de cada Entidad Federativa.

7. MECANISMOS ALTERNATIVOS Y TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN

Los artículos 5 fracciones XVIII, XIX, XX, XXI, XXII, 18 fracción II, 24 fracción I, 26, 61, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94 fracción VI, 96, 109, 117 fracción III, 123 fracción V, de esta Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias hacen alusión al trámite de los mecanismos mediante el uso de tecnologías de la información y comunicación o sistemas en línea.

El marco normativo que regirá a los mecanismos alternativos de solución en controversias en línea lo es i) los artículos 5 fracciones XVIII, XIX, XX, XXI, XXII, 18 fracción II, 24 fracción I, 26, 61, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94 fracción VI, 96, 109, 117 fracción III, 123 fracción V, de esta Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, ii) los artículos 933 a 973 del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, iii) Lineamientos de capacitación, evaluación, certificación, renovación, suspensión y revocación de personas facilitadoras, iv) Lineamientos de creación de la Plataforma Nacional de Personas Facilitadoras, v) Lineamientos de creación, actualización y mantenimiento de los Sistemas de Convenios, que se suscriban en todo el territorio nacional, vi) Lineamientos y Bases para la participación de las personas profesionistas, académicas y especialistas representantes de instituciones académicas, personas facilitadoras privadas y profesionales especialistas en la materia, vii) Reglamento interno del Consejo Nacional y vii) las leyes de justicia alternativa de las entidades federativas.

Los derechos generales de las personas que intervienen en un mecanismo alternativo de solución de controversias están señalados en el artículo 57 de la Ley General.

El artículo 91 señala como derechos adicionales para las partes que intervienen en la Solución de Controversias en Línea, los de elegir de forma libre y voluntaria el uso de estos sistemas; conocer detalladamente la forma en que funcionan, de conformidad con los principios de pleno conocimiento y transparencia algorítmica; ser informados sobre las normas, reglamentos o lineamientos aplicables; que sus datos personales e información sean tratados de forma segura y confidencial; recibir orientación y asistencia para usar correctamente los sistemas de solución de controversias en línea, y conocer si se utilizarán de alguna forma sistemas automatizados o sistemas de justicia descentralizada

El Libro Octavo denominado "De la Justicia Digital" del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares en sus artículos 933 a 973 regulan los procedimientos en línea y la integración del expediente judicial, la digitalización y uso de firma electrónica, las audiencias y diligencias virtuales, los sistemas de justicia digital y seguridad de la información, por lo que estas disposiciones son supletorias a la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias.

Finalmente es importante tener presente que los artículos 87 y 88 de la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias son las primeras disposiciones normativas que regulan en México la inteligencia artificial (IA).

8. CONSEJO NACIONAL DE MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS Y CONSEJO NACIONAL DE MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA

El Consejo Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias está integrado conforme al artículo 10 de esta Ley por las personas titulares de los Centros Públicos de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias de la Federación y

de las entidades federativas, y su integración también esta tutelada en el artículo Sexto y Décimo Tercero transitorios de la Ley General.

El Consejo Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias conforme al artículo 18 de esta Ley General debe (i) expedir los Lineamientos de capacitación, evaluación, certificación, renovación, suspensión y revocación de personas facilitadoras, (ii) expedir los Lineamientos de creación de la Plataforma Nacional de Personas Facilitadoras, (iii) expedir los Lineamientos de creación, actualización y mantenimiento de los Sistemas de Convenios, que se suscriban en todo el territorio nacional, (iv) expedir los Lineamientos y Bases para la participación de las personas profesionistas, académicas y especialistas representantes de instituciones académicas, personas facilitadoras privadas y profesionales especialistas en la materia, (v) aprobar los Lineamientos para la celebración de convenios de Colaboración con Instituciones públicas y privadas, nacionales o extranjeras para la impartición de cursos de capacitación y programas académicos orientados a la obtención de certificación de personas facilitadoras públicas y privadas y (vi) elaborar su Reglamento interno.

El Consejo Nacional previsto en el Capítulo II no debe confundirse con el Consejo Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en materia de Justicia Administrativa, el cual conforme al artículo 119 de esta Ley es el máximo órgano de autoridad en la materia y se integrará por la persona titular del Centro Público de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias del Tribunal Federal de Justicia Administrativa y las personas titulares de los Centros homólogos de los Tribunales de Justicia Administrativa de las entidades federativas.

Por otra parte, las facultades del Consejo Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en materia de Justicia Administrativa están señaladas en el artículo 121 de esta Ley General y consisten en (i) revisar los criterios de capacitación y certificación de las personas facilitadoras en materia administrativa con la finalidad de homologarlos, (ii) establecer los criterios de publicación de los convenios celebrados en la administración pública, con independencia de la publicación respectiva en los boletines y con estricto apego a las disposiciones de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, (iii) crear y mantener actualizado el Registro de Personas Facilitadoras en materia administrativa y fungir como órgano consultivo.

9. ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY GENERAL DE MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS

El Decreto que expidió la Ley General se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 26 de enero de 2024 por lo que la misma entró en vigor el 27 de enero de 2024 conforme a su artículo primero transitorio.

El artículo segundo transitorio indica que el Congreso de la Unión contará con un plazo máximo de un año para expedir las actualizaciones normativas correspondien-

tes para el cumplimiento del Decreto; plazo de un año fenece el 27 de enero de 2025 acorde a la entrada en vigor del decreto.

El artículo tercero transitorio indica que las Legislaturas de las entidades federativas, contarán con un plazo máximo de un año para expedir las actualizaciones normativas correspondiente, para el cumplimiento del Decreto; el plazo de un año para que los congresos estatales realizan adecuaciones normativas acordes a la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias fenece el 27 de enero de 2025.

Las leyes locales en la materia que deben adecuarse son la Ley de Mediación y Conciliación del Estado de Aguascalientes de 27 de diciembre de 2004, Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Baja California de 19 de octubre de 2007, Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias del Estado de Baja California Sur de 31 de julio de 2016, Ley de Mediación y Conciliación del Estado de Campeche de 4 agosto de 2021, Ley de Justicia Alternativa del Estado de Chiapas de 18 de marzo de 2009, Ley de Mediación del Estado de Chihuahua de 30 de mayo de 2025, Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal de 8 de enero de 2008, Ley de Medios Alternos de Solución de Controversias para el Estado de Coahuila de Zaragoza de 12 de julio de 2005, Ley de Justicia Alternativa del Estado de Colina de 27 de septiembre de 2003, Ley de Justicia Alternativa del Estado de Durango de 26 de febrero de 2009, Ley de Justicia Alternativa del Estado de Guanajuato de 27 de mayo de 2003, Reglamento del Centro Estatal de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias del Poder Judicial de Guerrero de 30 de noviembre de 2018, Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias para el Estado de Hidalgo de 21 de abril de 2008, Ley de Justicia Alternativa del Estado de Jalisco de 30 de enero de 2007, Ley de Mediación, Conciliación y Promoción de la paz social para el Estado de México de 22 de diciembre de 2010, Ley de Justicia Alternativa y Restaurativa del Estado de Michoacán, Ley de Justicia Alternativa en Materia Penal para el Estado de Morelos de 18 de agosto de 2008, Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Nayarit de 23 de abril de 2011, Ley de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos del Estado de Nuevo León de 13 de enero de 2017, Ley de Mediación para el Estado de Oaxaca de 12 de abril de 2004, Ley de Medios Alternativos en Materia Penal para el Estado de Puebla de 14 de septiembre de 2012, Reglamento del Centro de Mediación del Poder Judicial del Estado de Querétaro Arteaga de 21 de septiembre de 2007, Ley de Justicia Alternativa del Estado de Quintana Roo de 7 de abril de 2014, Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal para el Estado de San Luis Potosí de 26 de abril de 2014, Ley de Justicia Alternativa en Materia Penal para el Estado de Sinaloa de 15 de mayo de 2013, Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias para el Estado de Sonora de 7 de abril de 2008, Le y de Acceso a la Justicia Alternativa para el Estado de Tabasco de 29 de agosto de 2012, Ley de Mediación para el Estado de Tamaulipas de 21 de agosto de 2007, Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias para el Estado de Tlaxcala de 10 de diciembre de 2012, Ley de Medios Alternativos para la Solución de Controversias del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave de 10 de mayo de 2013,

Ley de Mecanismos Alternativos del Solución de Yucatán de 24 de julio de 2009 y Ley de Justicia Alternativa del Estado de Zacatecas de 31 de diciembre de 2008.

El artículo cuarto transitorio debe entenderse en el sentido de que si al 27 de enero de 2025 ni el Congreso de la Unión o de algunas legislaturas estatales omitan parcialmente realizar las adecuaciones legislativas a las leyes y reglamentos indicados en el comentario anterior, resultará aplicable de manera directa la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias.

Por último, tener presente que el artículo quinto transitorio indica que los procedimientos en materia de mecanismos alternativos de solución de controversias iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del Decreto continuarán su tramitación de conformidad con las disposiciones vigentes al momento de su inicio.

10. CONCLUSIONES

Los mecanismos alternativos de solución de controversias son un sustitutivo de la jurisdicción que permite resolver el conflicto mediante acuerdos entre las partes que ellos mismos puedan construir o que se elaboren con intervención de un tercero.

La Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en su artículo 5 define a los mismos como procedimientos no jurisdiccionales cuyo objeto consiste en propiciar la avenencia entre las partes de manera voluntaria, pacífica y benéfica para ambas, a través de concesiones recíprocas, en una controversia o conflicto presente o futura; esta definición presente un ligero error ya que la Justicia Restaurativa tutelada en el artículo 586 del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares la aprobación del convenio es un acto jurisdiccional al señalar dicho numeral que "recibido por la autoridad jurisdiccional competente el plan de restitución de derechos o el convenio, en un plazo de cinco días hábiles la autoridad jurisdiccional fijará día y hora para el desahogo de una audiencia oral, a fin de sancionar y en su caso aprobar los acuerdos formulados por las partes." ¸ asimismo la conciliación tutelada en los artículos 457 fracción II, 460, 461, 511, 524, 560, 665, 667, 673 fracción III, 821, 872, 873 del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares se realiza dentro de un procedimiento jurisdiccional esencialmente durante la celebración de la audiencia preliminar; la fracción XII permite que no solo las personas físicas, sino también las morales puedan resolver una controversia a través de los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias.

Los principios rectores de los mecanismos alternativos de acuerdo a la Ley General son los de Acceso a la justicia alternativa, Autonomía de la voluntad, Buena fe, Confidencialidad, Equidad, Flexibilidad, Gratuidad, Honestidad, Imparcialidad, Interés superior de niñas, niños y adolescentes, Legalidad, Neutralidad, Voluntariedad y los demás establecidos en la Constitución y Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

La Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias establece tres tipos de instituciones que podrán aplicar los mecanismos reconocidas en la misma y que son i) Centro Público de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, ii) Centro Público de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en materia de Justicia Administrativa y iii) Centro Privado de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias.

Los Centros de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias tienen como características i) ser auxiliares de los Poderes Judiciales, ii) poder ser Públicos o Privados recordando que el artículo 5º fracción II define como Centro Público de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias a los órganos del Poder Judicial de Federación o de los Poderes Judiciales de las entidades federativas, facultados para el ejercicio de los mecanismos alternativos de solución de controversias, de conformidad con lo dispuesto en la Ley y demás que resulten aplicables en sus respectivos ámbitos de competencia y la fracción IV define como Centro Privado de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, la sede para la atención de los mecanismos alternativos de solución de controversias, a cargo de personas facilitadoras privadas, de conformidad con lo dispuesto en la Ley y demás que resulten aplicables en sus respectivos ámbitos de competencia; iii) tener independencia técnica, operativa y de gestión, recordando que Gabino Fraga señala la *autonomía técnica consiste en que los órganos administrativos "no están sometidos a las reglas de gestión administrativa y financiera que, en principio, son aplicables a todos los servicios centralizados del Estado".*[5]

La Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias dispone los efectos jurídicos de los mecanismos, al indicar en su artículo 98 que los convenios firmados por las partes y suscritos por la persona facilitadora, que cumplan con los principios establecidos en el artículo 6 y las obligaciones previstas en el artículo 30, a partir de su registro e inscripción en el Sistema de Convenios correspondiente, tendrán efectos de cosa juzgada, señalando además en el artículo 99 que cuando en el convenio se acuerde un acto que conforme a la Ley deba constar en escritura pública, los convenios podrán ser anotados en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio o su equivalente, y que tratándose de convenios donde se contemple obligaciones de transmisión, constitución y modificación de derechos reales o garantías sobre inmuebles, se deberá cumplir para su validez, con los requisitos de forma que establezca la Legislación Federal, Local y Municipal.

Hago votos porque esta ley sea conocida, utilizada e implementada ampliamente por nuestro gremio con la finalidad de atender los problemas de justicia cotidiana de una forma integral, expedita y completa para todos los justiciables.

---

5 FRAGA Gabino, Derecho Administrativo, cuadragésimo tercera edición, Porrúa, México, p. 201.

11. 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.

—, Compliance y Pymes una guía para orientar a las pequeñas y medianas empresas, Centro de Estudios Jurídicos Carbonell, A.C., México, 2024.

—, 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.

—, "Etapas procesales del juicio de adopción en el código nacional de procedimientos civiles y familiares" en https://centrocarbonell.online/2023/07/12/etapas-procesales-del-juicio-de-adopcion-en-el-codigo-nacional-de-procedimientos-civiles-y-familiares/ (8 de agosto de 2023).

—, "Etapas procesales del juicio oral familiar en el código nacional de procedimientos civiles y familiares" en https://centrocarbonell.online/2023/06/09/etapas-procesales-del-juicio-oral-familiar-en-el-codigo-nacional-de-procedimientos-civiles-y-familiares/ (10 de julio de 2023).

—, "Etapas procesales del juicio ordinario civil oral en el código nacional de procedimientos civiles y familiares" en https://centrocarbonell.online/2023/06/26/etapas-procesales-del-juicio-ordinario-civil-oral-en-el-codigo-nacional-de-procedimientos-civiles-y-familiares/ (10 de julio de 2023).

—, Lecciones de Derecho Procesal conforme al Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, Centro de Estudios Jurídicos Carbonell, A.C., México, 2023.

—, Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias Comentada, Centro de Estudios Jurídicos Carbonell, A.C., México, 2024.

—, 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.

—, Diagramas para el aprendizaje de los procesos escrito y oral en materia civil, mercantil, familiar y de adopción, Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho, número 46, Tirant Lo Blanch, 2022.

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.

DAÑOS PUNITIVOS: CÓMO ENTENDER ESTE INJERTO CONSTITUCIONAL

Pablo Francisco Muñoz Díaz *
Salvador Lira del Mazo Rodríguez**

RESUMEN: La figura de los daños punitivos y el daño moral en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación figuras se debe de analizar en términos de concepto, naturaleza jurídica, supuestos de actualización, fundamento, propósito y cálculo. Se estima que su diferencia más significativa se encuentra en su propia naturaleza jurídica: una es una indemnización y; la otra, una sanción. Se concluyó que, aunque criticada, esa figura, hoy por hoy, es derecho positivo y debe de aplicarse; que es mejorable, sobre todo en función de cuándo procede y cómo es que debe calcularse; y que ello debe hacerse en vía legislativa o jurisdiccional, en aras de una seguridad jurídica.

Palabras clave: Daños punitivos, daño moral, justa indemnización, responsabilidad civil.

ABSTRACT: This paper analyzes the concept of punitive damages in the jurisprudence of the Supreme Court of Justice of the Nation, using a comparative method with moral damages. Both figures were contrasted in terms of concept, legal nature, grounds for applicability, foundation, purpose, and calculation. It is estimated that their most significant difference lies in their legal nature: one is compensation, while the other is a sanction. It was concluded that, although criticized, punitive damages are currently part of positive law and must be applied; however, improvements are needed, particularly regarding when they should be applied and how they should be calculated. These improvements should be made through legislative or judicial channels to ensure legal certainty.

KEYWORDS: Punitive damages, moral damage, fair compensation, torts.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. APUNTES METODOLÓGICOS Y PREVIOS. III. CONCEPTO Y DEFINICIÓN. IV. NATURALEZA JURÍDICA. V. ¿CUÁNDO SE ACTUALIZAN?. VI. ¿CUÁL ES SU FUNDAMENTO?. VII. PROPÓSITO/FIN. VIII. ¿CÓMO SE REPARAN?. IX. CONCLUSIONES. X. FUENTES.

I. INTRODUCCIÓN

El término trasplante jurídico es un neologismo jurídico. Es una metáfora común en el derecho comparado para describir "*el traspaso normativo que se produce entre diferentes ordenamientos jurídicos.*"[1] Este concepto, "*aparte de describir el traslado de una*

* Profesor de Ética y Argumentación Jurídica en la Escuela Libre de Derecho y Secretario de Estudio y Cuenta en la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
** Secretario Auxiliar en la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

1. Backenköhler Casajús, C. J., "Transplante jurídico.", *Eunomía.* Revista en Cultura de la Legalidad, no. 17, Madrid, 2019.

norma de un sistema jurídico a otro, trata también de explicar las posibles consecuencias [que puede implicar]".[2] Su uso ha tenido tanto éxito que ha llegado a formar parte de la terminología jurídica actual.

Tomando en consideración que no es propiamente una palabra técnica, se utilizará otra imagen metafórica. Se prefiere el término *injerto*, por considerar que el símil botánico describe de mejor manera el fenómeno jurídico que será materia de nuestro estudio. El diccionario Porrúa define al *injerto,* en su segunda acepción, como "[p] *arte de un organismo implantada sobre otra.*"[3] Eso fue lo que sucedió en el famoso caso Mayan Palace: se implantó una figura extranjera sobre la regulación de otra... se injertó una rama de limones en un árbol de naranjas.

Y es que el trasplante sugiere que "*el vegetal se muda del sitio donde está plantado a otro*",[4] pero lo acontecido en el caso referido no fue la recepción jurisprudencial de una figura, como, por ejemplo, sucedió con la acción de retracto en la copropiedad. Aquí, los daños punitivos fueron *injertados* en la regulación de los daños morales, puesto que se determinó que aquella figura tenía cabida —o bien, ya se contemplaba— en nuestro ordenamiento jurídico en los parámetros para regular su cuantificación.

II. APUNTES METODOLÓGICOS Y PREVIOS

Para explicar los daños punitivos, conviene utilizar el método comparativo con la figura en la que fueron *injertados:* el daño moral. Así, se estima que, mediante la apreciación de semejanzas y diferencias entre ambas, el objeto de estudio pueda comprenderse mejor.

En atención a ello, se diferenciarán tales figuras a partir de su concepto, su naturaleza, los supuestos en que se actualizan, sus fundamentos constitucionales y legales, los fines que persiguen distintos y la manera en que se cuantifican.

También, se considera que subrayar la diferencias entre ambas figuras contribuirán a una mejor argumentación para los litigantes, a un mejor razonamiento de las sentencias y a una mayor sensación de justicia para los justiciables a pesar de que se les haya condenado. Nos proponemos alcanzar estos fines, ya que entendemos que son necesarios para un Estado de Derecho y que no pueden conseguir si no se tienen los conceptos claros y precisos.

En relación con lo anterior, debemos destacar la importancia que tiene en nuestro sistema jurídico el derecho a la seguridad jurídica.[5] Ese principio —previsto, primor-

---

2 Ídem.

3 —, *Diccionario Porrúa de la Lengua Española,* 51ª. ed., preparado por Antonio Raluy Pudevida, revisado por Francisco Monterde, Porrúa, México, 2005, p. 403.

4 Ibidem, p. 765.

5 Véase Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México,* 3a. ed., Porrúa, México, 2009, p. 586.

dialmente, en los artículos 14 y 16 Constitucionales— tiene dos dimensiones: una que se refiere a los ciudadanos y otra que se refiere a las autoridades. La primera busca que los ciudadanos conozcan las reglas del juego, que sepan a *qué atenerse*[6]. La segunda se concreta en el principio de estricta legalidad, por el cual "*las autoridades no solamente deben acatar las leyes cualesquiera que sean sus contenidos, sino que es preciso además que todos sus actos (…) estén subordinados a los derechos fundamentales.*"[7]

En ese tenor, mayor comprensión de los daños punitivos y, en su caso, una mejor regulación, permitirá que existan mejores sentencias, con legitimidad democrática, y que las partes, aun las sentenciadas, no tengan la sensación de que se enfrentaron a un acto judicial arbitrario.

III. CONCEPTO Y DEFINICIÓN

Para comenzar a dar cuenta sobre las diferencias entre una y otra figura, es importantes destacar que el *Daño moral* es un término multívoco en el sistema jurídico mexicano. Hace referencia tanto al daño que produce en lo que se conoce como patrimonio moral —el cúmulo de aquello que se refiere a los sentimientos, los afectos, las creencias, el decoro, el honor, la reputación, la vida privada y la consideración que de sí misma tienen los demás—; como a la indemnización que se determina por el daño que ha hecho ese patrimonio.

Por ejemplo, el artículo 1916 del Código Civil para la Ciudad de México ha conceptualizado al daño moral como la "*afectación que sufre una persona en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás.*"[8]

Cabe señalar que, por una suerte de metonimia, la indemnización que surge por el daño moral suele recibir el mismo nombre. No son la misma cosa, sino causa y efecto. En otros términos, mientras uno se refiere al daño causado por un hecho ilícito; el otro se refiere a la manera en que aquél será reparado.

---

6 Véase, por ejemplo, la tesis 1a./J. 139/2012 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima época, Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 1, p. 437, con número de registro digital 2002649, de rubro: **"SEGURIDAD JURÍDICA EN MATERIA TRIBUTARIA. EN QUÉ CONSISTE.**"

7 Carbonell, Miguel, *op. cit.,* p. 586, siguiendo a Ferrajoli, Luigi, *derecho y razón,* 5a. ed., Madrid, Trota, 2000, p. 857.

8 Tesis 1ª./ 6/2005, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXI, Abril de 2005, p. 155, con número registro digital 178767, de rubro ***DAÑO MORAL. LAS PERSONAS MORALES ESTÁN LEGITIMADAS PARA DEMANDAR SU REPARACIÓN EN CASO DE QUE SE AFECTE LA CONSIDERACIÓN QUE TIENEN LOS DEMÁS RESPECTO DE ELLAS (ARTÍCULO 1916 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL).***

El objeto sobre el que recae el daño moral, como hecho ilícito, son un tipo de derechos de la personalidad, también llamados *ius in se ipsum,* los derechos sobre sí mismo. Por derechos de la personalidad entiéndanse los afamados "*derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, a la intimidad.*"[9]*;* son derechos innatos a las personas por el hecho de ser tales.[10]

En el sistema jurídico mexicano, surge la obligación de reparar el daño moral cuando se lesionan los derechos de la personalidad de la siguiente manera: i) cuando se daña el honor: el cual afecta a una persona en su vida privada, la imagen que otros tienen de ella o su propia imagen; ii) cuando se daña estéticamente, a los aspectos físicos, a otra persona; y iii) cuando se dañan los sentimientos de los demás, a la parte afectiva del patrimonio moral.[11]

En este tenor se puede conceptualizar al daño moral, siguiendo a la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, como "*la lesión a un derecho o interés no patrimonial (o espiritual) que es presupuesto de un derecho subjetivo*." [12]

Por su parte, los *daños punitivos* pueden conceptualizarse como una *sanción judicial que se le impone a aquella persona que cometió un hecho dañoso tan indignante que amerita una sanción especial.*

Así, se trata de aquellos daños, además de los compensatorios o nominales, otorgados contra una persona para castigarla por su conducta indignante y para disuadirla a ella y a otros como ella de una conducta similar en el futuro.[13]

Es posible que el término *conducta indignante* parezca un concepto jurídico indeterminado. Sin embargo, la Primera Sala considera ha dicho que debe entenderse que *una conducta será indignante, en función del malvado motivo del agente dañoso o su indiferencia imprudente hacia los derechos de los demás*.[14]

Ese concepto se trata de un elemento que ha estado presente a lo largo de la doctrina de la Primera Sala sobre daños punitivos. Por ejemplo, puede verse en el caso del amparo directo 30/2013 o en el del amparo directo en revisión 4306/2020.

---

9 Bazúa Witte, Alfredo, *Los derechos de la personalidad. Sanción civil a su violación.,* Porrúa, Colegio de Notarios del Distrito Federal, Colección de Temas Jurídicos en Breviarios no. 25, México, 2005, p. 12.

10 Ídem.

11 Tesis 1a. CCXXXI/2014 (10a.), publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima época, Libro 7, Junio de 2014, Tomo I, p. 449, con número de registro digital 2006737, de rubro: "***DAÑO MORAL. SU CLASIFICACIÓN EN CUANTO AL CARÁCTER DEL INTERÉS AFECTADO.***"

12 Amparo directo 30/2013, resuelto por unanimidad de votos de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sesión de 26 de febrero de 2014, p. 44.

13 Medina Villanueva, Jorge Eduardo, "Los daños punitivos en el derecho mexicano, algunas ideas para su interpretación", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie año LII, núm. 157, enero-abril de 2020, p. 234.

14 Ídem.

De acuerdo con los hechos del primero de los casos, un hombre de veintitrés años falleció al usar la atracción de remo en kayak que ofertaba la empresa hotelera demandada en el lago artificial que se encontraba en sus instalaciones. La calamidad ocurrió cuando la víctima se volteó de la embarcación y, en el agua, recibió una descarga eléctrica fulminante. Después de un lapso de veinte o veinticinco minutos, los empleados de la empresa demandada desconectaron la energía eléctrica, a pesar de que inmediatamente habían sido notificados del suceso por los huéspedes. Durante ese tiempo, la víctima continuó dentro del agua, pues quienes intentaban rescatarlo veían frustrados sus esfuerzos al recibir descargas eléctricas.[15]

Con motivo de lo anterior, se le impuso a la empresa hotelera la sanción de daños punitivos, entre otras cosas, por *la alta relevancia social de las conductas y omisiones*.[16] Al respecto se consideró que *es de la mayor importancia que la empresa sea cuidadosa en cumplir con los deberes de cuidad a su cargo*, por lo que, *al reprocharse severamente su negligencia, se persigue un fin social y se colocan incentivos tendentes a proteger los derechos e intereses de todos sus huéspedes*.[17]

El último de los casos citados tiene su origen en que una mujer contrató con una aseguradora una póliza de vida individual, en la cual tenía como beneficio adicional *infarto y cáncer en mujeres*, no recibió las condiciones generales de la póliza de seguro, por lo que hasta que fue diagnosticada y pretendió hacer valer su póliza, se dio cuenta que la enfermedad estaba expresamente excluida de la cobertura. [18] Ante esta situación, la Primera Sala consideró que, contrario a lo considerado por los órganos jurisdiccionales que conocieron de manera ordinaria y por el A quo constitucional, sí procedía el pago de daños punitivos, puesto se debía tomar en cuenta para la procedencia de la condena elementos como la mala fe antes y después del contrato y la negligencia con la que se atendió el reclamo de la asegurada.[19]

Como corolario de lo anterior, cabe recuperar lo sostenido por la Primera Sala en el amparo en revisión 1133/2019: los daños punitivos son una figura de carácter civil que persigue "*la punición de determinadas conductas caracterizadas por un elemento axiológico o valorativo agravado que vayan en contra de normas de orden público y de buenas costumbres, así como que incumplan el deber genérico que es impuesto a todas las personas de no causar daño a otras.*"[20]

---

15 Amparo directo 30/2013, op. cit., pp. 7 a 9 y pp. 63 a 72.

16 Ídem, p. 118. A mayor abundamiento las acciones y omisiones que se le atribuyen a la empresa hotelera son: (i) el incumplimiento de normatividad administrativa; (ii) culpa *in eligiendo*, al no contratar suficiente personal capacitado para hacer frente a una negligencia como esa; y, (iii) negligencia frente a ese acto. Véase Ibidem pp. 59-63.

17 Amparo directo en revisión 4306/2020, resuelto por unanimidad de votos por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sesión de 11 de enero de 2023, párr. 118.

18 Ibidem, párr. 1-13.

19 Ibidem, párr. 153.

20 Amparo en revisión 1133/2019, resuelto por mayoría de cuatro votos de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión de primero de julio de dos mil veinte, párr. 209.

Respecto del nombre, debemos hacer ciertas precisiones. Esta figura *injertada* en nuestro derecho mediante los asuntos anteriormente referidos deviene de la diversa anglosajona llamada *exemplary damages*, en Inglaterra, y *punitive damages* o *exemplary damages*, indistintamente, en los Estados Unidos de América. Para efectos del Reino Unido, se trata de una indemnización destinada a castigar, disuadir y transmitir desaprobación como ejemplo. Mientras que, en la Unión Americana, son indemnizaciones que tienen el propósito de sancionar la conducta escandalosa y disuadirlo, y a los demás, de incurrir en conductas similares en el futuro.[21]

Por su parte, el Instituto de Información Legal de la Escuela de Derecho de Cornell, ha dicho que los daños punitivos, también conocidos como daños ejemplares, son indemnizaciones impuestas, separadamente de otro tipo de compensaciones, cuando el demandado actuó de una manera particularmente dañosa.[22]

Por último, debe señalarse que indebidamente, en México se le denominan daños punitivos o ejemplificativos. Empero, la utilización de la palabra *daños* como traducción de *damages* es incorrecta. Se trata de una traducción literal. Esa traducción no es del todo exacta tomando en consideración que *damages*, en lenguaje técnico, se refiere a lo que en México se conoce como la indemnización o la compensación decretada por un daño sufrido. Se considera que, más que una mala traducción, se trata, como en el caso del daño moral, de una suerte de metonimia. Pero, en honor a la verdad, tampoco se considera que la naturaleza de los daños punitivos sea la de una indemnización, como se verá más adelante.

IV. NATURALEZA JURÍDICA

Vistas las definiciones de ambas figuras, puede concluirse que tienen una naturaleza distinta: mientras el daño moral se trata de una indemnización a un daño al patrimonio inmaterial, los daños punitivos sancionan una conducta dolosa o culposa que generaron una conducta tan indignante que, a juicio del operador jurídico que conozca del caso, merece una sanción especial.

El derecho de los daños se funda en el adagio *"[a]quél que cause a otro un daño queda obligada a repararlo."* Se trata de un principio general de derecho, recopilado en el artículo 1910 del Código Civil para la Ciudad de México, que se refiere a que aquella persona que genere un daño en perjuicio de otra está obligada a indemnizarlo; una máxima que rige toda la teoría del derecho de los daños, la responsabilidad civil e, incluso, la responsabilidad administrativa.

---

21 Véase a Alfaro Telpalo, Raúl, *Daños punitivos en el Sistema Jurídico Mexicano. Análisis desde el derecho comparado.*, Tirant lo Blanch, Monografías., Alta Calidad en Investigación Jurídica., 2022, p. 25 a 27.

22 —, "Puntive Damages", en *Wex,* Cornell Law School, Legal Information Institute, visible en: https://www.law.cornell.edu/wex/punitive_damages.

La responsabilidad civil ha sido definida y entendida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación como la **obligación de responder ante la justicia por un daño, y de reparar sus consecuencias indemnizando a la víctima**[23]. Por lo tanto, se puede decir que la acción proveniente del daño ocasionado tiene como objetivo principal la reparación, es decir, el restablecimiento del equilibrio entre el patrimonio del autor del daño y de quien fue dañado.

Por el otro lado, se encuentran los daños punitivos, que se alejan de esa tendencia reparadora. En su lugar, tienen una función represiva y que pretende que sea preventiva en determinados casos.

Son dos cosas totalmente distintas, no obstante que los daños punitivos se han *injertado* en el derecho positivo mexicano dentro del derecho de los daños en la figura de los daños morales. Para demostrar lo anterior, hay que traer a colación lo establecido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia respecto de que: "*los daños punitivos no son una condena específica y diferente que deba tomarse en cuenta al momento de cuantificar el pago de daño moral, sino que consiste en una indemnización que tenga en cuenta el daño sufrido y el grado de responsabilidad del causante.*"[24]

En el derecho norteamericano, se entiende que los daños punitivos no se establecen únicamente para compensar los daños que sufrió la víctima de un hecho ilícito, como pueden ser físicas o morales. En su lugar, la condena por daños punitivos busca castigar al infractor por el daño que ha hecho.[25]

Inclusive, en el amparo directo en revisión 932/2022[26], apuntó con exactitud —para efectos del derecho mexicano— cuál es su diferencia respecto del daño moral. Estimó que los daños punitivos no buscan únicamente reparar el daño en los efectos de la víctima, sino valorar el grado de responsabilidad de quien causó el daño, por lo que la indemnización debe ser suficiente para resarcirlo y reprochar la indebida conducta del responsable.

No obstante, se ve con preocupación que no es una figura jurídica que haya terminado de ser correctamente entendida en el foro nacional. En parte, porque se trata de una

---

23 Amparo Directo 13/2017, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por unanimidad de cinco votos en sesión de dieciséis de mayo de dos mil dieciocho, p. 60.

24 Amparo directo en revisión 932/2022, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por unanimidad de cuatro votos en sesión de veintinueve de junio de dos mil veintidós, párr. 73. "*73. Es decir, la indemnización prevista en el artículo 1916 del código sustantivo civil* ***no busca únicamente reparar el daño en los afectos de la víctima, sino valorar el grado de responsabilidad de quien causó el daño****, por lo que el monto de la indemnización que se fije como compensación por el daño sufrido por la víctima* ***debe ser suficiente para resarcir dicho daño y reprochar la indebida conducta del responsable***."

25 Goldberg, John C.P., y Zipursky, Benjamin C., *Torts,* Oxford University Press, The Oxford Introductions to U.S. Law., Nueva York, 2010, pp. 352-353.

26 Ibidem, párr 73-74.

figura que ha sido recibida jurisprudencialmente en el sistema jurídico mexicano y que se encuentra aún en vías de construcción y desarrollo.

Se debe entender que la condena de daños punitivos es un castigo extraordinario. En efecto, como se verá más adelante, se trata de una sanción que se le impone a quien realiza un hecho dañoso tan grave que genera una indignación social, por lo que merece un castigo ejemplar.

Tanto el daño moral como el daño punitivo se tratan de sanciones en sentido lato. Por sanción en sentido lato debe entenderse como **la consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado**. Como toda sanción de derecho, la sanción se encuentra condicionada por la realización de un supuesto.[27] En el caso de ambas instituciones existe un deber primario consistente en que *nadie puede dañar a otro*. Cuando se incumple ese deber, se actualiza esa consecuencia *el que causa un daño, está obligado a repararlo.*[28] En ese caso, las cosas deben se regresadas al estado que se encontraban. Empero, suele suceder que las cosas no pueden restituirse, por lo que surge una obligación sustituta.

En los casos de las figuras que estamos analizando, no existe una manera de devolver las cosas al estado en el que se encontraban. No hay una manera de ejercer un incumplimiento forzoso. Es decir, no existe una manera de obtener coactivamente la observancia del deber aludido —nadie puede dañar a otro—. Cuestión distinta sucede con las acciones reivindicatoria y publiciana que, con la devolución del bien al propietario o legitimo poseedor, *se regresan las cosas al estado en el que se encontraban* antes de la ilicitud.

En el caso del daño moral, no es posible exigir de manera coactiva la observancia de una obligación, pero existe la posibilidad de exigir oficialmente al incumplido que realice una prestación *equivalente* a la que dejó de realizar.[29] Esta sanción tiene como fin asegurar a la víctima del daño una **indemnización** por los daños y perjuicios sufridos en el patrimonio moral. Indemnización que, naturalmente, es calculada económicamente, de acuerdo con ciertos parámetros contenidos en la ley o en la jurisprudencia.[30]

Así, puede decirse que una indemnización tiene como fin obtener del sancionado una prestación económicamente equivalente al deber jurídico primario.[31] Por ello, el daño moral tiene como fin indemnizar a la víctima con una prestación económicamente equivalente al daño sufrido en sus derechos de la personalidad.

Por otra parte, en ocasiones, la violación tiene tanta gravedad o amenaza a la sociedad de tal modo que la indemnización resulta insuficiente, En tales casos, no se trata de

27 García Máynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 57ª. Ed., Porrúa, México, 2004, p. 295.
28 Ídem.
29 Véase, Ibidem, p 301.
30 Véase, Ibidem 302.
31 Ibidem p. 302.

corregir un daño, acaso irreparable, sino de imponer una sanción, en sentido estricto, al agente dañoso.[32]

De ahí que el castigo o sanción, en sentido estricto, tiene una finalidad inmediata aflictiva. No persigue el cumplimiento del deber jurídico primario, ni la observancia de prestaciones equivalentes.[33] Por ello, los daños punitivos tienen una naturaleza de sanción: no buscan resarcir el daño causado, ni la obtención de un prestación equivalente; sino, como se verá más adelante, tiene una triple finalidad más parecida a la de una pena: a) castigar al responsable, b) impedir que se enriquezca de su conducta, y c) disuadirlo de repetirla o disuadir a cualquier otro a realizar esa conducta dañosa.

Inclusive, si se quiere, la naturaleza de los daños punitivos es la de un cuasidelito[34], ya que se trata de una sanción civil que impone el juzgador, conforme a su arbitrio judicial.

La consideración de que *ambas instituciones tienen la misma naturaleza* y se aplican en los mismos casos es incorrecta. Tal consideración la hizo la Primera Sala al momento del *injerto* constitucional.

De entrada, esa idea conllevaría a afirmar que se trata de una misma figura; por lo que no sería necesario diferenciarlas. Al grado, por ejemplo, de que, a lo sumo se podría considerar que los daños punitivos se tratan de una **subespecie** del daño moral, **cuyo rasgo particular sería un grado de culpa sumamente grave por parte del agente dañoso**. Y, para algunas personas, los daños punitivos podrían ser la manera en la que se le debe de llamar a la condena de daño moral cuando asciende a un monto exorbitante.

Sin embargo, tal afirmación implicaría desconocer que cada figura atiende a cuestiones distintas. Mientras que uno implica una indemnización por un daño al patrimonio moral, el otro implica una sanción por hecho ilícito tan indignante que exige una retribución social.

En efecto, los daños morales se encuentran íntimamente relacionados con el derecho humana a la reparación integral o a la justa indemnización. Es un derecho distintivo por virtud del cual la autoridad judicial debe mandar a reparar las consecuencias dañosas, en la medida de lo posible, de tal manera que se reestablezca la situación que debió de haber existido con anterioridad al hecho. Ese derecho tiene su límite en que no debe generar una ganancia a la víctima, sino que se le debe de otorgar un resarcimiento adecuado.[35]

---

32 Ibidem pp. 301-302.
33 Ibidem p. 302.
34 Iglesias Santos, Juan, *Derecho romano,* 16a., Ariel, Barcelona, 2007, p. 251.
35 Tesis 1a./J. 31/2017 (10a.), publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima época, Libro 41, Abril de 2017, Tomo I, p. 752, con número de registro digital 2014098, de rubro:

Por su parte, los daños punitivos son una sanción ejemplar con fines preventivos que, como se verá más adelante, busca disuadir conductas dañosas similares en el futuro, de tal manera que proceden cuando la gravedad de la conducta merezca un alto grado de reproche social que justifique dicha sanción.[36]

Esto es, se diferencian en tanto que uno es una compensación por un hecho causado, el otro es una sanción impuesta por un juez.

Para entender la diferencia entre ambas figuras, conviene traer a colación la sección 41.001. (5) del Código de Práctica Civil y Recursos en el Estado de Texas. En dicha porción normativa se establece que "*los daños punitivos son cualquier indemnización impuesta como pena o como castigo, pero no con un propósito compensatorio; no se trata de una indemnización económica o no económica*". Con ello nos da entender que, aunque por un lado existen obligaciones resarcitorias, como son los daños y perjuicios o la indemnización por daño moral, por el otro lado se encuentran los daños punitivos, los cuales no son otra cosa que una condena. Tal enunciado normativo se transcribe a continuación:

"CIVIL PRACTICE AND REMEDIES CODE
TITLE 2. TRIAL, JUDGMENT, AND APPEAL
SUBTITLE C. JUDGMENTS
CHAPTER 41. DAMAGES

Sec. 41.001. DEFINITIONS. In this chapter:

(5) ***"Exemplary damages"*** *means any damages awarded as a penalty or by way of punishment but not for compensatory purposes. Exemplary damages are neither economic nor noneconomic damages. 'Exemplary damages' includes punitive damages."*

Asimismo, en el Código Civil del Estado de California se prevé que, si se demuestra con pruebas claras y convincentes que el agente dañoso ha actuado con dolo o culpa grave, además de las indemnizaciones conducentes, puede reclamar daños punitivos, como ejemplo [para otros] y como castigo al demandado. Para una mejor exposición, se inserta a continuación la porción normativa del ordenamiento referido:

"DIVISION 4. GENERAL PROVISIONS [3274–9566]

(Heading of Division 4 amended by Stats. 1988, Ch. 160, Sec. 16.)

PART 1. RELIEF [3274–3428]

(Part 1 enacted 1872)

"DERECHO FUNDAMENTAL A UNA REPARACIÓN INTEGRAL O JUSTA INDEMNIZACIÓN. SU CONCEPTO Y ALCANCE."

36 Véase la tesis 1a./J. 136/2022 (11a.), publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Undécima época, Libro 20, Diciembre de 2022, Tomo I,. 654, de rubro: "***DAÑOS PUNITIVOS. NO PROCEDEN INDEFECTIBLEMENTE EN CUALQUIER CASO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL (OBJETIVA O SUBJETIVA) COMO CONDICIÓN DE UNA JUSTA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL."***

TITLE 2. COMPENSATORY RELIEF [3281–3361]

(Title 2 enacted 1872)

CHAPTER 1. Damages in General [3281–3296]

(Chapter 1 enacted 1872)

ARTICLE 3. Exemplary Damages [3294–3296]

(Article 3 enacted 1872.)

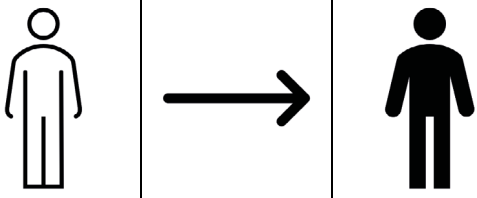
3294.

(a) In an action for the breach of an obligation not arising from contract, where it is proven by clear and convincing evidence that the defendant has been guilty of oppression, fraud, or malice, the plaintiff, in addition to the actual damages, may recover damages for the sake of example and by way of punishing the defendant.

(...)"

A partir de esas regulaciones conceptual de la conducta *injertada*, se puede colegir que los daños punitivos son una condena que no busca compensar un daño causado, sino castigar y que se separa tanto de los daños físicos y los daños morales. Por lo tanto, la idea de que ha seguido la Primera Sala sobre que los daños punitivos son daños morales reforzados es inexacta.

Para una mejor exposición de lo anterior, se inserta la siguiente ilustración.

<table>
<tr><td>El agente dañoso despliega la conducta.</td><td>Nexo causal: la relación causa efecto entre el hecho ilícito y el daño producido</td><td>La victima recibe un daño que puede ser físico, moral, material, o perjuicio.</td><td rowspan="3">En, consecuencia, nace una obligación de reparar.</td><td>Restitución</td><td>Devolver las cosas al estado que guardaban.</td></tr>
<tr><td colspan="3">  </td><td>Compensación</td><td>Indemnización cuando la restitución no sea posible. (Puede ser por daño moral, daños físicos o daños materiales)
Pago por el lucro cesante.
Pago de gastos incurridos que no sean acreditados</td></tr>
<tr><td colspan="3">Si esta conducta por su negligencia o dolo genera una indignación social, el juez puede sancionarla con daños punitivos.</td><td>Sanción</td><td>Daños punitivos</td></tr>
</table>

Por último, se considera necesario apuntar una cuestión. En ciertas legislaciones de corte continental —o civil law— se rechaza la idea de aceptar a los daños punitivos en virtud de que "*no parece justo ni equitativo proporcionar a quien sufrió un daño*

sumas que sean superiores a este daño, porque en tal caso se le está enriqueciendo."[37] No se comparte tal afirmación es incorrecta, toda vez que, como se dijo, se trata de un castigo, por lo que ese enriquecimiento sí tiene una causa que es lícita.

V. ¿CUÁNDO SE ACTUALIZAN?

El establecimiento de las principales diferencias entre una y otra figura exige a este ejercicio académico que se esclarezca cuál es el supuesto normativo que, de actualizarse, surge tanto la obligación de indemnizar o de cumplir la sanción, según sea el caso.

Por lo que hace al *daño moral*, se debe tomar en cuenta lo siguiente: cuando una persona despliega una conducta que constituye un hecho dañoso que lastima el patrimonio moral de otra, surge la obligación de repararlo a cargo del primero —el agente dañoso—. Como existe una imposibilidad jurídica de reparar un daño en el patrimonio moral, se establece una obligación pecuniaria a manera de indemnización. La obligación de satisfacer esta indemnización en favor de la víctima es, como se dijo con anterioridad, a la que se le suele llamar daño moral.

Cabe señalar que, en un inicio, en el sistema jurídico mexicano solamente procedía el daño moral *"en aquellos casos en los que coexiste con un daño patrimonial"*. Con la reforma de 1982 se ampliaron las hipótesis para la procedencia de la reparación, particularmente cuando "*se ataca a una persona atribuyéndole supuestos actos, conductas o preferencias, consideradas como ilegales o violatorias de los valores morales de la sociedad"*.

Por su parte, la condena por *daños punitivos* surge cuando el hecho dañoso es tan indignante que amerita una sanción especial a juicio del órgano jurisdiccional que conoce del asunto y previa petición del accionante. Se da en aquellos casos en los que la responsabilidad del agente dañoso es tan grave, como puede ser una negligencia muy grave o un dolo tan perverso, que genera indignación social.

Puede decirse que los daños punitivos pueden ser impuestos cuando el demandante **infringió un daño de manera intencional o maliciosa** o cuando **su conducta refleja una consciente, temeraria, descuidada u opresiva indiferencia hacia los derechos de la víctima**. Esto es, de ninguna manera pueden ser impuestos en los casos de simple o mera negligencia. A fin de encontrar con mayor precisión los alcances de este término, debe de considerarse lo siguiente.

De acuerdo con la teoría de la culpa en materia civil, ésta es gradual. Los niveles de la culpa van desde la falta más leve y venial hasta el error más grave e imperdonable. Su graduación puede verse de la siguiente manera:[38]

---

37 Alfaro Telpalo, Raúl, *op. cit.*., p. 49.

38 Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones Civiles*, Oxford 6ª ed, 2011, p. 239.

Grado de culpa	Implicación
Culpa levísima	Esta se trata de la una conducta ordinaria que solo evitan las personas más diligentes y cuidadosas; es un error muy común y, sin embargo, evitable.
Culpa leve	Es una falta de comportamiento que puede omitir quien procede con el cuidado y la diligencia medidas de una persona normal.
In abstracto	Cuando el punto de referencia o comparación es la conducta ideal de un buen padre de familia
In concreto	Cuando el proceder erróneo del autor se coteja con el que le es habitual en la vida.
Culpa grave	Es un comportamiento absurdo, insensato y temerario que cualquier persona, deberá advertir como segura fuente de resultados funestos.

Esta clasificación de la culpa, que se ha utilizado en materia contractual, cuasicontractual y de responsabilidad.

Como se dijo, la culpa grave o lata es un error de conducta imperdonable, es tan grave que se asimila al dolo. [39] Incluso, desde el Derecho romano, ya se conceptualizaba a la culpa grave como la *demasiada ignorancia* e implicaba *no entender lo que todos entienden —lata culpa es nimia neglegentia, id est a intellegere quod omnes intellegent—.*[40] En otras palabras, una culpa grave era sinónimo de excesiva negligencia.[41] Bajo ésta, el deudor omite los cuidados más elementales, dejando de prever lo que la mayoría de las personas tendrían previsto.[42] Se trata de un grado de culpa que frisa el dolo o malicia; por ello se ha dicho que esta culpa se equipara al dolo.

Asimismo, cabe apuntar que, de acuerdo con el *Diccionario panhispánico del español jurídico*, la culpa grave o culpa lata es una especie de culpa que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios.[43]

En este sentido, todo aquello que no quepa dentro de la definición de culpa grave o, en su caso, dolo, no puede ser castigado con daños punitivos.

---

39 Beltrán Lara, Miguel Ángel, "Apuntes en Torno a la Responsabilidad Civil", *Homenaje al Doctor Othón Pérez Fernández del Castillo,* coord. Ángel Gilberto Adame López, Colegio de Profesores de Derecho Civil Facultad de Derecho-UNAM, México, 2017, p. 41.

40 Iglesias Santos, Juan, *ob. cit.*, pp. 304-305.

41 Morineu Iduarte, Marta, e Iglesias González, Román, *Derecho romano*, 4ª ed., Oxford, México, 2008, p. 154.

42 —, "Culpa grave", *Enciclopedia jurídica,* visible en http://www.enciclopedia-juridica.com/d/culpa-grave/culpa-grave.htm, consultada el quince de junio de dos mil veintiuno a las 09:00 p.m.

43 — "Culpa grave", *Diccionario panhispánico del español jurídico*, visible en https://dpej.rae.es/lema/culpa-grave, consultado el veintinueve de junio de dos mil veintiuno a las 09:00 am.

Así, existe una diferencia muy grande entre ambas figuras, cuando se trata de responsabilidad civil objetiva. La Primera Sala ha sostenido que procede condenar por daño moral cuando se ejerce la acción por responsabilidad civil objetiva. Se justifica ello en que una justa indemnización implica volver las cosas al estado en que se encontraban y que, de no ser posible, procede establecer una compensación por los daños ocasionados. Dicha compensación tiende a la anulación todas las consecuencias de la fuente del daño —inclusive la moral—. Y, además la tipología de daño no puede tener como consecuencia que se limite de manera generalizada que no procede la compensación de daño moral.[44] Tan es así que la Primera Sala ha determinado que un contrato de seguro de vehículo obligatorio no puede excluir la cobertura por responsabilidad civil.[45]

Pero, por el otro lado, no pueden decretarse daños punitivos en un caso de responsabilidad objetiva. En esta última figura, por definición, no se toma en cuenta el dolo o la culpa del agente dañoso, mientras que en aquella tales calificativas de la conducta son necesarias para que el juzgador imponga la condena. De ahí que sean incompatibles.

Cabe apuntar que, en la experiencia norteamericana, solamente los hechos ilícitos dolosos o con culpa grave son susceptibles de ser castigados por daños punitivos. De esta manera, se excluye a aquellos hechos cometidos por descuido, mala praxis médica, accidentes de coche o caídas. Salvo, en los casos en los que el demandado haya sido plenamente consciente de su conducta. [46]

De igual forma, debe mencionarse que, en aquellas jurisdicciones, la condena por daños punitivos es meramente discrecional.[47] Esto es, no porque se haya demostrado un daño necesariamente se debe de condenar a daños punitivos, sino que la procedencia de la condena queda en el arbitrio del juzgador.

Por último, a diferencia de la Primera Sala, estimamos que **no necesariamente deberían de actualizarse los daños punitivos cuando hubo una afectación al patrimonio moral de una persona**. Se insiste, para que se surta la hipótesis del daño punitivo se necesita que la conducta que produjo el hecho dañoso sea de tal gravedad, ya sea por su dolo por su negligencia, que genere una indignación social y, en consecuencia, debe imponerse una sanción. Sin embargo, no existe una relación necesaria entre este daño y el acreditamiento de una afectación al daño moral. Se estima que se ha llegado a esa conclusión únicamente por la manera en la que ha sido injertada la figura de

---

44 Tesis 1a./J. 167/2022 (11a.), publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Undécima época, Libro 20, Diciembre de 2022, Tomo I, p. 598, con número de registro digital 2025632, de rubro: "***DAÑO MORAL. NO SE PUEDE EXCLUIR DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA EN ATENCIÓN AL DERECHO A LA REPARACIÓN INTEGRAL.***"

45 Tesis 1a./J. 122/2022 (11a.), publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 17, Septiembre de 2022, Tomo III, p. 2667, con número de registro digital 2025213, de rubro: "***DAÑO MORAL. SU EXCLUSIÓN EN UN CONTRATO DE SEGURO OBLIGATORIO DE AUTOMÓVIL CON COBERTURA DE RESPONSABILIDAD CIVIL ES INCONSTITUCIONAL.***"

46 Goldberg, John C.P., y Zipursky, Benjamin C., op. cit., p. 353.

47 Ídem.

los daños punitivos en el daño moral. Pero, se insiste, no es una relación necesaria por naturaleza, sin que obsta que, como se verá a continuación, ambas compartan el fundamento legal.

En otras palabras, mientras que la indemnización por **daño moral** se surte por una afectación al patrimonio moral de una persona que debe de ser reparada; los **daños punitivos** son una sanción que se da por la gravedad de la conducta que produjo el hecho dañoso.

VI. ¿CUÁL ES SU FUNDAMENTO?

En un cuarto momento, cabe preguntarnos, cuál es el asidero legal y constitucional —más allá del jurisprudencial— que tienen estas figuras.

Por su parte, el *daño moral* tiene su fundamento, en la legislación federal, en el artículo 1916 del Código Civil Federal. Su fundamento en cada uno de los códigos civiles estatales estará en su norma espejo. Por ejemplo, por lo que respecta a la Ciudad de México, su fundamento es el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal.

Por lo que respecta a los *daños punitivos,* la Primera Sala ha conceptualizado la figura de los daños punitivos como parte de una justa indemnización en casos de derecho civil y cuya procedencia exige que el monto comprenda una dimensión que compense la necesidad de justicia de las víctimas y castigue a la parte responsable en función de su grado de culpabilidad, y otra dimensión que siente un precedente que desincentive conductas análogas a casos futuros.[48]

A mayor abundamiento, a decir de la sentencia del amparo directo 30/2013, encuentran su fundamento en el derecho a la justa indemnización, previsto en el artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al respecto, consideramos necesario la transcripción de las partes conducentes de la sentencia:

> "*Por lo tanto, en el presente caso se deberá partir del derecho a recibir una "justa indemnización", para determinar la debida compensación en tratándose de los daños ocasionados en los sentimientos de las personas. Lo cual significa que la reparación debe cumplir con los estándares que dicho derecho establece.*
>
> *Además, mediante la compensación se alcanzan objetivos fundamentales en materia de retribución social. En primer lugar, al imponer a la responsable la obligación de pagar una indemnización, la víctima obtiene la satisfacción de ver sus deseos de justicia cumplidos. Así, mediante la compensación la víctima puede constatar que los daños que le fueron ocasionados también tienen consecuencias adversas para el responsable.*

48 Amparo directo en revisión 4306/2020, resuelto por unanimidad de votos por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sesión de once de enero, párr. 151.

Por otra parte, la compensación tiene un efecto disuasivo de las conductas dañosas lo que prevendrá conductas ilícitas futuras.[49] *Dicha medida cumple una doble función: ya que las personas evitaran causar daños para evitar tener que pagar una indemnización, por otra parte, resultará conveniente desde un punto de vista económico sufragar todos los gastos necesarios para que evitar causar daños a otras personas.*

A dicha faceta del derecho de daños se le conoce en la doctrina como "daños punitivos" y se inscribe dentro del derecho a una "justa indemnización". En efecto, mediante la compensación el derecho desaprueba a las personas que actúan ilícitamente y premia a aquellas que cumplen la ley. De esta forma se refuerza la convicción de las víctimas en que el sistema legal es justo y que fue útil su decisión de actuar legalmente. Es decir, la compensación es una expresión social de desaprobación hacia el ilícito y si esa punición no es dada, el reconocimiento de tal desaprobación prácticamente desaparece.

El limitar el pago de los daños sufridos a su simple reparación, en algunos casos significaría aceptar que el responsable se enriqueciera a costa de su víctima. Lo anterior en tanto las conductas negligentes, en muchas situaciones, pretenden evitar los costos de cumplir con los deberes que exigen tanto la ley, como los deberes generales de conducta.

Por otro lado, dichos daños tienen el objeto de prevenir hechos similares en el futuro. Se trata de imponer incentivos negativos para que se actúe con la diligencia debida, sobretodo en tratándose de empresas que tienen como deberes el proteger la vida e integridad física de sus clientes. A través de dichas sanciones ejemplares se procura una cultura de responsabilidad, en la que el desatender los deberes legales de cuidado tiene un costo o consecuencia real.

Por otro lado, una indemnización insuficiente, provoca que las víctimas sientan que sus anhelos de justicia son ignorados o burlados por la autoridad, por lo que, se le acrecienta el daño (no reparado) y se acaba revictimizando a la víctima, violándose de esta forma el derecho a una "justa indemnización".

Ahora, esta Primera Sala considera que el carácter punitivo de la reparación del daño moral también puede derivarse desde una interpretación literal y teleológica del artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal.

El artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal dispone que: "Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo ***mediante una indemnización en dinero****" y que para determinar el monto de la indemnización se debe tomar en cuenta: "****los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable****,* ***y la de la víctima,*** *así como las demás circunstancias del caso (el énfasis es agregado)".*

Por lo tanto, ***dicho artículo establece el derecho a recibir una indemnización por el daño moral resentido.*** *Pero, por otro lado,* ***obliga a que en la determinación de la "indemnización", se valoren, entre otras circunstancias, los derechos lesionados, el grado de responsabilidad y la situación económica de***

49 Pizarro, *Ob. Cit.*, p. 532.

la responsable *(más adelante se determinará en qué sentido se debe valorar la situación económica de la víctima).*

La consideración de dichos elementos persigue el compensar a la víctima de manera justa. En tal sentido, se justifica que se determine el monto de la compensación atendiendo al bien jurídico lesionado y a la gravedad de la conducta de la responsable. Es decir, el juez no debe solamente considerar en su condena aquellos aspectos necesarios para borrar, en la medida de lo posible, el daño sufrido por la víctima, sino que existen agravantes que deberán ponderarse en el quantum de la indemnización.

Como se puede observar, este concepto no busca únicamente reparar el daño en los afectos de la víctima, sino que permite valorar el grado de responsabilidad de quien causó el daño.

Como se adelantó, tal conclusión también se deriva de los antecedentes legislativos que dieron lugar a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1982. Así, en el dictamen de la cámara revisora se manifestó que:

> *En esos términos**, el daño moral es susceptible de medición no sólo por la intensidad con la que sufrido por la víctima,** sino también por su repercusión social, por la marca objetiva que dejan en opinión, actitud y conducta de los demás una vez provocado, por el cambio cualitativo notable y perceptible, en las interrelaciones sociales, en las que el sujeto que lo sufre es actor y **porque la compensación por la vía civil no sólo restituye al individuo afectado y sanciona al culpable, sino que también fortalece el respeto al valor de la dignidad humana,** fundamental para la vida colectiva.*

De esta transcripción se deriva que el legislador también buscaba fortalecer la protección de los bienes elementales del ser humano derivados de su propia dignidad. Así, ***consideró necesario reparar no sólo el dolor sino sancionar al culpable, para crear una vida colectiva que se rigiera por el respeto a dichos intereses.***

Finalmente, debe decirse que una indemnización que tenga en cuenta además del daño sufrido, el grado de responsabilidad del causante, no enriquece injustamente a la víctima. En efecto, el enriquecimiento ilegítimo tiene como presupuesto que no exista alguna causa legítima para enriquecerse,[50] *siendo que en el caso la compensación se encuentra plenamente justificada a partir del derecho a una justa indemnización.*

Dicho derecho ordena que todas las personas que sufran daños sean resarcidas integralmente, por lo tanto, si al tomar en cuenta el grado de responsabilidad del causante se busca resarcir plenamente a la víctima, dicha indemnización se encontrará plenamente justificada. Siendo que, por otra parte, mediante la indemnización se logren fines sociales deseables.

---

50 **Artículo 1882** (**Código Civil para el Distrito Federal**).— El que sin causa se enriquece en detrimento de otro, está obligado a indemnizarlo de su empobrecimiento en la medida que él se ha enriquecido.

En conclusión, ***el monto de la indemnización que se fije como compensación por el daño sufrido por la víctima debe ser suficiente para resarcir dicho daño y reprochar la indebida conducta del responsable.***

De acuerdo con lo transcrito la Primera Sala de la Suprema Corte estableció lo siguiente:

- Para determinar la debida compensación —en ese caso y en todos los demás—se debe de partir del derecho a la justa indemnización.
- Una compensación debida alcanza objetivos fundamentales en materia de retribución social. Primero, al imponer al responsable la obligación de pagar una indemnización, la víctima satisface sus deseos de justicia cumplidos. Segundo, esa compensación tiene un efecto disuasivo de las conductas, lo que previene conductas futuras.
- A esa compensación la llama daños punitivos y la transcribe en el derecho a la justa indemnización.
- La compensación el derecho desaprueba a las personas que actúan ilícitamente y premia a aquellas que cumplen la ley. De esta forma se refuerza la convicción de las víctimas en que el sistema legal es justo y que fue útil su decisión de actuar legalmente.
- La limitación el pago de los daños sufridos a su simple reparación significaría aceptar que el responsable se enriqueciera a costa de la víctima.
- El carácter punitivo de la reparación del daño moral también puede derivarse de una interpretación literal y teleológico del artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal. Ese artículo que establece el derecho a recibir una indemnización por el daño moral resentido, en cuya valorización se debe tomar en cuenta, entre otras circunstancias, los derechos lesionados, el grado de responsabilidad y la situación económica del responsable.
- El juez no solamente debe considerar en su quántum indemnizatorio aquellos aspectos necesarios para borrar, en la medida de lo posible, el daño sufrido por la víctima, sino también algunas agravantes.
- Además, de acuerdo con el dictamen de la cámara revisora, el daño moral es susceptible de medición no sólo por la intensidad con la que sufrido por la víctima, sino también por su repercusión social y porque la compensación por la vía civil no sólo restituye al individuo afectado y sanciona al culpable, sino que también fortalece el respeto al valor de la dignidad humana.
- Previno que no existe un enriquecimiento injusto a la víctima, sino que se encuentra plenamente justificado a partir del derecho a una justa indemnización.

- Por último, concluyó que el monto de la indemnización que fije como compensación por el daño sufrido debe ser suficiente para resarcir el daño y reprochar la indebida conducta del responsable.

Conforme a lo anterior, es cierto que ambos tienen su *fundamento legal el artículo 1916 del Código Civil para la Ciudad de México.* En el amparo directo 30/2013, se recibió la figura de los daños punitivos, a partir de una interpretación del artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal. En efecto, en ese asunto se determinó que el carácter punitivo de la reparación del daño se deriva de una interpretación literal y teleológica del artículo 1916 del Código Civil para la Ciudad de México, en la que se valoren, entre otras circunstancias, los **derechos lesionados**, el **grado de responsabilidad** y la **situación económica de la responsable**.

Sin embargo, esto debe entenderse que es su fundamento en un sentido de *principio de legalidad*, esto es como la referencia legislativa que puede utilizar el juez del conocimiento del asunto para cumplir con la obligación impuesta por el artículo 16 Constitucional. Sobre todo, porque así fue la manera en la que lo recibió la Corte: mediante un *injerto* en aquella previsión normativa. Nos guste o no, es derecho positivo y así debe entenderse. Sin que ello obste para que pueda criticarse en pro de construir y no en pos de fútil e infértiles alegaciones que no tienen más propósito que servirse a sí mismas o a quien las profiere.

Como dijimos, es verdad que la indemnización por daño moral y el castigo por daños punitivos tiene naturalezas distintitas, *in se*. Pero, como correctamente rescata la ejecutoria comentada, cuando se reformó el artículo 1916 en 1982, le dio un doble propósito: indemnizar y sancionar. Un doble propósito que coincide con la naturaleza de las dos figuras que tienen su asidero legal en esa disposición. En ese sentido, a pesar de las diferencias intrínsecas de ambas figuras, es que el *injerto* constitucional pudo tener una correcta recepción en esa porción normativa y es así que comparten el mismo fundamento legal.

En relación con lo expuesto en los apartados anteriores, es oportuno hacer un apunte. Se recuerda que los cuasidelitos se trataban de acciones anuales que otorgaba el pretor a aquellas personas que había sufrido un ilícito civil, sin que estuvieran inscritas en una ley.[51]

Al respecto, debe decirse que, en el Amparo Directo en Revisión 4222/2022, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación cometió un desacierto. En ese asunto, entre otras cosas, se determinó que los daños punitivos no tienen una acción distinta a la del daño moral,[52] bajo el argumento de que "*para ello es indispensable*

51 Bravo González, Agustín, y Bravo Valdés Beatriz, *Derecho Romano. Segundo Curso.,* 26ª ed., Porrúa, México, 2011, p. 221.

52 Amparo Directo en Revisión 4222/2022, resuelto por mayoría de votos en sesión de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sesión de treinta y uno de mayo de dos mil veintitrés, párr. 140.

ejercer la acción correspondiente civil y demostrar —directa o indirectamente—la actualización de un hecho ilícito que ocasionó un daño moral que rebasa el ámbito de una relación contractual."[53] Y, a mayor abundamiento, sostuvo que pensar lo contrario implicaría que se impusiera una sanción adicional por concepto de daños punitivos.[54]

En lo que interesa, el desacierto se encuentra en que son figuras de naturaleza distinta, por lo que la procedencia de una no está condicionada a la otra, a pesar de que tengan el mismo fundamento legal. La existencia de un actuar sumamente doloso o negligente que merezca un reproche social mediante un castigo impuesto jurisdiccionalmente, no necesariamente implica una lesión a los derechos de la personalidad. Por ello, para que haya una condena por daños punitivos —en el que estos fueron solicitados— no se estima necesario que se deba de ejercer una acción de daño moral. En todo caso, bastaría una acción de daños y perjuicios.

Se entiende que se trata de una sanción jurisdiccional de carácter discrecional. No obstante, nada impide que dentro de la reparación del daño se solicite al juez, en atención al principio dispositivo. Entiéndase por este principio como "*aquel que permite a las partes disponer del proceso"*[55]*;* esto es, el que permite que las partes inicien e impulsen el procedimiento, así como que prueben y fijen la litis.

VII. PROPÓSITO/FIN

El propósito del daño moral es borrar el daño sufrido por la víctima en su patrimonio moral. Entendido por este último como el cúmulo de sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás.

Ahora bien, repararlo implicaría que las que cosas volvieran al estado en el que se encontraban. Esto, tratándose de daño moral, resulta imposible, puesto que el daño se sufre en el plano de lo inmaterial. De ahí que no pueda repararse, ya que no se puede *deshacer el dolor sufrido*.

Sin embargo, esto no es óbice para que no surja una obligación a cargo del agente dañoso. De acuerdo con el principio de que quien causa un daño está obligado a repararlo, nace una obligación de indemnizar de manera pecuniaria a cargo del agente dañoso.

A mayor abundamiento, debe entenderse que esa reforma al Código Civil Federal, del que deviene el de la Ciudad de México y que ha inspirado la reforma a las entidades

---

53 Ídem.
54 Ibidem, párr. 141.
55 Ovalle Favela, José, *Derecho procesal civil,* 9ª, Oxford, México, 2003, p. 6.

federativas, se hizo en el marco de una política pública llevada a cabo por el entonces presidente Miguel de la Madrid, llamada la renovación moral del país.

Esa idea de política pública se fundamenta en que la libertad individual para pensar y hacer es cuestión de cada quién, pero, aunque no corresponde al Estado tutelar la moralidad personal que la inspira, tiene la obligación ineludible de prevenir y sancionar la inmoralidad social, la corrupción.[56]

En lo que correspondía a los daños morales, se buscó una adecuación a las normas relativas a la responsabilidad civil y a resarcir los daños, así como que se repararan los derechos de la personalidad, ampliando la hipótesis de procedencia a la que se refiere el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal —ahora Ciudad de México—.

Por su parte, el propósito de los *daños punitivos* es, como enfáticamente sostuvo la Primera Sala en el amparo directo en revisión 4306/2020, más que compensar el daño sufrido, la posibilidad de imponer una suma adicional como castigo por la conducta. Es decir, tiene como propósito realizar un reproche social y económico, a fin de que no se repita la conducta.

A mayor abundamiento, podemos decir que su fin lo aterrizó la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el amparo en revisión 1133/2019[57], así como en las consideraciones retomadas por el amparo directo en revisión 4306/2020[58]. En ambos asuntos se sostuvo que los daños punitivos tienen una triple finalidad:

i) **castigar** al responsable (función punitiva-represiva);

ii) **impedir que se lucre** con sus actos antijurídicos (función que busca evitar el enriquecimiento *injusto* del infractor); y,

iii) **disuadir** al responsable y a otras personas de que realicen las actividades como las que causaron daños al demandante —víctima— (función disuasoria-preventiva).

La función punitiva-represiva implica que no solo buscan compensar el daño sufrido, sino la posibilidad de imponer una suma adicional como castigo por la conducta. Es un reproche de tipo social y económico.

Por su parte, la función disuasoria va más allá del esquema de simple reparación, pues asegura que las conductas negligentes no signifiquen que el responsable se enriquezca

56 Exposición de motivos que fundamentan la Reforma a los Artículos 108 al 114; 22, 73, 74,78, 94, 97, 127 Y 134 Constitucionales, propuesta por el Lic. Miguel de la Madrid Hurtado, visible https://www.memoriapoliticademexico.org/Textos/7CRumbo/1982MMH-FundRenM.html.

57 Amparo en revisión 1133/2019, ob. cit., párr. 213.

58 Amparo directo en revisión 4306/2020, ob. cit., párr. 148.

a costa de la víctima, pues regularmente estos daños son causados con el fin de evitar los costos que implican el adecuado seguimiento de la ley.

A su vez, la función de prevención implica que los daños punitivos buscan evitar hechos similares en el futuro mediante incentivos negativos que busquen la actuación con debida diligencia. Estos incentivos son *sanciones ejemplares* que procuran una cultura de responsabilidad, en donde incumplir la normativa legal tiene un costo real.

En la experiencia norteamericana, los daños punitivos son un castigo en dos sentidos. Primero, porque la condena —más allá de la reparación del daño a la que se encuentra obligado— implica que el agente dañoso no actuó lícitamente y, luego, porque manda un mensaje al perpetrador del daño de que su actuar no es tolerado por el derecho.[59]

Finalmente, debe apuntarse una diferencia muy importante entre una y otra figura. Mientras que el daño moral forma parte de la reparación integral del daño, los daños punitivos no. Esto se debe a que, se insiste, los daños punitivos son una condena que se le impone a un particular por haber incurrido en una conducta reprochable, misma que procura que no se vuelva a producir una conducta idéntica o similar, mientras que en el daño moral únicamente busca que se repare el daño causado.[60]

En otros términos, los daños punitivos no se inscriben dentro del derecho a la justa indemnización. Aquellos son una condena de carácter jurisdiccional al comportamiento que tiene una persona ya sea abusivo —dolo— o conocimiento —culpa grave—, que busca reprochar ese comportamiento, no reparar el daño causado. Si se quiere, en palabras llanas, se busca que el perpetrador del daño **no se salga con la suya**, pero no se busca **reparar** un daño.

Como corolario de lo anterior, debe traerse a colación el primer caso de daños punitivos en la historia del derecho angloamericano. En el caso *Wilkes v. Wood*, se castigó a un secretario de estado —Wood— que fue responsable por una requisa ilegal —al ser muy general— en los documentos del señor John Wilkers, quien era un periodista y un miembro del Parlamento que escribió, en 1763 un ensayo muy crítico con el Rey Jorge III. En ese asunto se castigó al agente gubernamental con una compensación ejemplar por la entonces espectacular cantidad de cuatro mil libras, mayor que el daño causado, puesto que "*las compensaciones fueron diseñadas no solo como una satisfacción a las personas lastimadas, sino como castigo al culpable, para desalentar algún otro proceder igual en el futuro y como prueba del desapruebo del jurado a la acción en sí.*"[61]

---

59 Goldberg, John C.P., y Zipursky, Benjamin C., *op. cit.*

60 Tesis 1a.XXXI/2020 (10a.), publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima época, Libro 79, Octubre de 2020, Tomo I, p. 267, con número de registro digital 2022189, de rubro: "***DAÑOS PUNITIVOS. NO FORMAN PARTE DE LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO PROVOCADO POR VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS.***"

61 "Damages are designed not only as a satisfaction to the injured person, but likewise as a punishment to the guilty, to deter from any such proceeding for the future, and as a proof of the detestation of the jury

VIII. ¿CÓMO SE REPARAN?

Los *daños morales* se reparan en los términos del código sustantivo civil aplicable. En el caso de la legislación federal, el propio artículo 1916 del Código Civil Federal establece los parámetros para definir el quantum indemnizatorio. A continuación, se transcribe la parte conducente de ese artículo:

> ***"Artículo 1916.— ...***
>
> *El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.*
>
> *..."*

Con base en ello, la Primera Sala ha establecido qué factores deben ponderarse al momento de cuantificar el daño moral. Tales parámetros se vertieron en la tesis del siguiente rubro y texto[62]:

> ***"PARÁMETROS DE CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL. FACTORES QUE DEBEN PONDERARSE****. En la cuantificación del daño moral deben ponderarse los siguientes factores, los cuales a su vez pueden calificarse de acuerdo a su nivel de intensidad, entre leve, medio o alto. Dichos modalizadores permitirán establecer el quántum de la indemnización. Respecto a la víctima, se deben tomar en cuenta los siguientes factores para cuantificar el aspecto cualitativo del daño moral: (i) el tipo de derecho o interés lesionado; y (ii) la existencia del daño y su nivel de gravedad. En cambio, para cuantificar el aspecto patrimonial o cuantitativo derivado del daño moral, se deben tomar en cuenta: (i) los gastos devengados derivados del daño moral; y (ii) los gastos por devengar. Por su parte, respecto a la responsable, se deben tomar en cuenta: (i) el grado de responsabilidad; y (ii) su situación económica. Debe destacarse que los elementos de cuantificación antes señalados, así como sus calificadores de intensidad, son meramente indicativos. El juzgador, al ponderar cada uno de ellos, puede advertir circunstancias particulares relevantes. Su enunciación simplemente pretende guiar el actuar de los jueces, partiendo de la función y finalidad del derecho a la reparación del daño moral,* ***sin que ello signifique que estos parámetros constituyen una base objetiva o exhaustiva en la determinación del quántum compensatorio****. En efecto, lo que se persigue es no desconocer que la naturaleza y fines del daño moral no permiten una cuantificación absolutamente libre, reservada al subjetivismo del juzgador, ni tampoco resulta de una mera enunciación de pautas, realizadas de manera genérica y sin precisar de qué modo su aplicación conduce, en el caso, al resultado al que se arriba."*

Como puede verse, los parámetros son los siguientes:

---

to the action itself" Véase el caso Wilkes v. Wood, 19 Howell's State Trial 1153 (C.P. 1763), en el enlace: https://learninglink.oup.com/protected/files/content/file/1623126292296-wilkes.pdf

62 Tesis 1a. CCLV/2014 (10a.), publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 8, Julio de 2014, Tomo I, p. 158, con número de registro digital 2006880.

Respecto del agente dañoso	Respecto de la víctima
Grado de responsabilidad	**Aspectos cualitativos:**
	Interés lesionado
	Existencia del daño y su nivel de gravedad
Su situación económica	**Aspectos cuantitativos**:
	Gastos devengados
	Gastos por devengar

Todos esos parámetros deben calificarse de acuerdo con su nivel de intensidad en: leve, medio o alto. Además, se faculta al juzgador a advertir circunstancias particulares que sean relevantes para la cuantificación del daño moral.

Respecto de la situación económica de la víctima, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia ha entendido de que no puede ser usada como actor factor para acreditar la existencia del daño moral o para cuantificar su monto indemnizatorio. Tal parámetro contenido en ley, mas no en los parámetros jurisprudenciales, constituye una herramienta útil para fijar los derechos patrimoniales lesionados. [63] Al respecto, la Primera Sala ha apuntado que tal parámetro no distribuye derechos de acuerdo con la condición social de las víctimas, sino que le da elementos al juzgador para determinar el tamaño del menoscabo patrimonial sufrido como consecuencia del daño moral. Inclusive, en algunos casos, como un daño moral que tuviera como consecuencia que la víctima dejara de trabajar, sería imposible determinar el monto de ciertas consecuencias patrimoniales sin tomar en cuenta la situación económica de la víctima. [64]

En sentido contrario, no puede utilizarse para determinar los perjuicios inmateriales que un hecho ilícito acarrea. La lógica es obvia, no debe haber una distinción si se lesionan los derechos de la personalidad de Alejandro o de Diógenes: a ningún ciudadano le debe ser preferible golpear o humillar a un ermitaño que al emperador. De esa manera, la Primera Sala ha estimado que no se trata de un parámetro racional que se deba de tomar en cuenta, toda vez que *"[l]a condición social de la víctima no incide, aumenta o disminuye el dolor sufrido."*[65]

En relación con los derechos o intereses lesionados, nosotros vemos necesario hacer un apunte. Debe tomarse en cuenta que aquellos parámetros son guías para el ejerci-

---

63 Tesis: 2a. LII/2015 (10a.), publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima época, Libro 19, Junio de 2015, Tomo I, p. 1079, con número de registro digital 2009486, de rubro: "***RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. INTERPRETACIÓN DE LA EXPRESIÓN "SITUACIÓN ECONÓMICA DE LA VÍCTIMA" PREVISTA EN EL ARTÍCULO 1916 DEL CÓDIGO CIVIL FEDERAL PARA EFECTOS DE LA EXISTENCIA Y CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL***."

64 Amparo directo 30/2013, *op. cit.*, pp. 109–111.

65 Ibidem, pp. 108–109.

cio del arbitrio del juzgador. No es una atribución absolutamente libre, sino que tiene pautas. A fin de cumplir con la obligación constitucional de los preceptos 14 y 16, esas pautas para cuantificar la indemnización por daño moral deben de ser enunciadas en el ejercicio argumentativo de la sentencia.

En este mismo orden de ideas, la Primera Sala ha enlistado ciertos lineamientos[66] que deben tomarse en cuenta para la cuantificación de daño moral. Esos lineamientos son de fuente jurisprudencial y se han obtenido de la casuística, entre otros, de los amparos directos 30/2013, 31/2013 y 50/2015 y los amparos directos en revisión 4555/2013, 4646/2014, 593/2015, 5826/2015, 4332/2018, 5490/2016, 538/2021 y 539/2021. Esas pautas generales son:

1) **Debe buscarse en todo momento la reparación integral del daño moral**. No se aceptan límites o topes legales previamente establecidos o parámetros base sin posibilidad de modificación o valoración casuística por parte del juzgador.

2) En caso de condenarse a una indemnización, ésta debe ser **integral, equitativa y justa**, así como cubrirse de forma expedita una vez que sea exigible.

3) **No se puede condicionar, sujetar, asimilar o limitar el daño moral a la indemnización por daño material**, pues cada uno responde a sus propias particularidades. Consecuentemente, la persona juzgadora debe ser especialmente meticulosa para no sobredimensionar el monto indemnizatorio que corresponde a este tipo de daño. El daño moral no es un cajón de sastre para que, ante la dificultad de cuantificar otro tipo de daño como el patrimonial —en específico, lo que corresponde a la partida de lucro cesante—, se fijen condenas más elevadas bajo una pretendida satisfacción de este derecho o interés extrapatrimonial, pero que en realidad buscan corregir los problemas de cuantificación del daño patrimonial. Además, toda vez que el daño inmaterial puede tener consecuencias de índole patrimonial, la persona juzgadora debe tener cuidado en no traslapar o duplicar la indemnización que corresponda al daño patrimonial de aquella que corresponda a la partida patrimonial del daño moral.

4) **No se debe confundir la valoración de la existencia de los daños morales con la cuantificación de la compensación que le corresponde**. Son operaciones conceptualmente distintas.

5) Los **elementos de cuantificación** de una indemnización previstos legalmente **son factores meramente indicativos**. Es una guía para el actuar de las personas juzgadoras, partiendo de la función y la finalidad del derecho a la reparación del daño moral.

---

66 Tesis: 1a./J. 109/2023 (11a.), publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Undécima Época, Libro 28, Agosto de 2023, Tomo II, p. 1262, con número de registro digital: 2027015, de rubro: "***DAÑO MORAL. LINEAMIENTOS GENERALES PARA SU CUANTIFICACIÓN***."

6) Debe **distinguirse** la aplicabilidad de los elementos de cuantificación de una indemnización tratándose de un caso de **responsabilidad civil subjetiva de uno de responsabilidad civil objetiva.** Dependiendo del tipo de caso, pueden existir variaciones o acotaciones a los elementos de cuantificación de la indemnización del daño moral; por ejemplo, lo relativo al grado de responsabilidad.

7) La persona juzgadora al momento de condenar a daños morales debe respetar y proteger el **derecho a la igualdad jurídica**; lo que implica que ante casos iguales debe imponer condenas iguales.

8) Debe salvaguardarse, a su vez, el principio imperante en el derecho de daños de **no sobre indemnización de la víctima o enriquecimiento injustificado**.

9) Finalmente, pueden existir casos en los que sea **posible reducir la respectiva indemnización del daño moral** que tendría que aplicarse en atención al derecho a la reparación integral. Esta situación es de carácter **estrictamente** excepcional y se activará cuando en el juicio se demuestre que la indemnización que proceda **generará una carga opresiva** para el responsable a la luz de la situación económica de las partes; en particular, a fin de proteger el derecho al **mínimo vital**. Una condena por daño moral no puede implicar que se le niegue a la persona responsable la posibilidad de satisfacer sus necesidades más básicas y las de su familia.

Los *daños* punitivos, como se ha dicho, son una sanción. Por ello, cuando el juez considera que deben aplicarse, deben comprender una dimensión que compense la necesidad de justicia de las víctimas, castigando a la parte responsable en función de su grado de culpabilidad y sentando un precedente que desincentive conductas análogas en casos futuros.[67]

De esta manera el quantum indemnizatorio por esta figura debe dar cuenta de la responsabilidad de la parte demandada y del aspecto social del daño causado, es decir, de la relevancia o implicaciones sociales de la misma. Esto se debe a que las sanciones de dar o de hacer que se impongan deben ser disuasivas, accesorias y de aplicación excepcional, de tal manera que se evite que el agente dañoso conserve ganancias derivadas de su actuar ilícito, no obstante, de haber pagado la indemnización.[68]

Existen ideas respecto de que la falta de claridad en los parámetros para otorgar daños punitivos y su cuantía. Se dice que el Alto Tribunal fue ambiguo y "*se basó en ideas no relacionadas con el concepto originario del daño punitivo y la finalidad de enviar un*

67 Amparo directo 50/2015, resuelto por mayoría de tres votos en sesión de esta Primera Sala de tres de mayo de dos mil diecisiete, p. 55.

68 En los Estados Unidos de América, el monto de los *punitive damages* es determinado por el jurado según las consideraciones de seriedad del actuar y gravedad del daño y el patrimonio del deudor, tratando siempre de que su monto sea el razonablemente necesario para reivindicar el legítimo interés estatal en castigar y disuadir. Véase a Medina Villanueva, Jorge Eduardo, ob. cit. p. 235.

mensaje de desaprobación a la violación de los derechos humanos y el compromiso de que no volverá a suceder."[69]

En el derecho norteamericano, resulta paradigmático el caso *BMW of North America v Gore*. En ese asunto, la Corte Suprema de ese país sostuvo que los daños punitivos pueden ser tan cuantiosos como la gravedad de la conducta y el daño patrimonial causado, sin embargo, la corte ha sugerido que los daños punitivos no excedan una proporcionalidad de 9 a 1, con los daños compensatorios.[70] Al mismo tiempo, señaló que la condena debe fijarse atendiendo a 3 criterios:

i) El grado de reprochabilidad de la conducta del demandado

ii) La proporción entre las indemnizaciones de los daños punitivos y los daños efectivos; y,

iii) La comparación entre los daños punitivos y las multas administrativas.

Igualmente es notable es el hecho de que un Tribunal Superior local —séptimo circuito—, ha reinterpretado ese criterio. En el caso *Mathias v. Accor Economy Lodge* se confirmó una indemnización punitiva de una proporción de 37.2 a 1 sobre los daños compensatorios. Sostuvo que lo que había dicho la Corte Suprema de los Estados Unidos e América, en State Farm Mut Automovile Ins Co v. Campbell, no fue establecer una regla de 9 a 1 o de un dígito y sería irrazonable hacerlo; lo que dijo fue que había una presunción de irracionabilidad contra una indemnización de 145 a 1.[71]

Un caso de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América puede darnos luz acerca de cómo pueden cuantificarse los daños punitivos. Éste es el caso *Exxon Shipping Co et al v Baker et al.* Según los hechos del caso, un buque petrolero encalló en un arrecife, derramando millones de galones de petróleo crudo en un entrante de mar de la península de Alaska —Prince William Sound—. Ese accidente ocurrió cuando inexplicablemente, el capitán del barco Joseph Hazellwood, quien tenía un historial de abuso de alcohol, abrió el puente del barco, dejándole la corrección del curso a subordinados inexpertos sin licencia.[72] En la primera fase del procedimiento denominado Class Actions, el jurado determinó que la empresa y el capitán fueron descuidados —reckless[73]— y, por lo tanto, potencialmente responsables de daños punitivos. En la

---

69 Muñoz, Edgardo, y Vázquez Cabello, Rodolfo, "Otorgamiento y Cuantificación de los daños punitivos en México. Una propuesta a la luz del Derecho Comparado" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* nueva serie, año LIV, número 162, septiembre-diciembre de 2021, p. 188.

70 Goldberg, John C.P., y Zipursky, Benjamin C., *op. cit.,* p. 358.

71 Alfaro Telpalo, Raúl,, *op. cit*., p. 37.

72 Exxon Shipping Co. v. Baker, 554 U.S. 471 (2008), p. 1-5.

73 De acuerdo con Black's Law Dictionary, el término "reckless" hace referencia a "*[C]haracterized by the creation of substancial and unjustifiable risk of harm to otherse and by a conscious (and sometimes deliberate) disregard for or indifference to that risk; heedless; rash. Reckless conduct is much more tan mere negligence: it is gross deviation from what a reasonable person would do.*"—, *Black's Law Dictionary,* 8a. ed., ed. Bryan

segunda fase, el jurado condenó a Exxon a pagar $287 millones de dólares en compensaciones en favor de los pescadores comerciales de la zona y $22.6 millones de dólares en favor de personas nativas de Alaska. En la tercera y última, condenaron por daños punitivos al Capitán Hazelwood al pago de la suma de $5,000 —cinco mil dólares— y a Exxon a $2.5 billones de dólares. [74]

En lo que a nosotros nos interesa, Exxon controvirtió la condena de los daños punitivos que le fue impuesta. Al respecto, ese tribunal se propuso establecer un estándar para los daños punitivos y, en ese tenor, estimó que la alternativa más prometedora era fijar los daños punitivos utilizando una proporción o un multiplicador máximo respecto de los daños efectivamente causados. En ese sentido, dijo que en sistema que funcione correctamente la media de los daños punitivos debería ser menor a la relación 1:1, en los caso en los que no exista una culpabilidad excepcional.[75]

Por otro lado, también resuena el caso *Grimshaw v. Ford Motor Co*., fallado en la Corte de Apelaciones de California. De acuerdo con los antecedentes del caso, en 1972 un automóvil Ford Pinto hatchback se quedó varado en una autopista urbana y se consumió en llamas, debido a que fue alcanzado por otro carro que iba en su misma dirección. La conductora del Pinto —Lilly Gray— sufrió quemaduras fatales y un joven de 13 años —John Gray— sufrió quemaduras que desfiguraron su rostro y todo su cuerpo. En virtud de lo anterior, la familia Gray y Richard Grimshaw demandaron a la compañía automotriz. En un primer juicio, se condenó a Ford a pagar una compensación de $2'516,000 en favor de Grimshaw y $559,680 en favor de la familia Gray, además de una condena por daños punitivos por $125 millones de dólares. En un segundo juicio se estimó que los daños punitivos debían reducirse a $3.5 millones de dólares.[76]

De acuerdo con lo probado en juicio, en las pruebas de choques se demostró que no cumplía con el estándar de soportar un choque trasero a una velocidad de veinte millas por hora y que Ford, a sabiendas, de que se trataban de reparaciones no costosas —$15.30 dólares, por unidad—, vendió el producto al público.[77]

En ese asunto se determinó que, para decidir si unos daños punitivos son desproporcionados, debe considerarse: la reprochabilidad de la conducta del demandante, su patrimonio, el monto de las compensaciones decretadas y qué monto podría servir como un efecto disuasorio, entre otros. En ese tenor, observó que el caso, la conducta de Ford era reprochable en extremo porque exhibió una despreocupación consciente

---

A. Garner, Thomson West, Minnesota, Estados Unidos de América, 2004. De acuerdo con lo expuesto con anterioridad— véase arriba.— es la culpa grave en la responsabilidad civil del sistema jurídico mexicano.

74 Exxon Shipping Co. v. Baker, op. cit., p. 16

75 Ibidem, p.40

76 Grimshaw v. Ford Motor Co., Civ. No. 20095. Court of Appeals of California, Fourth Appellate District, Division Two. May 29, 198. Véase la sentencia en https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/119/757.html.

77 Ídem.

y monstruosa por la seguridad pública en orden a maximizar sus ganancias; y que, a diferencia de una conducta dolosa dirigida contra alguien en específico, la conducta de Ford puso en peligro la vida de miles de compradores del automóvil Pinto. En ese tenor estimó que la nueva condena no era excesiva, en el entendido de que la relación con los daños causados era de 1.4 a 1 y solamente era él.005 por ciento del patrimonio neto de Ford y el.3 por ciento de sus ganancias de ese año.[78]

Respecto al argumento de la automotriz de que la condena era excesiva en virtud de que superaba la pena máxima que las leyes federales o californianas imponen por la venta de productos defectuosos, el tribunal supremo de ese estado juzgó que "*precisamente porque las penas monetarias bajo las regulaciones gubernamentales que prescriben estándares comerciales o la leyes penales son tan inadecuadas e ineficaces como disuasivos contra un fabricante y distribuidor de productos defectuosos producidos en masa que los daños punitivos deben ser de una cantidad suficiente para desalentar tales prácticas.*" Por lo que estimó que los daños punitivos impuestos no fueron excesivos.[79]

En esos términos, se proponen tres cuestiones. La primera es que una proporción racional entre los daños causados, en el marco de una reparación integral y los daños punitivos a la que se condena debe ser de 1:1. La segunda es que esa proporción no debe mayor al 1:1 cuando se trate de culpa grave o lata, mientras que puede exceder 1:1, siempre que no exceda 9:1, cuando la conducta sea dolosa. La tercera es que, en términos de la regulación mexicana debe tomarse como dolosa aquella conducta que conoce las consecuencia y las se acepta como posibles; ello, en aras de evitar una conducta como la que se deja entrever que tuvo Ford Co.: me es más barato pagar los daños que los automóviles defectuosos que saqué al mercado.

IX. CONCLUSIONES

A fin de ilustrar de mejor manera lo expuesto se inserta en el presente documento la siguiente tabla:

	Daño Moral	**Daños Punitivos**
Definición	El daño moral es la indemnización que se impone a quien, mediante una conducta dañosa a dañado a otra persona en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás.	Es una sanción judicial que se le impone a aquella persona que cometió un hecho dañoso tan indignante que amerita una sanción especial.
Naturaleza	Indemnización.	Sanción.

78 Ídem.
79 Ídem.

	Daño Moral	Daños Punitivos
¿Cuándo se actualizan?	Cuando existe un hecho ilícito que lesiones el patrimonio moral.	Cuando el hecho ilícito sea tan indignante que, a juicio del órgano jurisdiccional que conozca del asunto, amerite una sanción especial.
Fundamento	El artículo 1916 del Código Civil Federal o su similar en cada una de las entidades federativas.	El derecho a la justa indemnización.
Propósito	Resarcir el daño causado al patrimonio moral.	Como toda sanción, tiene un triple propósito: a) castigar al responsable, b) impedir que el infractor se enriquezca de su conducta, y c) disuadir al responsable de repetir su conducta o de realizar cualquier otra conducta dañosa.
Fin	Toda vez que no se puede reparar el daño causado en el patrimonio moral por tener un carácter intangible, se establece una retribución pecuniaria.	Retribución social.
¿Cómo se reparan?	Conforme al 1916 del Código Civil Federal y la tesis: "**PARÁMETROS DE CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL. FACTORES QUE DEBEN PONDERARSE**"	Deben comprender una dimensión que compense la necesidad de justicia de las víctimas, castigando a la parte responsable en función de su grado de culpabilidad y sentando un precedente que desincentive conductas análogas en casos futuros.

En atención a lo anterior, se considera que el injerto constitucional que se hizo de la figura de los daños punitivos en el derecho positivo mexicano fue incorrecto. Esa incorrección se debió a que, en aras del derecho a la justa indemnización, la figura norteamericana se insertó en la regulación del daño moral, a pesar de tener una naturaleza y actualización distintos.

Como se dijo, hoy por hoy es derecho positivo y, por lo tanto, debe de aplicarse. Sin embargo, es posible la modificación de esa figura. Ello puede darse, mediante la vía jurisprudencial o por la vía legislativa.

En términos de seguridad jurídica, ambas vías deben de buscar que se aclaren dos cuestiones: los casos de procedencia y la manera de cuantificarse. Se recuerda que, en términos del artículo 16 Constitucional, todo acto debe estar debidamente fundado y motivado. Por lo tanto, por más de que la condena por daños punitivos es una facultad discrecional, la persona juzgadora debe razonar la procedencia y el monto del castigo.

Asimismo, es necesario que se separe su acción a la del daño moral. Tal propuesta busca que proceda la condena por daños punitivos cuando el acto sea socialmente

reprochable, sin que sea necesario que se lesionen derechos de la personalidad. Como se dijo, se entiende que la condena de daños punitivos se trata de una facultad jurisdiccional, sin embargo, en atención al principio, se debe permitir que la víctima actora solicite dicha condena al juez de primera instancia desde la presentación de la demanda, máxime que, en ese documento, junto con la contestación, fijan la litis.

Por último, es necesario establecer cómo se debe de cuantificar el daño punitivo. Se sostiene que esa condena, sin ser excesiva, no debe ser menor que el provecho que obtuvo del hecho victimizante. Ello, bajo el principio de que nadie debe de aprovecharse de su propio dolo.

Es plausible que después de estas líneas el lector se haga la siguiente pregunta: ¿se ha violado los derechos, como a la justa indemnización, de aquellas personas cuyos hechos dañosos han sido reparados bajo un entendimiento anterior al que se propone o de seguridad jurídica a aquellas personas que se les castigo?

Lo cierto es que no. A lo sumo, podría decirse que en los órganos jurisdiccionales no han tenido las herramientas para emitir ejecutorias suficientemente claras con respecto a los conceptos de reparación integral. Se llega a tal afirmación en dos partes en virtud de que se ha condenado por bajo un mismo concepto dos cosas: los daños morales y los daños punitivos; sin que pueda decirse que no se le ha resarcido alguno de esos dos conceptos.

A mayor abundamiento, si se observan las condenas en daños punitivos, puede concluirse que, entre otras razones, resultaban tan elevadas, en virtud de que englobaban ambos conceptos. Ahora, lo que se propone bajo este nuevo criterio, es que exista una mayor claridad en cuanto a qué se refiere cada figura y a cuando asciende la indemnización y sanción impuesta por cada una de ellas.

Así, la diferencia entre el anterior criterio y el que se propone en la presente ejecutoria, puede ilustrarse de la siguiente manera:

Anterior criterio	Daños físicos	Daños materiales	Daños morales		Resultado
	1	1	2		4
Nuevo criterio	*Daños físicos*	*Daños materiales*	*Daño moral*	*Daños punitivos*	*Resultado*
	1	1	1	1	4

Como puede verse, no existirá una diferencia material con el nuevo concepto por lo que se refiere a la justa indemnización. En donde radica la diferencia es en la separación de la condena de los daños morales y los punitivos; separación que tiene su asidero legal y constitucional en las propias diferencias que existen entre ambas figuras. Esto es, y como se adelantaba en la introducción del presente trabajo, una fuerte

distinción ayuda a entender las diferencias entre una y otra figura y, en consecuencia, ayuda a hacer mejores pretensiones, a argumentar mejor una sentencia y a que los justiciables tengan una mejor sensación de justicia.

Puede decirse que lo que sucede bajo el esquema vigente "no había" una indemnización de daños morales y "si había una fuerte" condena por daños punitivos. Lo cual, podría implicar que los daños punitivos podían concebirse como una condena *evolucionada* del daño moral. Se insiste que ello, en el mundo del deber ser, no es cierto, puesto que son figuras que resultan distintas por su naturaleza, por sus causas y por sus fines. Esta concepción de similitud entre el daño moral y los daños punitivos es lo que, en aras de la seguridad jurídica, este trabajo quiere revertir.

Otra pregunta que es posible hacerse es: *¿por qué existe la confusión entre una y otra figura?* Primero, porque, como se vio en su momento, ambas figuras comparten el mismo asidero legal. Y, en segundo lugar, porque para la procedencia de los daños punitivos se tiene que considerar la gravedad de la conducta, la cual es, como se expuso, uno de los parámetros que deben tomarse en cuenta para calcular el quantum indemnizatorio del daño moral.

Por lo anterior, podemos decir que el daño moral y los daños punitivos son instituciones distintas e independientes la una de la otra, tanto por su naturaleza, actualización, propósito y fin, sin que sea óbice que compartan como fundamento el artículo 1916 del Código Civil Federal.

X. FUENTES

1. Fuentes jurisprudenciales

Amparo directo 30/2013, resuelto por unanimidad de votos de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sesión de 26 de febrero de 2014.

Amparo directo 50/2015, resuelto por mayoría de tres votos en sesión de la Primera Sala de tres de mayo de dos mil diecisiete.

Amparo en revisión 1133/2019, resuelto por mayoría de cuatro votos de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión de primero de julio de dos mil veinte.

Amparo directo en revisión 4306/2020, resuelto por unanimidad de votos por esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sesión de once de enero de dos mil veintitrés.

Amparo directo en revisión 932/2022, resuelto por la Primera Sala por unanimidad de cuatro votos en sesión de veintinueve de junio de dos mil veintidós.

Tesis 1ª./ 6/2005, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXI, Abril de 2005, p. 155, con número registro digital 178767, de rubro ***DAÑO MORAL. LAS PERSONAS MORALES ESTÁN LEGITIMADAS PARA DEMANDAR SU REPARACIÓN EN CASO DE QUE***

SE AFECTE LA CONSIDERACIÓN QUE TIENEN LOS DEMÁS RESPECTO DE ELLAS (ARTÍCULO 1916 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL).

Tesis 1a./J. 139/2012 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima época, Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 1, p. 437, con número de registro digital 2002649, de rubro: "**SEGURIDAD JURÍDICA EN MATERIA TRIBUTARIA. EN QUÉ CONSISTE.**"

Tesis 1a. CCXXXI/2014 (10a.), Publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima época, Libro 7, Junio de 2014, Tomo I, p. 449, con número de registro digital 2006737, de rubro: "***DAÑO MORAL. SU CLASIFICACIÓN EN CUANTO AL CARÁCTER DEL INTERÉS AFECTADO.***"

Tesis: 2a. LII/2015 (10a.), publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima época, Libro 19, Junio de 2015, Tomo I, p. 1079, con número de registro digital 2009486, de rubro: "***RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. INTERPRETACIÓN DE LA EXPRESIÓN "SITUACIÓN ECONÓMICA DE LA VÍCTIMA" PREVISTA EN EL ARTÍCULO 1916 DEL CÓDIGO CIVIL FEDERAL PARA EFECTOS DE LA EXISTENCIA Y CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL***."

Tesis 1a./J. 122/2022 (11a.), publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 17, Septiembre de 2022, Tomo III, p. 2667, con número de registro digital 2025213, de rubro: "***DAÑO MORAL. SU EXCLUSIÓN EN UN CONTRATO DE SEGURO OBLIGATORIO DE AUTOMÓVIL CON COBERTURA DE RESPONSABILIDAD CIVIL ES INCONSTITUCIONAL.***"

Tesis 1a./J. 167/2022 (11a.), publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Undécima época, Libro 20, Diciembre de 2022, Tomo I, p. 598, con número de registro digital 2025632, de rubro: "***DAÑO MORAL. NO SE PUEDE EXCLUIR DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA EN ATENCIÓN AL DERECHO A LA REPARACIÓN INTEGRAL.***"

Tesis: 1a./J. 109/2023 (11a.), publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Undécima Época, Libro 28, Agosto de 2023, Tomo II, p. 1262, con número de registro digital: 2027015, de rubro: "***DAÑO MORAL. LINEAMIENTOS GENERALES PARA SU CUANTIFICACIÓN***."

2 Fuentes bibliográficas

Alfaro Telpalo, Raúl, *Daños punitivos en el Sistema Jurídico Mexicano. Análisis desde el derecho comparado.,* Tirant lo Blanch, Monografías., Alta Calidad en Investigación Jurídica., 2022

Bazúa Witte, Alfredo, *Los derechos de la personalidad. Sanción civil a su violación.,* Porrúa, Colegio de Notarios del Distrito Federal, Colección de Temas Jurídicos en Breviarios no. 25, México, 2005.

Backenköhler Casajús, C. J., "Trasplante jurídico", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, no. 17, Madrid, 2019, p. 262-275, visible en https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/5032.

Bravo González, Agustín, y Bravo Valdés Beatriz, *Derecho Romano. Segundo Curso.,* 26ª ed., Porrúa, México, 2011.

Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones Civiles*, Oxford 6ª ed, 2011.

Beltrán Lara, Miguel Ángel, "Apuntes en Torno a la Responsabilidad Civil", *Homenaje al Doctor Othón Pérez Fernández del Castillo,* coord. Ángel Gilberto Adame López, Colegio de Profesores de Derecho Civil Facultad de Derecho-UNAM, México, 2017.

Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México,* 3a. ed., Porrúa, México, 2009.

García Máynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 57ª. Ed., Porrúa, México, 2004.

Goldberg, John C.P., y Zipursky, Benjamin C., *Torts,* Oxford University Press, The Oxford Introductions to U.S. Law., Nueva York, 2010.

Iglesias Santos, Juan, *Derecho romano,* 16a., Ariel, Barcelona, 2007.

Medina Villanueva, Jorge Eduardo, "Los daños punitivos en el derecho mexicano, algunas ideas para su interpretación", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie año LII, núm. 157, enero-abril de 2020.

Morineu Iduarte, Marta, e Iglesias González, Román, *Derecho romano*, 4ª ed., Oxford, México, 2008.

Muñoz, Edgardo y Vázquez Cabello, Rodolfo, "Otorgamiento y cuantificación de los daños punitivos en México. Una propuesta la luz del Derecho comparado.", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año LIV, número 162, septiembre-diciembre de 2021, 186-209.

Ovalle Favela, José, *Derecho procesal civil,* 9ª, Oxford, México, 2003.

Zorrilla Martínez, Pedro G., "Renovación Moral de la Sociedad y Sistema Político Mexicano", en *Servidores públicos y sus nuevas responsabilidades*.

—, *Black's Law Dictionary,* 8a. ed., ed. Bryan A. Garner, Thomson West, Minnesota, Estados Unidos de América, 2004

—, *Diccionario Porrúa de la Lengua Española,* 51ª. ed., preparado por Antonio Raluy Pudevida, revisado por Francisco Monterde, Porrúa, México, 2005,

LA IMPORTANCIA DE LOS EFECTOS GENERALES EN EL JUICIO DE AMPARO

Dr. Sergio Charbel Olvera Rangel*

RESUMEN: La importancia de los efectos generales en el juicio de amparo radica en su capacidad para corregir anomalías que afectan a toda la sociedad, no solo a las partes involucradas en un caso específico. El principio de relatividad sigue siendo un límite para que los efectos de las sentencias de amparo puedan restaurar el orden social. La evolución de la jurisprudencia ha comenzado a reconocer la necesidad de efectos generales para garantizar una protección más efectiva de los derechos humanos, especialmente en el contexto de derechos sociales y omisiones legislativas. Esto refuerza la función del Poder Judicial como garante del Estado de Derecho y protector de los derechos humanos.[1]

Palabras claves: juicio de amparo, principio de relatividad, efectos generales, omisiones legislativas, derechos sociales, declaratoria general de inconstitucionalidad.

SUMARIO: 1. EL SURGIMIENTO DEL PODER JUDICIAL COMO GARANTE DEL ESTADO DE DERECHO. 2. EL PODER JUDICIAL COMO SUBSISTEMA INMUNOLÓGICO. 3. EL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD EN LAS RESOLUCIONES DE JUICIOS DE AMPARO CONTRA NORMAS DE CARÁCTER GENERAL. 4. EL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD EN LAS RESOLUCIONES DE JUICIOS DE AMPARO CONTRA ACTOS. 5. LOS EFECTOS GENERALES EN LOS JUICIOS DE AMPARO INDIRECTOS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES. 6. LOS EFECTOS GENERALES EN LOS JUICIOS DE AMPARO INDIRECTOS EN LOS QUE SE RECLAMEN OMISIONES NORMATIVAS. 7. LA SUBSISTENCIA DEL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL 6 DE JUNIO DE 2011 Y LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD. 8. LOS EFECTOS GENERALES EN LOS JUICIOS DE AMPARO DIRECTO. 9. LOS EFECTOS GENERALES EN LA SUSPENSIÓN. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

1. EL SURGIMIENTO DEL PODER JUDICIAL COMO GARANTE DEL ESTADO DE DERECHO

El Estado moderno en Occidente se fundamentó inicialmente en la teoría de la voluntad general expresada en las leyes, con el propósito de erradicar los gobiernos autoritarios de algunas monarquías absolutas. Este nuevo régimen, denominado "gobierno de leyes", llevó a la concepción del legislador racional. En ciertos casos, esto dio lugar a nuevas arbitrariedades, esta vez derivadas de la obra legislativa. Para corregir estos abusos, se estableció el control de constitucionalidad de las leyes, asegurando que to-

* Doctor en Derecho y profesor de la maestría en Derecho Constitucional de la Escuela Libre de Derecho.

1 La elaboración de este artículo se basa y sustenta en los siguientes artículos que escribí sobre los efectos generales de la declaratoria general de invalidez y el origen y naturaleza del juicio de amparo: "La Declaratoria General de Inconstitucionalidad", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho y Tirant lo Blanch, núm. 43, México, 2019; y "Inspirado en el control constitucional estadounidense: El juicio de amparo", en *Revista Siempre*, núm. 3660, 12 de junio de 2022.

das las autoridades, incluidas las legislativas, estuvieran sujetas a la Constitución. Esta función de protección constitucional fue encomendada a los jueces.

Este nuevo rol de los jueces, como función saneadora de las anomalías generadas por las autoridades estatales, se consolidó en la denominada jurisdicción constitucional. Existen dos tipos de jurisdicción constitucional: una que corrige las irregularidades en casos o personas específicas, y otra que restaura las anomalías con efectos generales. La primera se denomina difusa, y la segunda, concentrada o especializada. Lo relevante en ambas es el control de la obra legislativa.

En Estados Unidos la jurisdicción constitucional de las leyes se sustentó en la obligación de los jueces de preferir la aplicación de las normas constitucionales en caso de conflicto con las normas inferiores. Esta jurisdicción está basada en la no aplicación de normas secundarias contrarias a la constitución para determinados casos o personas. Para algunos, esta acción de inaplicar o desaplicar la obra legislativa la consideran como una facultad que está por encima del legislador. Esto no es así; esta función jurisdiccional no implica una superioridad del juzgador sobre el legislador, esto lo explicó Hamilton en el Federalista de la siguiente manera:

> *...no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son."*[2]

La explicación de Hamilton sobre el papel del juzgador fue retomada en diversos precedentes jurisdiccionales norteamericanos que dieron origen al control constitucional de normas legislativas. Este modelo establece un contrapeso frente al legislador, aunque mantiene una deferencia hacia él, ya que no altera la obra legislativa con efectos generales. Esto permite la subsistencia de las anomalías normativas en el sistema jurídico. Ante esta situación, fue necesario crear una teoría capaz de otorgar facultades a los jueces para sanear con efectos generales las irregularidades del legislador, lo que llevó a la creación de otro tipo de jurisdicción constitucional con la capacidad de trastocar la obra legislativa.

El otro modelo de jurisdicción constitucional, denominado concentrado o especializado, fue propuesto por Hans Kelsen en el siglo XX. Este modelo establece que no todas las autoridades judiciales deben evaluar la labor legislativa, reservando al Poder Judicial su función tradicional de aplicar la ley para resolver casos. La función jurisdiccional se asigna a jueces especializados, quienes tienen la facultad de eliminar o expulsar normas legislativas del sistema jurídico estatal. Esta función es restaurativa y actúa como subsistema inmunológico cuyo objetivo es reparar, con efectos generales, las irregularidades contrarias a la constitución.

---

2 Hamilton, A., Madison, J., Jay, J., *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 2010, p. 332.

En ambos modelos, prevalece la lógica de la defensa de la Constitución frente a las irregularidades creadas por el legislador, lo que significa que la legitimación de los jueces constitucionales radica en su imparcialidad al proteger la voluntad del pueblo plasmada en la Constitución, la cual posee mayor legitimación democrática. Con la jurisdicción constitucional el Poder Judicial se convirtió en un importante garante del Estado de Derecho.

Las funciones restaurativas de los jueces constitucionales han evolucionado hasta el punto de considerarlos como garantes de los derechos humanos, incluso por encima de lo dispuesto en las normas fundamentales. Con ello, estos jueces ya no solo desempeñan el papel de defensores de las obras democráticas, como las constituciones y leyes, sino que se están consolidando como guardianes de los derechos humanos. Gradualmente, se está comprendiendo que tanto el Estado como la constitución son instrumentos para garantizar los derechos humanos, y una garantía no puede ser superior a lo que garantiza, es decir, el bienestar de las personas. Esta idea se basa en que toda obra humana debe estar sujeta a control; por lo tanto, en el Estado es necesario el saneamiento de todos sus elementos.

2. EL PODER JUDICIAL COMO SUBSISTEMA INMUNOLÓGICO

El sistema jurídico mexicano es creado, implementado y mantenido.

La función de creación se relaciona con la expedición de normas de carácter general que regulan directa o indirectamente la conducta de las personas en un Estado. Esta se identifica con la función legislativa.

La implementación es la función estatal encargada de dar eficacia al sistema jurídico estatal. Es la que da vida a su creación por medio de la aplicación o cumplimiento de las normas que lo componen. Las autoridades encargadas de la implementación ejercen facultades ejecutivas o jurisdiccionales. Al ejercer la función jurisdiccional implementadora, se aplica la normatividad a un caso concreto para resolver un problema.

El mantenimiento del orden constitucional implica realizar las acciones necesarias para garantizar los derechos humanos y el adecuado funcionamiento de la estructura estatal. Dentro de la función estatal de mantenimiento está la restauración del orden constitucional. La función de mantenimiento se logra a través de la regeneración y restauración del sistema jurídico. Regenerar significa dar nuevo ser a algo que degeneró, para restablecerlo o mejorarlo; en el sistema jurídico estatal, la función regenerativa tiene lugar cuando se reforma una norma de carácter general.

Restaurar significa reparar o volver a poner algo en el estado que antes tenía.[3] La función restaurativa, como parte del subsistema inmunológico, tiene como objetivo reparar irregularidades con efectos generales, por ejemplo, mediante la eliminación de

3 Diccionario de la Real Academia Española, disponible en https://dle.rae.es/restaurar?m=form Consultado en agosto de 2024.

una norma, la orden de implementar una política pública específica o la instrucción de expedir una ley. Todas estas son intromisiones legítimas a los poderes legislativo y ejecutivo, a fin de garantizar debidamente los derechos humanos.

A diferencia de la función de implementación jurisdiccional, las resoluciones jurisdiccionales restaurativas que se emiten tienen una generalidad y abstracción, y no se limitan a producir efectos para personas o casos en particular. La función jurisdiccional de implementación no es restauradora del sistema jurídico, ya que solo tiene efectos para personas o casos concretos.

La función jurisdiccional de implementación tiene una lógica: lo que es debido para una persona, en cuanto resultado de su conducta, no es obligatorio para el resto de los integrantes de la sociedad. En cambio, las irregularidades normativas que alteran el orden social sí inciden en la generalidad de la población y requieren de una reparación general. No basta con solventar los problemas en los casos específicos, se requiere de una solución que restaure el orden constitucional.

Si las normas de carácter general se expulsan o eliminan del sistema jurídico estatal habrá un efecto restaurador en este. Es un efecto para mantener el orden constitucional. La eliminación o expulsión de normas legislativas tiene un efecto permanente y representa el máximo grado de control normativo, ya que su efecto subsiste a pesar de que las normas sean expedidas nuevamente. Esta restauración representa un contrapeso a la obra del legislador. Bajo la conceptualización kelseniana, la sustracción de normas con efectos generales es una facultad de legislador negativo. Esto no significa que el juez legisle, sino que revierte la irregularidad del legislador, eliminando o expulsando su obra, y actúa en un sentido contrario a la creación, pero con esa destrucción logra eliminar el virus del sistema.

En el sistema jurídico mexicano, a nivel federal, la eliminación o expulsión de normas de carácter general se realiza a través de resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por medio de la controversia constitucional, la acción de inconstitucionalidad y la declaratoria general de inconstitucionalidad que deriva del juicio de amparo. No es una función que corresponda a cualquier juez, sino a jueces constitucionales que tienen la encomienda de actuar como un subsistema inmunológico frente a los virus (anomalías normativas) que enferman al sistema jurídico estatal.

Cuando la Suprema Corte ejerce su función restaurativa (inmunológica) no está legislando ni actúa con superioridad sobre el legislativo, simplemente ejerce su rol dentro de la estructura estatal: eliminar los virus que enferman y destruyen al sistema. De la misma manera que el subsistema inmunológico no es superior al organismo biológico, sino simplemente ejerce la función que le corresponde.

Lo anterior parte de la base de que el orden constitucional no solo debe ser implementado, sino también mantenido. Esto responde a una división de funciones enfocada en el mantenimiento del Estado de Derecho. Por esta razón, en toda constitución es fundamental establecer quiénes tienen la legitimidad para emitir las disposiciones que generan orden y estabilidad, así como los encargados de implementarlas y mantenerlas.

3. EL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD EN LAS RESOLUCIONES DE JUICIOS DE AMPARO CONTRA NORMAS DE CARÁCTER GENERAL

El juicio de amparo es una garantía secundaria jurisdiccional extraordinaria de protección de los derechos humanos, las garantías y los ámbitos competenciales entre las autoridades federales y locales, que procede cuando estas son violadas por normas generales, actos u omisiones de quienes actúen como autoridades.

El principio de relatividad de las resoluciones del juicio de amparo establece que los efectos de la resolución solo benefician a la persona que lo solicitó. Esto significa que la protección otorgada por el amparo se limita exclusivamente al caso concreto o a la persona quejosa, sin generar efectos generales. A esto se le conoce como la fórmula Otero, porque fue Mariano Otero quien enfatizó en los referidos efectos particulares al incluir en la redacción de las características del juicio de amparo la prohibición de los efectos generales de sus sentencias.

El artículo 62, numeral 1, de la Constitución Política del Estado de Yucatán de 1841 (autor del proyecto de esa Constitución fue Manuel Crescencio Rejón) preveía como facultad de la Corte Suprema de Justicia de Yucatán lo siguiente:

> 1º Amparar en el goce de sus derechos a los que le pidan protección contra las leyes y decretos de la legislatura que sean contrarias al texto de la constitución, o contra las providencias del gobernador, cuando en ellas se hubiese infringido el código fundamental en los términos expresados, limitándose en ambos casos, a reparar el agravio en la parte en que la constitución hubiese sido violada.

En ese precepto es posible percibir la teoría estadounidense del control constitucional jurisdiccional, debido a que la protección se limita a reparar el agravio para el caso concreto. El juicio de amparo procedía en contra de las garantías individuales otorgadas en el artículo 7º de esa Constitución, las cuales eran limitantes para las autoridades con el fin de permitir el ejercicio de las libertades de las personas. El amparo se diseñó para permitir que las personas ejercieran y conservaran sus libertades frente a las intervenciones indebidas de las autoridades.

La teoría del control constitucional desconcentrado o difuso también se adoptó en la Constitución de Yucatán de 1841, en su artículo 75 se preveía lo siguiente: "En la administración de justicia arreglarán los jueces sus fallos a lo prevenido en esta constitución, prescindiendo de lo dispuesto contra el texto literal de ella en las leyes o decretos del congreso del estado". Esa facultad de control constitucional consistía en la obligación de los juzgadores de preferir la aplicación de la Constitución frente a las normas secundarias antinómicas a esta; y no se previó exclusivamente para la Corte Suprema de Yucatán, sino también para todos los jueces. En esa disposición es evidente la influencia de la teoría estadounidense.

El juicio de amparo pasó de ser una figura local a una federal. Mariano Otero fue el impulsor de la federalización del juicio de amparo, en su *Voto Particular* del 5 de abril

de 1847, sustentó la inclusión del juicio de amparo en el ámbito del Poder Judicial Federal en lo siguiente:

> En Norte-América este poder salvador provino de la Constitución, y ha producido los mejores efectos. Allí el juez tiene que sujetar sus fallos antes que todo a la Constitución; y de aquí resulta que cuando la encuentra en pugna con una ley secundaria, aplica aquella y no esta, de modo que sin hacerse superior a la ley ni ponerse en oposición contra el Poder Legislativo, ni derogar sus disposiciones, en cada caso particular en que ella debía herir, la hace impotente. Una institución semejante es del todo necesaria entre nosotros.

La propuesta de Mariano Otero se plasmó en el artículo 25 del *Acta Constitutiva y de Reformas* del 21 de mayo de 1847, cuyo texto es el siguiente:

> Art. 25. Los tribunales de la Federación ampararán á cualquiera habitante de la república en el ejercicio y conservación de los derechos que le concedan esta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los poderes legislativo y ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados; limitándose dichos tribunales á impartir su protección en el caso particular sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley ó del acto que lo motivare.
>
> (*Transcripción del texto original*)

El principio de relatividad de las resoluciones de amparo fue inspirado en la facultad de los jueces estadounidenses de desincorporar (inaplicar o desaplicar) las normas contrarias a la Constitución, para determinados casos o personas.

El artículo 25 del *Acta Constitutiva y de Reformas* se retomó en los artículos 101 y 102 de la Constitución de 1857, cuyo texto es el siguiente:

> ART. 101. Los tribunales de la federación resolverán toda controversia que se suscite:
>
> I. Por leyes ó actos de cualquiera autoridad que violen las garantías individuales.
>
> II. Por leyes ó actos de la autoridad federal que vulneren ó restrinjan la soberanía de los Estados.
>
> III. Por las leyes ó actos de las autoridades de éstos que invadan la esfera de la autoridad federal.
>
> ART. 102. Todos los juicios de que habla el artículo anterior se seguirán a petición de la parte agraviada por medio de procedimientos y formas del órden jurídico, que determinará una ley. La sentencia será siempre tal, que solo se ocupe de individuos particulares limitándose á protegerlos y ampararlos en el caso especial sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley ó acto que la motivare.
>
> (*Transcripción del texto original*)

Durante las discusiones legislativas para la aprobación de los artículos 101 y 102 de la Constitución de 1857, se evidenció la intención de regular los efectos particulares en las resoluciones del juicio de amparo, siguiendo el modelo de control constitucio-

nal estadounidense. Durante la discusión del artículo 102, que contenía la regulación principal del juicio de amparo, se presentaron justificaciones basadas en el mencionado modelo de control constitucional. En la sesión del 28 de octubre de 1856, el diputado Eulogio Barrera reconoció que el artículo estaba tomado del constitucionalismo estadounidense,[4] tal como lo había señalado Mariano Otero en su *Voto Particular* del 5 de abril de 1847. En el mismo sentido, y en la misma sesión, el diputado Ponciano Arriaga manifestó lo siguiente:

> ...Se quiere que las leyes absurdas, que las leyes atentatorias, sucumban parcialmente, paulatinamente ante fallos de los tribunales, y no con estrépito ni con escándalo en un palenque abierto a luchas funestas entre la soberanía de los Estados y la soberanía de la federación.
>
> La práctica demuestra que las excepciones de ley no se concedan sólo por los legisladores, sino también por los jueces, y aun por las autoridades del orden administrativo, como sucede, por ejemplo, al dispensar el alistamiento en la guardia nacional.
>
> Las garantías individuales, como aseguradas por la Constitución, deben ser respetadas por todas las autoridades del país, los ataques que se den a tales garantías son ataques a la Constitución y de ellos deben conocer los tribunales federales.
>
> El sistema que se discute no es inventado por la comisión, está en práctica en los Estados Unidos y ha sido admirado por los insignes escritores que han comentado las instituciones americanas. Él contiene el único medio eficaz y positivo de conservar la paz, de mantener el orden, de evitar agitaciones y turbulencias.
>
> Si México no adopta este sistema, tiene que renunciar a la forma federal, porque ella es imposible, si se vuelve a lo que antes se practicaba, es decir, la de que las leyes de los Estados sean anuladas por el congreso y las del congreso por las legislaturas. Esto no engendra más que conflictos y dificultades que conducen a la anarquía. Ninguno de estos inconvenientes hay en que la ley mala sucumba parcialmente, de una manera lenta, por medio de fallos judiciales.[5]
>
> (*Transcripción del texto original*)

La explicación dada por el diputado Ponciano Arriaga respecto a la motivación de la comisión para proponer la estructura y funcionamiento del juicio de amparo indica que hubo dos razones para su adopción: la inspiración en el sistema de control constitucional estadounidense, y la intención de sostener el sistema federal mexicano, al erradicar la facultad que tenía el Congreso de la Unión de expulsar las normas inconstitucionales creadas por los legislativos locales y viceversa.

Durante la misma sesión del 28 de octubre de 1856, el diputado José María Mata, en la misma sesión, reconoció que el control que se proponía a través del juicio de amparo

---

4 Zarco, Francisco, *Historia del Congreso Extraordinario Constituyente 1856 y 1857*, Imprenta de Ignacio Cumplido, México, 1857, t. II, p. 498.

5 *Ibídem*, pp. 499 y 500.

tiene sus antecedentes en el artículo 25 del *Acta Constitutiva y de Reformas* y en el sistema estadounidense.[6] En la misma sesión, el diputado Albino Aranda consideró que:

> No podía establecerse que toda ley contraria a la Constitución fuese desobedecida, porque la calificación sería arbitraria y se establecería como sistema un espantoso desorden.
>
> Lo más prudente es que se ocurra a un tercer poder y, para que éste sea imparcial, no debe ser el mismo legislador, sino los tribunales encargados de la aplicación de las leyes y que fallarán conforme a la Constitución, refiriéndose sólo á casos particulares.[7]
>
> (*Transcripción del texto original*)

El principio de relatividad es parte de la esencia con la que se creó al juicio de amparo consistente en la deferencia al legislador. No se pretendía una eliminación o expulsión de las normas de carácter general, debido a que esto afectaría a los intereses generales, sino que los jueces decidieran sobre su aplicación conforme a una conciencia pública, que se traduce en que la ley sea aplicada de acuerdo con las características especiales de casos particulares. Así lo señaló el diputado Ocampo en la sesión del 30 de octubre de 1856:

> Cuando se hacen vestuarios para soldados se hacen de tres tallas, grandes, pequeños y medianos, para que se acomoden en lo posible a todas las estaturas. Si en vez de seguir este método, se tomara medida a cada soldado, todos quedarían mejor vestidos. Así, las leyes tienen ciertas graduaciones, no pueden prever todos los casos y serían sin duda mucho mejores, si hubiera una ley para cada caso particular.

Todo lo anterior, fortaleció la idea de un mecanismo jurisdiccional que conservara la obra legislativa y en el que se pudiera determinar la conveniencia de la aplicación de las normas de carácter general o de actos de autoridad para personas o casos concretos, a fin de no vulnerar los derechos humanos, principalmente los de libertad. En la actualidad, la protección de los derechos sociales y la procedencia del amparo en contra de omisiones legislativas ha modulado la estructura original del juicio de amparo. Las vertientes actuales piensan más en la protección a los derechos que en la estructura original del juicio de amparo.

4. EL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD EN LAS RESOLUCIONES DE JUICIOS DE AMPARO CONTRA ACTOS

Los efectos relativos de las resoluciones de amparo, tratándose de actos de autoridad,[8] tiene sustento en el modelo de constitucionalismo liberal que permeaba en el siglo

6 *Ibídem*, p. 498.
7 *Ibídem*, p. 501.
8 Lo referido en el apartado anterior ha sido expuesto con relación a las normas de carácter general.

XIX en México. El constitucionalismo liberal tiene como característica la limitación del poder estatal para permitir a las personas el ejercicio de sus libertades.

La influencia del constitucionalismo liberal francés sobre el constitucionalismo mexicano fue evidente en los textos fundamentales del siglo XIX. Esto se constata en el discurso del diputado constituyente Isidoro Olvera, pronunciado en la sesión del 3 de febrero de 1857, en el que señaló que la obra de François Daunou, *Ensayo sobre garantías individuales*, fue una fuente de inspiración para el Congreso Constituyente de 1856-1857.

El francés Pierre Claude François Daunou, en su libro *Ensayo sobre las garantías individuales que reclama el estado actual de la sociedad*,[9] publicado por primera vez en 1819, y en español en 1823, fue el primer autor de relevancia que utilizó el término *garantías individuales*. Para Claude François, las garantías son límites a las arbitrariedades de las autoridades frente a las personas, al respecto señaló lo siguiente:

> ...Nos servimos de ellas para reprochar a la autoridad agresiones de la clase de aquella contra las cuales está armada, es decir, violencias, rapiñas, extorciones, ultrajes; y llamamos garantías individuales el empeño que contrae de abstenerse de ellas y las instituciones que la obligan, a efecto, a contenerse.
>
> Estas garantías son casi los únicos límites que en un estado grande pueden circunscribir totalmente a la autoridad... las garantías individuales, ... son, por lo menos, el único objeto del ensayo que emprendo, y que no se dirige sino a impedir que las autoridades que nos protegen contra los malhechores lo sean ellas mismas.[10]

Las garantías individuales, como límites al ejercicio del poder, es un concepto propio de un constitucionalismo liberal de la época en la que Claude escribió. De la conceptualización que hace de las garantías individuales se infiere que, para él, son límites para la protección y seguridad de las personas, la seguridad de las propiedades, la libertad de la industria, de las opiniones y de las conciencias; acerca de estos derechos se preguntó: "qué reglas y qué instituciones pueden preservarlas de sus atentados"[11], y la respuesta fue: las garantías individuales.

El amparo, en su origen —sobre todo en su primer antecedente en la Constitución del Estado de Yucatán del 31 de marzo de 1841—, se diseñó para resguardar derechos de libertad; la intención fue contrarrestar el contexto de inestabilidad social después de la independencia de México que dio origen a detenciones arbitrarias y a restricciones indebidas a las libertades de imprenta, de pensamiento y de reunión. Por esas razones se previó que las sentencias de amparo tuviesen efectos particulares, al avocarse a la

9 Daunou, Pierre Claude François, *Ensayo sobre las garantías individuales que reclama el estado actual de la sociedad*, Imprenta del D. Mariano, México, 1823.

10 *Ibídem*, pp. 5 y 6.

11 *Ibídem*, p. 8.

resolución de las violaciones a los derechos humanos de libertad que la persona quejosa promovía y que únicamente a él interesaban.

De conformidad con lo anterior, para el constitucionalismo mexicano fue importante que las autoridades respetaran los límites o prohibiciones impuestas para hacer efectivos los derechos humanos. El juicio de amparo se consolidó como un "juicio de garantías", porque su objeto directo fue hacer valer las garantías.

En el Voto Particular de Mariano Otero, del 5 de abril de 1847, se propuso el reconocimiento de los derechos humanos; en esa propuesta, Otero tenía claro que los derechos se reconocen y las garantías se otorgan, así se desprende del artículo 4º, primer párrafo, de su proyecto de Acta de Reformas: "Para **asegurar los derechos del hombre que la Constitución reconoce**, una ley **fijará las garantías de** *libertad, seguridad, propiedad e igualdad* de que gozan todos los habitantes de la República, **y establecerá los medios de hacerlas efectivas**." (*Transcripción del texto original y énfasis añadido*). Este primer párrafo trascendió, se plasmó en el artículo 5º del *Acta Constitutiva y de Reformas* de 1847, por lo que se convirtió en la primera norma fundamental vigente que estableció con claridad la distinción. La exposición de motivos de la anterior disposición, dada por Mariano Otero en su Voto Particular, es la siguiente:

> En las más de las Constituciones conocidas, no solo se fijan los principios relativos a la organización de los poderes públicos, sino que se establecen las bases de las garantías individuales, probablemente porque *la condición social de los asociados es el objeto primordial de las instituciones, y uno de los caracteres más señalados de la verdadera naturaleza de los gobiernos* y sin embargo de que estas garantías, en la realidad de las cosas, dependen de las disposiciones particulares de los Estados, nuestra Constitución federal declaró que la Nación estaba obligada a proteger por leyes sabias y justas los derechos del ciudadano... De consiguiente entiendo que la Constitución actual *debe establecer las garantías individuales*, y sobre bases de tal manera estables, que ninguno de los hombres que habiten en cualquiera parte del territorio de la República, *sin distinción de nacionales* y extranjeros, tengan que extrañar sobre este punto las mejores leyes de la tierra.
>
> Dominado por este pensamiento, propongo que la Constitución fije los derechos individuales y asegure su inviolabilidad, dejando a una ley posterior, pero general y de un carácter muy elevado, el detallarlos.
>
> (*Transcripción del texto original*)

Esa exposición de motivos confirmó con claridad la distinción entre derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para dar efectividad a estos. Al respecto, Isidro Montiel y Duarte opinó lo siguiente:

Las constituciones anteriores se habían limitado a establecer la obligación de proteger los derechos del hombre, sin llegar a la enseñanza explícita de su preexistencia respecto de toda ley positiva; y solo la acta de reformas vino a apuntar que esos derechos no

eran la creación jurídica de la constitución, sino una realidad anterior a ella, sin que le debieran otra cosa que el reconocimiento autorizado de su existencia.[12]

La idea de derechos anteriores al Estado, nota distintiva del constitucionalismo liberal, fue evidente en la regulación de la Constitución de 1857. La teoría del reconocimiento de los derechos humanos se plasmó en el artículo 1º de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857: "El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia, declara que todas las leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución." En este precepto hay un reconocimiento que denota la influencia de las teorías iusnaturalistas, ya consolidado en ese momento en el constitucionalismo mexicano, y cuyo primer antecedente expreso fue el artículo 12 de la Primera de las *Leyes Constitucionales*. La redacción del precepto estuvo inspirada en el artículo 24 del *Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mejicana*, expedido en Apatzingán el 22 de octubre de 1814.[13]

Sobre la misma discusión del artículo 1º, en la sesión del 10 de julio de 1856, el diputado constituyente Aranda expuso: "como la Constitución tiene por objeto asegurar los derechos del hombre, es menester que comience hablando de ellos y que, así, su enunciación tiene una razón ideológica, y las repeticiones se hacen indispensables cada vez que se trata de derechos."[14] En la sesión del 11 de julio de 1856, el diputado Arriaga afirmó: "el artículo no establece que todas las leyes se ocupen de los derechos del hombre, sino que ninguna ley pueda atacar estos derechos, y que, así, lo que se hace es dictar una regla general a que queden sujetas toda clase de leyes, ya sean políticas o administrativas."[15] Arriaga también señaló que esos principios, que algunos consideran como abstractos, son convenientes para evitar interpretaciones arbitrarias.[16]

Debido a la distinción entre el reconocimiento de derechos humanos y el otorgamiento de garantías que hubo en los congresos constituyentes de 1847 y 1856-1857, se puede advertir que el juicio de amparo se concibió para la protección de las garantías y, por consecuencia, de los derechos que estas hacen efectivos.

En el artículo 101, fracción I, de la Constitución de 1857, se estableció que los tribunales de la federación resolverán toda controversia que se suscite: "Por leyes o actos de cualquiera autoridad que violen **las garantías individuales**." (*Énfasis añadido*).

---

12 Montiel y Duarte, Isidro, *Estudio sobre garantías individuales*, Imprenta del Gobierno, México, 1873, p. 22.

13 El precepto es el siguiente: "Art. 24. La felicidad del pueblo y de cada uno de los ciudadanos consiste en el goce de la igualdad, seguridad, propiedad y libertad. La integra conservación de estos derechos es el objeto de la institución de los gobiernos, y el único fin de las asociaciones políticas." (*Transcripción del texto original*).

14 Zarco, Francisco, Op. cit., p. 251.

15 *Ibídem*, p. 254.

16 *Ídem*.

Del precepto se advierte que el objeto de protección son las garantías que otorga la Constitución.

En el artículo 2 de la *Ley Orgánica Reglamentaria de los Artículos 101 y 102 de la Constitución*, del 30 de noviembre de 1861, se utilizó el término *garantías* como objeto de la protección del juicio de amparo, en lugar de los derechos humanos:

> Art. 2. Todo habitante de la República que en su persona o intereses crea violadas las **garantías que le otorgan la Constitución o sus leyes orgánicas**, tiene derecho de ocurrir a la justicia federal, en la forma que le prescribe esta ley, solicitando amparo y protección.
>
> (*Énfasis añadido*)

Para los legisladores de esa época era claro que la protección de las garantías a través del juicio de amparo implicaba, por vía de consecuencia, la protección de los derechos humanos. En la 15ª sesión del Congreso Constituyente de 1916-1917, celebrada el 16 de diciembre de 1916, el diputado constituyente Rojas manifestó lo siguiente:

> ...Pues bien, señores, nosotros lo hemos consignado en el artículo 31, porque es importante ponerlo en el capítulo de garantías individuales; nosotros decimos que **las garantías individuales son por excelencia las restricciones que se ponen al poder público en favor de los individuos, y esas restricciones, para que sean efectivas, se garantizan de una manera especial con el amparo**.[17]
>
> (*Énfasis añadido*)

El diputado constituyente Medina, en la 55ª sesión ordinaria del Congreso Constituyente, celebrada el 22 de enero de 1917, señaló lo siguiente:

> ... Todas las Constituciones políticas de todos los países se han tomado el trabajo, para evitar toda duda o mala interpretación, de explicar cuáles son los derechos del hombre y cuáles las garantías individuales. Este sistema, aceptado por la Constitución de 1857, tomada de aquella civilización primera de los revolucionarios, cuando la Francia expidió su Constitución el año de 1879, tenía deberes, tenía derechos; pero, en cambio, ¿cuál era la situación del hombre, colocado enfrente del Poder en esas instituciones? Se le decía: tú eres hombre, tú eres libre, tú piensas, tú tienes derecho de manifestar tus ideas ante el público, tú tienes derecho de ir y venir, de salir y entrar por el territorio de la República; tienes derecho de hacer que tu propiedad sea respetada por todos, y estos derechos te los garantiza el Gobierno de la República; ninguna autoridad, ningún Poder de la tierra puede vulnerarte esos derechos, porque son sagrados. Por eso nuestra Constitución de 57 tiene en su primer artículo aquella grandiosa declaración de que el pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y objeto de las instituciones sociales. El pueblo mexicano que concurrió a hacer el pacto

17 "Diario de Debates del Congreso Constituyente", en *Período Único*, t. I, núm. 28, 16 de diciembre de 1916, Querétaro, p. 503.

> constitucional, reconoció que todos los derechos humanos estaban garantizados en la Constitución, garantías que nadie ha podido tocar; ni nadie puede vulnerar; es el sistema de las garantías individuales. ¿Pero de qué manera se procede para que las garantías individuales sean efectivamente respetadas? ¿Deben quedar en la constitución ¿Deben quedar en la Constitución sólo como un pacto declaratorio y encomiástico de las libertades humanas? No, señores diputados; era necesario el remedio eficaz, era preciso un remedio eficiente; ... ese remedio se llama el amparo.[18]

En los anteriores pronunciamientos de los diputados constituyentes, en especial del último, se advierte la distinción entre derechos y garantías, y que el juicio de amparo se creó para proteger directamente a las garantías primarias, dado que estas son las normas que establecen las obligaciones y prohibiciones para que las autoridades den eficacia a los derechos humanos, por lo que, en caso de violarse, se vulneran los derechos humanos. Por esa razón, si se repara el cumplimiento de las garantías a través del juicio de amparo, de forma indirecta se protegen los derechos humanos reconocidos por el sistema jurídico.

Dado que el juicio de amparo se originó en el marco del constitucionalismo liberal y las garantías individuales tienen un carácter personal, era lógico que se considerara que la protección del amparo solo interesa a la persona que lo solicita. Esto es evidente al entender que la afectación de las libertades impacta directamente a la persona privada de ellas. No se contempló la protección de derechos de índole social, en la que la protección se requiere para una colectividad y no para una persona en particular.

5. LOS EFECTOS GENERALES EN LOS JUICIOS DE AMPARO INDIRECTOS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

En México se creó el juicio de amparo y su Constitución de 1917 fue la primera en reconocer derechos sociales. Sin embargo, la estructura de ese juicio no se adecuó a esta segunda aportación, lo que dificultó la protección efectiva de estos derechos. A pesar de que la Constitución de 1917 reconocía los derechos sociales, tuvieron que pasar casi 100 años para que a través del juicio de amparo se pudieran proteger esos derechos. Esto dejó en desventaja a México, como Estado garante de derechos, en comparación con países que le copiaron el juicio de amparo.

No se consideró al juicio de amparo como un medio de protección jurisdiccional de los derechos sociales debido al principio de relatividad de las sentencias en este tipo de juicio y debido a que no se les consideró como medidas programáticas que dependían de la voluntad política.

18 *Ibídem*, t. II, núm. 68, 22 de enero de 1917, Querétaro, pp. 577 y 578.

Se consideró impropio el que la sentencia de amparo protectora de derechos sociales tuviese efectos que trascendieran a la persona quejosa y beneficiaran a otras personas que no solicitaron la protección. Los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial desechaban los juicios de amparos promovidos para la protección de derechos sociales, bajo la lógica de que la concesión del amparo tendría efectos generales,[19] lo que transgredía, a su consideración, el principio de relatividad. Este criterio se mantuvo durante mucho tiempo en el Poder Judicial, pero la reforma en materia de derechos humanos de 2011 impulsó un cambio de ese criterio. A pesar del cambio, hubo resistencias como en la jurisprudencia 36/2012 de la Segunda Sala de la Suprema Corte, en la que se consideró que la sentencia estimatoria del juicio de amparo que llegue a tener efecto más allá del caso concreto enjuiciado:

> ...provocaría transgresión al principio de relatividad que rige el dictado de las sentencias de amparo, lo que a su vez implicaría que la restitución en el goce del derecho violado llegara al extremo de desencadenar consecuencias contrarias a la naturaleza del juicio de amparo y, por ende, a la regularidad constitucional que busca preservar.[20]

En el *amparo en revisión 1359/2015* la Primera Sala de la Suprema Corte destacó la necesidad de reinterpretar el principio de relatividad de las sentencias de amparo a partir de las reformas a la Constitución publicadas el 6 y 10 de junio de 2011, a fin de que el juicio de amparo sea una garantía de defensa de todos los derechos reconocidos en el sistema jurídico mexicano. Esto se debe a que se modificó sustancialmente la estructura del juicio de amparo, ya que se amplió el espectro de protección de los derechos humanos, como los de dimensión social o colectiva. Por lo que al proteger a la parte quejosa, es posible que, indirectamente, se beneficie a terceros ajenos al juicio.

En la sentencia del *amparo en revisión 1359/2015*, la Primera Sala reconoció que si se mantiene la interpretación estricta del principio de relatividad, en el sentido de que la concesión del amparo no supone beneficios a terceros ajenos al juicio, en la gran mayoría de los casos, se excluiría la protección de muchos derechos a través del juicio de amparo, ya que la mayoría tiene dimensiones colectivas y difusas.

Para contribuir a solucionar la tensión entre el principio de relatividad de las sentencias y la protección de los derechos sociales, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo en revisión 307/2016, que derivó de un

---

19 *Cfr.* REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS DE LOS INDÍGENAS. CARECE DE INTERÉS JURÍDICO UNA COMUNIDAD INDÍGENA PARA RECLAMAR EN JUICIO DE AMPARO EL PROCESO RELATIVO. [TA]; 9a. época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; t. XVI, noviembre de 2002; p. 455. 2a. CXLI/2002. Registro digital: 185509.

20 IMPROCEDENCIA. SE ACTUALIZA EN EL JUICIO DE AMPARO SI EL JUZGADOR ADVIERTE QUE LOS EFECTOS DE UNA EVENTUAL SENTENCIA PROTECTORA PROVOCARÍAN TRANSGRESIÓN AL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD. [J]; 10a. época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; libro VII, abril de 2012; t. 2; p. 1060. 2a./J. 36/2012 (10a.). Registro digital: 2000584.

juicio en el que se solicitó la protección del derecho a un ambiente sano, reinterpretó el principio de relatividad y llegó a la siguiente conclusión: "Tanto este derecho humano como el principio de relatividad de las sentencias, están expresamente reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que su interacción debe ser armónica, es decir, la relatividad de las sentencias no puede constituir un obstáculo para la salvaguarda efectiva del medio ambiente."[21]

Conforme a las anteriores dos sentencias, se considera que el principio de relatividad ordena a los tribunales de amparo estudiar únicamente los argumentos de las partes —supliéndolos si así procediera— y, en su caso, conceder el amparo solo para el efecto de que se restituyan los derechos violados de los quejosos, sin que sea relevante para efectos de la procedencia del juicio el hecho de que una sentencia estimatoria eventualmente pudiera traducirse también en alguna ventaja o beneficio para personas que no fueron parte del litigio constitucional.

Lo anterior implica que los jueces de amparo no pueden ordenar directamente en sus sentencias la protección de los derechos de personas que no hayan acudido al juicio de amparo; sin embargo, es perfectamente admisible que, al proteger a las personas quejosas, indirectamente y de manera eventual, se beneficie a terceros ajenos a la controversia constitucional. En la actualidad, existen muchos jueces que resuelven expresamente con la intención de amparar a una colectividad a través del juicio promovido por una persona.

En los amparos promovidos en contra de omisiones también se presentó el problema de dar efectos generales a las sentencias de amparo. Esto se analiza en otro apartado.

6. LOS EFECTOS GENERALES EN LOS JUICIOS DE AMPARO INDIRECTOS EN LOS QUE SE RECLAMEN OMISIONES NORMATIVAS

La posibilidad de reclamar omisiones en el juicio de amparo se encuentra prevista en los artículos 103, fracción I, y 107, fracciones IV y VII, de la Constitución General; los textos de estos preceptos son los siguientes:

> Artículo 103. Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite
>
> I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;
>
> Artículo 107. Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:

---

21 RELATIVIDAD DE LAS SENTENCIAS EN EL JUICIO DE AMPARO EN MATERIA AMBIENTAL. [TA]; 10a. época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; libro 61, diciembre de 2018; t. I; p. 397. 1a. CCXCIV/2018 (10a.). Registro digital: 2018800.

> (...)
>
> IV. En materia administrativa el amparo procede, además, contra actos u omisiones que provengan de autoridades distintas de los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, y que causen agravio no reparable mediante algún medio de defensa legal...
>
> (...)
>
> VII. El amparo contra actos u omisiones en juicio, fuera de juicio o después de concluido, o que afecten a personas extrañas al juicio, contra normas generales o contra actos u omisiones de autoridad administrativa, se interpondrá ante el Juez de Distrito...

El primero de los preceptos no especifica a qué tipo de omisiones se refiere. En el artículo 107 sí se especifica. La fracción IV del artículo 107 se refiere a las omisiones de las "autoridades distintas de los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo", es decir, a las autoridades que ejercen funciones administrativas y legislativas. La fracción VII del artículo 107, se refiere a las "omisiones en juicio, fuera de juicio o después de concluido", es decir, las emitidas, necesariamente, por una autoridad jurisdiccional; y también regula las "omisiones de autoridad administrativa". En esta última fracción, queda claro que las omisiones de autoridades jurisdiccionales y administrativas pueden ser cuestiones reclamadas en el juicio de amparo. La fracción IV, al no especificar el tipo de autoridades distintas a los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, se entiende que comprende a las legislativas.

No hay una norma expresa que se refiera a las omisiones de las autoridades legislativas. Sin embargo, por ser la norma genérica la prevista en el artículo 103, fracción I, y al existir duda sobre la interpretación de la fracción IV del artículo 107, se concluye que el amparo también procede en contra de omisiones legislativas, además, no hay norma que prohíba esa procedencia. Así lo ha reconocido la Suprema Corte.

La Primera Sala de la Suprema Corte resolvió en el *amparo en revisión 1359/2015*,[22] que se pueden reclamar una omisión legislativa absoluta derivada del incumplimiento de un mandato constitucional de legislar, de acuerdo con los artículos 103, fracción I, y 107, fracciones II y VII, de la Constitución General. Esta omisión legislativa puede ser reclamada sin que se actualice la causal de improcedencia prevista en el artículo 61, fracción XXIII, de la Ley de Amparo, en relación con el numeral 107, fracción II, de la Constitución General. En la sentencia del citado caso se determinó lo siguiente:

> ...cuando exista un mandato constitucional expreso dirigido al Poder Legislativo en el que se le imponga claramente el deber de legislar o de hacerlo en algún sentido específico, los tribunales de amparo tienen la responsabilidad de velar por el cumplimiento de la Constitución. Particularmente, tienen el deber de proteger

22 Quejoso: Campaña Global por la Libertad de Expresión A19, A.C. Resolución del 15 de noviembre de 2017.

> a las personas frente a las omisiones del legislador, garantizando que éstas no se traduzcan en vulneraciones de sus derechos fundamentales. [23]

La resolución del *amparo en revisión 1359/2015* obligó al Congreso de la Unión a expedir la ley reglamentaria del párrafo octavo del artículo 134 de la Constitución, de conformidad con lo dispuesto por el artículo tercero transitorio del *Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución en Materia Política-electoral*, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de febrero de 2014. En cumplimiento de este mandato constitucional y en atención a la referida sentencia, se expidió la *Ley General de Comunicación Social*, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de mayo de 2018. De esa resolución derivó el siguiente criterio:

> OMISIONES LEGISLATIVAS. SU CONCEPTO PARA FINES DEL JUICIO DE AMPARO.
>
> Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que en el marco del juicio de amparo sólo habrá una omisión legislativa propiamente dicha cuando exista un mandato constitucional que establezca de manera precisa el deber de legislar en un determinado sentido y esa obligación haya sido incumplida total o parcialmente. En efecto, en caso de no existir un mandato constitucional que establezca con toda claridad el deber de legislar, la conducta de la autoridad carecería de toda relevancia jurídica para efectos del juicio de amparo, de ahí que en esta vía procesal no tenga mucho sentido hablar de omisiones de ejercicio potestativo. Por último, es importante aclarar que autoridades distintas al Congreso de la Unión también podrían estar constitucionalmente obligadas a emitir normas generales, abstractas e impersonales.
>
> Amparo en revisión 1359/2015.[24]

En conclusión de la Suprema Corte, para que una omisión legislativa se reclame a través del juicio de amparo tiene que derivar del incumplimiento a un mandato expreso en normas constitucionales. Por esa razón, el juicio de amparo es procedente para reclamar omisiones legislativas para asegurar que los órganos legislativos acaten y cumplan con su obligación de crear o regenerar las normas conforme a mandatos constitucionales.

En el fondo, lo que está en debate es la vulneración de las normas constitucionales. Esta conclusión es de la Segunda Sala de la Suprema Corte, al resolver el *amparo en revisión 515/2018*, resuelta el 5 de septiembre de 2018, con base en lo resuelto en el *recurso de queja 27/2018*:

---

23 OMISIONES LEGISLATIVAS. LOS TRIBUNALES DE AMPARO TIENEN FACULTADES PARA ORDENAR LA RESTITUCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS QUEJOSOS CUANDO ÉSTOS HAYAN SIDO VIOLADOS POR. SCJN; 10a. Época; Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; 1a. XXII/2018 (10a.); TA. Registro digital: 2016423.

24 SCJN; 10a. época; Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; 1a. XX/2018 (10a.); TA. Registro digital: 2016424

> ... la fuerza legal de un mandato constitucional que constriñe a la reglamentación normativa de principios o reglas en leyes ordinarias para lograr su plena eficacia jurídica, no puede quedar al arbitrio o capricho del legislador ordinario. Es necesario que los jueces federales aseguren, mediante sus fallos, la completa e íntegra observancia al principio de supremacía constitucional ante la pasividad de los órganos legislativos.

Respecto a la procedencia de los juicios de amparo en los que se reclamen omisiones legislativas con relación a los efectos de las sentencias, en el *amparo en revisión 1356/2015*, la Primera Sala de la Suprema Corte determinó que el principio de relatividad de las sentencias de amparo no es un impedimento para la procedencia de este juicio. Se argumentó que, con motivo de las reformas a la Constitución General de 6 y 10 de junio de 2011, el principio de relatividad de las sentencias de amparo debía ser reinterpretado a la luz del nuevo marco constitucional con la finalidad de proteger todos los derechos humanos, en especial los que tienen dimensión colectiva y difusa. En esa resolución, la Primera Sala consideró que está en segundo plano el hecho de que una sentencia estimatoria pueda traducirse en algún beneficio para personas que no fueron parte del juicio, por lo que es admisible que, al proteger a la parte quejosa, indirectamente y de manera eventual, se beneficie a terceros ajenos a la controversia constitucional. La Segunda Sala de la Suprema Corte compartió el criterio anterior, por lo que en el *recurso de queja 27/2018*, resuelto el 20 de junio de 2018, precisó lo siguiente:

> ...**ante el peso de los principios de interpretación más favorable para la persona y de supremacía constitucional**, con relación al débito estatal primordial de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, **debe ceder la concepción "purista" o "absolutista" del principio de relatividad**.

El principio de relatividad de las resoluciones de amparo se interpretó con base en el parámetro del principio *pro persona*, lo que generó una interpretación mutativa sustitutiva.

Debido a que se reconoce la procedencia del juicio de amparo para reclamar omisiones legislativas con relación a los efectos relativos de las sentencias, la Segunda Sala, en el *amparo en revisión 515/2018*, consideró que los efectos, en este tipo de amparos, deben ser los siguientes:

> 8. Así, si los tribunales de amparo tienen facultades para ordenar la restitución de los derechos de los quejosos cuando éstos son violentados, en el caso de las omisiones legislativas absolutas, para mantener la regularidad constitucional, el efecto del amparo se traduciría en constreñir a la autoridad responsable, en este caso al Congreso local, a que ajuste su conducta al mandato de la Constitución Federal que omite, lo que en términos fácticos se traduce en la emisión de la legislación correspondiente.

Por lo anterior, el efecto de una sentencia de amparo en la que se declare la existencia de una omisión legislativa es la de obligar a la autoridad emisora a expedir la normatividad omitida, independientemente de los beneficios generales que se generen.

Los anteriores criterios sobre la procedencia y los efectos de las sentencias de juicio de amparo, en los que se reclaman omisiones legislativas, fueron reiterados en el *amparo en revisión 1076/2019*, resuelto por la Primera Sala el 20 de enero de 2021.

Un caso de gran relevancia fue el resuelto en el *amparo en revisión 265/2020*, de 12 de mayo de 2021, en el que la Primera Sala confirmó la sentencia que ordena al Congreso de la Unión a expedir el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, en cumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos segundo y cuarto transitorios del *Decreto por el que se reforman y adicionan los artículos 16, 17 y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia cotidiana*, publicado el 15 de septiembre de 2017; además, en esa sentencia, se obligó a dicho órgano legislativo a llevar a cabo un proceso de revisión integral de la legislación federal para que, en caso de que se requieran adecuaciones, sean emitidas en el plazo previsto para ello.

Finalmente, el principio de relatividad también requiere una modulación cuando se reclamen omisiones de actos que afecten los derechos económicos, sociales y culturales.

7. LA SUBSISTENCIA DEL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL 6 DE JUNIO DE 2011 Y LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUICIONALIDAD

Conforme al principio de relatividad, las resoluciones del juicio de amparo, en las que se reclaman normas de carácter general, se limitan a inaplicar o desaplicar las normas para proteger a la persona agraviada, en ningún caso eliminan o expulsan las normas. En estas resoluciones no se genera una restauración con efectos generales del sistema jurídico estatal. Por esa razón, fue necesario crear una figura que sí tiene ese efecto. Esta figura es la *declaratoria general de inconstitucionalidad*.

La declaratoria general de inconstitucionalidad es una figura adicionada a la Constitución General con la reforma en materia de amparo, publicada el 6 de junio de 2011. Se incluyó en la fracción II del artículo 107, junto con la regulación del principio de relatividad de las resoluciones de amparo.

La declaratoria general de inconstitucionalidad es un procedimiento cuyo objetivo principal es que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación decida, por mayoría de cuando menos ocho votos, la expulsión o eliminación del sistema jurídico de una o varias normas de carácter general no tributarias, consideradas inconstitucionales o inconvencionales a través de jurisprudencia por reiteración de los Tribunales Colegiados o por precedente de la Suprema Corte. Otro objetivo, que puede constituir

un procedimiento autónomo, es el de informar a las autoridades emisoras de normas de carácter general sobre los juicios de amparo indirecto en revisión que resuelvan la inconstitucionalidad de las normas que ellas hayan emitido.

Para que se genere esa sustracción, es necesario que la determinación de la inconstitucionalidad de las normas de carácter general en cuestión, vía jurisprudencia por reiteración o precedente, se hubiese notificado por la Suprema Corte a la autoridad emisora, sin que esta haya remediado la irregularidad en los 90 días naturales siguientes a que se le haya informado. Hay dos notificaciones, una cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelve sobre la inconstitucionalidad de una norma, y otra cuando derivado de esas resoluciones se genera jurisprudencia por reiteración o precedente.

El término "declaratoria" no es adecuado, porque da a entender que se hace una simple declaración. La declaratoria de invalidez (por inconstitucionalidad o inconvencionalidad) es el paso previo a la sustracción que realiza la Suprema Corte, y se realiza por los Tribunales Colegiados a través de jurisprudencia por reiteración o por la Suprema Corte a través de precedentes, que deriven de amparos indirectos en revisión. La labor del Pleno de la Suprema Corte es sustraer las normas cuya invalidez se decretó en la jurisprudencia por reiteración de los Tribunales Colegiados o por precedente de la Suprema Corte. La función sustractora que realiza el Pleno de la Corte se debería denominar "Sustracción de normas con efectos generales", porque no es una simple declaración, sino un efecto constitutivo consistente en la eliminación o expulsión de normas de carácter general del sistema jurídico mexicano.

La eliminación o expulsión de normas de carácter general no es un efecto de las sentencias de amparo indirecto. Sin embargo, cuando en ellos se reclaman normas de carácter general, pueden derivarse procedimientos de declaratoria general de inconstitucionalidad, en los que sí se genera el efecto de eliminación o expulsión de las normas generales. En la declaratoria general de inconstitucionalidad los efectos son *erga omnes* y en las sentencias de amparo indirecto, conforme a la *fórmula Otero*, los efectos son *inter partes*, por lo que no hay incompatibilidad entre ambas figuras.

Antes de la reforma del 6 de junio de 2011, en la fracción II del artículo 107 constitucional, se preveía la prohibición de realizar "una declaratoria general respecto de la ley o acto". Esto sigue siendo aplicable, porque, a pesar de que algunas sentencias de amparo generen efectos *erga omnes*, en ellas no hay una sustracción con efectos generales, no se eliminan o expulsan normas de carácter general del sistema jurídico estatal. La sustracción con efectos generales de una norma de carácter general nunca se va a dictar en una sentencia de amparo, no es el medio idóneo. Para emitir la declaratoria general de inconstitucionalidad se sigue un procedimiento que no es el del juicio de amparo, pero que deriva de los amparos indirectos promovidos contra normas de carácter general en los que se haya declarado su invalidez.

Las razones que se dieron en el proceso legislativo de la reforma a la Constitución General en materia de amparo, publicada el 6 de junio de 2011, específicamente en el

Dictamen elaborado por las comisiones de la Cámara de Senadores, para incluir a la Declaratoria frente a la fórmula Otero son las siguientes:

> Por lo que estas comisiones consideran que los efectos relativos de las sentencias de amparo generan ciertas consecuencias que son inadmisibles en un Estado democrático y de derecho. En un primer término, la relatividad de las sentencias de amparo vulnera el principio de supremacía constitucional. Por otro lado, se afecta la regularidad del orden jurídico mexicano, toda vez que tenemos casos de normas generales irregulares así determinadas por el órgano de control que no obstante, siguen formando parte del sistema jurídico.
>
> A mayor abundamiento debe decirse que vulnera el principio de igualdad ante la ley, pues la norma declarada inconstitucional se sigue aplicando a todos aquellos que no promovieron el juicio de garantías, además del principio de economía procesal, pues se llega al absurdo de tener que seguir promoviendo juicios de amparo contra leyes que han sido declaradas inconstitucionales un sinnúmero de veces. Esto supone una carga añadida para el Poder Judicial Federal que va en detrimento de una pronta y expedita administración de justicia.
>
> Por otro lado, debe decirse que en un país con serias desigualdades económicas y sociales es una injusticia la permanencia de normas inconstitucionales y su obligatoriedad para la inmensa mayoría de los gobernados, solo porque no promovieron un juicio de amparo, a pesar de haber sido declaradas inconstitucionales.

Conforme a lo anterior, queda claro que el objetivo de la declaratoria general de inconstitucionalidad, derivada del juicio de amparo indirecto, es evitar las incongruencias sistémicas y desigualdades que provoca el que una norma declarada inconstitucional a través de la función jurisdiccional sea inaplicada o desaplicada a determinadas situaciones o personas y a otros se les siga aplicando —esto conforme al modelo estadounidense—. Con la declaratoria general de inconstitucionalidad se preserva la congruencia del sistema jurídico y el principio de igualdad, porque una norma debe ser aplicable o no para todas las personas, lo cual atiende al modelo de jurisdicción constitucional propuesto por Kelsen.

8. LOS EFECTOS GENERALES EN LOS JUICIOS DE AMPARO DIRECTO

En la sentencia del amparo directo 9/2018, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró inconstitucional el artículo 13, fracción II, de la Ley del Seguro Social, al considerar que excluye del régimen obligatorio del seguro social a las personas trabajadoras domésticas. Esta exclusión es una excepción no prevista en la Constitución General, lo que la convierte en una medida discriminatoria y violatoria del derecho humano a la seguridad social.

La sentencia que resolvió el amparo directo 9/2018 no condenó al patrón ni al IMSS al pago de prestaciones retroactivas, ya que, legalmente, no existía la obligación de inscribir a la parte quejosa, debido a la presunción de constitucionalidad del precepto. Esto es conforme a los efectos normales de las sentencias de amparo directo; sin

embargo, el efecto de reconocer la inconstitucionalidad del artículo 13, fracción II, de la Ley del Seguro Social, y la imposibilidad de condenar retroactivamente al patrón y al IMSS, no son beneficiosos para la parte quejosa. Por esta razón, en una decisión garantista, propia de un tribunal constitucional, la resolución otorgó efectos que no son usuales en las sentencias de amparo directo, basándose en la necesidad de tomar medidas ante la existencia de normas discriminatorias que evidencian un problema estructural en el Estado mexicano.

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la sentencia mencionada, reconoció que no se trataba de un amparo indirecto en el que la norma (el artículo 13, fracción II, de la Ley del Seguro Social) pudiera ser el acto reclamado, y en el que los efectos de la sentencia podrían obligar a las autoridades legislativas y administrativas a remediar la inconstitucionalidad de la norma. Esto es una posibilidad que no es propia de las sentencias de amparo directo, en las que la autoridad responsable es la jurisdiccional que dictó la resolución que se reclama. En este caso, la norma no fue la cuestión reclamada, por lo que no se podría obligar a las autoridades que emitieron la norma a corregir la irregularidad. Sin embargo, al tratarse de un problema sistemático y estructural de discriminación, la Sala ordenó notificar al IMSS para que tomara medidas que permitieran que las personas trabajadoras domésticas accedan al régimen obligatorio de seguridad social.

La Segunda Sala ordenó al IMSS implementar un programa piloto que genere un régimen especial de seguridad social para este tipo de trabajadores, de manera que cuenten al menos con los ramos de riesgos de trabajo, enfermedades, maternidad, invalidez y vida, y retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, considerando las particularidades del trabajo doméstico. En la sentencia se ordena que el programa sea de fácil implementación para los patrones, obligatorio para estos, y viable financieramente para el propio IMSS. Este programa piloto tiene como finalidad que la seguridad social para estos trabajadores sea una realidad.

Además, se ordena en la sentencia que se permita a los patrones inscribir a sus trabajadores sin la necesidad de que estén inscritos ante el Servicio de Administración Tributaria, dado que el IMSS es un órgano fiscal autónomo que no depende de aquel para la recaudación, por lo que puede implementar un sistema en el que no se exija dicho requisito.

Como se mencionó anteriormente, estos efectos no son propios de las sentencias de amparo directo, ya que en estas no se puede obligar a autoridades distintas a la jurisdiccional responsable. En este caso, el IMSS no es la autoridad responsable; la responsable fue la Junta Especial Número Diecinueve de la Local de Conciliación y Arbitraje de la Ciudad de México. Legalmente, no se podría obligar al IMSS; sin embargo, se adoptó una postura garantista para ampliar los efectos de la sentencia de amparo directo y establecer directrices al IMSS con el fin de hacer efectivos los derechos de seguridad social de las personas trabajadoras domésticas, especialmente cuando se trata de un problema estructural de discriminación hacia estas personas

La sentencia aquí analizada representa un gran precedente para la protección de los derechos sociales en México, al considerar la situación particular que enfrentan las personas trabajadoras domésticas, tales como la difícil inspección del trabajo, la frecuente falta de un contrato escrito de trabajo, la variabilidad de las condiciones laborales (especialmente la duración de las jornadas), el domicilio del trabajador en su lugar de trabajo, el pago de salario en especie, entre otros. A lo anterior, esta clase trabajadora debe sumarle la falta de acceso a los servicios de seguridad social, como servicios de salud y un régimen pensionario. Por ello, la sentencia es una contribución a la lucha contra la pobreza y la exclusión social, y un avance hacia la asequibilidad de los servicios de seguridad social para estas personas en situación de vulnerabilidad.

En el contexto de la protección de derechos humanos, la protección de grupos en situación de vulnerabilidad, y el combate a la discriminación normativa, es pertinente que los efectos del juicio de amparo directo se amplíen para lograr una justicia efectiva. Esta es la manera en la que evolucionan las figuras jurídicas. Cabe recordar que el interés legítimo en el juicio de amparo indirecto se introdujo vía jurisdiccional hasta terminar regulado en la nueva ley de amparo; de la misma manera, se debe evolucionar en los efectos proteccionistas de las sentencias de amparo para salvaguardar plenamente los derechos humanos en México.

9. LOS EFECTOS GENERALES EN LA SUSPENSIÓN

El artículo 147, párrafos primero y segundo, de la Ley de Amparo, reconoce a la institución de la suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo teniendo por finalidad, entre otros objetivos, el de lograr que la medida cautelar cumpla cabalmente con su finalidad protectora, eliminando los abusos que la hicieran inalcanzable y conservando la materia del juicio hasta la terminación de este, por lo que en aras de ese principio, se facultó al juzgador para que privilegiara la ponderación entre la apariencia del buen derecho y la no afectación al interés social.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia 1a./J. 25/2018 (10a.), sostuvo que la suspensión en el juicio de amparo constituye una medida cautelar cuyo objetivo no sólo es preservar su materia mientras se resuelve el asunto, sino también evitar que se causen al quejoso daños de difícil reparación. En la suspensión, el juzgador de amparo puede ordenar que las cosas se mantengan en el estado que guarden y, de ser jurídica y materialmente posible, restablecerá provisionalmente a los quejosos en el goce del derecho violado mientras se dicta sentencia ejecutoria en el juicio de amparo.

De conformidad con esas finalidades, la suspensión del juicio de amparo debe ser acorde a la naturaleza del acto reclamado o del derecho que se reclame como violado. Por ello, si el amparo tiene como cuestión reclamada una norma de carácter general o se reclama la violación de un derecho social, económico o cultural, el efecto de la suspensión debe asegurar la eficacia de la sentencia, por lo que los efectos de la suspensión, en esos casos, deben ser generales.

El 14 de junio de 2024 se publicó el decreto que reforma el tercer párrafo del artículo 148 de la Ley de Amparo en la que se limitan los efectos generales de la suspensión en los juicios en los que se reclamen normas de carácter general. El texto de ese precepto quedó en los siguientes términos: "Tratándose de juicios de amparo que resuelvan la inconstitucionalidad de normas generales, en ningún caso las suspensiones que se dicten fijarán efectos generales." Esta es una reforma regresiva, carente de fundamento constitucional, porque desvirtúa las bondades de los efectos generales que se le han otorgado a las resoluciones de amparo. Si la preocupación es que un solo juzgador tenga el poder de paralizar la fuerza normativa de una ley, el problema no está en la medida sino en la estructura de la justicia constitucional.

CONCLUSIONES

Los efectos generales en el juicio de amparo representan una herramienta crucial para garantizar la protección efectiva de los derechos humanos en México. Estos efectos no solo corrigen las anomalías que afectan a las partes involucradas en un caso específico, sino que también permiten abordar problemas estructurales que impactan a la sociedad en su conjunto.

La evolución jurisprudencial ha comenzado a reconocer la importancia de extender estos efectos para proteger derechos sociales y económicos, y para abordar omisiones legislativas. Esto refuerza la función del Poder Judicial como garante del Estado de Derecho, ampliando su capacidad para intervenir de manera más integral y efectiva en la corrección de irregularidades normativas.

Los efectos generales del juicio de amparo impiden o previenen violaciones a los derechos humanos. Si se restringen estos efectos generales, la justicia constitucional siempre será represiva, limitada a reparar daños ya causados.

La estructura del juicio de amparo debe cambiar, debe permitirse, desde el texto constitucional los efectos generales para la protección de derechos económicos, sociales y culturales, y para los casos en los que se reclamen omisiones legislativas. El interés legítimo debe adecuarse a la necesidad de reconocer problemas sociales, cuya protección puede venir solo de una persona afectada.

Desde la reforma constitucional de 2011, se aclaró que el juicio de amparo procede en contra de normas, actos y omisiones, para la protección de los derechos humanos y las garantías. Pero, en la legislación secundaria no hubo una regulación precisa sobre la tramitación de amparos por omisión (por ejemplo, en el tema de los plazos). Tampoco se reguló con procesión el amparo que se promueve en contra de la violación a garantías.

Las omisiones ya sea legislativas o ejecutivas, implican la carencia de una garantía primaria o normativa para la protección y preservación o conservación de determinados derechos humanos, debido a que no se han expedido todas las normas para regular

la obligación de preservar tal derecho o no se han implementado determinadas políticas públicas. Esto es relevante porque el interés para reclamar la violación de una garantía, vía el juicio de amparo, es distinto al que se debe acreditar para reclamar la violación a un derecho humanos.

En las violaciones a las garantías siempre hay una situación jurídica identificable y especial de vulnerabilidad frente al ordenamiento jurídico. En las violaciones a las garantías el parámetro de razonabilidad es claro, pues se vulnera el Estado de Derecho que permite el ejercicio pleno de los derechos humanos, de tal manera que la protección constitucional del juicio de amparo implicará la obtención de un beneficio concreto e inmediato para el quejoso: la posibilidad de proteger sus derechos humanos. Por esto, los efectos generales son preventivos.

BIBLIOGRAFÍA

Daunou, Pierre Claude François, Ensayo sobre las garantías individuales que reclama el estado actual de la sociedad, Imprenta del D. Mariano, México.

Hamilton, A., Madison, J., Jay, J., *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 2010.

Montiel y Duarte, Isidro, Estudio sobre garantías individuales, Imprenta del Gobierno, México, 1873.

Olvera Rangel, Sergio Charbel, "La Declaratoria General de Inconstitucionalidad" *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho y Tirant lo Blanch, núm. 43, México, 2019.

—, "Inspirado en el control constitucional estadounidense: El juicio de amparo", en *Revista Siempre*, núm. 3660, 12 de junio de 2022.

Zarco, Francisco, Historia del Congreso Extraordinario Constituyente 1856 y 1857, Imprenta de Ignacio Cumplido, México, 1857, t. II.

APUNTES INTRODUCTORIOS PARA EL ESTUDIO DEL DERECHO COMPARADO

Juan Pablo Pampillo Baliño

RESUMEN: El presente artículo presenta una aproximación propedéutica al Derecho Comparado, incluyendo sus orígenes, métodos y clasificación de las principales familias jurídicas en el mundo.
PALABRAS CLAVE: Derecho Comparado, Comparación Jurídica, Método Comparativo, Funcionalismo, Estructuralismo, Mapamundi Jurídico, Tradiciones y Familias Jurídicas

ABSTRACT: This article provides an introductory approach to Comparative Law, including its origins, methods and classification of the most relevant legal families of the world.

KeywordS: Comparative Law, Legal Comparison, Comparative Method, Functionalism, Structuralism, Legal Mapamundi, Legal Families and Traditions.

SUMARIO: I. PRELIMINAR. II. INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMPARADO. III. LA METODOLOGÍA FUNCIONAL Y ESTRUCTURAL. IV. LAS TRADICIONES Y FAMILIAS JURÍDICAS. A. Los criterios para clasificarlas. B. El mapamundi jurídico actual. FUENTES CONSULTADAS.

I. PRELIMINAR

Desde el año de 2010 he tenido el privilegio de impartir en nuestra querida Escuela la cátedra Derecho Comparado —primeramente como materia obligatoria, actualmente como optativa—, alternando su docencia con la de Historia del Derecho, asignatura con la que se encuentra estrechamente vinculada.

La experiencia me ha llevado a identificar la necesidad de que los alumnos cuenten con textos sencillos y explicativos que puedan irlos aproximando a su rica y extensa temática, de tan grande utilidad tanto para la reflexión como para la práctica jurídica.[1]

---

1 En complemento a las referencias específicas que se harán más adelante sobre los antecedentes, noción, objetivos, finalidades, niveles y métodos de la Comparación Jurídica, pueden citarse las siguientes obras: Cruz, Peter, *Comparative Law in a Changing World*, 2nd ed, London, Cavendish Publishing Limited, 1999, González Martín, Nuria. *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, México, IIJ-UNAM y Nostra Ediciones, 2010, Lan Arredondo, Arturo J, *Sistemas Jurídicos*, México, Oxford University Press, 2015, López Garrido Diego, Massó Garrote, Marcos Francisco y Pegoraro, Lucio (Directores). *Derecho Constitucional Comparado*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, Markesinis, Basil, *Engaging with Foreign Law*, Oregon, Hart Publishing, 2009, Örücü, Esin and Nelken, David (editors). *Comparative Law. A Handbook*, Oregon, Hart Publishing, 2007, Pegoraro, Lucio y Rinella, Angelo. *Introducción al derecho público comparado*, trad. César Astudillo, México, IIJ-UNAM, 2006, Pizzorusso, Alexandro, *Curso de Derecho Comparado*, trad. Juana Bignozzi, Barcelona, Editorial Ariel, 1987, Samuel, Geoffrey, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, Oregon, Hart Publishing, 2014, Scarciglia, Roberto, *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*, Madrid. Editorial Dykinson, 2011, Siems, Mathias, *Comparative Law*, 2nd edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, Tardif Chalifour,

Y es que en nuestros días, resulta de especial relevancia e interés el estudio del Derecho Comparado, entre otras por las siguientes razones:

1) En un mundo globalizado, donde todas las ramas del Derecho se nutren y enriquecen del Derecho Internacional y de los Derechos Extranjeros, los juristas requieren cada vez más de un panorama de las principales tradiciones y familias jurídicas (fuentes, estructura, métodos, mentalidades, estilos, instituciones, tipos de argumentación, enseñanza del derecho y profesiones jurídicas), como elemento indispensable de su cultura general, pero sobre todo, como fuente de inspiración creativa de su criterio jurídico.

2) El Método Comparativo y las referencias a los Derechos Extranjeros, son usados cada vez más frecuentemente por legisladores, jueces y otros operadores jurídicos prácticos en todas las materias.

3) Los negocios internacionales requieren de parte de los abogados corporativistas, de empresa y despacho, de los litigantes y de los árbitros, una familiarización cada vez más estrecha con las principales ideas, métodos y estilos de otras familias jurídicas y en lo particular de las del *Common-Law*.

4) En un Estado Federal que se encuentra redefiniendo los ámbitos competenciales de sus partes a través de leyes generales, protocolos homologados y jurisprudencia de aplicación nacional (no sólo federal), la comparación jurídica entre los derechos de las entidades federativas y la federación se vuelve fundamental, lo que requiere hacerse a través de una metodología adecuada.

5) El Derecho Internacional, tanto Público como Privado, así como el de los Derechos Humanos, recurre cada vez más al método comparativo para la articulación y armonización de sus reglas y principios a través de tratados, protocolos, leyes uniformes y leyes modelo, entre otros.

6) El nuevo Derecho Supranacional y, especialmente, el de la Integración y el de los Derechos Humanos, requieren del conocimiento de los métodos, técnicas y herramientas propios del Derecho Comparado. En ése sentido, la propia metodología del Control De Convencionalidad y de la interpretación conforme realizada dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, al igual que —por ejemplo— su contraparte europea, más evolucionada, que ha migrado hacia el principio de interpretación concurrente, empleado sobre todo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Eric, *Sistemas jurídicos contemporáneos, Derecho comparado*, 2ª ed, México, Tirant lo Blanch, 2022, Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *Introducción al Derecho Comparado*, trad. Arturo Aparicio Vázquez, México, Oxford University Press, 2002.

7) Los tribunales supranacionales e internacionales, cada vez más acuden al método comparativo y los países que reciben sus sentencias, deben hacerlo a través de un diálogo jurisdiccional donde la consideración de los derechos extranjeros y del método comparativo resulta crucial. Lo mismo puede decirse de otras instancias internacionales y supranacionales, como los Consejos y Comités de los sistemas de la ONU, de la OEA, o de la Unión Europea, entre otros.

8) El conocimiento de las instituciones jurídicas extranjeras, sus orígenes, características, realizaciones y fracasos, constituye una importante orientación para el legislador y para los jueces en el desarrollo del propio derecho. Sin embargo, los "injertos jurídicos" de instituciones extranjeras, requieren del conocimiento de nuevas técnicas que necesitan ser estudiados para evitar tanto "imitaciones extra-lógicas" como para anticipar los ajustes que requerirán para su implementación.

9) Una de las mejores maneras de comprender en profundidad nuestro Derecho, es comparándolo con otros ordenamientos jurídicos, lo que nos permite apreciar mejor tanto el contorno como el dintorno de nuestras fuentes, instituciones, reglas, principios y mentalidades jurídicas.

10) La asignatura de Derecho Comparado es en cierto sentido la coronación de la secuencia del 'eje empírico' de las asignaturas como Sociología e Historia del Derecho, pues permite apreciar la manera en la que el Derecho ha evolucionado en diversas latitudes y tiempos, a partir de los problemas sociales de cada comunidad, formando diferentes tradiciones, familias y ordenamientos jurídicos. Asimismo, es también una culminación del 'eje valorativo', al que pertenecen asignaturas como Teoría del Derecho, Ética y Argumentación Jurídica y Filosofía del Derecho, pues ofrece una visión conjunto de los rasgos comunes y diferenciales, así como de los datos y elementos permanentes y variables, que presentan los ordenamientos jurídicos pertenecientes a distintas familias y tradiciones jurídicas. Por último, remata asimismo el ciclo de las materias del 'eje-normativo' en todos sus ámbitos (Derecho Público, Privado, Procesal, Social e Internacional), mediante la referencia general los mismos como rasgos distintivos de ciertas familias jurídicas, así como ofreciendo al estudiante las herramientas teórico-prácticas necesarias para su mejor comprensión.

En virtud de las anteriores razones, resulta fundamental el estudio del Derecho Comparado para los alumnos de Licenciatura, a través de un curso general que al menos los ponga en contacto con los principales Métodos de la Comparación Jurídica y que les permita ubicar mejor la inserción de su propio ordenamiento en el contexto de Mapamundi jurídico actual.

De ahí que el presente artículo busque precisamente eso, destacar la importancia del Derecho Comparado y ofrecer a sus estudiantes algunos apuntes didácticos que les sirvan como un primer acercamiento a la materia.

II. INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMPARADO

La Comparación Jurídica ha sido desde siempre un recurso tanto de la práctica como de la reflexión jurídica. Son bastante conocidos desde la Antigüedad los casos, en el plano teórico, de la comparación jurídica llevada a cabo por Aristóteles, en su Política, sobre más de 150 constituciones griegas y bárbaras, así como en el ámbito de la práctica, el ejercicio comparativo que llevaron a cabo los decémviros romanos para la elaboración de las *Ley de las XII Tablas*.

Igualmente, es común citar como ejemplo paradigmático de comparación jurídica la labor realizada por los juristas bajomedievales que desarrollaron el *Ius Commune* Europeo a partir de los diferentes *Iura Propria*, o bien, hacia la Modernidad, las conocidas reflexiones realizadas entre muchos otros por Giambattista Vico o por el barón de Montesquieu.

Sin embargo, es también un lugar común entre los estudiosos el reconocimiento de que la Ciencia del Derecho Comparado, con sus objetos, métodos y técnicas actuales, no inició su proceso de configuración y evolución epistemológica sino hasta finales del siglo XIX, considerándose de hecho como su 'momento fundacional' el *Congreso de París de 1900*.[2]

A dicho encuentro académico convocado por Raymond Saleilles y Edouard Lambert, asistieron algunos de los principales cultores de dicha disciplina, para definir sus 'perfiles' y 'métodos'. Entre su concurrencia puede mencionarse a J.G. Tarde, R. de la Grasserie, H.J. Summer Maine, E. Huber, A. Menger, E. Gaudemet, F. Pollock, E. Zitelmann, L. Josserand y M.R. Sohm, por solo citar a los más conocidos.[3]

Y aunque muy poco después, durante las Guerras Mundiales, se interrumpieron y en parte desalentaron sus trabajos, a partir de la posguerra la Comparación Jurídica experimentó un intenso desarrollo.

---

2 Sobre la Historia del Derecho Comparado, pueden verse con provecho los diversos capítulos de la Primera Parte de Reimann, Mathias & Zimmerman, Reinhard (editors), *The Development of Comparative Law in the World* en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, New York, Oxford University Press, 2006. Para un panorama más general y un balance de conjunto, pueden verse también las monografías de García Cantero, Gabriel "Cien años de Derecho Comparado (del Congreso de París de 1900, al de Nueva Orleans del 2000)" en *Revista Actualidad Civil*, num. 24. Madrid, Wolters-Kluwer, 2002, Reimann, Mathias,"The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century" en *American Journal of Comparative Law*, vol. 50, num. 4, Oxford University Press, 2002, Sacco, Roberto "One Hundred Years of Comparative Law", en *Tulane Law Review*, vol. 75, issue 4, 2001 y Scarciglia, Roberto, "A Brief History of Legal Comparison: A Lesson from the Ancient to PostModern Times", en *Beijing Law Review*, num. 6, 2015.

3 Sobre el Congreso de París, puede verse a Aragoneses, Alfons, *Un jurista del modernismo: Raymond Saleilles y los orígenes del derecho comparado*, Madrid, Universidad Carlos III y Dykinson, 2009 y a López-Medina, Diego, "El nacimiento del derecho comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde América Latina" en *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 26, Bogotá, Pontifica Universidad Javeriana, 2015, pp. 125 y ss.

De hecho, desde el periodo de entreguerras ya pueden destacarse los importantes trabajos de Ernst Rabel y del *Instituto Kaiser Wilhelm*, después incorporado al *Instituto Max Planck de Derecho Comparado*, cuyas 'aportaciones teóricas' y 'proyectos aplicados' son ampliamente reconocidos.[4]

A partir de la década de los 1950's, la intensificación de los diversos procesos socio-económicos derivados de la Globalización propiciaron la 'circulación' de 'modelos', 'conceptos' e 'instituciones' jurídicas en diversas latitudes, para los cuales se hizo cada vez más necesaria la Comparación, el 'Método Comparativo' y las 'Técnicas del Trasplante'.[5]

Asimismo, la confección de múltiples 'tratados internacionales', 'leyes uniformes', 'reglas extra-estatales' y 'principios generales comunes' elaborados a lo largo del siglo XX por el Derecho Internacional —tanto Público como Privado—, así como Supranacional y Transnacional, fueron en buena posible gracias a las aportaciones del Derecho Comparado, tanto de sus estudiosos como de sus prácticos.[6]

A partir de la mitad del siglo XX y durante tres o cuatro décadas, el comparativismo vivió una auténtica 'época dorada'.

Desarrolló su 'método tradicional', el 'contextual-funcional' bosquejado por E. Rabel y ampliamente difundido a través de sus discípulos establecidos en Norteamérica, como M. Rheinstein y R. Schlesinger, siendo también acogido como el 'estándar europeo' a través de influyentes obras como la de K. Zweigert y H. Kötz.

Dicho método fue además complementado poco después por el 'enfoque estructural', a través de las obras de L.J. Constantinesco primero y sobre todo de R. Sacco algún tiempo después.

También durante dicho fértil periodo se fueron perfeccionando las 'clasificaciones' y 'tipologías' de las familias jurídicas, a través de los trabajos de P. Arminjon, B. Nolde y M. Wolff, de la ampliamente difundida obra de R. David y de otras más recientes que serán expuestas posteriormente.

---

4 Véase Gerber, David J., *Sculpting the Agenda of Comparative Law: Ernst Rabel and the Façade of Language*, Chicago-Kent College of Law, 2001.

5 Cfr. Goldman, David, *Globalisation and the Western Legal Tradition,* Cambridge, Cambridge University Press, 2008 y Watson, Alan, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 2nd edition, Athens. University of Georgia, 1993.

6 Véase el repaso histórico que ofrece el comparatista mexicano Fix-Zamudio. Hector, "Tendencias actuales del derecho comparado" en Serna de la Garza, José María (coordinador), *Metodología del Derecho Comparado Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, IIJ-UNAM, 2005. También puede verse, esquemáticamente, a Morán, Gloria M., "El Derecho Comparado como disciplina jurídica: la importancia de la investigación y la docencia del derecho comparado y la utilidad del método comparado en el ámbito jurídico", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, num. 6, 2002.

E igualmente en dichos años fueron publicados algunos de los 'textos clásicos' del Derecho Comparado, tanto de los autores ya citados, como de otros muchos entre quienes puede destacarse a H.C. Gutteridge, G. Gorla y R. Sacco.

Sin embargo, hacia el último tercio del siglo XX, las proyecciones del 'pensamiento crítico y posmoderno' sumieron a la Comparación Jurídica en una fase de 'introspección' y 'auto-análisis'.

Durante la misma, se autocensuró su 'etnocentrismo europeísta y occidentalista', su 'pretensión uniformadora', e incluso su 'instrumentalización' al servicio de 'intereses económicos y políticos' tanto nacionales como transnacionales. En contrapartida, fue reivindicada la importancia del 'multiculturalismo', de las 'diferencias' y de las 'asimetrías'.

Incluso se llegó al extremo de plantear la 'imposibilidad científica' del Derecho Comparado, o bien en virtud de una supuesta "incomparabilidad entre las culturas" como "realizaciones únicas e inconmensurables" (P. Legrand), o bien en razón de "la naturaleza política del derecho" que sería "ocultada" por una comparación meramente jurídica (G. Frankenberg).[7]

Las anteriores críticas —todavía en parte vigentes—, deben conducir a una 'toma de conciencia' de los 'sesgos' y 'limitaciones' del 'comparativismo clásico', así como a una 'depuración' de sus 'métodos'. Pero sin dejar de reconocer sus indudables méritos y realizaciones, así como —sobre todo— la necesidad y utilidad del Derecho Comparado en nuestros días.

En cualquier caso, para los efectos del presente artículo, puede decirse que el Derecho Comparado tiene como 'objetivo teórico' el 'conocimiento' y la 'contrastación' entre ordenamientos jurídicos, así como la identificación de sus 'semejanzas' y 'diferencias'; planteándose habitualmente como 'finalidades prácticas', su 'mejor comprensión', 'perfeccionamiento', y 'armonización', así como el 'desarrollo' de 'conceptos' e 'instituciones' jurídicos.

En cuanto a los 'niveles de la comparación', a partir de M. Rheinstein suelen distinguirse la 'Macrocomparación' y la 'Microcomparación'.

La primera consiste en un estudio 'amplio' y 'general' de la 'historia' y los 'contextos socio-culturales', para 'tipificar y distinguir' los diferentes ordenamientos, ubicándolos alrededor de diversas 'tradiciones' y 'familias jurídicas'.

En contrapartida, la segunda se ocupa más bien del análisis 'específico' y 'minucioso' de las 'instituciones', 'procedimientos' y 'conceptos' jurídicos en particular.

---

7 Cfr. Frankenberg, Gunther, "Critical comparisons: rethinking comparative law", en *Harvard International Law Journal*, vol. 26, 1985 y Legrand, Pierre, y Munday, Roderick (editors), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

Evidentemente, ambos niveles son 'complementarios', frecuentemente 'se implican' recíprocamente y sus fronteras no deben considerarse de manera rígida.

Ahora bien, para alcanzar sus objetivos y finalidades en los dos anteriores niveles, el Derecho Comparado se ha servido, a lo largo de su evolución, de diversos métodos.

En un principio —como se dijo— se adhirió al 'método funcional' y 'contextual-funcional' y posteriormente desarrolló el 'método estructural'.

Y aunque el primero ha tenido su mayor incidencia en el campo de la Microcomparación, mientras que el segundo ha sido especialmente relevante en el de la Macrocomparación, ambos métodos son igualmente necesarios en los dos diferentes niveles del estudio comparativo.

Cabe apuntar que los anteriores métodos no son los únicos de los que se sirve el comparatismo actualmente.

Existen múltiples 'enfoques' y 'métodos' adicionales. Entre los enfoques, destacan el sincrónico y el diacrónico —según la perspectiva sea estática o dinámica—, el monocultural y el multicultural —si los ordenamientos pertenecen a la misma o a diferentes tradiciones jurídicas—, el horizontal, el vertical o el diagonal —según se comparen ordenamientos del mismo nivel, vgr. nacional, o de nivel diverso, vgr. internacional, transnacional, nacional e intraestatal, considerando las diferentes influencias según los diferentes patrones del *top-down* o del *botton-up*—, el cuantitativo o el cualitativo y un muy largo etcétera.[8]

Entre los métodos, se considera de especial interés el 'conceptualismo' de O. Brand que busca desarrollar 'marcos conceptuales de referencia' para comparar las diversas reglas, instituciones y procedimientos jurídicos.[9]

También podrían mencionarse el 'culturalismo' de P. Legrand, además de diversas proyecciones metodológicas de varias escuelas de pensamiento jurídico, como la del *Análisis Económico del Derecho* o la de los *Estudios Jurídicos Críticos*, admitiéndose en general el "pluralismo metodológico".[10]

---

8 Cfr. Scarciglia Roberto, *Métodos y Comparación Jurídica*, Madrid, Dykinson, 2018, passim.

9 Cfr. Brand, Oliver. "Conceptual Comparisons: Towards a coherent methodology of Comparative Legal Studies" en *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 32, 2007.

10 Husa, Jaakko, Methodology of comparative law today: from paradoxes to flexibility? en *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 58, núm. 4, 2006, Monateri, Giuseppe (editor). *Methods of Comparative Law*, Massachusetts, Edward Elgar, 2012, Samuel, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*..., op. cit., capítulos 3 a 7, Scarciglia, *Métodos y Comparación Jurídica*..., op. cit, véanse también los capítulos que integran la Segunda Parte Approaches to Comparative Law de la obra de Reimann & Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*..., op. cit. Más allá de la diversidad de enfoques y métodos, se conviene con J. Husa y R. Sacrciglia, en el sentido de adoptar y sugerir de manera flexible el "pluralismo metodológico", seleccionando el o los 'métodos apropiados', de acuerdo con el 'objeto y finalidades' específicos de cada estudio.

Sin embargo, aunque no sea este el lugar para abundar sobre el particular, se considera que dichos enfoques y métodos contribuyen más bien a 'refinar la perspectiva' y 'orientar mejor' —incluso a 'corregir las 'posibles desviaciones'— de los 'métodos generales' del 'funcionalismo' y del 'estructuralismo', que por otro lado son los que más nos interesan como complemento del 'método histórico y socio-cultural' que se expuso anteriormente y los que mejor servirán para la identificar, comprender, comparar, clasificar y criticar los ordenamientos jurídicos históricos.

III. LA METODOLOGÍA FUNCIONAL Y ESTRUCTURAL

El 'método contextual-funcional', fue bosquejado —como se dijo— por E. Rabel, aunque también por M. Salomon, ambos a partir de diversas ideas de L. Mitteis y de G. Radbruch. Dicho método sería posteriormente perfeccionado por R. Schlesinger, con su 'análisis factual-funcional' y por K. Zweigert y H. Kötz, entre otros.

Actualmente, el método funcional constituye, en su 'versión refinada' —a partir de las críticas de las que fue objeto y de sus consecuentes reformulaciones—, el más aceptado y utilizado por los comparatistas.[11]

Dicho método fue el que permitió que la Comparación Jurídica superase las estrecheces de la 'Legislación Comparada' del siglo XIX, que contrastaba desde un 'enfoque formal-normativo' las instituciones y procedimientos jurídicos, sin mayor consideración de sus orígenes y entorno socio-cultural.

En contrapartida, el funcionalismo propone tomar especialmente en consideración los 'contextos' para analizar específicamente las 'funciones jurídicas', considerando que las 'instituciones normativas' pueden ser 'variadas', aunque frecuentemente los 'problemas sociales' sean los 'mismos' o por lo menos semejantes.

En ése sentido, el funcionalismo retomó —implícita o explícitamente— el binomio dinámico del *challenge & response* (problema-solución, realidad-cultura) de A. J. Toynbee.[12]

De ahí que considere que 'el objeto de la comparación' deben ser 'las funciones' desarrolladas por las diferentes instituciones jurídicas en su distinto contexto; pues la realidad es que 'instituciones diversas', pueden llevar a cabo 'funciones semejantes'.

El Derecho Comparado permite así para identificar problemas, soluciones y procedimientos jurídicos, a partir de la noción de 'equivalencia funcional' (*functional equivalence*).

---

11 Sobre el método funcionalista, en general se siguen y pueden verse las exposiciones de Samuel, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*..., op. cit., pp. 65 y ss, Scarciglia, *Métodos y Comparación Jurídica*..., op. cit., pp. 99 y ss y 135 y ss. y Zweigert y Kötz, *Introducción al Derecho Comparado*..., op. cit., pp. 37 y ss.

12 Cfr. Toynbee, Arnold J., *A Study of History Abridgement*, London, Oxford University Press, 1946.

De ése modo, más allá de las diferentes 'designaciones' *(nomen iuris)* —vgr. amparo, *habeas corpus*, acción de tutela, *madato de segurança, etc.— y de la 'estructura' y 'dinámica' de las* 'instituciones' o 'procedimientos' —semejantes o distintos en cuanto a su diseño—, resulta posible su contrastación a partir de su funcionalidad para solucionar problemas similares.

Más aún, dicha 'comparación funcional' permite 'valorar' la mayor 'eficiencia' y 'eficacia' de las instituciones o procedimientos, propiciando así desde un punto de vista dogmático, el sugerir modificaciones, perfeccionamientos o injertos.

Una categoría típica y central del funcionalismo es el concepto de 'modelo de referencia' o '*tertium comparationis*', que consiste en el 'parámetro de comparación' a través del cual se comparan dos o más ordenamientos, doctrinas, instituciones o procedimientos jurídicos.

En efecto, el 'análisis comparativo' consta para el funcionalismo de tres elementos: i) lo que se compara (*comparatum*), ii) aquello contra lo que se le compara (*comparandum*), y iii) el modelo de referencia (*tertium comparationis*) a través del cual se lleva a cabo la comparación.

Es decir, la comparación no se hace directamente entre dos o más ordenamientos, doctrinas, instituciones o procedimientos; sino precisamente por medio del *tertium comparationis*, como una especie de 'modelo' o 'tipo' desarrollado —empírica o idealmente— por el comparatista, para enunciar tanto un 'problema' o conjunto de problemas 'fácticos', como una 'solución' o grupo de soluciones 'jurídicas'.

Ahora bien, por lo que respecta en segundo lugar al 'método estructuralista', desarrollado en su versión actual por R. Sacco en la década de los 1990's, cabe observar que concibe al derecho como un "conjunto orgánico de elementos".[13]

Desde dicha concepción considera que el valor funcional de sus elementos, no se encuentra solamente en cada uno de sus componentes autónomamente considerados, sino principalmente en sus "interrelaciones recíprocas" que conforman al 'ordenamiento' —al que denomina como "sistema"—, considerado como un todo.

Para Sacco, las 'fuentes formales' del Derecho, a las que denomina "formantes" (*legal formants*), concurren en la estructuración del ordenamiento, debiendo ser estudiadas tanto en lo individual como en sus relaciones de 'convergencia', 'influencia' y 'oposición'.

---

13 Cfr. Sacco, Rodolfo, *Antropologia giuridica Contributo a una Macrostoria dil Diritto*, Bologna, Il Mulino, 2007 y Gambaro, Antonio y Sacco, Rodolfo, *Sistemi Giuridici Comparati. Trattato di Diritto Comparato*, 4ª edizione, Torino, Utet Giuridica, 2018; véase sobre todo el capítulo primero. Sobre el método estructuralista, puede verse también con provecho a Samuel, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*..., op. cit., pp. 96 y ss y Scarciglia, *Métodos y Comparación Jurídica*..., op. cit., pp. 109 y ss.

Pero además de los formantes, Sacco se refiere también a los "metaformantes", como "fórmulas políticas, económicas o culturales", que sin ser parte de la estructura normativa del ordenamiento, influyen sin embargo sobre los formantes y sus relaciones.

Finalmente, retomando una dualidad clásica en el *Realismo Jurídico Norteamericano*, específicamente propuesta R. Pound, quien diferenció a 'el derecho en la teoría de los libros' —*law in the books*— y el 'derecho viviente en la dinámica de su aplicación' —*law in action*—, Sacco considera que solo es posible conocer este último a partir de la dinámica entre los formantes en relación con los metaformantes, añadiendo finalmente un 'concepto vago pero fecundo': "los criptotipos".

Para el comparatista italiano, los criptotipos son "ideas no verbalizadas" que se encuentra "implícitas" en los formantes, los metaformantes y su dinámica, de las que muchas veces ni siquiera tienen conciencia los propios actores jurídicos, pero que en realidad constituyen modelos y precomprensiones intensamente influyentes en la práctica jurídica.

Para Sacco, el comparatista debe adentrarse en el conocimiento de los ordenamientos jurídicos, pasando del *law in the books* al *law in action*, hasta llegar, mediante una comprensión profunda de los mismos que incluya también a los criptotipos, a poder describir el 'derecho en las mentes' —*law in the minds*— de los actores jurídicos y juristas.

El camino propuesto por Sacco para conocer los ordenamientos jurídicos en la profundidad de su operatividad dinámica a partir de la comprensión socio-cultural de las ideas y modelos jurídicos subyacentes, resulta ejemplar para entender las diversas experiencias jurídicas. Experiencias que deben ser analizadas en sus formantes, metaformantes y criptotipos, desde donde se van vertebrando las reglas, instituciones y procedimientos a los que se hizo referencia en su oportunidad.

Por último, cabe destacar que varios comparatistas desarrollaron a partir de los anteriores métodos diferentes 'criterios' para para 'identificar y distinguir' los ordenamientos jurídicos, así como para 'clasificarlos'.

Entre los mismos —y a reserva de una posterior exposición con mayor detalle—, pueden citarse los criterios propuestos por L.J. Constantinesco, K. Zweigert y H. Kötz, U. Mattei, y A. Sánchez Bayón.[14]

Para Constantinesco, todos los 'ordenamientos jurídicos' presentan ciertos "elementos determinantes", que son los que los definen, destacando entre los mismos:

---

14 Cfr. Constantinesco, Leontin-Jean, *Tratado de Derecho Comparado*, Madrid, Editorial Tecnos, 1981, Zweigert y Kötz, *Introducción al Derecho Comparado…*, op. cit., Mattei, Ugo, "Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems", en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 45. issue. 1, Oxford University Press, 1997 y Sánchez-Bayón, Antonio. *Sistema de Derecho comparado y global: de las familias jurídicas mundiales al nuevo Derecho común*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

i) la “concepción” y el “papel del Derecho”;

ii) la “doctrina” sobre el Derecho y su relación con el poder;

iii) las relaciones entre el “dato” y lo “construido”;

iv) la “constitución económica”;

v) la doctrina sobre el Derecho respecto de la relación entre la autoridad y libertad;

vi) la “interpretación” y la posición del juez;

vii) ciertas “nociones” y “categorías jurídicas fundamentales”,

De manera convergente, Zweigert y Kötz se refieren a los “estilos jurídicos” que presentan los diferentes ordenamientos, familias y tradiciones —de modo semejante a los estilos literarios o corrientes artísticas—, figurando entre sus elementos mismos que a su vez se encuentran caracterizados para ellos, por los siguientes elementos: su “evolución histórica”, las “formas típicas” de “pensamiento jurídico” (inductivo-casuista o deductivo-conceptual-normativo), sus “instituciones características”, la “jerarquía” de sus “fuentes” y su “ideología”.

Por su parte, U. Mattei considera que los ordenamientos jurídicos pueden ser agrupados en torno a “tres criterios de prevalencia” flexibles en: i) los del ‘*rule of professional law*’, donde predomina componente técnico jurídico, ‘secularizado’ respecto del ‘elemento religioso’, ‘político’ y ‘moral’; ii) los del ‘*rule of political law*’, donde las soluciones dependen del poder público; y iii) los del ‘*rule of traditional law*’, donde el derecho está fundido con las creencias y la moral religiosa y política, siendo característico del “área oriental”.

Por su parte, Sánchez-Bayón distingue entre los que denomina: i) “sistemas originarios” y ii) “sistemas derivados”, aludiendo a los ordenamientos “mixtos” e “híbridos”, como aquéllos que han integrado a sus ‘tradiciones autóctonas’ elementos ideológicos o técnicos de otras familias jurídicas.

Como puede apreciarse, los anteriores métodos generales y criterios de la comparatística, constituyen referentes de gran utilidad para que pueda realizar su quehacer de identificar, comprender, clasificar, comparar y criticar los ordenamientos jurídicos pretéritos.

Sin embargo, para ello, resulta necesario seguir un itinerario secuencial, como el propuesto por Constantinesco en tres pasos: “conocimiento, comprensión y comparación”.[15]

15 Apud. Scarciglia, *Métodos y Comparación Jurídica*..., op. cit., p. 143.

IV. LAS TRADICIONES Y FAMILIAS JURÍDICAS

Cuando se hace referencia a las 'tradiciones jurídicas' dentro de los ámbitos de la Historia Jurídica y del Derecho Comparado actuales, normalmente se asumen algunas 'premisas conceptuales' que se desarrollaron desde mediados de la década de los 1980's por diversos autores, entre los que destacan los historiadores H. Berman y Th. Duve, los comparatistas J.H. Merryman, L. Friedman y P. Glenn y el iusfilósfo W. Twining.[16]

Desde dichas premisas conceptuales, se entiende en primer lugar al Derecho como un elemento 'especialmente relevante' y 'configurativo' de la 'cultura' y de la 'civilización' a las que pertenece.

Por lo mismo, se considera que debe ser estudiado —tanto histórica como comparativamente—, desde una 'aproximación contextual' y 'socio-cultural' y no solo 'normativa' o 'conceptual', como se ha venido insistiendo.

Además, se considera al Derecho —sobre todo por Berman— como parte de un 'patrimonio cultural e histórico' objeto de un 'desarrollo continuo', realizado generación tras generación, donde más allá de rupturas y discontinuidades, se procura 'edificar para el futuro', desde las 'estructuras presentes' y a partir de los 'cimientos pasados'.

De la misma manera, se afirma que el Derecho —al igual que la política o la economía—, más allá de su 'presencia universal' e incluso de sus 'principios constantes' a lo largo de la historia y de la geografía, se encuentra también 'íntimamente vinculado' —tanto en su 'reflexión' como en su 'actividad'—, con 'aspectos culturales' bien específicos, por lo que su 'comparación' —ya sea histórica o presente—, siempre arrojará tanto 'semejanzas' como 'diferencias'.

Por último, el empleo de la expresión 'tradición jurídica' supone un 'deslinde' respecto de la 'terminología anterior', que hacía referencia a los "sistemas jurídicos" con cierto predominio en lo normativo y conceptual (R. David), así como a las "familias jurídicas", consideradas desde una perspectiva 'taxonómica' de naturaleza 'biologicista.'

---

16 Respectivamente véase a Berman, Harold J., *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Massachusetts, Harvard University Press, 1983. También está disponible en castellano en la siguiente version: Berman, Harold J., *La formación de la Tradición Jurídica de Occidente,* trad. Mónica Utrilla, México. FCE, 1996, Duve, Thomas "Legal traditions: A dialogue between comparative law and comparative legal history" en *Comparative Legal History, (Online) Journal* published by Routledge, vol. 6, núm. 1, 2018. De la obra original de Merryman, puede verse la versión actualizada y traducida de Merryman, John Henry y Pérez-Perdomo, Rogelio. *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*, trad. E.L. Suárez, 3ª ed., México, FCE, 2014. Las otras obras de referencia son las de Friedman, Lawrence M., *The Republic of Choice: Law, Authority, and Culture,* Cambridge, Harvard University Press, 1998, Glenn, Patrick, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, 5th edition, Oxford, Oxford University Press, 2014 y Twining, William, *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective,* Cambridge, Cambridge University Press, 2009. Adicionalmente, desde dicha perspectiva, puede verse también la obra colectiva de Örücü and Nelken. *Comparative Law. A Handbook*..., op. cit.

En virtud de lo anterior, la adopción de las designaciones de tradición, familia y ordenamiento supone tanto una 'pre-comprensión socio-cultural del Derecho', como una 'opción metodológica jurídico-contextual'.

En términos categoriales o clasificatorios, las tradiciones serían el género, las familias extendidas la especie, las familias compactas serían las subespecies y los ordenamientos los individuos.

A manera de ejemplo, el Ordenamiento Jurídico Mexicano sería parte de la Familia Compacta Iberoamericana, que a su vez es parte de la Familia Extendida del *Civil Law*, que a su vez es parte de la Tradición Jurídica Occidental.

A. Los criterios para clasificarlas

El gran problema que supone la caracterización histórica y cultural de las tradiciones, familias y ordenamientos jurídicos, aparece cuándo se trata de 'identificarlas y distinguirlas', así como de definir los mismos 'criterios para clasificarlas'.[17]

Más allá de los múltiples esfuerzos emprendidos desde los mismos albores del Derecho Comparado (Esmein, Lévi-Ullman, Armignon, Nolde y Wolffe), una de las tipologías más conocidas es la debida a René David, quien hacia la década de los 1960's, distinguió:

i) los "Sistemas Jurídicos Occidentales" —con sus dos familias del *Civil Law* y del *Common Law*—;

ii) de los "Derechos Socialistas"; y

iii) de una 'categoría general', que a manera de 'cajón de sastre' denominó como de "Otros Sistemas Jurídicos", incluyendo dentro de la misma:

   a. los "Sistemas de Derechos Religiosos" (Islámico, Hindú y Judío),

   b. los "Sistemas del Lejano Oriente" (China y Japón), y

   c. los "Sistemas Consuetudinarios" del África Negra y Madagascar.[18]

---

17 Un panorama general sobre dichos criterios puede verse en de Cruz. *Comparative Law in a Changing World*..., op. cit., Rinella, Angelo, "Familias Jurídicas y Formas de Estado" en López Garrido, Diego, Massó Garrote, Marcos Francisco, y Pegoraro, Lucio (Directores). *Derecho Constitucional Comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

18 Entre las muchas versiones disponibles de su obra, editada desde la década de los 1960's y actualizada continuamente por la Prof. Jauffret-Spinosi, se recomienda especialmente la siguiente: David, René y Jauffret-Spinosi, Camille, *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, edición, traducción y notas de Jorge Sánchez Cordero, México, IIJ-UNAM, Centro Mexicano de Derecho Uniforme y Facultad Libre de Derecho de Monterrey, 2010.

Ahora bien, más allá de las insuficiencias de la anterior clasificación, a partir de la misma, la 'elaboración de criterios' se ha 'desarrollado' significativamente, al igual que se ha venido produciendo —en paralelo— una cierta 'relativización' de sus mismas 'categorías' y 'clasificaciones'

Por lo que hace los 'criterios', resultan particularmente aprovechables los propuestos por los comparatistas L.J. Constantinesco y K. Zwiegert y H. Kötz, que son en buena parte 'convergentes', así como dos más recientes debidos a U. Mattei y a A. Sánchez-Bayón.[19]

Para Constantinesco, todos los 'ordenamientos jurídicos' presentan dos tipos de "elementos": los "fungibles" y los "determinantes". Estos últimos son —en su concepto— los que configuran a los ordenamientos, familias y tradiciones jurídicas, pudiendo contarse entre los mismos, como parte de una lista que ofrece de modo puramente indicativo, al menos los siguientes:

i) la "concepción" y el "papel del Derecho";

ii) la "ideología" y la "doctrina", oficiales o no, que inciden sobre el Derecho y determinan sus relaciones con el poder;

iii) las relaciones entre el "dato" (la realidad socio-económica-política-histórica) y lo "construido" (el edificio jurídico que se le sobrepone), siguiendo la concepción de F. Gèny;

iv) la "constitución económica", entendida como las opciones asumidas respecto de la propiedad, la libre circulación de los factores de la producción, la autonomía de los particulares, la libre iniciativa económica y el alcance del principio dispositivo en los contratos y las obligaciones;

v) la "concepción" y el "rol del Estado";

vi) la idea dominante, relativa a las "funciones del Estado", a sus relaciones con el Derecho y a la relación entre la autoridad y libertades fundamentales;

vii) "las fuentes del Derecho";

viii) la "interpretación de las leyes y del Derecho" y la posición del juez y su papel en la interpretación; y

ix) ciertas "nociones" y las "categorías jurídicas fundamentales",

---

19 Cfr. Constantinesco, *Tratado de Derecho Comparado*..., op. cit., Zweigert y Kötz, *Introducción al Derecho Comparado*..., op. cit., Mattei, Ugo, "Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems" ..., op. cit., y Sánchez-Bayón. *Sistema de Derecho comparado y global: de las familias jurídicas mundiales al nuevo Derecho común*..., op. cit.

De manera parcialmente convergente, Zweigert y Kötz se refieren a los "estilos jurídicos" que presentan los diferentes ordenamientos, familias y tradiciones —de modo semejante a los estilos literarios o corrientes artísticas—, mismos que a su vez se encuentran caracterizados para ellos, por los siguientes elementos:

i) los "antecedentes", "evolución histórica" y pertenencia a una determinada "cultura jurídica";

ii) las "formas típicas" o características de "pensamiento jurídico" (inductivo-casuista o deductivo-conceptual-normativo);

iii) sus "instituciones características" o distintivas;

iv) sus "fuentes" y "su jerarquía"; y

v) su "ideología".

Por su parte, U. Mattei considera que los ordenamientos jurídicos pueden ser agrupados en torno a "tres criterios de prevalencia" flexibles en:

i) los del '*rule of professional law*', donde predomina —como en la Tradición Jurídica Occidental— el componente técnico jurídico, 'secularizado' respecto del 'elemento religioso', e 'independiente' respecto de los 'factores políticos y morales';

ii) los del '*rule of political law*', donde las soluciones jurídicas dependen del poder público y el derecho está subordinado al cumplimiento de ciertos objetivos políticos; y

iii) los del '*rule of traditional law*', donde el derecho está fundido con las creencias y la moral religiosa y política, siendo característico del "área oriental".

Finalmente, Sánchez-Bayón distingue entre los que denomina:

i) "sistemas originarios", refiriéndose específicamente a la Tradición Jurídica Occidental, y

ii) "sistemas derivados", aludiendo a los ordenamientos "mixtos" e "híbridos", como aquéllos que han integrado a sus 'tradiciones autóctonas' —religiosas, políticas o consuetudinarias—, tanto 'elementos ideológicos' (vgr. del Derecho Socialista), como 'elementos técnicos' del *Common Law* o del *Civil Law*, según los casos.

Por último, respecto de la 'relatividad' de todos los anteriores 'criterios' y de las 'clasificaciones' que se han diseñado a partir de los mismos, cabe destacar —como lo hicieron en su momento Zweigert y Kötz, y a partir de ellos la mayor parte de los comparatistas—, que los mismos deben considerarse siempre de 'manera flexible'.

Lo anterior en virtud de que resulta frecuente que algunos ordenamientos jurídicos, puedan adscribirse a dos o más familias jurídicas, dependiendo del 'momento histórico' o de la 'rama del derecho' en cuestión.

En el ámbito temático, piénsese en el 'ejemplo clásico' de los Estados Unidos de Norteamérica: su Derecho Privado pertenece a la familia del *Common Law*; pero su Derecho Público, que se encuentra constitucionalizado y que acoge el *Judicial Review* como 'control constitucional difuso', permite ubicarlo más bien en la tradición del '*Staatrecht*' (Estado de Derecho) propia del *Civil Law*.

E igualmente sucede en el ámbito latinoamericano, donde en materia procesal penal se aprecian varios ordenamientos que han adoptado el tipo de enjuiciamiento oral y adversarial propio del *Common Law*, en sustitución del escrito e inquisitivo.

Por lo que respecta al 'momento histórico', baste con señalar los casos de los ordenamientos jurídicos influidos en su tiempo por el Derecho Soviético, que actualmente han dejado atrás su influencia política e ideológica para retomar o adoptar los elementos típicos de la Tradición Jurídica Occidental.

B. El mapamundi jurídico actual

Los criterios anteriormente expuestos permiten comprender y comparar mejor los ordenamientos jurídicos históricos, complementando los descritos en el capítulo anterior.

Pero además, a través de los mismos, es posible sustentar una 'propuesta' de 'clasificación', que se ofrece para efectos puramente 'orientativos' y 'esquemáticos'.

Para ello, retomando en primer lugar el criterio propuesto por Sánchez-Bayón, aunque modificándolo sustancialmente, se propone distinguir los 'ordenamientos originarios' y los 'ordenamientos derivados', así como los que aquí se denominan 'ordenamientos pluralistas' —que a su vez pueden ser 'mixtos' o 'híbridos'— de la siguiente manera.[20]

---

20 Se retoman en parte algunas de las consideraciones propuestas en Palmer, Vernon Valentine, Mattar, Mohamed Y. and Anna Koppel, Anna, (editors). *Mixed Legal Systems, East and West*, Surrey, Ashgate, 2015. Igualmente se han tomado en cuenta para la clasificación que se propondrá más adelante, a partir de los anteriores criterios, junto a los textos anteriormente citados dentro del presente epígrafe, los siguientes: Bell, Gary F. (editor), *Pluralism, Transnationalism and Culture in Asian Law: A Book in Honour of M.B. Hooker*, Singapore, Yusof Ishak Institute, 2017, Hashim Kamali, Mohammad, *Principles of Islamic Jurisprudence*, 3rd edition, Malaysia, Islamic Text Society, 2003, Onyango, Peter, *African Customary Law: an Introduction*. Nairobi, LawAfrica Publishing, 2013, Haley, John Owen, *Authority without Power. Law and the Japanese Paradox*, New York, Oxford University Press, 1991, Menski, Werner, *Comparative Law in a Global Context. The Legal Systems of Asia and Africa*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, Olivelle, Patrick and. Davis, Jr., Donald R. (editors), *The Oxford History of Hinduism. Hindu Law*, Oxford. Oxford University Press, 2018, Ruskola, Teemu, *Le-*

Los 'ordenamientos originarios' serían aquéllos que en cierto sentido fueron la 'matriz' de la que surgió una tradición o familia jurídica, como Gran Bretaña en el caso del *Common Law*, o bien la Europa Occidental continental respecto del *Civil Law*.

Por su parte, los 'ordenamientos derivados' serían los que recibieron un 'influjo determinante' de los originarios mediante una 'extensa recepción' de sus 'instituciones y conceptos', hasta el punto de poder considerarlos como 'parte' de la 'misma tradición o familia jurídica' de los ordenamientos originarios, más allá de haberlos modificado ligeramente o fundido con otros elementos autóctonos.

Ése sería el caso, por ejemplo, del Derecho Norteamericano respecto de la Familia Extendida del *Common Law*, o de la Familia Compacta Latinoamericana' respecto de la Familia Extendida del *Civil Law*, si bien es verdad que podría considerarse al Derecho Latinoamericano como configurando una Familia Jurídica Mixta.

En el caso de los llamados 'ordenamientos pluralistas' nos encontramos ante la configuración de 'derechos heterogéneos', que son el resultado de la concurrencia de 'elementos' —instituciones y conceptos— de 'diversas familias jurídicas', mismos que se consideran i) 'mixtos' cuando se 'integran' de manera más o menos 'armónica', o ii) 'híbridos' cuando dichos elementos se encuentran 'contrapuestos', dando lugar a una 'relación conflictiva' entre los mismos, que eventualmente afecta su validez o eficacia.

Aplicando los anteriores conceptos y retomando en parte los criterios propuestos por Constantinesco, Zweigert y Kötz y Mattei, se propone —únicamente para los efectos esquemáticos y pedagógicos anteriormente mencionados— la siguiente clasificación:

i) Tradiciones y familias originarias:

   a. Derechos Secularizados y Autónomos: la Tradición Jurídica Occidental en sus dos familias jurídicas extendidas, el *Common Law* (vigente en los países de la *Commonwealth* y con 'derivaciones y variantes' norteamericana, canadiense, australiana y neozelandesa), y el *Civil Law* (con sus familias compactas mediterránea, centroeuropea y nórdica, así como con la latinoamericana que en cierto sentido también puede considerarse como mixta).

   b. Derechos Religiosos: a) Derecho Canónico de la Iglesias Católicas (Occidental y Orientales), parcialmente secularizado; b) Derecho Hebreo, con diferentes prácticas (p.ej. *sefardí*, *yididsh* y *mishrahi*) y escuelas de interpretación rabínica; d) Derecho Islámico, también con diferentes prácticas (vgr. *sunitas*, *chíitas*) y escuelas jurisprudenciales (*hanafi*, *malekí*, *shafita*); e) Derecho Hindú de extracción Budista, y f) Derechos influenciados por el Confucionismo.

---

gal Orientalism. Massachusetts, Cambridge University Press, 2013 y Zhao, Dingxin, *The Confucian-Legalist State A New Theory of Chinese History*, New York, Oxford University Press, 2015.

c. Derechos Políticos: Derechos soviéticos, anteriormente Derecho Nacional-socialista;

d. Derechos Consuetudinarios: Derechos tribales africanos e indígenas latinoamericanos.

ii) Tradiciones, familias y ordenamientos mixtos:

a. Entre el *Civil Law* y *Common Law*, como el Derecho Supranacional de la Unión Europea, o Luisiana y Puerto Rico en los Estados Unidos de Norteamérica y Quebec en Canadá.

b. Entre el *Civil Law*, el *Common Law* y el Derecho Hebreo, como el caso de Israel.

c. Entre el *Civil Law*, el *Common Law* y el Derecho Islámico, como Chipre o Kenia.

d. Entre el *Common Law* y Derecho Islámico como Pakistán y Singapur.

e. Entre el *Civil Law* y Derecho Islámico, como Egipto, Marruecos y Argelia.

iii) Tradiciones, familias y ordenamientos híbridos:

a. Entre el *Civil Law* y el Derecho Islámico, como Palestina, Líbano o Arabia Saudita.

b. Entre el *Civil Law* y el Derecho Soviético, como Cuba.

c. Entre el *Civil Law* y la Moral Confucionista, con sus elementos tradicionales de ética-social, basada en la empatía, la lealtad, la solidaridad y la benevolencia, mucho más proclives a la composición, o en casos extremos a la mediación, que a la exigencia de los derechos.

i. A dicha familia tradición pertenece en primer lugar China, aunque su derecho se encuentra hibridado con elementos remanentes del Derecho Soviético, así como Corea.

ii. Japón, con mayor influencia del *Civil Law* y una mayor occidentalización.

d. Entre el *Common Law* y el Derecho Islámico como Afganistán.

e. Entre el *Civil Law* y el Islámico como Turquía.

f. Entre el *Civil Law*, el *Common Law*, Derechos Consuetudinarios, Derecho Hindú y Derecho Islámico como La India.

g. Entre *Civil Law* y/o el *Common Law* y los Derechos Consuetudinarios, como sucede en varios países africanos, a veces mezclados también con elementos

del Derecho Islámico, donde además ciertos principios ético-sociales como el *Ubuntu*, se traducen en un fuerte sentimiento comunitario y auto-compositivo basado en la igualdad, la paz y la reconciliación, procurando más bien la búsqueda de restablecimiento de la armonía, antes que de reivindicación de los derechos.

Desde luego y como se dijo, la anterior clasificación solo busca ayudar, al igual que las exposiciones previas sobre los criterios para su diferenciación y las anteriores sobre el método y los orígenes del Derecho Comparado, a que los estudiantes, estudiosos e interesados en esta apasionante materia, puedan ir adquiriendo algunos de sus principales conceptos y perspectivas, tan útiles para los abogados y juristas contemporáneos. Ojalá que así sea. *AMDG 2024*.

FUENTES CONSULTADAS

Aragoneses, Alfons, *Un jurista del modernismo: Raymond Saleilles y los orígenes del derecho comparado*, Madrid, Universidad Carlos III y Dykinson, 2009.

Bell, Gary F. (editor), *Pluralism, Transnationalism and Culture in Asian Law: A Book in Honour of M.B. Hooker*, Singapore, Yusof Ishak Institute, 2017.

Berman, Harold J., *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Massachusetts, Harvard University Press, 1983.

Brand, Oliver. "Conceptual Comparisons: Towards a coherent methodology of Comparative Legal Studies" en *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 32, 2007.

Constantinesco, Leontin-Jean, *Tratado de Derecho Comparado*, Madrid, Editorial Tecnos, 1981.

David, René y Jauffret-Spinosi, Camille, *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, edición, traducción y notas de Jorge Sánchez Cordero, México, IIJ-UNAM, Centro Mexicano de Derecho Uniforme y Facultad Libre de Derecho de Monterrey, 2010.

de Cruz, Peter, *Comparative Law in a Changing World*, 2nd ed, London, Cavendish Publishing Limited, 1999.

Duve, Thomas "Legal traditions: A dialogue between comparative law and comparative legal history" en *Comparative Legal History, (Online) Journal* published by Routledge, vol. 6, núm. 1, 2018.

Fix-Zamudio. Hector, "Tendencias actuales del derecho comparado" en Serna de la Garza, José María (coordinador), *Metodología del Derecho Comparado Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, IIJ-UNAM, 2005.

Frankenberg, Gunther, "Critical comparisons: rethinking comparative law", en *Harvard International Law Journal*, vol. 26, 1985.

Friedman, Lawrence M., *The Republic of Choice: Law, Authority, and Culture,* Cambridge, Harvard University Press, 1998.

García Cantero, Gabriel "Cien años de Derecho Comparado (del Congreso de París de 1900, al de Nueva Orleans del 2000)" en *Revista Actualidad Civil*, num. 24. Madrid, Wolters-Kluwer, 2002.

Gerber, David J., *Sculpting the Agenda of Comparative Law: Ernst Rabel and the Façade of Language*, Chicago-Kent College of Law, 2001.

Glenn, Patrick, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, 5th edition, Oxford, Oxford University Press, 2014.

Goldman, David, *Globalisation and the Western Legal Tradition,* Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

González Martín, Nuria. *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, México, IIJ-UNAM y Nostra Ediciones, 2010.

Haley, John Owen, *Authority without Power. Law and the Japanese Paradox*, New York, Oxford University Press, 1991.

Hashim Kamali, Mohammad, *Principles of Islamic Jurisprudence*, 3rd edition, Malaysia, Islamic Text Society, 2003.

Husa, Jaakko, Methodology of comparative law today: from paradoxes to flexibility? en *Revue Internationale de Droit Comparé,* vol. 58, núm. 4, 2006, Monateri, Giuseppe (editor). *Methods of Comparative Law*, Massachusetts, Edward Elgar, 2012.

Lan Arredondo, Arturo J, *Sistemas Jurídicos*, México, Oxford University Press, 2015.

López Garrido Diego, Massó Garrote, Marcos Francisco y Pegoraro, Lucio (Directores). *Derecho Constitucional Comparado*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

Legrand, Pierre, y Munday, Roderick (editors), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

López-Medina, Diego, "El nacimiento del derecho comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde América Latina" en *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 26, Bogotá, Pontifica Universidad Javeriana, 2015.

Mattei, Ugo, "Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems", en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 45. issue. 1, Oxford University Press, 1997.

Markesinis, Basil, *Engaging with Foreign Law*, Oregon, Hart Publishing, 2009.

Menski, Werner, *Comparative Law in a Global Context. The Legal Systems of Asia and Africa,* Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

Merryman, John Henry y Pérez-Perdomo, Rogelio. *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*, trad. E.L. Suárez, 3ª ed., México, FCE, 2014.

Morán, Gloria M., "El Derecho Comparado como disciplina jurídica: la importancia de la investigación y la docencia del derecho comparado y la utilidad del método comparado en el ámbito jurídico", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, num. 6, 2002.

Olivelle, Patrick and. Davis, Jr., Donald R. (editors), *The Oxford History of Hinduism. Hindu Law*, Oxford. Oxford University Press, 2018.

Onyango, Peter, *African Customary Law: an Introduction*. Nairobi, LawAfrica Publishing, 2013.

Örücü, Esin and Nelken, David (editors). *Comparative Law. A Handbook*, Oregon, Hart Publishing, 2007.

Palmer, Vernon Valentine, Mattar, Mohamed Y. and Anna Koppel, Anna, (editors). *Mixed Legal Systems, East and West*, Surrey, Ashgate, 2015.

Pegoraro, Lucio y Rinella, Angelo. *Introducción al derecho público comparado*, trad. César Astudillo, México, IIJ-UNAM, 2006.

Pizzorusso, Alexandro, *Curso de Derecho Comparado*, trad. Juana Bignozzi, Barcelona, Editorial Ariel, 1987.

Reimann, Mathias & Zimmerman, Reinhard (editors), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, New York, Oxford University Press, 2006.

Reimann, Mathias, "The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century" en *American Journal of Comparative Law*, vol. 50, num. 4, Oxford University Press, 2002.

Ruskola, Teemu, *Legal Orientalism*. Massachusetts, Cambridge University Press, 2013.

Sacco, Rodolfo, *Antropologia giuridica Contributo a una Macrostoria dil Diritto*, Bologna, Il Mulino, 2007 y Gambaro, Antonio y Sacco, Rodolfo, *Sistemi Giuridici Comparati. Trattato di Diritto Comparato*, 4ª edizione, Torino, Utet Giuridica, 2018.

Sacco, Roberto "One Hundred Years of Comparative Law", en *Tulane Law Review*, vol. 75, issue 4, 2001.

Samuel, Geoffrey, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, Oregon, Hart Publishing, 2014.

Sánchez-Bayón, Antonio. *Sistema de Derecho comparado y global: de las familias jurídicas mundiales al nuevo Derecho común*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

Scarciglia, Roberto, *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*, Madrid. Editorial Dykinson, 2011.

Scarciglia Roberto, *Métodos y Comparación Jurídica*, Madrid, Dykinson, 2018.

Scarciglia, Roberto, "A Brief History of Legal Comparison: A Lesson from the Ancient to Post-Modern Times", en *Beijing Law Review*, num. 6, 2015.

Siems, Mathias, *Comparative Law*, 2nd edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.

Tardif Chalifour, Eric, *Sistemas jurídicos contemporáneos, Derecho comparado*, 2ª ed, México, Tirant lo Blanch, 2022.

Toynbee, Arnold J., *A Study of History Abridgement*, London, Oxford University Press, 1946.

Twining, William, *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective,* Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

Watson, Alan, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 2nd edition, Athens. University of Georgia, 1993.

Zhao, Dingxin, *The Confucian-Legalist State A New Theory of Chinese History*, New York, Oxford University Press, 2015.

Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *Introducción al Derecho Comparado*, trad. Arturo Aparicio Vázquez, México, Oxford University Press, 2002.

INDEPENDENCIA JUDICIAL: SUS VARIACIONES CONFORME A LA TEORÍA CONSTITUCIONAL*

Arturo Ramos Sobarzo*

RESUMEN: La independencia judicial podría pensarse como un tema alejado de la teoría constitucional, pero indudablemente, a partir de esta última podría concebirse una noción determinada. En este texto se pretende establecer una clasificación de autores que según sea el caso, ubican una preminencia ya sea del poder legislativo o del poder judicial. Por otra parte, hay otras teorías que pretenden conciliar ese péndulo mediante una postura diferenciada. Al final se presenta un esbozo de una teoría distinta de tipo colaborativo entre esos diferentes poderes.

Palabras claves: Independencia judicial, teoría constitucional, objeción contramayoriataria, preminencia poder legislativo poder judicial, garantismo judicial, minimalismo judicial.

ABSTRACT: Judicial Independence could be thought of as a topic far removed from constitutional theory, but undoubtedly, a specific notion could be conceived from the latter. This text seeks to establish a classification of authors who, depending on the case, place a preeminence of either the legislative power or the judicial power. On the other hand, there are other theories that attempt to reconcile this pendulum through a differentiated position. At the end, an outline of a different theory of a collaborative type between these different powers is presented.

Keywords: Judicial Independence, constitutional theory, judicial branch, legislative branch, counter-majoritarian difficulty, counter-majoritarian dilemma, garantismo.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. VISIÓN TRIPARTITA DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL. 2. EL DEBATE SOBRE EL PAPEL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN UNA DEMOCRACIA. 3. CONCEPCIONES EN FAVOR DE UNA JUDICATURA FUERTE. 3.1. Luigi Ferrajoli y el *garantismo.* 3.2. Ronald Dworkin: Lo democrático del control constitucional. 3.3. Aharon Barak: Cerrar la brecha entre la sociedad y el derecho. 3.4. Bruce Ackerman: La corte y los *momentos constitucionales.* 3.5. Carlos Bernal Pulido: La ambigüedad del texto constitucional. 4. CONCEPCIONES EN FAVOR DE UN *MINIMALISMO JUDICIAL*. LA DECISIÓN DEMOCRÁTICA MAYORITARIA DEL PARLAMENTO. 4.1. Edouard Lambert: Regresión y conservadurismo de la corte. 4.2. Alexander Bickel: La *objeción contramayoritaria.* 4.3. Jeremy Waldron: La preminencia del parlamento. 5. CONCEPCIONES INTERMEDIAS. EN BÚSQUEDA DEL BALANCE. 5.1. John Hart Ely: Remover los obstáculos de la democracia. 5.2. Jürgen Habermas: Facticidad y validez. 5.3. Carlos Santiago Nino: La democracia deliberativa. 5.4. Roberto Gargarella: La sala de máquinas. 5.5. Pedro Salazar: La radiografía de la democracia constitucional. 5.6. Stephen Breyer: La pedagogía y confianza de la corte. 5.7. Víctor Ferreres: La presunción de consti-

* Agradezco los valiosos comentarios realizados por los doctores Mario Álvarez Ledesma, Rodolfo Gómez Alcalá y Erick Mena Moreno.

** Profesor de derecho electoral y director del Centro de Investigación e Informática Jurídica de la Escuela Libre de Derecho.

tucionalidad. 6. CONCLUSIONES SOBRE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL Y SU CORRELACIÓN CON DETERMINADA TEORÍA CONSTITUCIONAL.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene como propósito reunir dos temáticas que parecerían no tener relación entre sí, sin embargo, ello sólo es en apariencia pues la propuesta busca correlacionar, por un lado, a la independencia judicial y, por otra, parte de una teoría constitucional que sigue vigente.

En efecto, el planteamiento consiste en que, a partir de algunos autores contemporáneos de la teoría constitucional, la perspectiva o noción de la independencia judicial puede tener ciertas modulaciones, o si se prefiere, su aproximación o concepción podría tener derroteros diferentes.

Con esa mirada, se busca aportar a la discusión de la independencia judicial pues desde nuestra perspectiva, pareciera que cierta parte de la discusión académica en torno a ella se reduce a una visión unívoca cuando puede haber variaciones alrededor de ese tema. Cabe señalar que, en uno de los estudios fundamentales y más clásicos sobre el papel del poder judicial en un contexto constitucional, la independencia judicial es un aspecto central e inherente a su funcionamiento.[1]

Vistas así las cosas, la necesaria conexión entre independencia judicial y teoría constitucional, encuentra su justificación en la medida de que se busque explicar el papel de los tribunales constitucionales en una democracia deliberativa, en donde conceptos como la división de poderes, el control constitucional de los derechos humanos y la relación entre el derecho y la política pueden encontrar diferentes redimensionamientos.

De esta manera, nos parece fundamental explorar a algunos autores contemporáneos sobre la relación entre judicatura y democracia, pues es ahí, en ese binomio que puede haber una nueva manera de pensar la independencia judicial. Indudablemente la relación de los tribunales constitucionales con otras esferas del Estado (sobre todo con el poder ejecutivo y legislativo) es el lugar donde se torna más necesaria la redefinición de la independencia judicial. Esa necesidad no sólo se agota ahí, sino que abarca incluso aquellos entes o poderes fácticos de gran influencia en una democracia.

Cabe señalar que la selección de los autores de teoría constitucional brevemente analizados no pretende ser exhaustiva ni mucho menos agotar la discusión en torno a ellos. Lo que se busca en todo caso consiste es mostrar cómo las diversas aproximaciones de cierta teoría constitucional pueden generar nuevas formas de acercamiento a la independencia judicial.

---

1 En efecto, nos referimos en especial a *El Federalista* número LXXVIII: Hamilton, Alexander, *et. al.* y otros, *El federalista*, FCE, México, 2006, 2ª reimpr., pp. 331–335.

La selección de los autores se justifica en torno a una todavía permanente discusión sobre el papel de los tribunales constitucionales en una democracia. El debate en esos términos consiste en determinar quién debe tener preminencia, quién debe tener la última palabra en las decisiones que involucran a una determinada sociedad: si los tribunales constitucionales o los poderes legislativos de un país.

Por supuesto, no escapa a este análisis el hecho de que la clasificación propuesta podría parecer reduccionista al ubicar tal o cual autor en un enfoque determinado, acarreando con ello cierto empobrecimiento de la riqueza argumentativa de cada teoría. A veces los cartabones o rótulos pueden ocultar algunos matices importantes, sin embargo, en todo caso, dicha clasificación sirve para efectos didácticos como guía en cada línea de pensamiento sobre el tema abordado, con todo y el contraste con otros postulados. Asimismo, hemos tratado de incluir textos de reciente publicación para lograr una mejor muestra del estado del arte. Al final del día, no se trata de otra cosa sino de repensar la función de los jueces en una democracia a partir de la independencia judicial

La vigencia del tema cobra relevancia en nuestro país a partir del actual momento mexicano: un partido y presidente en el poder con una enorme aceptación popular, pero con el señalamiento sobre el grado de compromiso y sujeción estricta al principio de constitucionalidad. En ello vemos la versión mexicana contemporánea del debate de la democracia versus constitución. Además, la temática es oportuna ante la crítica del surgimiento de múltiples derechos que para alguna vertiente resultan bastante cuestionables por su extrema particularidad, por surgir de una progresividad mal entendida sin tener una base sólida como derechos.

Finalmente, también hemos incluido desde luego a autores latinoamericanos en la medida que su visión aporta de manera importante a una compresión de la teoría constitucional en función de la independencia judicial con todo y los problemas de nuestros países.

1. VISIÓN TRIPARTITA DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

En este primer apartado quisimos referirnos metodológicamente a la variabilidad en la noción de la independencia judicial. Como lo hemos escrito en otro lado, a la independencia judicial se le puede observar desde varias disciplinas con enfoques diferenciados. Los tres derroteros considerados son los siguientes:

1) **Ética o deontológico.** Se refiere a las reglas y principios de carácter no coercitivo establecidas por los miembros de una comunidad jurídica determinada, en este caso, de carácter judicial con el objetivo de establecer un régimen o estándar de comportamiento y actuación mínimos y máximos de los integrantes de la judicatura.[2]

2 Ramos Sobarzo, Arturo, "Independencia judicial, ética y democracia", en *Obra Jurídica Enciclopédica en Homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su primer centenario*, Betanzos Torres, Eber Omar e

Este régimen puede tener como ámbitos estatal o subnacional, federal, nacional o incluso internacional. Ejemplos de ello se encuentran en el Código Iberoamericano de Ética Judicial o el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación.

2) **Ciencias sociales.** Esta perspectiva indica el análisis de la independencia judicial a partir de la ciencia política o la sociología enfocándose en el estudio del comportamiento de integrantes de la judicatura en función de la relación con otros poderes o factores sociales. Se caracteriza por la ausencia del análisis interno en cuanto a las razones jurídicas de una sentencia o grupo de ellas sino más bien a la interacción política y social tanto de resoluciones judiciales como a determinadas acciones con los otros poderes.[3]

3) **Como garantía jurídica en normas y principios.** La tercera variante tal vez sea la más conocida y estudiada en el mundo del derecho y se refiere a la regulación de estructura de normas y principios jurídicos (legales y constitucionales) así como criterios jurisprudenciales en torno a la independencia judicial, lo cual constituye una serie de garantías que permiten una mejor marcha de la función judicial. En este rubro se encuentran los aspectos relativos a la designación, escalafón, remoción, remuneración, condiciones de seguridad previstos en normas jurídicas que dan cuenta de la estructura judicial, así como los criterios jurisdiccionales en torno a su tutela.[4]

En aquel trabajo, se expuso la forma multidisciplinaria en que puede abordarse a la independencia judicial. A pesar de los enfoques diferenciados hay una línea de continuidad e interrelación en esas perspectivas. De igual manera, en el presente texto queremos presentar que, dependiendo del tipo de teoría constitucional a la que acudamos (sobre todo en relación con el poder judicial y el poder legislativo) la apreciación de la independencia judicial podrá tener variaciones.

2. EL DEBATE SOBRE EL PAPEL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN UNA DEMOCRACIA

El auge y surgimiento de los tribunales constitucionales producto de la posguerra implicó en muchas latitudes y en formas muy variadas, una discusión sobre quien debería decidir las cosas más importantes para una sociedad determinada: si los parlamentos

---

Israel González Delgado (coords.) Centro de Investigación e Informática Jurídica de la Escuela Libre de Derecho, Porrúa, México, 2013, pág. 6.

3 *Ibid*., pp. 7-9.

4 *Ibid*., pág. 10. Cabe señalar que en ese texto no se hizo referencia tanto a la noción de independencia judicial como garantía legal y constitucional al bagaje de criterios y jurisprudencia emitidos tanto por la Suprema Corte de México como de la Corte Interamericana, pero desde luego pueden ubicarse en esta categoría propuesta en casos emitidos por esta última tales como *Reverón Trujillo vs Venezuela*, *Tribunal Constitucional vs Perú* y *Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*, entre otros.

y el presidente o primer ministro de un país derivado del bagaje democrático que su elección implica o por el contrario los tribunales constitucionales o cortes supremas según sea el caso.

A partir de ello, ha existido un debate sobre los alcances que los tribunales constitucionales ubicados en una democracia. Así, contrario al predominio de los estudios de la independencia judicial, la omisión de las diferentes teorías acerca de la relación entre parlamento y tribunal hace necesario considerar las diferentes posturas en torno al péndulo que oscila entre darle preminencia a uno y otro. Con ello, pretendemos aportar desde la reflexión teórica, el papel que debe fungir el tribunal constitucional y la justificación de la forma de contribuir a la democracia.

Iniciaremos con aquellos autores que podemos agrupar en el grupo de férreos defensores del constitucionalismo o control de la constitucionalidad de tipo fuerte, para posteriormente abordar a quienes se encuentran en las antípodas de ello. Finalmente daremos paso a la revisión de aquellos que buscaron conciliar unas y otras de las orillas teóricas para después dar una muy incipiente alternativa personal de ello.

3. CONCEPCIONES EN FAVOR DE UNA JUDICATURA FUERTE

En primer lugar, iniciaremos un recorrido por aquellas teorías constitucionales que apelan por un *constitucionalismo fuerte*, esto es, su apuesta se dirige a argumentar en favor de una preminencia del control de constitucionalidad fuerte que no debe estar impedido por la llamada *objeción contramayoritaria*, sino que, la justificación de lo anterior proviene de la tutela de los derechos fundamentales, sobre todo el llamado *coto vedado* de Ernesto Garzón Valdés[5] o la *esfera de lo indecidible* de Luigi Ferrajoli, además de que la decisión de la mayoría no puede pasar por encima de las minorías.

3.1. Luigi Ferrajoli y el *garantismo*

El autor italiano nacido en Florencia elaboró una teoría denominada *garantismo* que propone una determinada forma de ser de los jueces y sobre todo de los tribunales constitucionales poniendo el acento en la protección de los derechos fundamentales. Sin ambages asume una postura proactiva que implica al final del día garantizar los derechos humanos.

Al respecto, garantizar significa "afianzar, asegurar, proteger, defender, tutelar (…) derechos o vienes individuales (mediante) instrumentos para la defensa de los derechos

5 El propio Garzón Valdés indica que la denominación *coto vedado* (concepto que considerará necesarísimo en todo diseño democrático) la toma de una obra de Juan Goytisolo en Madrid. *Vid.* Garzón Valdés, Ernesto, "Para ir terminando", en *El derecho como argumentación*, Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2003, ITAM, Escuela Libre de Derecho, UAM Azcapotzalco, INACIPE, Ediciones Fontamara, México, 2004, pág. 43.

de los individuos frente a su eventual agresión por parte de otros individuos y por parte del poder estatal".[6] Ante todo tiene como tesis metodológica: 1) la separación del derecho y la moral, 2) el carácter previo y prioritario de los derechos por encima de la función instrumental del Estado y 3) el establecimiento de un sistema que proteja los intereses y derechos más vitales de los individuos.[7]

Cabe señalar que esta visión teórica, si bien en principio se refiere al derecho penal (en *Derecho y razón*) se redefine posteriormente para tener alcances de toda una teoría general jurídica con un fuerte acento en la protección constitucional.

Su teoría parte de tres acepciones de garantismo, como tutela constitucional y práctica real de ello; otro como parte de la teoría del derecho referida a la distinción entre validez y efectividad, y finalmente como parte de la filosofía del derecho bifurcada entre la distinción entre derecho y moral.[8] Esto último es relevante porque se asume como una teoría clara entre la separación de esas dos categorías.[9]

Así, la apuesta de esta teoría se refiere a una noción de legitimación sustancial no únicamente formal, es decir, no sólo basta con sujetarse al principio de legalidad, sino que debe de haber una tutela sustantiva de los derechos.[10] Como se verá más adelante, autores como Waldron cuestionara ese postulado.

Dicha noción lleva a varios conceptos relevantes para nuestro análisis del binomio independencia judicial y teoría constitucional porque ello trasciende a la **noción de democracia** en el modo ferrajoliano, dado que ello implica las preguntas de *quién* debe decidir, *cómo* hacerlo, *qué* y *qué no* puede hacer.[11] En ese contexto, para efectos de nuestro análisis, resulta fundamental la idea de Ferrajoli sobre la democracia, la cual contrasta notablemente con la acuñada por Norberto Bobbio y Michelangelo Bovero, ya que la primera no se basta con respetar la regla de la mayoría (meramente procedimental) como sostendrían los profesores de Turín, sino por el contrario, Ferrrajoli insiste en apelar a una idea de democracia sustancial, no sólo formal, lo que se traduce en una férrea tutela de los derechos humanos y derechos fundamentales.[12]

---

6 Gascón, Marina, "La teoría general del garantismo: rasgos principales" en *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Carbonell, Miguel y Pedro Salazar (coords.) Trotta, IIJ UNAM, Madrid, 2005, pág. 21.

7 *Ibid*., pp. 22-25.

8 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Trotta, España, 2ª reimp., 2016, pp. 851-854.

9 *Ibidem*.

10 *Ibid*., pp. 855-857.

11 *Ibid*., pp. 857-859 y 879. En esta última cita corresponde a lo que en técnica constitucional deriva la interpretación conforme, puesto que, ante dos posibles interpretaciones, se debe seleccionar aquella que sea más congruente con la Constitución. De hecho, en esto último vemos nuevamente a un Ferrajoli como teórico del derecho al subrayar la condición de *coherencia* de todo el sistema en función de la constitución.

12 Al respecto sobre ese debate, se recomienda Bovero Michelangelo y Luigi Ferrajoli, *Teoría de la democracia. Dos perspectivas comparadas*, INE, México, 2020, 96 pp. (Col. Conferencias magistrales no. 13). También Ferrajoli, L., *Derecho y razón*, pp. 864-866.

En esa línea, en su idea de democracia le hace encajar con vehemencia la tutela de los derechos humanos, sobre todo los de las minorías. De esta manera, al poner el acento en estas últimas, resulta más congruente con su ideal democrático en la medida que hace inclusión de todo un conglomerado social a partir de lo más valioso de acuerdo con esta postura: los derechos de cada individuo y de cada grupo social.

Lo anterior a su vez lo asocia a la teoría política y constitucional, concretamente con el contractualismo clásico. Textualmente afirma: "La primera regla de todo pacto constitucional sobre la convivencia civil no es, en efecto, que se debe decidir todo por mayoría, sino que no se puede decidir (o no decidir) sobre todo, ni siquiera por mayoría"[13] de ahí que enfatice que "incluso la democracia política más perfecta, representativa o directa, sería un régimen absoluto o totalitario si el poder del pueblo fuese en ello ilimitado (…) ni siquiera por unanimidad puede un pueblo decidir (…) que un hombre muera, o sea privado de la libertad".[14] Los derechos fundamentales son el mínimo y base de la convivencia pacífica, lo cual incluso se extiende a los poderes privados o como el los llamó los poderes salvajes.[15]

Esa idea de tutela de los derechos como elemento fundamental de la democracia no sólo atiende a los derechos de primera generación, sino que se extiende a los derechos sociales prestacionales[16]. Esto último será relevante para el constitucionalismo latinoamericano como veremos más adelante con Carlos Bernal Pulido.

Así, la teoría propuesta por Ferrajoli es al mismo tiempo un manifiesto de cómo debe abordarse la protección de los derechos humanos, lo cual se traduce en interpretaciones que no sean restrictivas de los derechos, sino que sean programáticas y progresivas, aceptando en ello una buena dosis de idealismo inalcanzable.[17]

Cabe señalar que ese debate propio de la década de los 90 fue particularmente influyente en la judicatura federal mexicana, sobre todo en la electoral de la primera década del siglo actual, a tal grado de establecer magistraturas que orbitaban en un rango por demás garantista en contraposición a otro más formalista.[18] De igual forma ello ha recalado recientemente en el debate doctrinal sostenido entre Manuel Atienza y Juan Antonio García Amado, respecto a la preeminencia de las reglas o los principios[19], aspecto que inaugurara Ronald Dworkin. Así, lo explicado sobre Ferrajoli no sólo representa una teoría constitucional sino incluso una teoría del derecho al calificar al

13 Ferrajoli, L., *Derecho y razón*, pp. 859.
14 *Ibidem.*
15 *Ibid*., pág. 861
16 *Ibid*., pp. 861-863.
17 *Ibid*., pp. 866-867.
18 En efecto, nos referimos a la integración de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación del periodo 1996 a 2006, en donde eran clara las posturas de garantismo y formalismo.
19 Ferrajoli, L., *Derecho y razón*, pp. 872-875.

principio de legalidad como la "siempre imperfecta medida"[20], elemento que indica el lugar que ocupa en su teoría el producto principal del legislador, ello en contraposición al orden constitucional de carácter sustantivo.

En ese contexto, desde su punto de vista, son los jueces los mejores dotados en un estado de derecho para encabezar y desarrollar un garantismo auténtico pues están "llamados a pronunciarse sobre la validez de las leyes (y) resultará excluida también en la aplicación judicial la sujeción acrítica y avalorativa de las leyes vigentes"[21]. Con lo anterior, les atribuye obligaciones programáticas a los jueces y, por tanto, le compele a una real independencia judicial, es decir, a una postura ferviente en aras de un análisis crítico constitucional a partir de los principios.

Finalmente, reunidos en una sola persona, al Ferrajoli como teórico constitucional, como teórico del derecho y como teórico político, considera que el fin del Estado, dentro de un sistema jurídico, debe ser la tutela de los derechos de las personas, pues ese es su fin en sí mismo, aspecto que incluso puede extraerse del contractualismo más clásico de Hobbes y toda la filosofía política clásica, hoy reforzada mediante el papel clave de los jueces constitucionales como los protagonistas de esa tutela última.[22] Así, la independencia judicial para este jurista italiano se demuestra con una ferviente actitud pro derechos humanos por encima del postulado del legislador ubicado en la ley.

3.2. Ronald Dworkin: Lo democrático del control constitucional

Indudablemente es uno de los filósofos del derecho más conocidos e influyentes. Como se sabe, su obra no sólo es relevante para la noción de la democracia constitucional sino también para la filosofía y teoría del derecho.

Una de sus principales aportaciones, la cual da un giro a la teoría del derecho, fue, entre otras cosas, incorporar la noción de los principios como parte fundamental del derecho, ello ante la pregunta oceánica, sobre qué es el derecho. Este aporte será de igual forma relevante en su explicación y defensa de los tribunales constitucionales. Su influencia es notoria en el llamado *constitucionalismo fuerte*. Indudablemente, la parte más controvertida de su teoría es la noción del *juez Hércules*, aquél que aspira a arribar a una única respuesta correcta.

No es espacio en este texto para explayarnos sobre las aportaciones en la teoría del derecho sino solo en la medida que ello sirva para abonar a la discusión en favor del constitucionalismo fuerte.

---

20 *Ibid*., pág. 870.
21 *Ibid*., pág. 876.
22 *Ibid*., pp. 880-892

Como hemos dicho, la noción *principialista* como parte de su teoría del derecho, estará ligada a su concepción de los tribunales constitucionales. Esto es así, porque cuando se pregunta qué es el derecho, responderá que no solamente está conformado por las reglas emitidas por el legislador, sino por principios jurídicos, los cuales, a pesar de no estar enunciados en un cuerpo normativo, se pueden desprender de la labor judicial como mecanismo para resolver conflictos jurídicos.

Lo anterior lo explica a partir del famoso caso *Riggs vs Palmer* (resuelto por la Corte de Apelaciones de Nueva York hacia 1899) el cual versa sobre el homicidio cometido por un nieto (Elmer Palmer) en contra de su abuelo (Francis Palmer) y el consecuente debate si a pesar de cometer ese delito tendría derecho a heredar. La legislación de Nueva York de entonces no preveía una solución exacta al caso (prohibitiva o permisiva) sin embargo, ello no fue impedimento para invocar un principio jurídico no establecido en las reglas legisladas, como lo es el principio de que nadie puede aprovecharse de su propio dolo.[23]

Esta parte medular de su teoría del derecho se corresponde con su visión del papel de los jueces y sobre todo de los jueces constitucionales, el cual consiste, entre otras cuestiones, en encontrar un principio jurídico aplicable a pesar de no encontrarse en el modelo de reglas atribuido a Hart.[24]

En esa línea, en su texto de *Los casos constitucionales* podremos encontrar su visión más concreta sobre el debate entre la prevalencia en la toma de decisiones colectivas entre la Suprema Corte o el papel mayoritario por parte del poder legislativo. En ese apartado inicia con la postura asumida por el presidente Richard Nixon de nombrar *Justices* o ministros con su misma filosofía jurídica, a saber, jueces *constructivistas estrictos*, es decir, integrantes de la Corte que tuvieran una deferencia por el texto legal y constitucional establecido.[25] Al respecto señala que esa visión, en contraposición a su teoría constitucional se explica con la disyuntiva de dos posturas: **activismo judicial**[26] (otros autores prefieren llamar *constitucionalismo fuerte* como prefiere Salazar o *constitución de los derechos* de Nino) *vs* **restricción judicial**[27] (*prevalencia de la democracia* de Salazar, *constitución del poder* de Nino, etc). Cabe señalar que la noción de activismo puede tener una connotación negativa y otra positiva. Indudablemente Dworkin la utiliza en este último sentido.

---

23 Dicha sentencia puede encontrarse en la *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 11, 2007/2008, pp. 349-362.

24 Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2002, 5ª reimpr., pp. 61-145.

25 *Ibid*., pp. 209-213.

26 Al respecto, por activismo judicial puede definirse en dos sentidos: "1) del juez que en su jornada se comporta dinámico en exceso, caso como decir hiperactivo, y 2) del juez comprometido con una agenda ideológica (de raigambre religiosa o política) y que, en su labor, actúa conforme a ella". Bonilla López, Miguel, *Sobre la judicatura, 2ª serie*, UbiJus, México, 2020, pág. 17.

27 Dworkin, R., *Los derechos en serio*, pp. 217-221.

Ante tal disyuntiva, Dworkin se decanta evidentemente por la primera al defender que las disposiciones constitucionales intencionadamente vagas y ambiguas permiten afirmar que los redactores de una constitución no previeron una fórmula exacta ni determinados alcances constitucionales para resolver problemas del presente sino más bien establecieron una redacción que permita dar vigencia, actualidad y contenido a ciertos principios jurídicos.

De ahí que una postura como la de Nixon consistente en buscar integrantes de la Corte definidos como *constructivistas estrictos*, sea una visión empobrecida de la función judicial que impide dar actualidad al texto fundamental acorde de determinadas épocas, además de no incorporar principios morales ausentes en el derecho legislado.[28]

Si bien acepta una inicial prevalecía de las decisiones a partir de la democracia, eso es en principio, pues debe existir una postura de adaptación y permanencia al mismo tiempo, de las normas a una realidad contemporánea, lo cual tiene mejor desempeño cuando es realizado por parte de los tribunales, ya que las mayorías legislativas no podría considerarse como autocorrectivas, pues sería tanto como aceptar que se puede ser juez y parte en un mismo tema[29]. Adicionalmente señala que no todas las instituciones políticas representan y se autoafirman de la misma forma[30] sin mencionar que la política, la mayoría de las veces, actúa conforme a la coyuntura del momento.

En apoyo de su visión, sostiene que en el origen, la función de la Suprema Corte es una forma más de poner en práctica la filosofía clásica con la noción del principio de división de poderes, precisamente porque en Estados Unidos, la Corte es una institución que *per se* limita al poder político, algo que se distinguirá de países en donde el parlamento juega un papel más estelar como en Francia, ello sobre todo porque, según Dworkin, muchos teóricos políticos justifican la existencia de los derechos individuales como oponibles al gobierno, aunque también acepta que debe modularse dicho activismo judicial para evitar generar una tiranía por parte de los jueces.[31]

En su defensa, se hace cargo de la objeción contramayoritaria de Alexander Bickel respecto a la asimilación y aceptabilidad de ciertas decisiones tomadas en el seno colectivo.[32] Critica su visión escéptica de los derechos en el sentido de hacerlos depen-

---

28 *Ibid*., 211-221

29 *Ibid*., 222–224. A pesar de la defensa del papel de la Suprema Corte, no deja de señalar la posibilidad de falibilidad de estos órganos al momento de decir.

30 *Ibid*., *pág.* 224. Esto último es una idea que encontraremos en el pensamiento de Stephen Breyer como veremos más adelante cuando afirma que la Suprema Corte no tendría que resolver todos los problemas sino incluso, como parte de su función, dejar actuar a otros entes del Estado.

31 *Ibid*., *pág.* 225. Cabe señalar como se sabe, la función del Consejo Constitucional francés ha asumido el papel de un virtual tribunal constitucional, por lo cual, se puede afirmar que los diferentes modelos constitucionales se influyen recíprocamente.

32 *Ibid*., *pág.* 227. Dworkin menciona otros autores que se manifestaron en contra del activismo judicial como Learned Hand. Cabe señalar que Waldron será critico en el sentido de que las cortes supremas pueden beneficiar por sí solas determinada problemática social.

der de la decisión mayoritaria porque dicha definición se hace a partir de criterios políticos menos estables, y, más bien oportunistas y volátiles. El constitucionalismo norteamericano en términos generales descansa sobre todo en dos principios: el *debido proceso* y la *cláusula de igual protección*. Es por ello, que afirma que los tribunales constitucionales en esencia deben asumirse como activistas en la medida de tutelar esos principios.[33]

Dworkin desarrollara un tema que a su vez es asumido posteriormente por Waldron en el sentido de que la teoría que se desarrolle, en favor del *constitucionalismo fuerte* debe construirse al margen de los resultados deseables, es decir, la prevalencia de la democracia (restricción judicial) o en favor del *constitucionalismo fuerte* (activismo judicial) eso debe verse al margen de la preferencia o no de determinados resultados, por ejemplo con los beneficios satisfactorios que trajo consigo decisiones como *Brown* en favor de eliminar la segregación racial en Estados Unidos.[34]

En línea de lo anterior, desarrolla la idea (presente en el pensamiento tanto de Waldron como de Nino) respecto a que ni la Suprema Corte, ni sus integrantes tienen el derecho a imponer su propia visión de las cosas, sino debe aspirarse a cierta objetividad derivada de los principios constitucionales.[35] Incluso en *Law´s Empire*, a partir del principio de *integridad*, al repensar sobre la obligación moral de obedecer el derecho en la sociedad, explica que ello se debe a la consideración de ocuparse y preocuparse por cada uno de los integrantes de una sociedad, bajo la idea de poder interpretar y encontrar los principios aplicables en una situación específica y determinada.[36]

Finalmente, debe señalarse que en *Freedom´s Law* hace una defensa de la compatibilidad entre control constitucional y la democracia, dado que una constitución de derechos defendida por jueces en modo alguno puede considerarse antidemocrático.[37] Esto lo debatirá fuertemente Jeremy Waldron como desarrollaremos más adelante,[38] pero autores como Bruce Ackerman, en coincidencia con Dworkin, contrargumentan al revisitar *El federalista LXXVIII* en el sentido de que el control constitucional en favor de los derechos es una clara reivindicación democrática, idea que por su parte, rebate Alexander Bickel al considerar al poder judicial como no representativo.[39]

---

33 *Ibid*., pp. 222 y 229.

34 *Ibid*., *pág.* 228. *Brown* es el importante caso resuelto en favor de la Suprema Corte norteamericana en favor de la desigualdad y segregación racial en materia educativa, porque logró, a la postre la eliminación de la distinción jurídica de escuelas para blancos por un lado y para negros por otro.

35 *Ibid*., *pág* 232.

36 Dworkin, R., 1986, *Law´s Empire*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, pp. 190-195, 202-206, 215-216.

37 Dworkin, R., *Freedom´s Law*, *The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1996, pp. 15 y 123.

38 Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 341-343.

39 En efecto, Ackerman será enfático en debatir el postulado de Alexander Bickel. Cfr. Ackerman, Bruce, *La política del diálogo liberal*, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 166 y 182; y Hamilton, Alexander, *et. al.* y

3.3. Aharon Barak: Cerrar la brecha entre la sociedad y el derecho

El pensamiento de Aharon Barak se caracteriza por ser la de un teórico practicante de la judicatura constitucional. Barak formó para de la Suprema Corte de Israel entre 1976 y 2006 y la presidió desde 1995, de ahí que su pensamiento contenga la referencia sobre un integrante de una alta corte. Cabe advertir que mucho de su pensamiento tiene como contexto los países del *common law*, esto es, lugares en los que la actividad judicial tiene una preminencia particular.

Su teoría ofrece aristas originales en cuanto al papel del juez en una democracia aderezada con elementos que hacen observar modulaciones en el quehacer judicial constitucional. A pesar de esto, es un férreo defensor del papel activo de tribunales constitucionales.

Así, sin tapujos, este autor plantea que son dos funciones fundamentales las del juez constitucional: 1) Reducir la brecha entre la sociedad y el derecho y 2) proteger la democracia.[40] Como se puede observar, claramente Barak se asume en una posición de una judicatura fuerte que le corresponde proteger a la democracia misma, sin que sea un obstáculo la objeción contramayoritaria, la cual contrargumenta.

Reducir la brecha entre la sociedad y el derecho, como concepto fundamental en Barak significa asumir que los jueces constitucionales tienen una función diferente a los jueces ordinarios o de legalidad pues mientras que estos tienen como objeto corregir los errores de casos específicos, los jueces constitucionales tienen una mayor altura de miras pues su función **consiste en corregir los errores de todo el sistema jurídico**.[41] Esta idea conecta con una idea moderna del derecho como un sistema integrado en sí mismo, y corresponde a los jueces constitucionales dar congruencia y completitud al conjunto total de normas. En todo caso, el juez es un continuador de la obra del legislador y del poder revisor de la constitución.[42]

Así, de alguna manera, pretende despojar del planteamiento de esta discusión, la disyuntiva entre legislador y juez constitucional para en todo caso, complementar el segundo al primero. Al mismo tiempo, esa actividad del juez constitucional, para cerrar la brecha entre el derecho y la sociedad, debe contener un balance entre cambio y seguridad jurídica, entre permanencia y adaptación a la realidad social.[43] De ahí que el sistema congruente de precedentes[44] sea la principal llave que dote de legitimidad a

---

otros, *El federalista*, FCE, México, 2006, 2ª reimpr., pág. 332. Además cfr. Bickel, Alexander, *La rama menos peligrosa*, FCE, México, 2020, pp. 31-39.

40 Barak, Aharon, *Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal, constitucional en una democracia*, SCJN, México, 2008, pp. *1-38.*

41 *Ibid*., pág. 1

42 *Ibid*., pág. 5

43 *Ibid*., pp. 3-5.

44 *Ibidem*

un tribunal constitucional. Debe dar dinamismo, pero con certeza jurídica, es decir, un cuidadoso ejercicio del arbitrio judicial.

Por otro lado, la función de proteger a la democracia es el otro aspecto fundamental de su teoría. Al igual que otros autores, reconoce que la revisión judicial tuvo un resurgimiento a partir de la posguerra[45] y coincide junto con Breyer, que los jueces son también educadores y, por tanto, tienen una importante función pedagógica.[46]

La reflexión de Barak sobre porqué el tribunal constitucional debe proteger la democracia se sustenta en lo siguiente:

a) **Constitucionalismo y principios constitucionales.** Para confrontar a quienes alegan la objeción contramayoritaria de los jueces, afirma que si bien, el gobierno democrático recae en la representación política implícita, también debe señalarse que la supremacía constitucional está por encima de la supremacía legislativa, principal función del legislativo.[47] Por tanto, la decisión de las mayorías vertida en la ley está sujeta al control constitucional de los jueces por ser una forma ya aceptada en las propias democracias. Derivado de lo anterior, los principios democráticos plasmados en una Constitución son protegidos precisamente por la sede judicial por haber sido una decisión, así establecida en el propio texto fundamental. Así, la Constitución se manifiesta incluso en lugares en donde no se tenga por escrita como sucede en Reino Unido.

b) **Derechos humanos.** En un argumento común en esta línea de pensamiento, la tutela de la democracia, en la visión barakiana tiene lugar, bajo la noción de democracia sustantiva, muy al modo de Ferrajoli. Precisamente a partir de esa connotación, el papel de los jueces constitucionales se justifica en la medida que proteja a la democracia entendida esto como la forma de tutelar los derechos de las personas, de mayorías y minorías.[48]

En respuesta adicional a los contramayoritarios, Barak sostiene que ni pueden considerarse subjetivas ni personales las decisiones de jueces, ni tampoco están exentos de rendición de cuentas. Respecto a lo primero, Barak considera que debe confiarse en la labor judicial en el sentido de que forman parte de la sociedad, no son entes ajenos a ella y por tanto, deben saber encontrar que sus decisiones participen de una racionalidad colectiva ("reflejar las creencias de la sociedad") sin caer en una especie de populismo judicial.[49] Por otro lado, esa supuesta subjetividad achacable a los jueces en todo caso puede ser precedida de previsiones constitucionales caracterizadas por vaguedad y ambigüedad plasmadas a propósito

45 *Ibid*., pág. 14
46 *Ibid*., pp. 16 y 47-51. Al igual que Breyer, Barak le atribuye un aspecto importante a la confianza pública de los tribunales constitucionales de ahí que la independencia tenga un anclaje fundamental en ello.
47 *Ibid*., pp. 17-21 y 31-32.
48 *Ibid*., pp. 19, 22-28.
49 *Ibid*., pp. 29-31 y 34–35.

en los textos legales y constitucionales, y, por tanto, la obligación de los operadores judiciales implica dotar de contenido a partir de la interpretación y argumentación jurídica, dado que es el órgano del Estado diseñado expresamente para ello.[50]

Respecto a la rendición de cuentas, los poderes judiciales dentro de una democracia la realizan de una forma distinta, pues como todo órgano del Estado, está sujeto a los mecanismos de control específicos, la crítica social, de los medios, y del gremio jurídico mediante la argumentación[51] convincente o por lo menos razonable.

La independencia judicial es estudiada por Barak de forma específica y le atribuye el **carácter de una precondición *sine qua non*** para la funcionalidad del poder judicial en general y del tribunal constitucional en particular.[52] Afirma que la efectiva garantía de la constitución depende de un tribunal y jueces independientes. Sin lo primero se tornaría inocuos los segundos, de ahí que esa independencia judicial no sólo sea individual sino sobre todo institucional o estructural.[53]

Finalmente, Barak estudia a la independencia judicial como parte en sí de los tribunales constitucionales en la medida de que se relacionan con las demás ramas del gobierno. Barak señala que se pondrá en peligro aquella si de forma reiterada y sospechosa un tribunal resuelve satisfactoriamente para las otras ramas del gobierno.[54] Esto es crucial en la definición de la independencia judicial en relación con los otros poderes. Para Barack, todas las ramas del Estado deben estar sujetas a la revisión constitucional, lo cual deja de suyo su visión de preminencia de los tribunales constitucionales.[55]

3.4. Bruce Ackerman: La corte y los *momentos constitucionales*

Bruce Ackerman es un autor que se define como un liberal en favor de una actuación fuerte de los tribunales constitucionales. Es uno de los pocos autores norteamericanos que se preocupa por el constitucionalismo mundial sin centrar su teoría en la práctica norteamericana. A partir de ahí, afirma que la influencia del constitucionalismo mundial y del control constitucional tiene como base, más que la noción norteamericana del *judicial review*, las experiencias alemana y austriaca a partir de la posguerra.[56]

---

50 *Ibidem.*
51 *Ibid*., pág. 36.
52 *Ibid*., pp. 39-47.
53 *Ibid*., pp. 40-41. A partir de lo anterior, es que en el ámbito interamericano se concibe fuertemente a las garantías reforzadas de la independencia judicial, las cuales precisamente tienen un profundo componente institucional. Por mencionar un ejemplo, la remoción de los jueces debe tener una motivación y fundamentación reforzada, sin que sea posible por conductas no graves.
54 *Ibid*., pág. 134. En ese sentido, remitimos a nuestro estudio de la independencia judicial en contextos de consolidación democrática.
55 *Ibid*., pág. 157.
56 Ackerman incluso califica de provincialismo esa actitud de la academia norteamericana: Ackerman, Bruce, *La política del diálogo liberal*, Gedisa, Barcelona, 1999, pág. 48.

Su postura en favor de los tribunales constitucionales parte de la idea del triunfalismo que significó las constituciones en el mundo y el simbolismo que representa la constitución.[57] En diversos países, al margen de sus propias particularidades, la promulgación tienen como base, la idea de *nuevo comienzo* institucional que representan una nueva oportunidad para un equilibrio de poderes y tutela efectiva de derechos, aspecto por el cual es congruente con su teoría de los *momentos constitucionales*.[58] De ahí su simbolismo.

En esta parte de su teoría constitucional, en ese nuevo comienzo, los tribunales constitucionales o supremas cortes son quienes aseguran un verdadero compromiso por los postulados más perennes de la Constitución, dado que el ejecutivo y el legislativo pueden dejarse llevar más bien por coyunturas políticas más inmediatas y menos perdurables.[59] De ahí que deposite en la judicatura constitucional el peso específico de las decisiones más trascendentales de un país.

De esta forma, Ackerman no tiene empachó en **elaborar un argumento político** en favor de los tribunales constitucionales el cual va a descansar en la idea de que la política no debería de ver como enemigo a la judicatura constitucional en aras de la preminencia política, sino por el contrario, un tribunal constitucional asegura a la política solo que de forma diversa, esto es, en la medida que hace cumplir los principios y reglas que surgieron de una asamblea constituyente y se plasmaron en un texto especial.[60]

Así, su construcción argumentativa en favor del control constitucional a cargo de tribunales de última instancia se ciñe en cuatro pasos fundamentales los cuales explicamos a continuación:

Primer paso, centralismo renovado. El control constitucional se justifica en la medida que, a través de su práctica, reivindica los derechos de la periferia (es decir, de aquellos estratos sociales no pertenecientes a una élite) a pesar de gestarse desde el centro. En efecto, en este punto, la idea de Ackerman se acerca más a la idea kelseniana de tribunal constitucional como órgano centralizado, que el modelo norteamericano de

---

57 Ese triunfalismo asegura este autor tiene su base en la idea del carácter preponderante de tribunales constitucionales en Europa: Alemania, España, Italia, Austria y países del este, pero también en lugares más remotos como Israel y Sudáfrica. *Ibid*., pp. 56-61. Desde el lado europeo, ello se observa con el *neoconstitucionalismo* como movimiento surgido de la posguerra. En los estudios del neoconstitucionalismo suele relacionarse con las teorías de autores como Dworkin, Nino, Zagrebelsky y Alexy. *Vid.* Pozzolo, Susanna, "Uno constitucionalismo ambiguo" en *Neoconstitucionalismo*, Miguel Carbonell (coord..) Trotta, Madrid, 2006, pág. 189.

58 En efecto, la teoría de los momentos constitucionales implica que, de acuerdo con la evolución de cada país, existen circunstancias o hechos históricos que se traducen en momentos refundacionales que se ven impactados en la constitución. Esos episodios son de tal importancia que se marca un antes y un después, y ello se refleja en el texto fundamental a partir del establecimiento de reglas, principios y determinadas figuras o estructuras constitucionales.

59 *Ibid*., pp. 148-149.

60 *Ibid*., pág. 146.

control difuso. Así, ese *centralismo renovado*, así llamado, a pesar de su supuesto aislamiento, busca proteger derechos de la periferia, entendiendo por ello, desde grupos vulnerables históricamente discriminados, hasta entidades federativas o ámbitos subnacionales.[61] Ese papel de centralismo renovado será realizado en última instancia por un tribunal constitucional o corte suprema.

Segundo paso, democracia dualista. Este concepto se relaciona con su conocida teoría de los *momentos constitucionales*. Para Ackerman hay dos nociones o momentos de la democracia: 1) la relativa a la elección de representantes populares, plenamente democrática; y 2) la de tipo plebiscitaria, en la cual, deja de ser formal como la primera y atiende a que en determinadas ocasiones de la vida política (fuera de los periodos políticos ordinarios) la decisión popular interviene directamente y se manifiesta de tal manera que indica una acción determinada a los gobernantes, algo más que simplemente votar por ellos, lo cual puede trascender a determinadas políticas públicas o actos legislativos específicos.[62] En este punto, critica la obra de John Hart Ely sobre lo que llamara una visión reduccionista del control constitucional en el sentido de que no estaría acatando las decisiones mayoritarias de los periodos ordinarios.[63] En contraposición a ello, se acerca más a Hamilton con la idea que el texto constitucional resguarda principios político-constitucionales establecidos por una mayoría de una asamblea democrática especial. En esa línea, el juez constitucional no es el opositor de lo político sino su continuador.[64]

Tercer paso, el federalismo. Este paso se asemeja al primero mencionado en el sentido de que el juez constitucional se convierte en un árbitro nacional que resolverá las disputas entre entidades y eventualmente entre la Federación y los estados o ámbitos subnacionales. En este aspecto, observamos una clara influencia del Ackerman como constitucionalista norteamericano en el sentido de que el juez constitucional deberá mediar mediante sus sentencias al orden jurídico nacional, deberá ser el foro para resolver las disputas de las elites centrales, pero también regionales. Con ello, la contribución que se hace desde constitucionalismo se refiere como una forma más de distribución del poder político sirviendo como manera de coordinación de fuerzas.[65]

Paso cuatro. Los derechos liberales. Un último paso al que le dedica menos esfuerzos argumentativos consiste en el papel que les adjudica a los jueces, en particular a los constitucionales. Dicho elemento radica en proteger los derechos de las personas.[66] Es probable que, al ser el argumento más común entre los autores de esta línea de pensamiento, ello se traduce en ser el aspecto que menos páginas le dedica.

---

61 *Ibid*., pp. 147-149 y 156-158.
62 *Ibidem*.
63 *Ibid*., pp. 200-201.
64 *Ibid*., pp. 149-154.
65 *Ibid*., pp. 154-156.
66 *Ibid*., pág. 156.

Como hemos señalado, en la defensa en favor de los tribunales, Ackerman le reprocha a Bickel el sesgo que este le atribuye a la lectura de *El Federalista* cuando afirma que el control constitucional ejercido por el poder judicial carece de la noción de representación.[67]

En contra de tal idea, Ackerman acude a su teoría de los *momentos constitucionales* y a la dificultad intertemporal de tales episodios, al señalar que Bickel parte de una idea simplista de la voz legislativa, pues lejos de tener una voz unísona, en realidad presenta una complejidad ambivalente, no sólo representada por los partidos políticos que lo componen, sino por la de por sí compleja sociedad. Adicionalmente a esa problemática habría que agregar las diferencias en un sistema bicameral.[68] Esos diferentes entes presentan problemas al tratar de resolver sus conflictos y por ello acuden a la instancia judicial cuando no pueden solventarlos.

Así, la defensa del control constitucional como democrático por parte de Ackerman se ancla en la medida de asumir que las propias normas y principios constitucionales pueden ser divergentes y no haber sido decretados de forma unánime, es decir, de suyo subyace la diversidad en el origen.[69] Por otro lado, afirma, debe observarse que el control constitucional se establece como un mecanismo nivelador de la proyección de las reglas establecidas en el pasado que debe sobreponerse a la política ordinaria (leyes, decretos, etc). En ese sentido, la función de los tribunales constitucionales es democrática pues pone a prueba la política de todos los días bajo el tamiz constitucional democrático.[70] Su teoría a su vez asume la posibilidad de cambio, pues de lo contrario, se trataría de un sistema que es un mero culto al pasado, los *momentos constitucionales* de vez en vez harán reflexionar el contenido sustancial de la constitución.[71]

Finalmente, su postura conclusiva resulta paradójica porque a pesar de que su teoría descansa en buena medida en una serie de aspectos que lo ubicarían en el ámbito democrático al reconocer la mayor importancia de los episodios y estadios políticos refundacionales de las mayorías, ello no le impide establecer un argumento político en favor de los tribunales y su papel nivelador en una democracia.

3.5. Carlos Bernal Pulido: La ambigüedad del texto constitucional

En nuestro estudio hemos incluido autores latinoamericanos para hacer más amplio el análisis de la independencia judicial en su relación con la teoría constitucional acorde a los problemas a los que nos enfrentamos.

---

67 *Ibid*., pp. 166 y 182. Además *vid.* Hamilton, Alexander, *et. al.* y otros, *El federalista*, FCE, México, 2006, 2ª reimpr., pág. 332. Bickel, Alexander, *La rama menos peligrosa*, FCE, México, 2020, pp. 31-39.
68 *Ibid*., pp. 198-202.
69 *Ibid*., pág. 204
70 *Ibid*., pp. 204-205.
71 *Ibidem.*

Este autor parte de una visión teórica del papel que las cortes constitucionales tienen que asumir a partir del principio de proporcionalidad. En ese sentido, su concepción reside en una particular visión del derecho y de la función del juez muy en la línea de Robert Alexy. En ese sentido, el punto de partida lo concibe en torno a dos visiones del papel de los jueces, que es al mismo tiempo dos formas contrastantes de la teoría del derecho.

Parafraseando a Hart, hay dos fórmulas genéricas de ver a las cortes constitucionales: la primera, una visión clásica de meros aplicadores de las normas, y la segunda, contraria a lo anterior, la cual consiste en que no solo reducirse a ello, dado que las constituciones contienen preceptos con fórmulas indeterminadas que deben dotarse de contenido[72] lo cual necesariamente obliga a una interpretación por parte de la corte constitucional. Ello, a su vez, implica la creación jurisprudencial en los casos que así sea necesario.[73]

Lo anterior, tiene su mejor versión, siguiendo al autor colombiano, al ser una forma de eficacia directa en la tutela de los derechos humanos, que en países como el nuestro encuentra una manera de cubrir las ausencias que le corresponderían tanto al ejecutivo como al legislativo.[74] Por su parte, la visión negativa de ello significa que esa funcionalidad de los jueces podría ir en contra y en detrimento del sistema democrático. De esta forma, hay un debate inmerso entre el subjetivismo que implica la interpretación judicial y el objetivismo supuesto atribuido a las normas, tanto en ley como de la constitución.

El debate sobre la legitimidad de la jurisdicción constitucional. El planteamiento de Bernal Pulido surge también a partir de la vieja discusión clásica entre Hans Kelsen y Carl Schmitt. Así, mientras Kelsen sostenía que el control de la constitucionalidad debería centrarse en un tribunal ex profeso para ello[75], Schmitt debería ser el poder ejecutivo concretamente en el presidente del *Reich*. De hecho, este autor, criticó fuertemente la idea de la justicia constitucional al llamarlo en su peor versión como el *gobierno de los jueces*.[76]

La respuesta de Kelsen al postulado de Schmitt consistió en reivindicar las formas jurisdiccionales de decidir de su idea de tribunal constitucional por encima de las veleidades políticas del parlamento, más transitorias que permanentes en términos constitucionales. En el fondo, se trató de un debate sobre qué debe de prevalecer si

---

72 Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pág. 18. Este libro paga tributo en línea de continuación de la doctrina del principio de proporcionalidad del texto de Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, 601 pp.

73 *Ibid*., pp. 18-19.

74 *Ibidem*.

75 Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional)* IIJ UNAM, México, 2016, pp. 51-72.

76 Más adelante abordaremos más sobre este concepto a propósito de los escritos de Edouard Lambert.

el derecho o la política.[77] Afirmaba que, aunque había términos dudosos en la Constitución, el papel normal de este tipo de tribunales era precisamente zanjar el debate posible en torno a ello.[78]

Finalmente, como consecuencia de la posguerra y la necesidad de redefinir los controles constitucionales del poder político, la visión kelseniana en este punto ha tenido un fuerte arraigo con la adopción de la corte constitucional.

Bernal Pulido y el grupo de pensadores de este corriente contrasta la propuesta de John Hart Ely, en el sentido de que los tribunales constitucionales sólo deben limitarse a facilitar y vigilar los procedimientos democráticos sin tener que pronunciarse sobre aspectos materiales de la Constitución.

Como veremos más adelante, Hart Ely propugnaba por una visión en donde a la Suprema Corte o jueces constitucionales no les corresponde definir los alcances materiales de ciertos aspectos de la Constitución (derecho a la vida, la libertad en sí misma, etc) sino más bien su función es la de facilitar el diálogo y el debate democrático para que sea la sociedad la que decida sobre la materia sustancial de la Constitución. La Corte no debe sustituirse en esa labor.

En contraposición a ello, Bernal Pulido se suma a la serie de autores que afirman que la definición por parte de los tribunales constitucionales se deriva por la incertidumbre de ciertas disposiciones normativas constitucionales. Nuevamente encontramos dos posturas que en la doctrina constitucional de Estados Unidos está representada, por un lado, por los *originalistas* quienes apelan al texto de la Constitución, pero también, a los valores y principios que imprimieron a esos textos. Invocan los ideales de los padres fundadores de ese país. En contraste, los *no originalistas* cuestionan el *literalismo*[79] de las palabras al asegurar que no todas las previsiones constitucionales pudieron tener lugar en el siglo XVIII y, por tanto, se necesita una visión nueva acorde a los tiempos actuales. Dworkin, en su texto, sobre los casos constitucionales, como hemos referido, afirma que pudo haberse establecido un amplio margen de actuación en la constitución que permitiera soluciones novedosas según lo planteado en una situación determinada.[80]

De alguna manera, Bernal Pulido se une al argumento de que es inevitable la interpretación de los contenidos de la Constitución, pues los casos que se llevan a su jurisdicción plantean resolver un conflicto no buscado desde luego por el tribunal constitucional.

---

77 Al respecto Córdova Vianello, Lorenzo, *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*, FCE, México, 2009, 320 pp.
78 *Ibid*., pág. 32.
79 *Ibid*., pág. 39.
80 Dworkin, R., *Los derechos en serio*, pp. 209-233.

Bernal Pulido retoma la idea de Dworkin de que la configuración de los derechos no puede sujetarse a los vaivenes políticos fraguados en los procesos electorales.[81] Desde esta perspectiva, aún la decisión mayoritaria no puede afectar los derechos de las personas y justamente la función de los jueces será la protección de ello a partir de la Constitución.[82]

En ese sentido, la actuación, incluso activa de los jueces se justifica según Bernal Pulido, en la medida de la existencia de una indeterminación que la propia Constitución tiene establecida. En efecto, al haber problemas de vaguedad y ambigüedad, es necesaria la elaboración por parte de los jueces, sobre todo los constitucionales, de dotar de sentido al texto normativo. Se trata nada más ni nada menos que la textura abierta a la que se refería Hart.[83]

De este modo, esta teoría constitucional alega que ese proceder para nada resulta contradictorio, como señalaría Bickel, sino por el contrario, refuerza el ideal democrático en el sentido de que otorga una mayor participación y protección, incluso a las minorías.[84] El legislador es un ejecutor de la Constitución.[85]

En esa línea, se ha tratado de explicar el papel del tribunal constitucional en una democracia en el sentido de actuar dentro de los límites facultados por el texto constitucional[86], y en ese contexto según Aragón Reyes, el tribunal constitucional debe asumir el rol que le dio el constituyente democrático.[87] Con ello, se pretende demostrar que la actuación de tribunales o cortes constitucionales se explican en la medida del rol adjudicado desde la Constitución, y así rebatir el argumento de que no tienen permiso democrático o constitucional, pues fue el constituyente o poder reformador de la Constitución quien otorgó esa facultades interpretativas. En el fondo, subyace el debate de Kelsen y Schmitt sobre quién y de qué forma tiene la última palabra, si una posición jurídica a partir de una construcción así, o más bien política, derivada del origen democrático.

Finalmente, Bernal Pulido presenta como alternativa para solucionar la legitimidad de los tribunales constitucionales, siguiendo los pasos de su maestro Robert Alexy, toda una teoría de la argumentación jurídica incorporada a las sentencias, la cual dotaría de coherencia a toda la doctrina jurisprudencial que emitan dichos órganos.[88]

---

81 Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, pág. 40.
82 *Ibidem.*
83 Hart, H.L.A., *El concepto del derecho*, Editora Nacional, México, 1968, pp. 155-169.
84 Al respecto, Dworkin, R., *Freedom´s Law*, pág. 7 y Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos,* pág. 41.
85 Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos,* pág. 42.
86 Rubio Llorente, Francisco, "Problema de la interpretación constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español" en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pág. 585.
87 Aragón Reyes, Manuel, *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 119.
88 Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, pp. 49-50.

En efecto, a partir de una sólida doctrina judicial, con decisiones que provengan no solo de la racionalidad sino de la razonabilidad, es decir, posturas jurídicas que sean aceptables, aunque debatibles, es la mejor forma en la que los tribunales constitucionales alcanzan una clara legitimación dentro de una democracia.

Para alcanzar ese fin, Bernal Pulido propone una nueva noción que explique al derecho, más que a los procedimientos o procesos, a los derechos en sí, es decir, acude a la idea *sustantiva* de su contenido y su correlativa protección en la constitución: *el derecho de los derechos*. Esta postura se ancla sobre todo a partir del principio de proporcionalidad, el cual representa el mecanismo por excelencia para conseguir dos objetivos: 1) tutelar derechos humanos en contra de leyes que pueden ser inconstitucionales y 2) para ponderar dos principios que estén en pugna. El conflicto social encuentra ahí un camino basado en la razonabilidad.

La independencia judicial bajo esta tesitura en todo caso se logrará de mejor manera en la medida que tutele de forma más efectiva esos derechos por parte de un tribunal constitucional y no limitarse a un mero facilitador de la democracia, apela a los valores sustantivos de los derechos, incluso aquellos que entren en tensión.

4. CONCEPCIONES EN FAVOR DE UN *MINIMALISMO JUDICIAL*. LA DECISIÓN DEMOCRÁTICA MAYORITARIA DEL PARLAMENTO

A continuación, presentamos una serie de autores que, sin dejar de reconocer la trascendencia de los derechos humanos o fundamentales, se inclinan porque las decisiones predominantes deben recaer preponderantemente en el seno parlamentario en comparación a la judicatura constitucional. En otros casos, se señala la crítica a la función judicial.

4.1. Edouard Lambert: Regresión y conservadurismo de la corte

Este autor de origen francés escribió una obra que se convirtió en un clásico sobre el tema que exploramos, ya que en buena medida inaugura un concepto que evolucionará con el tiempo e influirá en posteriores teorías.

Con su *El gobierno de los jueces*, escrita hacia 1921, será un texto crítico y frontal del *judicial review* norteamericano y al enorme poder acumulado por su Suprema Corte.

Para comprender mejor el contexto de su crítica, habrá que decir que Lambert provenía de Francia en donde el parlamento tenía una mayor relevancia por encima del poder judicial. Teniendo como principales soportes las ideas de Montesquieu (los jueces son la boca de la ley) y la voluntad general de Rousseau, este constitucionalista continental se muestra escéptico y crítico del enorme poder acumulado por los jueces en Estados Unidos.

Ahí se fue acuñando una idea que podemos encontrar en nuestros días en México, respecto a lo que algunos califican como de conservadurismo elitista de la corte en contraposición al progresismo y desarrollo social encarnado en el parlamento, esto en la medida que el segundo es la institución que mejor representa a toda una sociedad.

En efecto, su crítica se cifra a partir de la sentencia del caso *Lochner*, la cual consistió en la declaración de inconstitucionalidad de una ley de Nueva York que limitaba a 10 horas diarias de trabajo en determinados comercios. La ley fue declarada válida por una corte estatal. Las razones de la ley se sustentaban en proteger la salud pública, así como las condiciones laborales de la clase trabajadora. La Suprema Corte por su parte, lo consideró inconstitucional porque limitaba la libertad contractual, tanto de los empleadores como de los trabajadores, pues afirmaba que afectaba a estos a poder ganar incluso más dinero con más horas laborables.[89] En el fondo, en este pensamiento subyace la disyuntiva entre seguridad versus libertad.

Las razones de su crítica se fundan en que fue una minoría de la Corte, la que podía conseguir la mayoría en su seno.[90] De esta forma, la principal razón de Lambert en contra de *Lochner* se debe a que la mayoría de la Suprema Corte se inclinó a favor de los intereses económicos de las grandes empresas por encima de la clase obrera. Le parecía inaudito no considerar los derechos sociales, involucrados en los objetivos de la ley, la cual se anula a partir del principio de *laissez faire*.[91]

En ese contexto, de igual manera, señala las razones por las cuales podría surgir un movimiento en contra de las decisiones judiciales que resultaran abiertamente adversas al imaginario colectivo, lo cual podría acarrear medidas como la revocación del nombramiento de jueces.[92] De ahí que, en la evolución del control constitucional ya no solo fuera la determinación de invalidez sino la interpretación como medida alternativa.[93]

La doctrina judicial *Lochner* (la cual no se reduce a esa sola decisión sino a un conjunto de ellas) perdurara todavía buena parte del inicio del siglo XX norteamericano, doctrina que se enfrentaría fuertemente con todos los objetivos del *New Deal* de Franklin D. Roosevelt. Dicho proyecto político presidencial consistió en una serie de leyes y políticas en favor de la clase trabajadora o determinadas colectividades que dicho presidente pretendía proteger, de ahí el enorme apoyo popular que tuvo en su momento.[94]

---

89 Lambert, Edouard, *El gobierno de los jueces*, Tecnos, Madrid, 2010, (Col. Clásicos del pensamiento) pp. 75-77.

90 *Ibidem.*

91 *Ibid*., pp. 79-88 y 93-96.

92 *Ibid*., pp. 105-122. Según Lambert la revocación de mandato de jueces tuvo lugar en Oregon en 1908 y posteriormente en California en 1911.

93 *Ibid*., pp. 145-192.

94 Al respecto, para comprender la disputa entre la Suprema Corte de ese entonces y el gobierno de Roosevelt recomendamos ampliamente la considerada novela más constitucional, me refiero a la obra *Scorpions* de Noah Feldman, un profesor de derecho constitucional de Harvard, la cual trata sobre la

4.2. Alexander Bickel: La *objeción contramayoritaria*

Bickel es un importante constitucionalista norteamericano de origen rumano que se ubica como uno de los principales autores de lo que llamamos aquí, *minimalistas* de la jurisdicción constitucional. Su argumento principal consiste en que la revisión judicial en sí mismo es contradictorio con la idea de la representación democrática. Su ideario constitucional se puede resumir a partir de la noción muy conocida como *objeción contramayoritaria*, la cual consiste en que, dado que los jueces constitucionales que integran una suprema corte o un tribunal constitucional no tienen un origen democrático, al no ser electos directamente por la ciudadanía, carecen, por tanto, del poder para decidir los temas más importantes en una sociedad.[95] A diferencia de lo que ocurre en los procesos electorales, a partir de los cuales, tanto al poder legislativo como al ejecutivo obtienen su lugar por el voto democrático. Ello trae como consecuencia que en el cargo se les imprime un sello de legitimación democrática.

En su construcción argumentativa, combate la concepción de Hamilton de *El Federalista* LXXXVIII en el sentido de que la decisión del pueblo se encuentra en la constitución y, por tanto, ello es superior tanto al legislativo como al judicial.[96] La razón de ello se debe a que los jueces al tener esa carencia democrática, no pueden ni deben decidir en nombre de toda una colectividad; se trata pues de una ficción el pretender derivar un poder ante una notoria carencia de representatividad.[97]

El poder judicial o más concretamente, la Suprema Corte (lo cual se puede decir lo mismo de los tribunales constitucionales) no puede ir en contra de la decisión mayoritaria, no solo por el déficit contramayoritario que señala, sino la razón de fondo es que muchas decisiones de la Corte corren el riesgo de no ser acatadas por la falta de **sedimento social**, es decir, porque una resolución puede tener tales alcances que no sea fácilmente asimilada por toda o buena parte de la población, de lo contrario se estaría imponiendo una visión particular de unas cuantas personas a toda una sociedad. La corte en todo caso debe buscar asentar determinado principio o valor, pero no imponerlo, sino solo después de que haya habido una amplia y adecuada discusión pública.[98]

---

relación de cuatro *Justices* (ministros de la Corte) en tiempos de Roosevelt. El presidente vio frenado en demasía su proyecto político del *New Deal* por la Suprema Corte, razón por la cual buscó renovarla mediante el *court-packing plan*. Dicha iniciativa consistió en una serie de reformas para modificar la composición de la corte mediante la adición de más asientos en su integración y así poder contar con una mayoría que apoyara su ideario político llevado a juicio. En otro contexto, en México algo así sí ocurrió con el aumento de asientos en el seno del Consejo General del INE hacia 2014. Los partidos políticos no se ponían de acuerdo con los nombramientos en esa instancia y por tanto decidieron ampliar el número de lugares hasta un total de once asientos actuales.

95 Bickel, Alexander, *La rama menos peligrosa, La Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el banquillo de la política*, FCE, México, 2020, pp. 31-39.

96 *Ibid*., pp. 31-32.

97 *Ibidem.*

98 *Ibid*., pp. 39-44 y 264.

La importancia de la asimilación social de determinados derechos o principios será algo fundamental para Bickel, aspecto que se relaciona, en términos de teoría jurídica, con la eficacia del derecho. Para afirmar lo anterior, parte del caso paradigmático *Brown vs Board of Education of Topeka* de 1954, en el cual, la Suprema Corte ordena finalizar con la segregación racial en las escuelas en los Estados Unidos. En efecto, ese precedente fue un primer paso jurídico para poner fin a la política de *iguales pero separados*, esto con el objeto de permitir a la población afroamericana tuviera acceso a las escuelas destinadas solo para blancos.

Bickel destaca en ese caso, la enorme resistencia en algunas ciudades y estados al sur de Estados Unidos, por lo cual, en esos lugares hubo una imposición por parte de la Suprema Corte, no así en el resto (mayoritario) del país que aceptaba la decisión de la Corte.[99] De esta forma, señala que el logro de este precedente que se atribuye a la Suprema Corte no es tal, pues hubo una importante colaboración de diversos poderes y entes del Estado, como la del entonces presidente Eisenhower quien envió tropas incluso para hacer cumplir dicha decisión judicial.[100] Dado que el poder judicial no puede por sí solo establecer qué principios deben seguirse, se torna fundamental la cooperación interinstitucional.

Lo anterior es relevante para nuestro estudio porque precisamente a partir del tipo o noción de teoría constitucional del poder judicial se podrá establecer la forma y alcance de la independencia judicial. Un tribunal podría hacer cálculos en su decisión respecto al eventual cumplimiento o incumplimiento de su decisión.

De esta forma, dado que el poder judicial no puede ser capaz de imponer determinados principios sino solo enunciarlo para que ello sea asimilado por la sociedad, de acuerdo con su análisis, ello no ocurre sino una década después de resuelto el caso *Brown* para efectos de que el principio de no discriminación fuera llevado a otros terrenos más allá del ámbito educativo.

En línea con lo anterior, hace un paralelismo con una serie de casos que, al margen de una postura liberal o conservadora, para concluir la falibilidad de la Suprema Corte y por tanto del efecto pernicioso que puede producir. Así, traza una línea transversal entre los polémicos casos de *Dred Scott vs Sanford* (el cual la Suprema Corte declaró como constitucional la esclavitud en el siglo XIX) así como la serie de casos resueltos en contra del *New Deal* de Roosevelt y el mencionado caso *Brown*.

En torno a ellos afirma que, con independencia del resultado de esas decisiones de la corte, estemos a favor o no, si no hay esa asimilación colectiva previamente, pueden causar enormes problemas sociales. Con ello inaugura un tipo de argumento relativo al resultado de la decisión de la corte, su coincidencia o no con el fondo por quienes

99 *Ibid*., pp. 280-281.
100 *Ibid*., pp. 264-267.

lo analicen, así como la obligatoriedad de acatarla sin perjuicio de movilizar política y jurídicamente por quienes están en desacuerdo para generar los cambios necesarios al estándar establecido.[101]

Por otro lado, Bickel cuestiona la supuesta función educativa que se auto asigna la Corte, pues más que buscar convencer a la sociedad (en los casos que resuelve a contrapelo de la decisión mayoritaria) resulta envolverse en una especie de misticismo y autocomplacencia sobre todo cuando interpreta la Constitución.[102] Ello contrasta con las teorías de Barak y Breyer como veremos más adelante.

Paradójicamente, al igual que John Hart Ely[103], a pesar de su paso profesional como secretario en la Suprema Corte (trabajó en la ponencia del ministro Felix Frankfurter) ello no influyó para que su postura como jurista fuera en favor del control constitucional sino por el contrario, su teoría se inclina por un papel restrictivo del control constitucional para la solución de problemas.

A manera de conclusión, podemos mencionar que Bickel es uno de los más claros pensadores que se manifiestan como suspicaz sobre los alcances del poder de la jurisdicción constitucional a partir de la revisión judicial, dada la ausencia de un origen democrático al no ser electos por el pueblo y, por tanto, carecen de esa legitimidad.

4.3. Jeremy Waldron: La preminencia del parlamento

Este autor neozelandés, profesor de la Universidad de Nueva York, es un férreo defensor de la prevalencia de la legislación como última gran institución decisoria de la voluntad colectiva, por encima de la idea que postula el constitucionalismo fuerte, es decir, que sean los tribunales constitucionales quienes tengan la última palabra. Señala que la teoría del derecho contemporánea está intoxicada por los encantos de la justicia constitucional.[104] En *Derecho y desacuerdos* enarbola una teoría de la legislación que busca combatir abiertamente la imagen negativa que tienen buena parte de la ciencia política y el derecho constitucional actual sobre el papel del poder legislativo, destacando los valores del pluralismo democrático[105] y para ello reconstruye una visión del positivismo jurídico, reivindicando el valor del carácter político que subyace en ello,[106] a lo cual suma el valor de la legislación de la asamblea y la legitimación democrática que ello enmarca.[107]

---

101 *Ibid*., pp. 276-277. Señala que incluso Lincoln, Jackson o Roosevelt no les gustó para nada lo resuelto por las respectivas cortes que a cada quien de ellos les tocó, pues finalmente respetaron la determinación judicial, pero en todo caso, dentro del campo legal y político, realizaron acciones para cambiar y movilizar a la sociedad y por tanto, influir en el principio que debería retomar la Suprema Corte.

102 *Ibid*., pp. 265 y 269.

103 Respecto a Hart Ely, éste trabajó como secretario para la ponencia del ministro o *Justice* Earl Warren.

104 Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 17.

105 *Ibid*., pág. 42

106 *Ibid*., pp. 43-60.

107 *Ibid*., pp. 61-74.

Así, su teoría la construye a partir del desacuerdo (el cual de por sí, se encuentra inmerso en la democracia) la pluralidad y en la idea de que es imposible que toda una sociedad, a pesar de estar más o menos cohesionada, puedan decidir de forma unilateral o unívoca.

Lo relevante de su teoría, se debe, tal vez, por ser una de la más contundentes en contra de la preminencia del *constitucionalismo fuerte* representado por los tribunales constitucionales. En buena medida, su disertación la dirige a combatir las ideas de Ronald Dworkin del libro *Freedom´s Law*, en el cual, el constitucionalista norteamericano defiende la idea del carácter democrático en la función de los tribunales constitucionales.

De esta forma, inicia su argumento señalando la desconfianza que debería considerarse sobre la idea de que un individuo establezca por sí (mediante una solitaria demanda judicial) los límites y alcances del derecho por encima de la discusión colectiva.[108] Afirma que si hay desconfianza por lo social cuando se emite una ley puesta bajo la lupa de la constitucionalidad (como afirman autores como Dworkin, quienes se manifiestan en contra de la objeción contramayoritaria) con mayor razón debería existir dicha desconfianza cuando un derecho se atrinchera en alguna constitución y se invoca por unos cuantos individuos ante tribunales sin pasar por el tamiz de la discusión parlamentaria, ya que dicha previsión en esa carta de derechos tiene una textura abierta poco clara y más bien ambigua.[109] Pone así, la duda, sobre las reivindicaciones que el individualismo reclama para sí en su relación con lo colectivo o social.

En lo que respecta a la concepción constitucional de la democracia, acepta que esta última "no es incompatible con la idea de los derechos individuales"[110], sin embargo, Dworkin y todos los autores ubicados en el *constitucionalismo fuerte*, parten de la idea falsa y negativa de que las mayorías son predadoras y rapaces por naturaleza (al modo del nacionalsocialismo) incapaces de reconocer los derechos de las minorías, y que no cabe lugar para una racionalidad colectiva, cuando bajo determinadas circunstancias, puede válidamente, con argumentos y legitimidad democrática, decidir en torno a la trascendencia de derechos mínimos[111] (*¿coto vedado*? *¿esfera de lo indecidible*?). Asume algunos aspectos que retomarán tanto Carlos Santiago Nino como Pedro Salazar

108 *Ibid*., pp. 263-268.

109 *Ibid*., pp. 261-262.

110 *Ibid*., pp. 337 y 339. Cabe señalar que Waldron en esta parte de su texto, concede que hay derechos al margen de las mayorías.

111 *Ibid*., pp. 338 y 364. Señala que hay algo de hobbesiano en el pensamiento del constitucionalismo fuerte, sólo que en un sentido ampliado, algo así como que la sociedad es el lobo de la sociedad. En un tono más filosófico señala el dilema moral sobre el grado de obligación o vinculación de un individuo de frente a la sociedad de una forma que hace recordar a la filosofía política clásica de Hobbes y Locke. Al respecto, resulta interesante la sentencia *Sauvé vs Canadá* de la Suprema Corte canadiense, la cual versó sobre la declaración de inconstitucionalidad respecto a la prohibición de votar de presos condenados a más de dos años de prisión en ese país. La mayoría de la corte consideró que no se justificaba que el cumplimiento de una pena privativa de libertad justificaba adicionalmente la privación del voto. Lo relevante para este estudio, es que aquellos ministros de la corte que estuvieron en contra de esa de-

en cuanto los derechos como precondiciones de la democracia que harán viable otros derechos.[112]

Así, la principal idea que combate Waldron contra Dworkin es la afirmación de este relativa a que el control constitucional es democrático y, por tanto, no contramayoritario, así como lo referente a que las cortes pueden hacer más justa a una sociedad y mejorar el debate político al optimizar la discusión de un caso que llegue a la Corte.[113]

Como hemos señalado, la idea democrática del control constitucional se ha derivado desde el texto de *El federalista*, aspecto defendido por autores como Ackerman o Prieto Sanchis[114], por un lado, y cuestionada por otros como Bickel.

Por el contrario, Waldron rebate lo anterior en el sentido de que los tribunales constitucionales no hacen necesariamente más justa a una sociedad, ni mejoran el debate político pues hay ejemplos de países en el mundo que carecieron de supremas cortes al estilo norteamericano y no por ello dejaron de avanzar en términos igualitarios, tal es el caso de Reino Unido o Nueva Zelanda, todo ello gracias a sus prácticas y tradición parlamentarias.[115]

Afirma que es incorrecto considerar que el proceso de discusión en el seno de la Suprema Corte sea mejor o superior al debate auténticamente democrático dentro del parlamento. La idea del desacuerdo cumple una función fundamental en la teoría waldroniana (aspira a una teoría política del desacuerdo) y enfatiza que es mejor resolverlos con más pluralidad representativa lo cual encuentra un mayor amortiguamiento de la discrepancia y el conflicto.

Las decisiones tomadas como procedimiento en las supremas cortes son mediante exiguas votaciones mayoritarias de sus integrantes que por lo tanto no lo hace superior en sí.[116] Se pregunta por qué tener dudas de las mayorías parlamentarias en comparación con las mayorías judiciales cuando aquí no hay una representatividad clara ni inmuniza el descuerdo.[117] Esto último hace que autores como Salazar, afirmen que Waldron aspira a un modelo con una cuasi ausencia de la judicatura federal.[118]

---

cisión, es decir, a favor de la prohibición para votar, afirmaban que la razón de tal restricción derivaba del incumplimiento del pacto social que ello implica y por tanto se justifica esa consecuencia.

112 *Ibid*., pág. 340.

113 *Ibid*., pág. 345.

114 Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 137-139.

115 Waldron, J., *Derecho y desacuerdos*, pp. 346-347. Sin embargo, habrá que decir en el caso de la experiencia británica, esa ausencia de Suprema Corte en Reino Unido se vio colmada en 2009 ya que desde entonces se tiene esa institución en la isla, aspecto que habla de la necesidad de la figura. Aquí el sitio oficial de dicha corte: https://www.supremecourt.uk/about/index.html.

116 *Ibid*., pp. 350-352.

117 *Ibid*., pp. 355, 357, 362 y 365.

118 Salazar, P. *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, pp. 252-253 y 267 y Waldron, J., *Derecho y desacuerdos*, pp. 368.

Con lo anterior señala que se incurre en una violación de petición de principio pues cómo resolver problemas democráticos de una sociedad sin democracia, entendiendo esto, fuera de la institución que mejor enarbola el ideal democrático, el cual según su perspectiva es el parlamento.[119] Afirma que es mejor y superior tomar decisiones de la mayor forma colectiva, que a partir de deseos individuales planteados en demandas como formas de autoafirmación de determinados derechos que no pasaron por el tamiz social.[120] Critica la ingenua y exacerbada fe en los tribunales señalando que las sociedades avanzadas pueden ponerse sus propios límites y es el parlamento la mejor vía para ello.[121]

Finalmente, un Waldron posterior a ese texto, matiza ligeramente su postura al reconocer la diferencia entre *constitucionalismos fuertes* y *débiles* (es decir, en aquellos en donde el control constitucional encuentra de una u otra manera una validación democrática parlamentaria posterior a la decisión judicial) pero en lo fundamental sostiene que la legitimación sustancial de los tribunales constitucionales sigue siendo débil, al no reconocer que esa legitimación no se sustenta de forma individual sino su fortaleza deviene como una relación entre individuos.[122]

Insiste en cuestionar a aquellos autores que de por sí, señalan que los jueces están mejor capacitados para discernir cual es la voluntad de las personas. En todo caso, acepta que pueden ofrecer posibilidades para que las personas participen de mejor forma en la deliberación pública, ello en un claro tono propio de Hart Ely. Así, el constitucionalismo fuerte no puede asumirse como un absoluto y en todo caso habría que considerar que las decisiones de las cortes o tribunales constitucionales deban de adaptarse con mayorías calificadas como sucede también en el senado de muchos países. Por ejemplo, para que determinada posición prevalezca debe haber una mayoría calificada en estados de la Unión Americana como Dakota del Norte (4 de 5 jueces) y Nebraska (5 de 7)[123], tal y como existe en México para la declaración de invalidez en acción de inconstitucionalidad (8 de 11).[124]

5. CONCEPCIONES INTERMEDIAS. EN BÚSQUEDA DEL BALANCE

Esta clasificación, no exenta de cuestionamientos, pretende reunir aquellos autores que unos de sus principales objetivos es conciliar las dos posturas entre la prevalencia del llamado constitucionalismo fuerte en favor de los derechos y la preminencia de la regla de la mayoría derivada del parlamento.

---

119 Waldron, J., *Derecho y desacuerdos*, pp. 355-360.

120 *Ibid*., pág. 363.

121 *Ibid*., pp. 365-372.

122 Waldron, Jeremy, *Seminario sobre control constitucional y política*, conferencia dictada el 4 de agosto de 2017 en la Corte Constitucional de Colombia, duración 1:40:05. (Consultable el 12 de enero de 2023, disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=8l_WGqY3qMA&t=134s

123 *Ibidem.*

124 Cabe señalar que recientemente en la discusión de la reforma eléctrica, se ha discutido sobre la regla de una mayoría calificada para llegar a esa invalidez y si debería ser mejor una mayoría simple para ello.

5.1. John Hart Ely: Remover los obstáculos de la democracia

Dentro de la perspectiva latinoamericana, este autor norteamericano curiosamente no resulta tan estudiado, como sí para el debate sobre todo en Estados Unidos. Con experiencia en el ámbito de la judicatura federal, al igual que Bickel, este autor marcará un derrotero sobre una serie de autores que buscan conciliar las perspectivas aquí planteadas.

Hart Ely escribió sobre Bickel que su vida intelectual siempre fue una búsqueda en vano respecto a los valores neutrales que debería encontrar la Suprema Corte sobre su función democrática. Con carreras profesionales similares (ambos sirvieron como *law clercks*[125]) paradójicamente sus edificios teóricos no fueron para nada en favor de esa condición, sino como hemos dicho, más bien *minimalistas* del control y judicatura constitucional.

En efecto, su postura inaugurará la idea (seguida en buena parte por Habermas, Nino y Gargarella) de que el tribunal constitucional tiene un propósito acotado y específico en una democracia, lo cual consiste en remover todos aquellos obstáculos que impiden la efectiva representatividad política, así como el debate y la deliberación democrática, esa es su principal función. Su teoría surge en buena medida a partir de un pie de página[126] de la sentencia de la Suprema Corte (probablemente el pie de página más trascendente del constitucionalismo norteamericano) en el caso *United States vs Carolene Products*. El pie de página en su segundo y tercer párrafo establece que:

> "Resulta innecesario considerar ahora si la legislación que restringe aquellos procesos políticos de los que ordinariamente se espera que conlleven el rechazo por ser una legislación indeseable, haya de estar sometida a un escrutinio judicial más estricto bajo las prohibiciones generales de la enmienda decimocuarta de lo que están la mayor parte de otros tipos de legislación.
>
> Tampoco es necesario que indaguemos si consideraciones analógicas hacen parte del control de leyes dirigidas a minorías religiosas [...] o étnicas particulares; si el prejuicio contra minorías discretas e insulares puede ser una condición especial, que tiene seriamente a limitar la operación de aquellos procesos políticos en los que ordinariamente se puede confiar para proteger a las minorías, y que pueden exigir, por ende, un examen judicial más profundo."[127]

---

125 En México, le llamamos a esa función secretarios de estudio y cuenta.

126 Por este aspecto, es considerado el pie de página más trascendente en el constitucionalismo norteamericano porque derivó en toda una teoría constitucional.

127 Hart Ely, John, *Desconfianza y democracia. Una teoría del control constitucional*, Siglo del Hombre Editores y Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Bogotá, 1997, pág. 100. Omitimos la transcripción del primer párrafo del pie de página, la cual el propio Hart Ely habla que se trata más bien de la reiteración de la doctrina del *textualismo*, aspecto que no pretendemos destacar por el momento.

El caso versó sobre la constitucionalidad de una ley federal que prohibía el envío interestatal de leche envasada con base en que los requisitos restrictivos tuvieran un canon de racionalidad. Desde su punto de vista, los párrafos relevantes eran el segundo y tercero, los cuales no habían sido analizada adecuadamente, según Hart Ely, y, por tanto, era necesaria una mayor reflexión.[128]

De lo anterior deriva una teoría la cual consiste en que el papel de una suprema corte debe traducirse en **remover todos aquellos obstáculos en la legislación que impidan una adecuada representatividad**[129] o la **mayor deliberación democrática**[130], es decir, debe facilitarse de la forma más amplia el debate de las ideas a fin de que sea el colectivo social quien discuta ello. De esta forma, leyes que impidan el voto de todas las personas, o que afecten la libertad de expresión o prioricen la censura, todo ello son aspectos que impiden la adecuada discusión pública. La corte en todo caso le corresponde eliminar todos esos elementos que impiden la mayor deliberación democrática, de ahí que se considere procedimental este tipo de control y no sustantivo.

En esa línea, Hart Ely apela a que el constitucionalismo más clásico de por sí, es decir, que la democracia y, por tanto, la regla de la mayoría no debe avasallar a la minoría, por tanto, resulta innecesario adscribirle al poder judicial toda la fuerza necesaria para ello.[131]

Así, la manera en la que pretende resolver la dicotomía de la prevalencia de los derechos vía el control constitucional y la determinación a partir de la pluralidad del parlamento es mediante el establecimiento de una función específica por parte de los tribunales constitucionales. La trascendencia de este autor es mayúscula porque a partir de su pensamiento continuaran teorías que en una parte central conservaran buena parte de esta base argumentativa. Cabe señalar que, en un breve texto, Francisca Pou escribe sobre la calidad deliberativa y proceso legislativo de la Suprema Corte de México, esto como ejemplo de la vigencia de la teoría de Hart Ely.[132]

Finalmente, se ha señalado la contradicción del modelo de Hart Ely en el sentido de que su pretensión de ser un marco que supuestamente se preocupa únicamente por lo procedimental, es en realidad equívoco, porque al momento de resolver sobre los obstáculos que impiden una marcha adecuada de la democracia, los dilemas de fondo y por tanto sustantivos son inevitables.[133]

---

128 *Ibid*., pp. 101.
129 *Ibid*., pp. 111-112 y 128.
130 *Ibid*., pp. 130 y 133-155.
131 *Ibid*., pp. 106-109.
132 Pou, Francisca, "Tiempos convulsos para la democracia", en *Nexos*, núm. 542, febrero de 2023, pág. 64.
133 Gama Leyva, Leopoldo, *Derecho, democracia y jueces. Modelos de filosofía constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 64-67.

5.2. Jürgen Habermas: Facticidad y validez

La teoría de este autor alemán se relaciona con el postulado de John Hart Ely en el sentido de tener una visión escéptica sobre el papel de los tribunales constitucionales en una democracia. Como se sabe, su teoría se ubica en la sociología más que en el derecho, pero al igual que Weber y otros autores de esa disciplina, el derecho no les resulta ajeno a su teoría.

Así, la relación de los derechos y la democracia debe ubicarse en lo que se conoce como su teoría de la acción comunicativa, la cual busca explicar a la sociedad a partir del medio lingüístico de sus integrantes a fin de comunicarse, interactuar e influir unos con otros mediante la búsqueda de sus intereses, lo cual implica un consenso sobre todo a través del mensaje.[134]

En ese contexto, la teoría de Habermas sobre el conflicto entre tribunales y democracia la podemos ubicar dentro de esa acción comunicativa, ya que, los derechos humanos no compiten con la soberanía popular, sino que son idénticos a las condiciones constitutivas de formación discursivo-pública de la opinión de quienes participan en sociedad.[135] De esta forma, los derechos forman parte de la estructura organizativa democrática y de ahí proviene su configuración jurídica.[136]

Con lo anterior, Habermas pretende, desde una visión más sociológica, resolver el dilema planteado entre tribunales y democracia, ello insertado en una obra de mayor escala. En ese sentido, se inclina porque el papel de los tribunales constitucionales sea más bien restrictivo, dado que, por ejemplo, el control constitucional de leyes en abstracto resulta inaceptable en la medida que resulta un cuerpo encarnado por una élite que no supera la objeción contramayoritaria.[137]

En esa misma línea, se suma un defensor del *constitucionalismo* como tutela de derechos como lo es Luis Prieto Sanchís, en la medida que considera inadecuado que se tenga la facultad del control constitucional de leyes en abstracto, porque sin hechos, ni personas tangibles, ni caso en concreto a resolver, no se actualiza la legitimidad de los tribunales constitucionales consistente en la tutela de derechos.[138] Por otro lado, dicho autor español contrasta la crítica contramayoritaria de los jueces del tribunal constitucional dado que podría afirmarse que tienen un barrunto de legitimidad democrática a partir de que su designación proviene de las mayorías (calificadas la más de las veces) del órgano legislativo, por tanto tienen una legitimidad democrática de segundo grado.[139]

---

134 Habermas, Jürguen, *Teoría de la acción comunicativa I, racionalidad de la acción y racionalización social*, Taurus (Humanidades) México, 1981, pp. 136-137.

135 Habermas, Jürguen, *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 2001, pág. 603.

136 *Ibid*., pág. 188.

137 *Ibid*., pp. 522 y 315.

138 Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 166–174.

139 *Ibid*., pág. 162. A respecto habrá que mencionar que dentro del constitucionalismo mexicano también se ha hablado de las llamadas elecciones indirectas con matiz democrático, a aquellas designaciones

En palabras de Pedro Salazar, hay una sintonía entre las posturas de Nino y Habermas[140], pero la diferencia es que este último, presenta una visión más robusta al enclavarla en un aparato sociológico que pretende dar una explicación de toda la sociedad y no únicamente en la parcela político-constitucional del dilema.

Como se puede observar, si bien hay un intento por conciliar el dilema planteado a lo largo del texto, la tendencia del autor en análisis oscila más hacia la prevalencia de que la definición de los derechos está en el campo democrático a partir de acciones discursivas del lenguaje y que el papel del tribunal constitucional debe asegurar el efectivo discurso de comunicación de ese debate que se presupone plural.

5.3. Carlos Santiago Nino: La democracia deliberativa

Este pensador es uno de los más importantes en Latinoamérica y su postura se caracteriza por tratar de armonizar el control constitucional de la judicatura con el ideal democrático, aunque con una preminencia clara de este último. Esto es claro cuando afirma que: "Cuando el origen de los jueces no es de carácter democrático, sus decisiones no gozan del valor epistémico que sí tiene el proceso democrático"[141] o "la perspectiva usual de que los jueces están mejor situados que los parlamentos y que otros funcionarios elegidos por el pueblo para resolver cuestiones que tienen que ver con derechos, parece ser la consecuencia de cierto tipo de elitismo epistemológico"[142]

Su teoría está basada en la idea de **deliberación** que implica la democracia. Su objetivo busca conciliar los extremos de la teoría de la democracia constitucional, es decir, superar teóricamente la diferencia entre la democracia sin olvidar la función necesarísima de tutelar los derechos.

Para lograr lo anterior, Nino concibe la existencia de derechos que funcionan como precondiciones o prerrequisitos necesarios para justamente lograr una auténtica democracia en donde logren participar el mayor número de personas en las cosas que involucran a todos.[143] Afirma que la mejor imparcialidad es aquella que se logra cuando hay un proceso de discusión pública y decisión mayoritaria.[144] A ese proceso le llamará *valor episté-*

---

por ejemplo de gobernadores interinos por parte de las legislaturas de los estados por parte de los diputados constituyentes Alfonso Cabrera e Hilario Mediana. *Diario de los debates de la H. Cámara de Diputados 1916-1994, Legislatura Constituyente, Periódico Único del Congreso Constituyente*, 18 de enero de 1917, Diario 61 de debate, pág. 432.

140 Salazar, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, FCE, IIJ UNAM, México, 2006, pág. 242.

141 Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, pág. 260.

142 De igual forma, no duda en llamar a ese proceso como un auténtico constructivismo. Nino 198. Sobre su postura en favor de la democracia por incluso los derechos podemos observarlo cuando afirma: "… no podemos inferir que los derechos sean barreras contra todas las decisiones mayoritarias". *Ibid*., pág. 270.

143 *Ibid*., pp. 180-187.

144 *Ibid*., pág. 178.

mico de la democracia y consiste más detalladamente en el proceso colectivo mediante el cual una sociedad define y decide los alcances sobre las cuestiones comunes a partir de la discusión y deliberación pública a la manera de una depuración de principios y derechos a considerar colectivamente.[145] "La democracia deliberativa es el mejor procedimiento para entender y lograr la real vigencia de los derechos individuales".[146]

Dado que su principal preocupación es la forma de organización que involucre a más personas en la toma de decisiones (incluido los derechos) la democracia resulta el centro de su construcción teórica. Sin embargo, para lograr un adecuado funcionamiento de ella, establece que determinados derechos deben estar protegidos *a priori* de forma eficiente, de ahí que se consideren prerrequisitos o condiciones de primer orden.

Es a partir de ello que justifica el elemento del control constitucional en una democracia, (muy a la manera de Hart Ely, aunque de forma más ampliada) en la medida que facilite la mayor deliberación democrática para alcanzar una moral pública. Solo en esa medida se justifica la intervención de los tribunales constitucionales o cortes supremas. Así, mientras el control constitucional es un medio, el fin corresponde a que la decisión y determinación de una sociedad, incluida la mayor parte de los derechos, corresponde a la colectividad.[147]

Es a partir de lo anterior, que Nino pretende conciliar el debate entre democracia y control constitucional, entendido en quien debe tener la última palabra en una sociedad, si el parlamento como resumen de la sociedad o los tribunales constitucionales como guardianes de la carta de derechos. Al final, va a decir, que la teoría de la democracia constitucional se debate entre la constitución de los derechos (constitucionalismo) y la constitución del poder (democracia).[148]

Así, su manera de conciliar, la democracia y la constitución es mediante la fórmula de encontrar los momentos adecuados para remover los obstáculos que afectan derechos que imposibiliten el debate y la deliberación democrática. De esta forma va a encontrar tres grandes excepciones en donde la judicatura debe decidir en lugar y en favor de la democracia, es decir, tres circunstancias en las cuales se justifica una intervención legítima mayor del control constitucional por encima de la democracia: a) depuración del procedimiento democrático, b) la autonomía personal entendida como la prohibición de imponer la propia visión individual a la colectividad (argumento perfeccionista) y c) la constitución como práctica social.[149]

a) **Depuración del procedimiento democrático.** Muy en el tono de Hart Ely, en este punto Nino afirma que una justificada intervención del control constitucio-

145 *Ibidem.*
146 *Ibid*., pág. 259.
147 *Ibid*., pp. 191, 195 y 299-300.
148 *Ibid*., pp. 196-198.
149 *Ibid*., pp. 269-302

nal en una democracia ocurre cuando precisamente se busca asegurar y ampliar la participación en la discusión entre quienes pueden verse afectados por una decisión democrática. La protección de las reglas del proceso democrático, entendido como la posibilidad del debate y la discusión pública en el mayor grado posible justifican la intervención judicial constitucional.[150]

b) **La autonomía personal.** La segunda excepción de la intervención judicial consiste en el criterio de que las decisiones colectivas o democráticas no pueden basarse en prejuicios morales particulares, estándares perfeccionistas que impliquen un determinado actuar de excelencia humana. Se trata de que ideales perfeccionistas o prejuicios que una persona o grupo de personas tienen, no sean impuestos a los demás. Nino lo ejemplifica con el caso *Bowers vs Hardwick* el cual versaba sobre una ley prohibitiva del comportamiento homosexual en Georgia. En esos casos, diría Nino, es válido que el control constitucional intervenga para eliminar normas que pretendan imponer un modelo determinado de conducta. Lo mismo va para limitar a los integrantes de la Suprema Corte en el sentido que, tampoco ellos pueden imponer una visión personal en los casos que resuelven. Otros ejemplos se refieren a la posesión de ciertas drogas blandas, la prohibición del divorcio, excepción al servicio militar o la adhesión a cierto estándar moral.[151]

c) **La constitución como práctica social.** La tercera forma justificada de intervención judicial consiste en la preservación de una determinada práctica judicial. Se refiere a la protección de ciertos valores fundamentales establecidos en la constitución. Lo explica con el ejemplo del indulto por parte de Menem a un grupo de militares de la dictadura enjuiciados por la violación grave de derechos humanos. A pesar de la popularidad y legitimidad democrática del presidente de entonces, la intervención del control constitucional para Nino se justifica porque en ese caso se atenta contra aspectos medulares de lo que él considera la constitución histórica, la constitución de los derechos, así como la constitución del poder.[152] La transición de la dictadura a la democracia con el enjuiciamiento de los militares implicaba una profunda práctica constitucional en ese país. Sería para la teoría de Ackerman un *momento constitucional* de refundación.

Este último aspecto no resulta del todo claro en su esquema teórico porque a diferencia de los otros dos, parece demasiado casuístico establecer o descubrir esa práctica constitucional, sobre todo porque en el ejemplo expuesto, parecería ser muy inicial o incipiente para considerarlo una práctica general. Pareciera que se refiere a principios constitucionales fundamentales que cada país y cada sociedad se ha establecido como

150 *Ibid*., pp. 273-277.
151 *Ibid*., pp. 277-280.
152 *Ibid*., pp. 280-283 y 300.

de primerísimo orden, pero justo esa excepción indica acercarse al llamado constitucionalismo fuerte.

Al margen de ello, otro aspecto fundamental en la propuesta de Nino es que los tribunales constitucionales ingresan a la deliberación colectiva en la medida que, más allá de imponer u ordenar una decisión judicial en algunas ocasiones, colaboran con el legislativo y el ejecutivo al remitir asuntos con el objeto de que se discuta nuevamente bajo ciertos estándares. Así la Suprema Corte no decide todo y dialoga con el legislativo para que este regule.

De esta forma, la teoría de Nino la clasificamos en este apartado por la pretensión de conciliar diversas teorías, pero sobre los derechos, la democracia y el derecho, aunque con una clara preferencia por la discusión en el seno democrático.

5.4. Roberto Gargarella: La sala de máquinas

Este autor argentino de la Universidad de Chicago propone una línea de pensamiento que emparenta con Nino, el cual establece varios aspectos: a) pone énfasis en que cada persona debe ser la última autoridad en cuanto a su proyecto de vida; b) cuando existan ámbitos que trascienden más allá de su moral privada, la última decisión debe tener un adecuado proceso de reflexión colectiva, existiendo en ello un profundo compromiso en el cual se garantice la mayor imparcialidad para esa toma de decisiones; c) para lograr lo anterior es fundamental la mayor y amplia discusión pública; d) asume con certeza que el actual sistema no favorece a la discusión pública ni promueve la participación ciudadana; e) no debe recaer como última instancia el control definitivo sobre los derechos por parte de jueces, por más esfuerzos que se hagan por controlar a estos y dotar de más fortaleza a la ciudadanía y finalmente f) que por más esfuerzos institucionales se hagan por buscar un equilibrio entre constitución y democracia, siempre serán falibles.[153]

En ese sentido, Gargarella, siguiendo a Hart Ely y a Nino, el control constitucional debe encaminarse a dos aspectos: 1) asegurar las condiciones del debate democrático, esto es, permitir a todas las voces participar en la discusión pública como por ejemplo: asegurar la libertad de expresión evitando la censura, eliminar las distorsiones de la voluntad social con sesgos de alteren el voto en las elecciones (*gerrymandering*[154]) o distorsionar el poder decisorio con una eventual perpetración del poder político de

153 Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Corte Constitucional para el periodo de Transición, Quito, Ecuador, 2011, pp. 279-280.

154 Se refiere al sesgo de una distritación manipulada artificialmente con la cual se busca la obtención garantizada de escaños para el Congreso en favor de partidos políticos mediante la alteración de la geografía electoral. El objetivo consiste en establecer una división territorial que facilite un electorado cautivo sin atender a criterios demográficos o estrictamente de asentamientos poblacionales sino incluso con un sesgo racial.

uno o unos cuantos partidos políticos, etc[155]; 2) lograr una efectiva protección de una esfera inviolable de la autonomía de los individuos, impidiendo con ello que los poderes públicos interfieran en cuestiones de moral privada de tipo *perfeccionistas* que impliquen un modelo de vida determinado.[156]

Gargarella establece como condiciones necesarias para ello, no otorgarle un control excesivo al tribunal constitucional, el cual no tiene una legitimación democrática, sino solo en la medida que facilite el diálogo democrático, esto, "con el objeto de despojarle de la capacidad para decir la «última palabra» en materia constitucional, capacidad que hoy mantiene." [157] Su principal objeción al respecto se debe a la poderosa permeabilidad del poder político o económico en la esfera de la justicia en los países de la región, de ahí su desconfianza al poder de los jueces en nuestros países.[158]

De esta forma, Gargarella en todo caso propone, que los mecanismos procedimentales deben lograr eficazmente presentar las voces de los más desfavorecidos (como buscaba también Hart Ely[159]) en aras de arribar a una democracia epistémica de la que hablaba Nino, esto en el sentido de que, a partir de la deliberación democrática, se definan las decisiones políticas y sociales trascendentales de un país.[160]

La anterior línea de pensamiento continúa con su *Sala de máquinas de la Constitución* en el cual crítica los doscientos años de constitucionalismo latinoamericano, del cual señala que se ha preocupado más por tener cartas de derechos de enorme avance, pero poco o nulo desarrollo en cuanto a una efectiva participación ciudadana en las decisiones de poder, mismo que se encuentra concentrado dando lugar a un centralismo autoritario, sin dejar de mencionar el contexto de desigualdad social en los países de la región.[161]

5.5. Pedro Salazar: La radiografía de la democracia constitucional

Dentro de esta línea, quisimos incluir a pensadores de nuestros países para reflejar de mejor forma, una concepción teórica constitucional más relacionada con nuestras realidades institucionales.

En su *La democracia constitucional. Una radiografía teórica* aborda la disyuntiva entre la *autonomía democrática* y el *constitucionalismo de los derechos*, lo cual resulta de enorme utilidad para este trabajo.

---

155 *Ibid*., pág. 280.
156 *Ibid*., pp. 280-281.
157 *Ibidem.*
158 *Ibid*., pág. 282.
159 Hart Ely, John, *Desconfianza y democracia. Una teoría del control constitucional*, pp. 167-213.
160 Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno*, pág. 281.
161 Gargarella, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución: Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-1910)* Katz Editores, Barcelona, 2015, 375 pp.

De forma similar a Carlos Santiago Nino, su libro inicia con la disyuntiva entre el liberalismo y la democracia. Tales conceptos, lejos de ser convergentes pueden ser contradictorios y entrar en tensión. Así el liberalismo implica poner el acento como su nombre lo indica, en las libertades individuales lo cual es uno de los pilares del constitucionalismo.[162] Por otro lado, la noción democrática para estos efectos tiene una connotación colectiva, de mayorías sobre todo en el ideario de Rousseau.[163]

Lo anterior es relevante porque la línea de pensamiento de este autor oscilara por las tensiones que subyacente en la teoría e instrumentación de la democracia constitucional. De ahí que, a pesar de que su postura se decante en cierto sentido por la preminencia de la noción democrática por encima del constitucionalismo, ello no implica renunciar a la tutela de derechos.

Si bien es cierto, en este artículo solo nos ocupamos de una parte de las tensiones que Salazar detecta (el poder judicial de frente a los otros poderes debido a la independencia judicial) resulta enriquecedor observar las diferentes aristas que detecta quien dirigiera al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

El libro de Salazar pretende confrontar la disputa teórica e institucional sobre qué debe de prevalecer: si el ideal democrático, es decir la regla de la mayoría o, por otro lado, los límites de esta última a través de las reglas constitucionales. De esta forma, dicha tensión se resume entre democracia y constitucionalismo, y se recrea a partir de diferentes teorías que ponen el acento de preminencia entre uno u otro.

Después de un amplio recorrido, el planteamiento de su estudio se realiza a partir de varias tensiones que pretenderá conciliar. Tales tensiones son:

a) **Tensión general entre constitucionalismo y democracia.** Esta tensión implica una paradoja pues hay autores que se inclinarán ya sea por el constitucionalismo por un lado o el ideal democrático por otro como lo hemos presentado. De hecho, es una paradoja porque dicho ideal, resumida en la regla de la mayoría, amenaza a la constitución y los derechos humanos puesto que estos se rebelan ante el límite que ello implica.[164] Por su lado, el marco constitucional, puede ahogar a la democracia en la medida que limita la autonomía política.

b) **Tensión entre el conjunto de derechos fundamentales individuales y la autonomía política.** De alguna manera, esta tensión es una derivación particular de la antes referida. Dicho de otra forma, es una tensión entre los derechos individuales de carácter sustantivo y los derechos de la colectividad entendiendo por ello, las decisiones mayoritarias sobre determinados temas que pueden afectar

162 Salazar, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, FCE, IIJ UNAM, México, 2006, p.p. 57-107.
163 *Ibid*., pp. 108-177.
164 *Ibid*., pág., 184.

derechos individuales. En otras disciplinas encontramos este debate bajo los rótulos de individualismo vs colectivismo. Salazar busca encontrar precisamente un equilibrio en ello.

Para dar respuesta a lo anterior, Salazar acepta en principio que ante la autonomía política deben aceptarse ciertos derechos fundamentales como límites.[165] De esta manera, formula que "la democracia formal sólo es posible cuando algunos derechos fundamentales se encuentran garantizados".[166] Lo interesante de su aportación es la distinción de aquellos derechos que sirven como precondición y condición de la democracia sin los cuales pueden tener lugar. Así los derechos como precondición de la democracia no debe entenderse como una dimensión material como lo afirma Ferrajoli.[167] A través de los derechos de libertad (personal, pensamiento, reunión y asociación) puede tener cabida el ejercicio de la autonomía política, es decir, esas libertades anteceden a la libertad política.

Con lo anterior, se pretende conciliar la disputa si la democracia debe tener contenidos sustanciales en su concepción. Salazar siguiendo la escuela de Turín pretende establecerlos como pre-condicionantes. Por otro lado, la distinción que realiza consiste en que hay derechos que desde luego tienen una barrera de protección en contra de las decisiones mayoritarias, pero que no necesariamente pertenecen al *coto vedado* de Ernesto Garzón Valdez o dentro de la *esfera de lo indecidible* de Ferrajoli.[168] Por otro lado, los derechos políticos no son una precondición de la democracia sino condición de ella.[169]

De acuerdo con Salazar, la tensión se ve atenuada en el sentido siguiente: la ciudadanía puede ejercer su autonomía su autonomía y deliberar prioridades, soluciones a problemas y pertinencia de los derechos mediante el poder revisión de la constitución, pero con las limitantes que determinados derechos deben considerarse.[170]

c) **Tensión entre el contenido de las decisiones y la forma en la que son adoptadas.** Este apartado se refiere a la legitimidad sustancial y formal. Así plantea un marco que distingue una y otra y ayuda a conciliar el debate. Esto lleva a la propia paradoja que Bobbio planteara si la mayoría puede modificar la regla de la mayoría.[171] Así, desde esta perspectiva, para el constitucionalismo, la legitimidad de su función será de carácter **sustantiva**, es decir, el control constitucional que ejercen los tribunales se legitima en la medida de que hay una protección

165 *Ibid*., pág., 264.
166 *Ibid*., pág., 265.
167 *Ibidem.*
168 *Ibidem.*
169 *Ibidem.*
170 *Ibid*., pág. 267.
171 Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, FCE, México, 1997, pp. 24 y ss.

sustantiva de los derechos. Por otro lado, desde el ideal democrático, y bajo la concepción teórica de Norberto Bobbio, la legitimidad se logra desde una perspectiva **formal**, es decir, se respeta la autonomía política de los ciudadanos en la medida que se respetan los procedimientos formales.[172]

d) **Tensión entre la supremacía constitucional y el poder legislativo y reforma constitucional.** La tensión se refiere a la paradoja consistente en que, por un lado, la supremacía constitucional tiene como base la rigidez en la modificación de sus normas. Por otro lado, el ideal democrático implica el poder debatir en sede colectiva todas las reglas a establecerse. Así la tensión se da entre la rigidez y supremacía constitucional y la necesaria adaptación democrática de determinados temas.

La propuesta de conciliación consiste en distinguir entre el *coto vedado* de derechos en relación la reforma constitucional y el principio de supremacía constitucional.[173] De esta en relación con el primer aspecto, la autonomía política debe aceptar la especial protección del *coto vedado* y establecer diferentes grados de rigidez en relación con los otros derechos diferentes a los identificados al *coto vedado*.[174] Aceptar lo anterior desde la Constitución implicará evitar, de acuerdo con esta visión, que los jueces se arroguen el poder de decisión que debe tener la ciudadanía.[175]

e) **Tensión entre los órganos representativos y los jueces constitucionales**. Esta tensión nos resulta particularmente relevante porque se dirige al planteamiento de los alcances de la independencia judicial en la medida de que los jueces constitucionales pueden enfrentarse al poder político. El planteamiento es el de siempre, el de la objeción contramayoritaria, porque los jueces que no tienen respaldo democrático pueden decidir los temas más importantes de una sociedad determinada y cómo controlar que no se vuelva el dominio político de una pequeña élite.

Al respecto, Salazar se decanta claramente por una postura moderada del constitucionalismo recaída en los jueces. Acepta que en todo caso, deberán tener la última pala-

---

172 Cabe señalar que como hemos referido, Ferrajoli y Bobbio con Bovero mantuvieron un debate a finales del siglo XX consistente en cómo debería concebirse el concepto de democracia. Mientras el primero afirmaba que la democracia debe apelar a la tutela de derechos sustantivos, los segundos sólo se referían a que la democracia se refiere a los procedimientos democráticos, por tanto, su concepción es formal.

173 Salazar, P., *La democracia constitucional*, pág. 269.

174 *Ibid*., pág. 270. Al respecto, resultan innovadoras la propuesta teórica de Richard Albert, profesor canadiense de la Universidad de Texas proponiendo diferentes grados de enmienda constitucional según el grado de importancia en el objeto a proteger constitucionalmente. Albert, Richard, *Constitutional Amendment:, Making, Breaking, and Changing Constitutions*, Oxford University Press, New York, 2019, 338 pp.

175 Salazar, P., *La democracia constitucional*, pág. 270.

bra en cuanto al coto vedado, pero no así respecto al resto de los derechos.[176] En todo caso, la teoría constitucional debería dirigirse a lo que ciertos modelos constitucionales como el canadiense pretenden lograr con la cláusula de *notwithstanding* o cláusula de "a pesar de" la cual implica la posibilidad de limitar los efectos de una sentencia de la Corte Suprema por parte del Parlamento de Canadá[177] con lo cual se pretende un diálogo entre la judicatura constitucional y el legislativo para que el primero no tenga la última palabra.[178] Al respecto, a esta variante del derecho comparado se le suele identificar con el *constitucionalismo débil*, visto como otra alternativa de conciliar el debate planteado a lo largo de este texto.[179]

5.6. Stephen Breyer: La pedagogía y confianza de la corte

Este ministro o *Justice* de la Suprema Corte de los Estados Unidos, quien dejara ese cargo en 2021, tiene una particular visión del papel del juez constitucional. Lejos de pensar que por esa posición tendría una teoría que defendiera férreamente a los jueces constitucionales, en realidad se trata de un marco teórico más bien mesurado en ese sentido. De ahí su inclusión en este apartado.

Breyer rescata que hay una noción democrática en la interpretación de la constitución en línea con Dworkin y Ackerman siguiendo desde luego a Hamilton como hemos visto. Conforme a este último afirma que no podría dejarse los conflictos simplemente se resolvieran por la voluntad popular de ahí que sea positivo encargarse esa tarea al judicial.[180] Parte de la idea de que, en una democracia liberal, el poder judicial es el menos fuerte, ya que no tiene ni la espada que tiene el ejecutivo con el monopolio de la fuerza, ni la bolsa que implica el presupuesto en manos del legislativo[181], por tanto, su fuerza está en las razones de sus sentencias, pero se pregunta si puede soportar la presión política.

Curiosamente, en sintonía con los autores continentales que encuentran en la argumentación jurídica la herramienta fundamental de los tribunales constitucionales (Alexy, Atienza, Bernal Pulido) Breyer atribuye dos aspectos fundamentales que sirven para justificar el papel de los jueces, los cuales son la **función didáctica** de las sentencias y la **confianza pública** que pueden brindar.

---

176 *Ibid*., p.p. 271-274.

177 Al respecto, en la sentencia *Sauvé vs Canadá* ya mencionada rondó la posibilidad de ejercer la facultad del *notwithstanding*.

178 Un ejemplo de ello en México puede ser la declaración general de inconstitucionalidad 1/2018, en la cual la SCJN remite al Congreso de la Unión el tema del consumo de la marihuana a fin de que pueda regularla de manera más clara y pormenorizada al margen de la invalidez decretada en sede judicial.

179 Gama Leyva, L., *Derecho, democracia y jueces. Modelos de filosofía constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 304-305. Gama Leyva señala que esta alternativa teórica y práctica del *constitucionalismo débil* se inicia con Peter Hogg a partir de la experiencia canadiense.

180 Breyer, Stephen, *Cómo hacer funcionar nuestra democracia. El punto de vista de un juez*, FCE, México, 2017, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena (trad.) pp. 45 y 49.

181 *Ibid*., pág. 46.

En un claro contraste con Waldron, Stephen Breyer le atribuye a la Suprema Corte una importante función didáctica al resto de la sociedad. Ello se relaciona de manera notoriamente con la independencia judicial, pues en la medida que logre realizar ello de manera óptima, es decir, la razonabilidad de sus decisiones explicada de forma clara, ello fortalecerá su presencia en la deliberación pública y en su relación con los otros poderes. Mientras sean más razonables y entendibles ante el público en general, ya no necesariamente convincentes, pero sí asequibles a la mayoría de las personas, ello le dotará de un poder particular dentro de una democracia.[182] Afirma que ese ha sido el éxito de la confianza en la Suprema Corte norteamericana.

De esta forma, en lo que parece ser un programa de acción de un juez constitucional en una democracia, no es otra cosa sino una teoría con una visión altamente pragmática de la función judicial, la cual se compone de varios aspectos: 1) la interpretación, 2) el objeto y resultado del análisis constitucional, 3) la relación con la función administrativa del ejecutivo y 4) el principio de subsidiariedad.

Así, en primer lugar, respecto a la interpretación, en algo que llega a llamar como *decisiones que funcionan*[183] para que una *constitución perdure* presenta toda la gama de esquemas y herramientas interpretativas que tiene como repertorio. Desde el *originalismo*, el cual apela a la redacción y fines de los autores de las normas constitucionales; literal; hasta la interpretación basado en objetivos y resultados (que puede ser la interpretación teleológica) la cual se distingue de la primera en la medida que pueden lograrse aspectos que en específico no buscaba el legislador, pero en términos generales sí.[184] De igual forma, otro rasgo que encontramos en la mesura de su postura consiste en la declaración de inconstitucionalidad debe ser la última medida a dictar por parte de la Corte[185], dando con ello, lo que autores señalan como la presunción de constitucionalidad de leyes.

Respecto a la relación del poder judicial con el poder ejecutivo y el principio de subsidiariedad, Breyer aporta uno de los aspectos más interesantes de su teoría y es lo que nos permite ubicarlo en una postura intermedia. Si bien está convencido del importante papel que desempeña la Suprema Corte, justamente para mantener su trascendencia como definidor constitucional, debe permitir que tanto otros entes del estado (las llamadas *agencies* del ámbito administrativo, sobre todo aquellos que tienen un importante nivel de especialización) así como otros tribunales especializados, realicen su función y resuelvan los conflictos de su competencia.[186] De esta forma, se decanta por una especial deferencia competencial derivado de la especialización, de ahí que enarbole un principio consistente en que no todos los problemas deben ser resueltos

182 *Ibid*., pp. 311-313.
183 *Ibid*., pág. 131 y ss.
184 *Ibid*., pág. 161.
185 *Ibid*., pp. 169-172.
186 *Ibid*., pp. 132-133, 173-190.

por la Suprema Corte.[187] Indudablemente, ello contrasta con el activismo judicial (dicho en buen sentido) defendido por Dworkin y Barak.

Así, el *método Breyer*, si se permite así decirlo, presenta una combinación de una fuerte presencia de la Corte en materia interpretativa del texto constitucional con toda su tipología según sea el caso, y cuando las condiciones lo requieran, pero al mismo tiempo indica que la Suprema Corte no debe ni puede intervenir en todo, justo para mantener su legitimidad, de ahí que tendrá que seleccionar los asuntos a resolver, lo cual particularmente el sistema constitucional norteamericano lo permite con el *certiorari*.[188]

La adecuada estructuración de los aspectos mencionados junto a su capacidad de convencimiento al público general podría representar el mayor éxito de la Suprema Corte, ya que como hemos dicho, su teoría tiene por objeto hacerla funcionar de forma efectiva y hacer perdurar sus definiciones, no solo en el ámbito federal sino en su relación con las entidades federativas. Adicionalmente, el uso adecuado del precedente dotará de estabilidad y de cambio al mismo tiempo a todo el sistema.[189]

Al igual que otros constitucionalistas norteamericanos, analiza algunos de los grandes precedentes de ese país a la luz de su propuesta teórica. Señala que con la sentencia de *Dred Scott*[190] (aquella que declaró la constitucionalidad en el siglo XIX de la esclavitud) es considerada como la peor de todos los tiempos por su falta de convencimiento y carencia absoluta de razones en su justificación, sobre todo en el norte del país.

Breyer utiliza este pasaje para justificar la importancia dentro de su teoría, de la justificación y argumentación de las sentencias judiciales. En un capítulo denominado *La confianza de la gente*, en buena medida cifra desde nuestro punto de vista, lo que sería una parte fundamental de la independencia judicial, es decir, no sólo como un aspecto meramente ético (que desde luego lo es) sino que lo incorpora como parte fundamental del quehacer judicial que incluso lo traslada al terreno político en la medida que sirva para convencer a toda la sociedad, en este caso norteamericana.

En contrapartida a *Dred Scott*, Breyer se refiere a las antípodas de ese caso, otro aún más trascendental como es la sentencia *Brown*, la cual como hemos dicho es considerada las más importante dentro de la historia constitucional debido a la posibilidad de

187 *Ibid.,* pp. 212-226.

188 Un ejemplo de ello, puede ser la doctrina de la *political question*, en donde invariablemente la corte norteamericana no interviene salvo casos específicos (*gerrymandering*) y que en México tuvo una cierta equiparación con la doctrina judicial de la *incompetencia de origen* surgida entre los debates de Ignacio L. Vallarta y José María Iglesias en el siglo XIX.

189 *Ibid*., pp. 227-236.

190 La sentencia fue redactada por el ministro Taney, quien presidía la Suprema Corte. La decisión quedó cinco a dos. La interpretación de Taney, bastante cuestionable desde luego por los constitucionalistas norteamericanos, básicamente se constituyó a partir de una mirada al texto fundamental como un pacto político entre estados soberanos que componían una federación, más que una carta de derechos que los tutela para todas las personas. *Ibid.*, pp. 95 y 96.

eliminar o por lo menos, buscar una mayor igualdad entre la comunidad afroamericana y la población blanca en el ámbito educativo.[191]

La Suprema Corte era consciente de la trascendencia de esa decisión y aunque la mayoría de la población estadounidense estaría a favor de sus resultados, habría enormes resistencias, sobre todo en los estados del sur los cuales alegaba dificultades administrativas para su cumplimiento, lo cual se sumaba a la resistencia de cierta parte del poder legislativo norteamericano también.[192]

Así, a partir de la reconstrucción histórica constitucional de *Brown*, Breyer determina la importancia de la colaboración entre poderes. En ese sentido, fue fundamental el apoyo de la presidencia de Eisenhower para poder cumplir la sentencia en aquellos lugares que hubo una enorme oposición a acatarla. De esta forma, es contrastante el análisis que por un lado hace Bickel de *Brown*, en contraposición a la posición de Breyer, porque mientras el primero lo pone como ejemplo de la inviabilidad de las decisiones de la Corte por la falta de asimilación social de un principio moral y jurídico; Breyer lo destaca por la trascendencia en la igualdad en la sociedad norteamericana y que finalmente contribuyo a atenuar de forma importante la discriminación.

De esta manera, la función didáctica de la Corte en el pensamiento de Breyer no será una cuestión accesoria, sino se constituye en piedra angular de la independencia judicial, ya que esa función le permite ocupar un lugar más legítimo en relación con los otros poderes.

Finalmente, Breyer destacará que si la Corte resuelve conforme a los vientos políticos estará condenada al fracaso pues necesariamente perderá la confianza de la gente y por tanto su fuerza política. Debe ser consciente que, en seguimiento de Hamilton, las decisiones de la Suprema Corte para proteger la constitución pueden significar ir en contra de las mayorías.[193] Asimismo dirá que la independencia judicial es un estado mental en el sentido de que los jueces deben tener condiciones reales de libertad para decidir pues para adquirir dicha fortaleza social "toma tiempo y un esfuerzo permanente en comunicar (su) naturaleza e importancia, (…) el apoyo a la institución judicial descansa en que se enseñe, de manera organizada, a generaciones de estudiantes"[194]

5.7. Víctor Ferreres: La presunción de constitucionalidad

La propuesta de este profesor español de la Universidad Pompeu Fabra destaca por su justificación del control constitucional sin olvidar la democracia, aspecto por el cual se

191 Cabe señalar que un precedente de ese caso es *Mendez vs Westminster* el cual versó sobre la eliminación de la segregación racial de un norteamericano de origen mexicano.
192 *Ibid*., pág. 101 103-105.
193 *Ibid*., pág. 95.
194 *Ibid*., pág. 313.

distingue de los antecesores ya que estos últimos se inclinan por una prevalencia de la deliberación con fuerte peso en el ámbito parlamentario.

Su propuesta consiste en conciliar la idea de control de constitucionalidad con la democracia en el sentido de algo que comúnmente conocemos como la *interpretación conforme* y el *principio de presunción de constitucionalidad*. Esta fórmula, la cual tiene una clara repercusión pragmática consiste en que, debe de partirse que toda obra del legislador, en principio es constitucional y si se tiene que escoger entre varias interpretaciones posibles, debe de seleccionarse por parte de los jueces, aquella que sea más acorde con la constitución[195] (interpretación conforme). Así, de esta forma, la inconstitucionalidad debe ser patente para declararse.[196]

Así, este autor no deja de reconocer la tensión entre constitución de derechos y democracia para inclinarse en favor del control constitucional con apego, en principio, de la decisión mayoritaria. Cabe señalar que las críticas a la práctica de esta teoría es que se puede dar un enorme poder a los jueces para justificar artificiosamente lo que ellos asumen como constitucional.

Finalmente, cabe señalar que la técnica de la tesis de Ferreres fue utilizada profusamente por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) en México con la ya mencionada interpretación conforme hacia principios del presente siglo[197] varios años antes de la importante reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011.

6. CONCLUSIONES SOBRE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL Y SU CORRELACIÓN CON DETERMINADA TEORÍA CONSTITUCIONAL

El presente trabajo tuvo como propósito hacer un recorrido de diversas teorías constitucionales que plantean el dilema sobre la prevalencia del control constitucional y la

---

195 Ferreres, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 217-302.

196 *Ibidem*.

197 En efecto, la utilización de la interpretación conforme surge como respuesta a la limitación que estableció la Suprema Corte de México con la contradicción 2/2000, en la cual afirmó que la Sala Superior del TEPJF no tenía facultades de inaplicar artículos legales por ser inconstitucionales. Posteriormente, con la reforma constitucional de 2007, se estableció con toda claridad la facultad de inaplicación al TEPJF en el artículo 99 de la Constitución Federal, aspecto que, de paso, dio cumplimiento a lo ordenado a la sentencia *Castañeda Gutman vs México* resuelto por la Corte Interamericana en cuanto a la falta de un recurso judicial que permitiera el control constitucional de leyes electorales a favor de la ciudadanía. Para una crítica a lo decidido por la Corte en la contradicción 2/2000 ver Cossío, José Ramón, "El indebido monopolio constitucional-electoral de la Suprema Corte de Justicia" en *La función judicial*: *Ética y democracia*, Jorge Malem y Jesús Orozco (comp.) Gedisa, TEPJF, ITAM, Barcelona, 2003, pp. 117-126.

definición de los derechos por un tribunal o la decisión mayoritaria con sede legislativa o parlamentaria.

Ese recorrido pretendió ofrecer un panorama de una discusión, no sólo teórica sino pragmática sobre el papel de las supremas cortes o tribunales constitucionales en una democracia, dado que la noción de la independencia judicial se inserta como algo fundamental en la concepción de la judicatura.

De esta forma, conforme a otro estudio, la independencia judicial no debe entenderse de una forma única, puesto que, como otros conceptos, puede tener diferentes perspectivas tal y como lo mencionamos al inicio. La perspectiva ética de la independencia judicial debe distinguirse de la noción correspondiente como garantía jurídica y desde luego como objeto de estudio de la sociología o de las ciencias sociales.

Esta propuesta de análisis puede tener otro derrotero si se une a las diferentes concepciones teóricas de la democracia constitucional aquí reseñadas y correlacionadas. Así, esas diversas aproximaciones de la teoría constitucional hacen depender las modulaciones sobre la independencia judicial que podemos conocer.

En efecto, si seguimos a un *constitucionalismo fuerte*, caracterizado por un decidido compromiso por la defensa de los derechos humanos y lograr la división de poderes, situado en autores como Dworkin, Barak o Bernal Pulido (con todas las diferencias que debemos establecer entre ellos) la independencia judicial que derivaría de ello implicaría un activismo judicial, que se traduce a su vez, en cierto arrojo en las decisiones que debe tomar en el control constitucional y en las relaciones con los otros poderes.

Dado que estos autores ponen énfasis y la legitimación de esta vertiente en la tutela de derechos humanos como último baluarte, la independencia judicial tendrá que ser caracterizada en estos marcos teóricos, como una ya de por sí exigencia que, demandará una mayor intervención en las decisiones colectivas.

Por otro lado, la independencia judicial en los autores que defienden la *objeción contramayoritaria* (con todas las diferencias y matices de unos y otros) como Bickel, Waldron o Lambert, indudablemente tendrá una connotación totalmente diferente a la anterior, puesto que una forma adecuada de entenderla (a la independencia judicial) estará en función de la restricción y autocontención de los jueces constitucionales sobre todo para no invadir esferas que corresponderán al ámbito mayoritario o parlamentario. La independencia así marcada denota un cierto derrotero muy distinto al señalado.

Incluso en aquella gama de autores que buscan de diversas formas conciliar el péndulo de la constitución y la democracia (desde Hart Ely, Nino, Gargarella, Salazar, Breyer o Ferreres) a pesar de esos esfuerzos, la independencia judicial tendrá muchos más variantes y matices, ya sea en favor de la decisión mayoritaria parlamentaria o en menor medida en favor de una tutela efectiva de derechos según corresponda de la situación específica de que se trate.

Me parece que en la medida que los estudios sobre independencia judicial puedan enriquecerse con más perspectivas (como el que aquí pretende abordarse) de mejor manera se podrá, desde la academia, entender, guiar y establecer propuestas de actuación no sólo teóricas sino pragmáticas para el poder judicial, pero también para aquellos entes del Estado u órganos constitucionalmente autónomos, que derivado de su función, la independencia tenga un valor crucial.

De esta forma, reducir el estudio de la independencia judicial a solo observar desde la ética como cierto comportamiento de determinados jueces (constitucionales o no) redundaría en una forma parcial de analizar este fenómeno, el cual no sólo importa a la abogacía o el derecho constitucional, sino a las ciencias sociales, la prensa y en general a todo público.

Este trabajo pretende buscar ciertas líneas que permitan continuar con lo aquí presentado con el objeto de amalgamar ciertos postulados del constitucionalismo y la práctica real, dado que no deben estar disociadas. Esto eventualmente puede redundar en lograr nuestra propia teoría constitucional que explique nuestros propios problemas pues como pudimos observar, buena parte del debate expuesto proviene de realidades constitucionales determinadas.[198]

Lo anterior cobra especial relevancia en un México que se caracteriza por un partido y un presidente del país con una enorme y clara popularidad que a veces estarán dispuestos a cuestionar, derivado de esa legitimidad democrática, los contornos que marca la constitución. En esa tesitura, la reforma electoral (o *plan B*, como también así se le conoce) puede ser uno de los episodios que nos pueden ayudar a entender la tensión presentada a lo largo de este texto: la decisión mayoritaria frente a los frenos que el control constitucional representa nuestra Suprema Corte, pero también otros entes del Estado mexicano como el INE o el Tribunal Electoral. Este texto pretende colaborar en encontrar cierta guía que nos ayude a crear un criterio incipiente pero propio de análisis constitucional para abordar desde una perspectiva teórica-práctica este tipo de problemas y deliberaciones democráticas.

Desde una visión personal, debemos abandonar el planteamiento en términos de dilema, es decir, dejar a un lado, la disyuntiva entre quién y porqué tendría mayor legitimidad, si el legislador-parlamento o los jueces constitucionales. En uno y otro caso, vemos que ha habido aportaciones y razones que dan legitimidad al poder ejercido por ambos y de igual forma, terribles retrocesos. Deberíamos entender que más allá de la legitimidad que uno y otro pueden alegar, lo importante es que, en algunas ocasiones, la deliberación colectiva puede servir para alcanzar los compromisos sociales requeridos y suscritos en una constitución, y en otras, la participación de los tribunales cons-

198 Esto lo decimos porque profesores como Owen Fiss advierten en sus estudios que, el análisis constitucional realizado parte de la realidad norteamericana. Fiss, Owen, *Una guerra sin igual. La Constitución en tiempos del terrorismo*, Marcial Pons, Madrid, 277 pp.

titucionales tendrán que intervenir. En todo caso, debemos asimilar que el conflicto en sí, a la forma mexicana, debe formar parte de ese postulado teórico.

Una línea de investigación que tenga esas pretensiones, aunado a la comprensión de nuestros propios problemas constitucionales, nacionales y latinoamericanos, nos ayudara a tener una mejor teoría que a su vez coadyuve al entendimiento de la lógica de nuestra democracia. Así, al mismo tiempo, este breve texto pretende establecer un primer peldaño de un marco teórico constitucional más amplio que se preocupe por observar, entender y proponer mejoras a nuestra democracia constitucional.

LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD Y SU EXCEPCIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA: UN COMPROMISO INTERMITENTE CON LA JUSTICIA

Eduardo Reyes Ruiz

RESUMEN: Tras la reforma constitucional del año 2011 (06 de junio), se contempla la *declaratoria general de inconstitucionalidad* como una medida de balance entre la producción de la función legislativa y la sujeción de las normas que se emiten al parámetro —de regularidad— constitucional. Con ella, se faculta a la Suprema Corte de Justicia de la Nación a extraer una norma general del sistema cuando, tras la resolución de un amparo indirecto en revisión, se determine inconstitucional y el órgano emisor no la modifique o derogue. Sin embargo, tajantemente la Constitución excluye a las normas generales en materia tributaria de la posibilidad de ser extraídas del sistema a través de la declaratoria general, por lo que cabe analizar si la excepción persigue un fin válido, o, por el contrario, su finalidad está desalineada con los Derechos Humanos.

Palabras clave: Declaratoria General de Inconstitucionalidad; Legislador Negativo; Materia Fiscal y Tributaria; Derechos Humanos; Parámetro de regularidad constitucional; Control represivo de constitucionalidad;

ABSTRACT: Following the constitutional amendment on 2011, the general declaration of unconstitutionality was introduced as a balancing institution between legislative function and its adequation on regularity control to the constitution. The Mexican Supreme Court was invested with the faculty of eliminating a general norm from the legal system if it was deemed unconstitutional on and amparo resolution and if the legislative producer fails to remediate the violation by modification or derogation. Nevertheless, and absolute exception is made for general norms of fiscal matter. It is important to analyze if such exception is constitutionally valid or if it stands in violation of human Right.

SUMARIO: 1. OBJETIVO Y ALCANCES. 2. EL ROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 3. LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD Y SU REGULACIÓN. 4. ORIGEN Y LA FIGURA EN DERECHO COMPARADO. 4.1. El Origen de la inclusión de la Declaratoria General de Inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico mexicano. 4.2. Derecho Comparado. 4.2.1. EEUU. 4.2.2. Argentina. 5. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES EN LA MATERIA TRIBUTARIA. 6. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS (POR ORDEN DE APARICIÓN).

1. OBJETIVO Y ALCANCES

El presente artículo tiene por objeto el analizar la figura de la Declaratoria General de Inconstitucionalidad[1], su regulación actual en México, y su excepción categórica en normas generales tributarias.

1 En Adelante podrá encontrarse como "Declaratoria" o "Declaratoria General".

A través del sometimiento —crítico— de la Declaratoria al estudio de sus orígenes, objetivos y a diciplinas como el Derecho comparado, se pretende responder a las siguientes cuestiones: (a) ¿Si se trata de una figura adecuada para preservar el orden constitucional? (b) ¿Si la excepción hecha a normas generales en materia tributaria encuentra una justificación válida o no? (c) ¿Qué pendientes hay sobre la regulación de la declaratoria general para acercarla más a su finalidad de preservar el orden constitucional?

Así, se propone identificar, primeramente, cual es el rol que tiene un tribunal constitucional en el Estado Constitucional Moderno, posteriormente, entraremos al estudio sobre la Declaratoria General de Inconstitucionalidad, su regulación actual en México, la experiencia de otros Estados con respecto de figuras similares, así como su origen en México. Finalmente, y previo a llegar a las conclusiones, analizaremos la constitucionalidad en materia tributaria, cómo se ha tratado hasta el día de hoy, las razones que se consideraron para excluir las normas generales en cuestiones fiscales de la regulación de la declaratoria y su apego al fin constitucional.

Con el desarrollo planteado, arribaremos a las conclusiones tendientes a resolver las preguntas planteadas, así como cualquier otra que devenga interesante sobre la *Declaratoria General de Inconstitucionalidad* y su regulación en México.

2. EL ROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La función jurisdiccional se ejerce por diversos órganos en un estado, aun y cuando los mismos no pertenezcan al poder judicial formalmente. En el caso de México, si bien el Poder Judicial de la Federación es donde primordialmente se dirimen las controversias constitucionales, encontraremos discusiones sobre la constitucionalidad —y presupuesto de control— de normas en el poder ejecutivo, aun y cuando de forma limitada. Nos referimos claro, al ejercicio del Control Difuso de la constitucionalidad y convencionalidad.[2]

Por ello es importante que delimitemos cual es el Rol que el Tribunal Constitucional para poder determinar cuales, dentro de todos los órganos que ejercer control constitucional, tienen tal característica y cuales no, si es que existe diferencia entre ellos.

Sabemos que son los tribunales, a través del ejercicio judicial, dictan sentencias aplicando normales generales haciéndolas individuales. Es Hans Kelsen quien identifica

2 Derivado de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los Estados deben adoptar el control difuso de convencionalidad (véase Caso Gelman v. Uruguay). En México, el control se ejerce principalmente por los Juzgados de distrito a través de la resolución del juicio de amparo indirecto, los Tribunales Colegiados de Circuito en Amparo Directo o los Indirectos en revisión, y por supuesto, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. No obstante, órganos que ejercer jurisdicción distintos del Poder Judicial de la Federación, como son los poderes judiciales estatales, o los tribunales de justicia administrativa, resolverán también cuestiones constitucionales y convencionales.

este proceso mediante el cual *"el derecho se autorreproduce permanentemente, va de lo general (o abstracto) a lo individual (o concreto). Se trata de un proceso de una individualización o concretización en incremento ininterrumpido"*.[3] Una de las características es que el Tribunal debe ser capaz —formal y materialmente— de individualizar el derecho. En el caso de estudio, la norma constitucional debe individualizarse a través de la aplicación en una sentencia. Si el derecho se hace vivo a través de la sentencia, el derecho constitucional se hace vivo a través de la sentencia constitucional.

La cuestión sería establecer que debe entenderse por "individualizar el derecho". Por una parte, implica la calificación de un hecho y su adecuación a la norma. De ahí, que una función del tribunal sea la de interpretar la norma general, para determinar su alcance. Es decir, el Tribunal debe ser capaz de desentrañar el sentido de una norma para saber si un hecho la actualizó o no. Así, el Tribunal Constitucional tiene, como parte de su rol, la función de interpretar la Constitución.

Por otra parte, valdría la pena atender a si un Tribunal puede, como nos dice Kelsen, actuar como un Legislador. Es el caso en que el juzgador estime que existe un conflicto de intereses en que ninguno de ellos se prohíba por la norma general, pero sí que afecten el interés opuesto, siendo deseable regularlo. Propone Kelsen entonces que la norma general, si bien no atiende el supuesto o interés concreto, si autorice al Tribunal a ejercer una función —parcialmente— legislativa al determinar una norma individualizada, no contemplada específicamente en una general. Adicionalmente, se contempla la posibilidad de que la norma general, si bien no positiva, sea deseable, y por lo tanto el legislador ha omitido su legislación, pero no por ello pierde validez. [4]

En contraposición causal —pero no consecuencial— podemos sostener el postulado del legislador racional, mediante la cual encontramos postulados al servicio de encontrar una solución para todos los casos, dejando la tarea de encontrarla al juez: (1) El sistema jurídico no tiene contradicciones, puesto a que hay que encontrar la norma aplicable a través de reglas de interpretación, como es el caso de la jerarquía normativa. (2) El sistema es operativo, buscando siempre la aplicación efectiva de las normas. (3) El ordenamiento no tiene lagunas, habilitando al juzgador a hacerse de métodos interpretativos como la analogía, tipicidad, mayoría de razón, sistemática, entre otras. (4) El ordenamiento es preciso, porque no se admite concluir que el significado es ambiguo. (5) El ordenamiento es dinámico, porque admite que su interpretación valore elementos axiológicos y; (6) El ordenamiento es finalista, porque persigue fines claros y determinados.[5]

---

3 Kelsen, Hans *"Teoría Pura del Derecho"*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México 1982, pp. 246

4 Kelsen, Hans. Op. Cit, pp. 252-254.

5 Nino, Carlos Santiago "Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica", Universidad Nacional Autónoma de México, México 1989. Pp. 85-95

Así, el Tribunal, para resolver una controversia planteada, puede considerar normas generales no establecidas por el legislador, ya porque las genera a un caso concreto (según Kelsen), ya porque arriba a conclusiones implícitas y no explicitas del ordenamiento (según el postulado del Legislador Racional). El Tribunal Constitucional debe integrar en su función, la capacidad de generar normas no consideradas por el legislador, cuando estas sean deseables con la finalidad constitucional. En este caso, el sistema jurídico que encuentra su parámetro de regularidad en la constitución en beneficio de las personas —principio *pro personae*—.[6] En palabras del Dr. Olvera Rangel:

> *"[..] el sistema jurídico es un conjunto de normas que rigen a los integrantes de una sociedad, interrelacionadas por un núcleo fundamental y bajo dimensiones preestablecidas que conforman una estructura para el orden social y en beneficio de las personas humanas."*[7]

Es necesario anotar que para que una norma general creada en este modo sea "deseable" se han desarrollado múltiples aristas de un paradigma nuevo de derecho: el *neopositivismo* siguiendo a Ferrajoli[8], el Derecho Dúctil de Zagrebelsky[9] o el Estado Constitucional de Haberle[10], o Los Derechos En Serio de Dworkin[11], por mencionar alguno de los autores más emblemáticos.

Pero ¿Qué debe hacer el Tribunal cuando la norma general a interpretar y de la cual debe extraer la norma individualizada no se ajusta al parámetro de regularidad —la constitución—?

En principio, basta decir que el Tribunal, como hemos visto, puede —o debe— desaplicar una norma inferior en beneficio de una superior. En el caso concreto, cualquier norma general puede ser inaplicada en un caso concreto, cuando contravenga una disposición o principio constitucional. Claro que cuando está actividad suscita entre una norma y la constitución el control que se ejerce es de constitucionalidad, mientras que cuando se ejerce entre una norma general y otra norma de menor jerarquía, entonces es de legalidad. Un tribual tiene entonces la capacidad de inaplicar una disposición cuando está contravenga la constitución. Sin embargo, parece que está facultad o función se debe ejercer por cualquier autoridad jurisdiccional, por lo que o todos los

---

6 Atendiendo al texto e interpretación del artículo 1ero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

7 Olvera Rangel, Sergio Charbel, "La jurisdicción restaurativa del sistema jurídico estatal: una visión de la regularidad normativa más allá de los parámetros constitucionales y convencionales", tesis doctoral, Escuela Libre de Derecho, México, 2021, pp. 35 y 36

8 Ferrajoli, Luigi "Derechos y Garantías: La Ley del más Débil", Editorial Trotta, S.A, Madrid, 2002, tercera edición.

9 Zagreblesky, Gustavo "El Derecho dúctil. Ley, derechos y justicia", Editorial Trotta, Madrid 2003, 5ta edición.

10 Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, trad. Héctor Fix-Fierro, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2016.

11 Dworkin, Ronald los Derechos en serio" trad. Marta Gustavino, Editorial Ariel, S.A, Barcelona 1989.

tribunales son constitucionales, o el tribunal constitucional tiene aún más funciones de las descritas.[12]

Está distinción ha sido ya explorada por Kelsen, en donde se establece que la norma inconstitucional, cuando se somete al control de todos los tribunales puede ser inaplicada para el caso concreto, pero no para el restante, mientras que cuando la tarea se encomienda a un único tribunal "supremo" este puede hacerla inválida para todo el ordenamiento.

> *"Cualquier tribunal está facultado para examinar la constitucionalidad de la ley que ha de aplicar en un caso concreto, si el tribunal puede, cuando considere a la ley "inconstitucional", corrientemente hacer a un lado la aplicación de la ley al caso concreto, es decir, quitar validez a la ley para el caso concreto. La ley mantiene validez para todos los restantes casos a los que se refiere, y debe ser aplicada por los tribunales en todos esos casos mientras no excluya la aplicación en un caso concreto. Si el examen de la constitucionalidad de las leyes queda reservada a un único tribunal, éste puede estar facultado para quitar validez a la ley reconocida como "inconstitucional", no sólo para un caso concreto, sino para todos los casos a los cuales la ley se refiere, es decir, para quitar validez a la ley misma."*[13]

Con ello confirmamos que, si bien el aspecto constitucional de las normas generales puede ser verificado por los tribunales en general, como es el caso de México, es solo el Tribunal Supremo —o constitucional— quien puede ejercer una función de eliminación general. Nos adherimos a Kelsen en la idea de que, si bien la derogación de normas atribuye a los Tribunales supremos una característica legislativa, está es "negativa" y bien limitada por los principios y parámetros constitucionales, contrario a lo que sucede con el órgano legislativo. El Tribunal Constitucional como Legislador Negativo se encarga de extraer del ordenamiento regulaciones que no se ajusten a la constitución, pero solamente lo puede hacer cuando ejerce su función jurisdiccional de control represivo.

---

12 Es importante considerar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que el control de convencionalidad (en México parte de la constitución por referencia del su artículo 1er y 133) debe ser ejercido por todas las autoridades estatales. Sin embargo, en la aplicación, el control represivo de la convencionalidad (y constitucionalidad) se ejerce por los órganos jurisdiccionales exclusivamente. Del párrafo 66 de la Sentencia "Gelman v. Uruguay", como sigue: *"[…]cuando un Estado es Parte en un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales. Es decir, todas la autoridades estatales, están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes."*

13 Kelsen, Hans, Op Cit. Pp. 280

"Es aquí donde aparece la distinción entre la confección y la simple anulación de las leyes. La anulación de una ley se produce esencialmente en aplicación de las normas de la Constitución. La libre creación que caracteriza a la legislación prácticamente no se presenta en la anulación. En tanto que el legislador no está vinculado a la Constitución que en relación con el procedimiento y solamente de manera excepcional en cuanto al contenido de las leyes que debe dictar y ello, únicamente, por principios o direcciones generales, la actividad del legislador negativo, esto es, la actividad de la jurisdicción constitucional, por el contrario, está absolutamente determinada por la Constitución. Es precisamente por ello que su función se asemeja a la de cualquier otro tribunal en general, constituye principalmente aplicación del derecho, y solamente en una débil medida, creación del derecho; su función es, por tanto, verdaderamente jurisdiccional."[14]

En México la función descrita solamente puede ser atribuida a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), puesto a que, si bien la regularidad constitucional puede ser verificada por todos los órganos jurisdiccionales, e incluso la inaplicación de una norma vigente les es autorizada, la capacidad de extraer una norma general del sistema jurídico es propia y exclusiva de la SCJN, como veremos en el apartado siguiente.

3. LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD Y SU REGULACIÓN[15].

Hemos de atender a dos ordenamientos en concreto a efecto de entender la regulación de la figura. En primer lugar, La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece la posibilidad en su artículo 107, fracción segunda, así como la Ley de Amparo [Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos], en su capítulo VI denominado "Declaratoria General de Inconstitucionalidad, inserto en su título Cuarto de la "Jurisprudencia y Declaratoria General de Inconstitucionalidad".

De la disposición Constitucional tenemos las a siguientes características:

A) Cuando se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general a través del recurso de revisión en amparo indirecto o cuando de las decisiones de los Tribunales Colegiados de Circuito se establezca jurisprudencia por reiteración, o de la SCJN por medio de precedentes, se dará un aviso del vicio de constitucionalidad al órgano emisor de la norma.

---

14 Kelsen, Hans "La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (la Justicia Constitucional)", Trad. Rolando Tamayo Salmorán, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México 2016, pg. 53 y 54.

15 Nos referiremos claro al proceso vigente, después de las reformas de 2021. Previo a ello, el procedimiento era diferente, si bien no en lo sustancial. Por ejemplo, la SCJN avisaría al órgano emisor cuando la inconstitucionalidad de la norma se resolviera en dos ocasiones.

B) El órgano emisor tendrá un plazo de 90 días para corregir el vicio a través de la derogación o modificación a fin de superar la inconstitucionalidad.

C) Si transcurre el plazo sin la acción correctiva, la SCJN, con mayoría de 8 votos, dictará la Declaratoria General de Inconstitucionalidad.

D) Lo dispuesto al respecto no es aplicable en Materia Tributaria

La Ley Reglamentaria [Ley de Amparo], adiciona:

A) Otorga el plazo de 15 días para la comunicación de la SCJN al órgano emisor.

B) Establece que el plazo de 90 días debe computarse dentro de los periodos ordinarios de sesiones del órgano emisor.

C) Se establece que la declaratoria no podrá modificar el sentido de la resolución originaria, así como la no retroactividad salvo en materia penal.

D) Se establece que la Declaratoria deberá ser publicada en el Diario Oficial de la Federación.

E) Los plenos regionales solicitarán a la SCJN el inicio del proceso de Declaratoria, cuando la jurisprudencia que dio origen sea emitida por aquel.

Es claro que el procedimiento prevé una deferencia al legislador, estableciendo que, previo al inicio de la votación sobre si emitir o no la Declaratoria, se le otorgará la oportunidad al órgano emisor de corregir el vicio de inconstitucionalidad. En decir, previo al ejercicio de la función legislativa de extraer una norma general del sistema, el Tribunal Constitucional debe esperar el plazo de 90 días para dar la oportunidad que el órgano legislativo enmiende la norma para ajustarla al parámetro de regularidad.

Otro punto importante del andamiaje es la limitación que se hace al respecto de las vías por las cuales se manifieste la inconstitucionalidad de las normas. En este caso, de la resolución de un amparo indirecto en revisión, resuelto por la SCJN a través de su facultad de atracción —siendo la facultad originaria de los Tribunales Colegiados de Circuito el revisar las sentencias de Amparo Indirecto—, provenientes de un precedente obligatorio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, considerando una mayoría de 8 o 4 votos según si se resuelve en Pleno o en Salas, para establecer dicho precedente, o cuando la jurisprudencia provenga de un pleno regional por reiteración, siendo que deben existir 5 decisiones en un mismo sentido ininterrumpidas. En ese sentido, es claro que no basta una simple verificación de la constitucionalidad de una norma como la que podría venir de una sentencia que resuelva bajo control difuso de constitucionalidad, sino que la Constitución somete dicha revisión a altísimos estándares.

Finalmente, una vez verificado el plazo de deferencia, sin que exista una superación de la inconstitucionalidad por parte del órgano emisor, la declaratoria debe someterse a un voto, nuevamente de alta mayoría y únicamente ejercible por el pleno de la Supre-

ma Corte de Justicia de la Nación. De la dificultad procesal que dispuso el constituyente al ejercicio del control represivo general de la constitucionalidad, es fácil intuir que solamente es un recurso de *ultima ratio*, para garantizar la eficacia del derecho constitucional, pero que de ninguna suerte el control recae únicamente en los órganos jurisdiccionales. Es decir, el control constitucional corresponde también a los órganos legislativos, mediante la tarea de producir leyes que regulen los derechos fundamentales y la organización constitucional, y a la administración pública, cumpliendo con los mandatos para hacer efectiva la constitución. Es por tanto una parte del control el corregir las violaciones una vez cometidas, pero de ninguna suerte es el todo. Este control represivo, corresponde a la función jurisdiccional del estado a través de diversas funciones, como la inaplicación de las normas o, como es claro, la de extraer del sistema una norma irregular.

4. ORIGEN Y LA FIGURA EN DERECHO COMPARADO

4.1. El Origen de la inclusión de la Declaratoria General de Inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico mexicano.

Si bien desde antes de la reforma constitucional del año 2011 la noción de un control represivo y general de la constitucionalidad ya era vigente en otros países y en discusiones académicas, en México se seguía un principio de relatividad de las sentencias de los juicios de amparo… Históricamente, la *fórmula Otero.*[16]

La Suprema Corte, ya desde antes de la modificación constitucional, se había pronunciado al respecto, tildando de errónea la decisión de relativizar las sentencias de los juicios de amparo en contra de normas generales. Así, en el marco de la discusión sobre la legitimidad que tiene la Corte para invalidar normas expedidas por un órgano legislativo, se giró el Comunicado de Prensa 122/2001[17]:

> *"La Fórmula Otero protege sólo a quien o quienes logran un amparo contra leyes, lo que plantea que una "ley claramente inconstitucional sigue circulando".*
>
> *Por ello, el ministro Castro y Castro consideró que no es posible que las leyes se apliquen para unos y para otros no, y reiteró que, a su juicio, la Fórmula Otero "fue un gran error"."*

16 Mariano Otero y Mestas, a quien se le atribuye la creación del Juicio de Amparo, junto a Manuel Crescencio Rejón, concibió el procedimiento de amparo estableciendo los efectos de sus sentencias, cuando estos son de protección, solamente benefician a quien lo solicitó.

17 Suprema Corte de Justicia de la Nación "Comunicado de Prensa: Con sus resoluciones, la Corte no Invade Facultades del Poder Legislativo: Ministro Castro" México D.F (hoy CDMX) a 30 de agosto de 2001: https://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/comunicado.asp?id=336#:~:text=La%20F%C3%B3rmula%20Otero%20protege%20s%C3%B3lo,ley%20claramente%20inconstitucional%20sigue%20circulando%E2%80%9D. Consultado el 29 de diciembre de 2023.

El tenor del comunicado es establecer la posición de la Corte con respecto de que declarar una norma general inconstitucional, para efectos absolutos y no relativos, no sería la invasión de las funciones legislativas.[18]

El problema de la relatividad es el evidente: Una norma declarada inconstitucional seguirá vigente para algunas personas y será invalida para otras. Así, cuando las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y Estudios Legislativos hicieron propuesta de reforma al artículo 107 fracción II de la Constitución para incluir la posibilidad de la Declaratoria General de Inconstitucional, manifestaron lo siguiente:

> *"[…] estas comisiones consideran que los efectos relativos de las sentencias de amparo generan ciertas consecuencias que son inadmisibles en un Estado democrático y de derecho. […]la relatividad de las sentencias de amparo vulnera el principio de supremacía constitucional. […] se afecta la regularidad del orden jurídico mexicano, toda vez que tenemos casos de normas generales irregulares así determinadas por el órgano de control que no obstante, siguen formando parte del sistema jurídico.*
>
> *[…] debe decirse que en un país con serias desigualdades económicas y sociales es una injusticia la permanencia de normas inconstitucionales y su obligatoriedad para la inmensa mayoría de los gobernados, solo porque no promovieron un juicio de amparo, a pesar de haber sido declaradas inconstitucionales."*[19]

En cuanto a la excepción hecha efectivamente a las normas generales en materia tributaria, la exposición de motivos justificó que se trata de una materia de alta importancia en las finanzas públicas y que la posibilidad del impacto negativo que una Declaratoria General de Inconstitucionalidad justifica excluirla de su cobertura, como se sigue de la transcripción:

> *"Este procedimiento de declaratoria no aplicará a las normas generales en materia tributaria. La razón de esto último obedece a la especial importancia que guarda dicha materia en las finanzas públicas y el posible impacto negativo en las mismas en caso de establecer una declaratoria con efectos generales."*[20]

Es importante remarcar que, si bien la reforma de 2011 abre la puerta a que las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o de los Tribunales Colegiados de Circuito en amparo sirvan de fundamento a una declaratoria general, la relatividad de las sentencias *interpartes sigue* siendo la regla general. Siguiendo al Dr. Olvera Ran-

---

18 En el momento del comunicado, el único medio que tenía la Corte para ejercer tal función era la Acción de Inconstitucionalidad, promulgada en 1995.

19 Senado de la República "Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos con Proyecto de Decreto por el que se reforman, adicionan, y derogan diversas disposiciones de los artículos 94,100,103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, presentada el 19 de marzo de 2009 por los Senadores Manlio Fabio Beltrones Rivera, José Murillo Karam, Fernando Castro Trenti y Pedro Joaquín Coldwell, pág. 9 y 10 https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/61/1/2009-12-08-1/assets/documentos/CPEUM.pdf Consultado el 30 de diciembre de 2023

20 Ibidem

gel, esto obedece a que no es el juicio de amparo el medio idóneo de expulsión de una normal del sistema, sino un procedimiento distinto, no seguido en forma de juicio.[21]

4.2. Derecho Comparado.

4.2.1. EEUU

En cuanto a los efectos generales de una declaración (o declaratoria) de inconstitucionalidad, podemos encontrar un antecedente importantísimo en el célebre caso Marbury v. Madison resuelvo por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América en 1803. Indistintamente de los hechos del caso concreto, los cuales no redactaremos, el entonces presidente de aquella Corte resolvió que la norma en cuestión no debía ser aplicada por tratarse de una prescripción no contemplada por la Constitución Norteamericana.[22]

No obstante, lo que interesa del antecedente no es en sí mismo la resolución sobre la inaplicación de una norma vigente, sino la generalidad de los efectos de las decisiones judiciales en el sistema jurídico norteamericano. Así, siguiendo al hoy ex ministro de la SCJN, el Doctor, Zaldívar Lelo de Larrea y (quien sigue a Mauro Capelletti afirma): *"el principio stare decisis termina por asumir indirectamente una verdadera y propia eficacia erga omnes, y no se limita a llevar consigo el puro y simple efecto de la no aplicación de la ley a un singular caso concreto, con posibilidad de que en otros casos la ley pueda ser aplicada de nuevo."*[23]

El sistema consuetudinario de precedentes permite que una norma general, habiéndola analizado judicialmente, se declare inconstitucional, no sea aplicada en el futuro. El principio de *Stare Decisis*, implica que se debe "estar a lo previamente resuelto" como una norma. Un punto interesante para considerar es si un juez del sistema, al establecer un precedente de tal obligatoriedad, está ejerciendo una función materialmente legislativa o no, lo que dejamos a consideración del lector.

4.2.2. Argentina

Acercándonos más al sistema mexicano, el ordenamiento jurídico argentino contempla la "Acción Declarativa de Inconstitucionalidad". En Argentina, si bien las sentencias de las acciones de inconstitucionalidad y amparo tienen un efecto *interpartes*

---

21 Olvera Rangel, Sergio Charbel, "La Declaratoria General de Inconstitucionalidad" en la Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho, Número 43, México 2019, pág. 380.

22 El conflicto de constitucionalidad se da en si es o no aplicable una norma que otorga jurisdicción a la Suprema Corte, para ordenar a un funcionario a expedir una orden de investidura juridicial.

23 Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo "Hacia una Nueva Ley de Amparo", Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México 2002, pág. 111

Constantemente se redacta en ellas que la inconstitucionalidad de una norma es *ergaomnes*.

La posición de Jessica Calderón García y Franklin Ruiz Gordillo[24] Es que, si los tribunales inferiores a uno que tomó la decisión de declarar inconstitucional una norma general, siguen —moralmente— las decisiones dictadas, entonces podemos distinguir dos efectos: inmediato, de solución a las partes de una controversia concreta y otro general y mediato, para los casos que reproduzcan la controversia.

Siguiendo a los autores mencionados, a diferencia del caso mexicano, el sistema de argentino de control represivo ha sido exitoso especialmente en materia fiscal, aun y cuando no solamente es aplicable en lo tributario.

Es evidente que el ordenamiento mexicano también tiene un sistema de precedentes que, podríamos decir, implica un efecto *interpartes* inmediato —la *fórmula Otero*— y uno general mediato, cuando existe jurisprudencia sobre un caso concreto. No obstante, ello no parece suficiente para atender la enorme desigualdad social puesto a que el acceso a los efectos de inconstitucionalidad, aun en el caso mediato, dependen de la interposición de una demanda de amparo. Tomemos como ejemplo la Declaratoria General de Inconstitucionalidad número 1/2018, sobre los artículos 235, último párrafo, 237, 245, fracción I, 247, último párrafo y 248 de la Ley General de Salud[25], que prohíbe absolutamente a la Secretaría de Salud emitir autorizaciones para realizar las actividades relacionadas con el autoconsumo de cannabis y tetrahidrocannabinol (THC) con fines recreativos, por considerarlo violatorio del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. Previo a dictarse, y como se aprecia del texto de la misma publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 15 de julio de 2021, bastaba con que los interesados —jurídicamente— promoviera el juicio de amparo en contra del primer acto de aplicación —o que lo hubiera contra la entra en vigor— para conseguir una sentencia favorable, dado el robusto desarrollo jurisprudencial al respecto. Sin embargo, ello implicaba que quien estuviese interesada o interesado, tuviese acceso a recursos como es poder costear un abogado, lo cual no es la realidad en todo el país, por lo que la declaratoria, como un segundo proceso, posterior a los amparos, es un paso adelante en el compromiso de México con los Derechos Humanos.

5. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES EN LA MATERIA TRIBUTARIA

Si bien el texto del artículo 107 excluye la posibilidad de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación emita una declaratoria general de inconstitucionalidad sobre

24 Calderón García, Jessica y Ruiz Gordillo, Franklin, "La Declaratoria General de Inconstitucionalidad y Acción Declarativa de Inconstitucionalidad. Derecho Comparado México-Argentina" pp. 18-26

25 En su texto previo a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el diecinueve de junio de dos mil diecisiete.

normas generales de la materia tributaria, eso no implica de ninguna suerte estas no puedan ser inconstitucionales, y más aún, declaradas como tal por un órgano jurisdiccional. Es decir, la exclusión hecha solo implica que, en materia tributaria, los contribuyentes deben, uno a uno, solicitar el amparo en contra de una norma que consideren inconstitucional. Incluso, de emitirse criterio al respecto, podríamos decir que, al estilo "argentino", estamos frente a una inconstitucionalidad general de tipo mediata.

Otra consideración importante es que la exclusión hecha solo impide la declaratoria general como consecuencia de la interposición de amparos indirectos —o de amparos directos para el caso en que de ellos se sigua una jurisprudencia por reiteración o precedente—, pero que una norma tributaria puede ser declarada inconstitucional y extraída del sistema, si la Suprema Corte de Justicia de la Nación arriba a la resolución por un medio distinto. Es decir, la exclusión de la norma del sistema no puede provenir de un particular, sino de un organismo con un interés especial.

Hablamos claro, de cuando una norma que es de carácter tributario, se somete al análisis previsto por el artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en sus fracciones I y II, la Controversia Constitucional y la Acción de Inconstitucionalidad. Así, es posible que una porción normativa que impone un tributo, si se somete a un amparo indirecto por parte de un particular y se declara inconstitucional, tenga el efecto de una "excepción parcial" en su pago solo a quien solicitó el amparo, pero que, de someterse la misma porción normativa a una acción de inconstitucionalidad, resulte en la eliminación del sistema jurídico, y por tanto la excepción absoluta de su pago para todos los contribuyentes.

> *Como puede comprobarse, la declaración de inconstitucionalidad de una misma norma tributaria puede tener diferentes efectos según el tipo de medio de control en el que se haya emitido la sentencia estimatoria, siendo un ejemplo de esto lo sucedido con la declaración de inconstitucionalidad del artículo 109, fracción XI, penúltimo párrafo, de la Ley del Impuesto sobre la Renta por violación al principio de equidad tributaria (ya comentado), cuyo efecto en el juicio de amparo sólo protegió a los quejosos, incluyéndolos en el disfrute de la exención parcial prevista en mayor dimensión para los trabajadores al servicio del Estado, sin impactar en la situación jurídica de los servidores públicos (obviamente, no quejosos); mientras que en la acción constitucional promovida por el Procurador General de la República contra la misma hipótesis normativa, el efecto fue general, al declarar la invalidez de esa exención por inequitativa, motivando que ese beneficio tributario no se aplicara a ninguno de los contribuyentes del impuesto sobre la renta.*[26]

Una norma tributaria puede, claramente, ser inconstitucional, y ser objeto de revisión —o control represivo— por parte de un órgano judicial. Esto implica que las normas

26 Cortés Galván, Armando "Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de las normas tributarias" Instituto de la Judicatura Federal del Consejo de la Judicatura Federal, Colección: Estudios de la Magistratura 3, México 2006 pág. 74 75.

generales en materia Tributaria no entrañan ninguna diferencia con normas generales de otro tipo, y que de igual forma pueden vulnerar los derechos de los gobernados. Una norma tributaria puede ser inconstitucional —o inconvencional— por violentar Derechos Humanos de las personas. Pensemos en un impuesto que se imponga a cierto sector de la población en discriminación de otro, en razón de origen étnico, sexo, preferencias o cualquiera de las vetadas por el párrafo quinto del artículo 1ro Constitucional. Puede ser también inconstitucional por invadir la esfera de una autoridad estatal, o la estatal sobre la federal: ¿Qué pasaría si un estado impone un tributo de tránsito a mercancías que cruzan por su territorio? O ¿un impuesto de importación a tal estado? Siendo ambas facultades exclusivas de la federación. Pero, además, debemos considerar que las normas tributarias tienen su apartado especial dentro de la Constitución, en el Artículo 31 fracción IV que indica que "*Son Obligaciones de los mexicanos: […] VI. Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como de los Estados, de la Ciudad de México y del Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes*". Así, una norma tributaria puede ser también inconstitucional si el entero de un tributo no se destina los gastos públicos, si no es proporcional, equitativo, o si sus elementos básicos no se disponen en una ley formalmente hablando.[27]

Es desde luego evidente que no existe diferencia sustancial en cuanto a la inconstitucionalidad de una norma tributaria y una que no es tributaria, si su vicio tiene el mismo impacto a los gobernados… violentar sus derechos. Por ello, cabe resolver los cuestionamientos que se plantearon al principio del presente, en particular, por lo que hace a si la excepción persigue una finalidad válida.

6. CONCLUSIONES

Habiendo expuesto lo anterior, debemos resolver las preguntas que se plantearon al inicio: (a) ¿Si se trata de una figura adecuada para preservar el orden constitucional? (b) ¿Si la excepción hecha a normas generales en materia tributaria encuentra una justificación válida o no? (c) ¿Qué pendientes hay sobre la regulación de la declaratoria general para acercarla más a su finalidad de preservar el orden constitucional?

(a) La Declaratoria General de Inconstitucional, primero incorporada en 2011, y su modificación de 2021 es, a consideración del autor, muy adecuada para la finalidad: preservar el orden constitucional. Claro que no debe confundirse lo adecuado de la medida, con lo completo, puesto a que, como se verá de las siguientes conclusiones, la una no implica la otra.

Como hemos visto, la Declaratoria general no es el único medio de control represivo de la constitucionalidad. Su papel, dentro de los controles, es el de otorgar efectos ge-

27 Excepción hecha al decreto delegado del artículo 131 Constitucional, por el cual el ejecutivo puede modificar las tasas de los Impuestos Generales de Importación o Exportación.

nerales a decisiones ya tomadas sobre la constitucionalidad de las normas generales. Es decir, no existe posibilidad de Declaratoria general, sino antes ya se ha otorgado algún amparo en beneficio de un quejoso. Esto se refuerza si atendemos al texto del artículo 234 de la Ley de Amparo: "*La declaratoria en ningún caso podrá modificar el sentido de la resolución o jurisprudencia que le dio origen […]*". El procedimiento de Declaratoria General es, en efecto, consecuencia de las sentencias dictadas en amparo, pero se trata de un procedimiento independiente. Tan es así que los quejosos que obtuvieron las resoluciones origen no tienen legitimidad —o no es claro que la tengan— para solicitar el inicio del procedimiento, como lo veremos en la respuesta de nuestra pregunta (c).

Así, se ha dispuesto de un medio de control, adicional, independiente y con una finalidad clara que se alcanza a través del procedimiento propuesto. La Declaratoria General de Inconstitucional es adecuada para someter al orden constitucional a los productos de la actividad legislativa del estado, con la salvedad de las normas generales en materia tributaria, como se ve de nuestra siguiente conclusión.

(b) Vimos ya que la excepción hecha encuentra una justificación en el impacto negativo que una declaratoria general de inconstitucionalidad tendría en las finanzas públicas, si se hace sobre una norma general en materia tributaria. Se anota, como un punto fundamental, que no se expresó más motivo al respecto en el documento citado.

Lo que se resolveremos es si la justificación es válida o no, a la luz de la intención garantista de nuestro Estado Constitucional de Derecho. Quizá la forma más eficaz de plantear el análisis es como una compresión de un derecho en una circunstancia particular, y no en otras: ¿por qué en algunos casos la SCJN podrá declarar de forma general la inconstitucionalidad de una norma, y en otros no? Para resolver los casos en que se comprima un derecho se ha planteado, entre otros, el *test* de proporcionalidad. Así, las compresiones deben (i) perseguir una finalidad constitucionalmente válida, (ii) ser idóneas, (iii) ser necesarias (iv) y ser proporcionales a la finalidad alcanzada.

En el caso que discutimos, creo que basa con atender al primero de los peldaños del *test* para descartar que la excepción sea válida: si la finalidad perseguida por el legislador para establecer una diferencia sustancial entre la inconstitucionalidad de unas normas y otras no es válida, luego la medida tampoco lo es. Pensemos que lo que persigue el legislador es el "no tener un impacto negativo en las finanzas públicas". De ahí que el legislador constituyente veló por proteger al legislador fiscal, aun y cuando su producción legislativa fuese irregular, aun y cuando el fin último del sistema normativo es la protección de las personas. Así, la diferencia hecha entre la inconstitucionalidad que afecta la validez de una norma, distinta de lo tributario, y la que afecta a las normas tributarias no tiene por qué tener un trato desigual. La norma es igual de inconstitucional si se trata de tributos, que si se trata de prohibiciones absolutas de consumo de sustancias —por referir al ejemplo planteado anteriormente—.

Incluso la finalidad identificada por los promoventes de la reforma, la de evitar un impacto negativo en las finanzas públicas, es claramente contraria a la finalidad de la reforma misma... la de procurar igualdad entre los gobernados, en contra de una producción legislativa irregular. El Diputado Ricardo Villareal García, presentó el 04 de abril de 2013 una iniciativa de reforma —misma que no prosperó— para suprimir la excepción, justificando los siguiente:

> *"Es por eso que presento la presente reforma para eliminar el cuarto párrafo de la fracción II del artículo 107 constitucional, que impide la declaración general de inconstitucionalidad en materia tributaria. Debemos recordar que más del 90 por ciento de los empleos en este país son generados por las personas físicas, las micro y las pequeñas empresas, por esos mexicanos que todos los días luchan por mantener a sus familias, luchan por generar empleos, por contribuir al gasto nacional pagando sus impuestos, pero que normalmente no tienen la capacidad de contratar un abogado que promueva un amparo contra un impuesto o tributo inconstitucional, por eso debemos eliminar este párrafo permitiendo que cuando los grandes contribuyentes que tienen grandes áreas jurídicas y que a través del amparo logren una declaratoria de inconstitucionalidad de una norma tributaria, está por equidad tenga efectos generales que produzcan que esa gran mayoría de mexicanos que sostienen nuestra economía nunca más vuelvan a pagar un tributo ya declarado inconstitucional. Así mismo la presente iniciativa pretende eliminar el segundo párrafo del artículo 231 de la nueva Ley de Amparo, que prohíbe dichas declaratorias en materia tributaria."*[28]

Así, la desigualdad en el acceso a la justicia, también está presente en la materia tributaria, por lo que de ninguna suerte es justificable el excluir la posibilidad de que se emita una Declaratoria General de Inconstitucionalidad al respecto.

Por ello, la respuesta a la pregunta planteada es que de ninguna suerte es una excepción válida, al no perseguir finalidad alguna que sea aceptable. Incluso, la finalidad aparente de la excepción es la de convalidad actos legislativos irregulares, cuando lo que se busque es la recaudación, lo cual se aprecia aún más violatorio a los derechos de los gobernados, sosteniendo como más importante la recaudación que el orden constitucional.

Finalmente, por lo que hace a la pregunta (c), podemos concluir que el eliminar la prohibición que exceptúa la materia tributaria está aún pendiente. Pero claro, no es el único que hay. Como bien señala el Dr. Olvera Rangel, "*solo se prevé la facultad de los plenos de circuito para solicitar el inicio del procedimiento de Declaratoria General de Inconstitucionalidad, conforme a los requisitos en él descritos. La Segunda Sala, en la resolución ya citada, consideró lógico que la Suprema Corte también pueda ini-*

---

28 Camara de Diputados "que reforma los artículos 107 de la constitución política de los estados unidos mexicanos; y 231 de la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a cargo del diputado Ricardo Villarreal García, del grupo parlamentario del PAN"

ciar el procedimiento de Declaratoria. La legislación de amparo debe modificarse para permitir expresamente que las partes de los juicios de amparo de los que deriven los criterios de inconstitucionalidad de las normas en cuestión. No hay norma fundamental que impida este supuesto. La legitimación de los particulares es importante para incitar la actuación de las autoridades."[29]

Concluimos, de forma general, que la adición de la Declaratoria General de Inconstitucionalidad, como medio de control represivo de la constitucionalidad —y convencionalidad— es un gran paso hacia adelante en comparación con la restrictiva *formula Otero*. Sin embargo, la figura aún tiene pendiente adecuaciones para hacerla congruente con el compromiso del Estado con la justicia, pues al día de hoy procura diferencias injustificables... Se verifica que en tanto no modifique, el compromiso es intermitente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS (POR ORDEN DE APARICIÓN).

Caso Gelman v. Uruguay, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 24 de febrero de 2011.

Kelsen, Hans *"Teoría Pura del Derecho",* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México 1982

Nino, Carlos Santiago "Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica", Universidad Nacional Autónoma de México, México 1989.

Olvera Rangel, Sergio Charbel, "La jurisdicción restaurativa del sistema jurídico estatal: una visión de la regularidad normativa más allá de los parámetros constitucionales y convencionales", tesis doctoral, Escuela Libre de Derecho, México, 2021

Ferrajoli, Luigi "Derechos y Garantías: La Ley del más Débil", Editorial Trotta, S.A, Madrid, 2002, tercera edición.

Zagreblesky, Gustavo "El Derecho dúctil. Ley, derechos y justicia", Editorial Trotta, Madrid 2003, 5ta edición.

Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, trad. Héctor Fix-Fierro, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2016.

Dworkin, Ronald los Derechos en serio" trad. Marta Gustavino, Editorial Ariel, S.A, Barcelona 1989.

Kelsen, Hans "La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (la Justicia Constitucional)", Trad. Rolando Tamayo Salmorán, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México 2016.

Suprema Corte de Justicia de la Nación "Comunicado de Prensa: Con sus resoluciones, la Corte no Invade Facultades del Poder Legislativo: ministro Castro" México D.F (hoy CDMX)

29 Olvera Rangel, Sergio Charbel, "La Declaratoria General de Inconstitucionalidad" en la Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho, Número 43, México 2019, pág. 391

a 30 de agosto de 2001: https://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/comunicado.asp?id=336#:~:text=La%20F%C3%B3rmula%20Otero%20protege%20s%C3%-B3lo,ley%20claramente%20inconstitucional%20sigue%20circulando%E2%80%9D.

Senado de la República "Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos con Proyecto de Decreto por el que se reforman, adicionan, y derogan diversas disposiciones de los artículos 94,100,103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, presentada el 19 de marzo de 2009 por los Senadores Manlio Fabio Beltrones Rivera, José Murillo Karam, Fernando Castro Trenti y Pedro Joaquín Coldwell.

Olvera Rangel, Sergio Charbel, "La Declaratoria General de Inconstitucionalidad" en la Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho, Número 43, México 2019.

Zaldivar Lelo de Larrea, Arturo "Hacia una Nueva Ley de Amparo", Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México 2002.

Calderón García, Jessica y Ruiz Gordillo, Franklin, "La Declaratoria General de Inconstitucionalidad y Acción Declarativa de Inconstitucionalidad. Derecho Comparado México-Argentina.

Cortés Galván, Armando "Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de las normas tributarias" Instituto de la Judicatura Federal del Consejo de la Judicatura Federal, Colección: Estudios de la Magistratura 3, México 2006.

Camara de Diputados "que reforma los artículos 107 de la constitución política de los estados unidos mexicanos; y 231 de la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a cargo del diputado Ricardo Villarreal García, del grupo parlamentario del PAN".

NOTA: Los recurso de internet fueron consultados en fecha 31 de diciembre de 2023 a efecto de asegurar que en la fecha en que se suscribe el presente es una fuente consultable.

LA TRANSICIÓN ESPAÑOLA A LA DEMOCRACIA DESDE LAS PERSPECTIVAS DE LA CONTINUIDAD DEL ESTADO

Giorgio Ridolfi

RESUMEN: Hablar de la continuidad de un Estado implica en primer lugar detectar cuáles son las transformaciones que puedan afectar su identidad. Numerosas teorías se han desarrollado para indagar este asunto, algunas de sentido exclusivamente jurídico (Adolf Merkl), otras provistas en cambio de un más amplio sentido político (Georges Burdeau, Claudio Pavone). Nuestro ensayo se pregunta si estas teorías puedan ser aplicadas a España, sobre todo en uno de los periodos fundamentales de su historia reciente, es decir la transición de la dictadura franquista a la democracia. Este proceso, simplemente conocido como Transición, seguramente se ha presentado a primera vista como una evolución rápida, pero sin rupturas institucionales. De todo modo, también es preciso preguntarse si en ella no se hallen rasgos de discontinuidad radical con el pasado. Una reconstrucción de los acontecimientos más significativos de este periodo nos ayudará a proporcionar una respuesta de mayor alcance.

Palabras clave: Continuidad/discontinuidad, elementos del Estado, Adolf Merkl, Constituciones españolas, Adolfo Suárez, Estado autoritario/democracia, memoria/olvido.

ABSTRACT: Talking about the continuity of a State means first identifying the transformations that might impact its identity. Different theories have been developed in order to investigate this matter, some of which have an exclusively juridical meaning (Adolf Merkl), while others show a more political one (Georges Burdeau, Claudio Pavone). Our essay deals with the question whether these theories are applicable to Spain, mostly in relation to one of the fundamental moments in its recent history, i.e. the transition from Francoist dictatorship to democracy. This process, commonly known as Transition, certainly was at first sight an evolution, which went fast but without institutional breaks. However, we should also question if there were in it any trait of radical discontinuity with the past. A reconstruction of the most significative events of this period will help us to achieve a broader answer.

Keyword: Continuity/discontinuity, elements of the State, Adolf Merkl, Spanish Constitutions, Adolfo Suárez, authoritarian State/democracy, memory/forgetting.

SUMARIO: 1. PREMISA. 2. INTERPRETACIONES DE LA CONTINUIDAD DEL ESTADO. 3. LA CONTINUIDAD DEL ESTADO ESPAÑOL DESDE LA PERSPECTIVA DE ADOLF MERKL. 4. LA CONTINUIDAD HISTÓRICA Y POLÍTICA DE ESPAÑA. 5. PARA CONCLUIR: EL FIN DEL OLVIDO. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. PREMISA

La cuestión de la continuidad del Estado se pone para la España moderna en un sentido muy peculiar. Ciertamente, nunca se encontró allí una fractura en el curso del poder central que pudiese justificar la extinción de este, como por ejemplo ocurrió en

Austria después del *Anschluss* a Alemania en 1938. Pero la historia española, a partir del final del siglo XIX, ve una larga lista de cambios de régimen político: de la monarquía constitucional, instaurada en 1869, a la primera breve experiencia republicana (1873-74); de una restauración formalmente parlamentaria de la monarquía a la dictadura en el nombre del rey Alfonso XIII del general Miguel Primo de Rivera, a partir de 1923; de la proclamación de la Segunda República (1931) a su destrucción después del alzamiento liderado por el general Francisco Franco y la Guerra Civil (1936-39); por último, de la nueva experiencia dictatorial, que duró hasta la muerte de Franco en 1975, al desarrollo, rápido y pacífico, del actual sistema democrático[1]. Además, sobre la continuidad de las estructuras políticas pueden hacerse discursos muy diferentes, en función de qué lado de la cuestión se elige considerar, es decir de las intenciones del investigador, sean estas políticas, jurídicas o de ambos tipos.

Vamos entonces a empezar nuestro ensayo con una descripción de algunas posiciones que se encuentran en la doctrina sobre la continuidad del Estado. Después de haber detectado las declinaciones del asunto que más se adapten a nuestras exigencias teóricas, pasaremos a responder, explícita o implícitamente, a las preguntas principales que se plantean a nuestra investigación: ¿cómo se ha desarrollado, política y jurídicamente, la transición española de las estructuras de la dictadura franquista hasta la democracia? ¿Fue este cambio tan radical que la España de los años Ochenta del siglo XX era otra cosa de la de los años Setenta y de las décadas precedentes? En este sentido, y pese a las distintas formas de gobierno, ¿se pueda tal vez entender la España actual en continuidad solamente con la Segunda República y no con el régimen franquista (o con ninguno de los dos)? Y, por último, ¿es posible que a estos problemas se den respuestas diferentes desde el punto de vista político y jurídico?[2]

2. INTERPRETACIONES DE LA CONTINUIDAD DEL ESTADO

Una clásica doctrina en la ciencia jurídica afirma que hay tres elementos básicos de cualquier Estado: el gobierno (la soberanía), el pueblo y el territorio. Según la definición del más célebre partidario de esta doctrina, el jurista alemán Georg Jellinek, «*el Estado es la unidad de asociación dotada originariamente de poder de dominación, y*

1 Sintetiza José Agustín González-Ares: «En apenas siglo y medio, España conocerá varias guerras civiles, más de cien pronunciamientos y algaradas militares, dos dictaduras, dos cambios en la forma de gobierno, un cambio dinástico»; lo que describe una situación en que «siempre se vivió la constante supremacía de los hechos sobre el Derecho» (*Historia constitucional de la España contemporánea (1808-1975)*, Colex, A Coruña, 2022, p. 26).

2 Una descripción detallada de los acontecimientos en que se articula la Transición española nos la proporciona la periodista Victoria Prego en *Así se hizo la Transición*, Plaza & Janés, Barcelona, 1995. El libro reitera, a veces integrándolo, el contenido del documentario en trece episodios *La Transición*, editado por la misma Prego y emitido por TVE desde el 23 de julio hasta el 15 de octubre de 1995. Del asunto general de la continuidad del Estado hemos hablado en nuestro *Identità e continuità dello Stato. Un'indagine filosofico-giuridica*, Castelvecchi, Roma, 2022, al que nos tomamos la libertad de remitir.

formada por hombres asentados en un territorio»[3]. Como resultado, muchos opinan que una transformación esencial de uno de estos elementos toca necesariamente la identidad del Estado que ellos delimitan. Sin embargo, ya el término "esencial" nos pone frente a un problema, porque la complejidad de la historia y de la vida hace muy difícil entender cuando una mutación de la cantidad se vuelva en una de la calidad. Pudiéramos preguntarnos, por ejemplo: ¿cuántos ciudadanos deben emigrar de un Estado para que su pueblo sea considerado extinto?; o bien ¿existen partes del territorio la mayoría de su extensión o la región en que se halla la capital que un Estado no puede perder para no perder su identidad? Pero lo más importante es notar de antemano que todo esto no puede evidentemente tener sentido para la cuestión de la continuidad, que atañe en primer lugar al destino de una estructura política justo cuando ella pierde uno de sus elementos básicos.

La Escuela de Viena, nacida alrededor del magisterio de Hans Kelsen, ha intentado entender este asunto desde su perspectiva normativista y formalista. Si las opiniones de Kelsen parecen al respecto superficiales y a veces contradictorias, la aportación que consideramos más interesante es al contrario la de Adolf Merkl, que distingue una interpretación histórico-política y una jurídica de la continuidad del Estado. La primera se exprime en la estabilidad del nombre del Estado y de la consciencia nacional de las generaciones de sus ciudadanos, mientras la segunda se realiza en manera más concreta en un proceso continuo, sin alguna interrupción fáctica, de la delegación de las normas a partir de una norma básica. En este sentido, transformaciones de gran alcance pueden desarrollarse sin implicar una ruptura constitucional, aunque sea muy rara la existencia de Estados jurídicamente no políticamente centenarios. Lo que, sin embargo, no es posible, según Merkl, es reconciliar artificialmente las dos interpretaciones, asumiendo de manera acrítica el principio presuntamente lógico *lex posterior derogat priori*, y entendiendo también las revoluciones solo como un acto poco ortodoxo de abrogación[4].

---

3 G. Jellinek, *Teoría general del Estado*, trad. y prólogo de Fernando de los Ríos Urruti, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, p. 196. El Estado, se había dicho antes con otras palabras, «está fijado geográficamente en una parte determinada de la superficie de la tierra y lleva consigo la existencia de un poder dominante, poder por el cual la variedad de los hombres se eleva a unidad» (ivi, p. 107). Citamos de la traducción de la tercera edición póstuma de 1914, editada por el hijo del autor, Walter. La primera edición de la traducción fue también publicada en 1914 por la Librería General de Victoriano Suárez de Madrid. El traductor, un jurista que se hallaba entre los máximos pensadores socialistas españoles, fue varias veces ministro en los gobiernos republicanos de los años Treinta.

4 Véanse A. Merkl, *Die Rechtseinheit des österreichischen Staates. Eine staatsrechtliche Untersuchung auf Grund der Lehre von der lex posterior*, in «Archiv des öffentlichen Rechts», N. 1, Bd. XXXVII, 1918, pp. 56-121, y *Das Problem der Rechtskontinuität und die Forderung des einheitlichen rechtlichen Weltbildes*, in «Zeitschrift für öffentliches Recht», N. 4, Bd. V, 1926, pp. 497-527. Cabe desagradablemente notar como solo las posiciones de Kelsen, y no las de Merkl, sean discutidas por Antonio Hernández Gil, eminente jurista y presidente de las Cortes desde junio de 1977 hasta la entrada en vigor de la Constitución (27 de diciembre de 1978), en su obra *El cambio político español y la Constitución*, Planeta, Barcelona, 1982. La parte inicial del libro intenta trazar un discurso articulado sobre el concepto de "cambio", para luego aplicarlo al análisis del caso español.

Otros representantes de la Escuela —el mismo Kelsen, Fritz Sander y, con matices más iusnaturalistas, Alfred Verdross— buscan en cambio una confirma de la continuidad de los Estados en la estabilidad del ordenamiento internacional, pero pueden en definitiva aunarse en la crítica que afecta al propio Merkl: haber desarrollado una teoría que se refiere al simple funcionamiento del derecho y pasa por alto, como no jurídicos, los posibles significados complementarios —culturales, espirituales y hasta metafísicos— de un Estado. En contra, estos significados son muy importantes, sobre todo porque determinan la diferencia esencial del concepto de continuidad del Estado respecto a un concepto más antiguo come el de sucesión entre Estados. Se trata, en las adecuadas palabras de Walther Schönborn, del concepto que facilita la resolución del problema de «la sucesión de un Estado en los derechos y deberes de otro Estado como consecuencia de la ampliación de su poder estatal (pleno y superior) a territorios que, hasta aquel momento, estaban sujetos al poder estatal de otro Estado»[5]. No es difícil notar que, desde una perspectiva rígidamente formalista, utilizar este instrumento teórico excluiría la necesidad práctica de desarrollar un auténtico concepto de continuidad, sino como su simple contraparte.

En realidad, el concepto de sucesión entre Estados surgió para establecer un orden jurídico en una época en que dominaba la lógica de la fuerza militar, y no resulta por lo tanto conforme al principio moderno de autodeterminación de los pueblos, que sirve también a reconocer el derecho fundamental de un pueblo de describirse a sí mismo y de narrar como quiera su propia historia. Se podría entonces considerar más válida para esto la tesis de estilo "francés" que Carl Schmitt expresa en su *Doctrina de la constitución* (1928), al sostener que la continuidad del Estado debe interpretarse come continuidad inquebrantable del poder constitucional de su pueblo, pese a todas las transformaciones políticas o institucionales. Pero, es evidente que, más allá del tipo de transformación del Estado alemán que, como sabemos, Schmitt se preparaba para legitimar en los años siguientes, tampoco se puede negar de nuevo el escaso alcance práctico de esta posición. Otro erudito alemán, Wilfried Fiedler, ofreció en nuestra opinión una solución más sólida, ayudado en eso por la cuestión de los dichos "Estados resucitados". Se trata, como en el ya citado caso de Austria, de aquellos Estados que han dejado de existir por cualquier motivo y después pretenden haber recobrado su precedente identidad. No se podría evidentemente entender esta pretensión, que el mismo derecho internacional ahora estima legítima y digna de consideración, sin preguntarse también sobre la interrelación esencial de los elementos identitarios —sea lo que sea su naturaleza— con los jurídicos. Entonces, escribe Fiedler, seguramente «la continuidad significa para el derecho [...] una formación jurídica activa en el sentido de una salvaguardia de la unidad estatal, más allá de crisis en la esencia del Estado»;

5 W. Schönborn, *Staatensukzessionen*, in F. Stier-Somlo et al., *Handbuch des Völkerrechts*, Bd. II, Abt. 2, W. Kohlhammer, 1913, p. 6. La traducción es propia.

pero, «la salvaguardia de la continuidad también coincide con las exigencias de autorrealización histórica, que cierto se expresan jurídicamente»[6].

A continuación, pese a sus restricciones, vamos a presentar en la próxima sección un análisis del caso español desde la perspectiva jurídica de Merkl; mientras, en la sección 4, las sugestiones de Fiedler encontrarán inicialmente respaldo en la perspectiva del experto francés de derecho constitucional Georges Burdeau, que asimila la continuidad del Estado a la continuidad del poder. En su opinión, los titulares del poder en el curso del tiempo son interpretados, y se interpretan a sí mismos, como expresión de la estabilidad de una institución unitaria y tendencialmente eterna, que se materializa a partir de «la idea de derecho en ella incorporada, [de] la energía que ella despierta para realizarse, [d]el grupo que la concibe como la expresión más perfecta de su cohesión espiritual»[7]. Estas condiciones son suficientemente sólidas para no disolverse incluso frente a eventos de gran alcance, como podría ser la transformación de una monarquía en una república; aunque no puedan resistir frente a transformaciones radicales, como por ejemplo fueron aquellas ocurridas en Rusia en 1917. En casos similares, afirma Burdeau con una adecuada similitud, «ya no se pasa simplemente página, sino se reemplaza al libro mismo»[8].

De todo modo, la misma sección se centrará, siempre desde una perspectiva a la vez jurídica y política, en la discusión del caso español en analogía con las clásicas teorías de Claudio Pavone sobre la supervivencia en Italia del Estado fascista dentro del siguiente Estado democrático. Según el historiador romano, al discutir el asunto de la transición de un régimen político a otro diferente, debe primero subrayarse la continuidad de las personas y no de las cosas, ya que «el Estado debe analizarse como aparato y organización, como conjunto de departamentos, servicios, procedimientos, como burocracia»[9]. Habría en este sentido una verdadera transición solamente con la descomposición de las dichas estructuras, llevada a cabo a través de un firme proceso de depuración de todos los niveles de la administración y del poder civil y militar.

---

6 W. Fiedler, *Staatskontinuität und Verfassungsrechtssprechung*, Karl Alber, München, 1970, 88. Escribe oportunamente otro jurista alemán, Thomas Fleiner-Gerster, que «considerar el Estado solo como un fenómeno del ordenamiento jurídico también sería tratar a las personas solo come sujetos jurídicos. Ciertamente el Estado se encuentra en una relación muy cercana con el derecho. Pero la historia ya nos ha enseñado bastante que él es algo más que el derecho. A saber, cuando él es disuelto o destruido, sigue siendo una realidad en los corazones de los hombres, en el sentido de una visión para el futuro, que se va a intentar continuamente convertir en una realidad jurídica. Los Estados no pueden ser creados como los artículos; el nacimiento, la disolución o la división de un Estado son procesos tan dolorosos y revolucionarios que no pueden ser estipulados por un par de frases escritas en la Constitución» (*Allgemeine Staatslehre*, unter Mitarbeit von P. Hänni, Springer, 19952, p. 127; la traducción es propia).

7 G. Burdeau, *Traité de science politque*, vol. IV, L.G.D.J., Paris, 1969, p. 638. La traducción es propia.

8 Ivi, p. 640.

9 C. Pavone, *La continuità dello Stato. Istituzioni e uomini*, in *Alle origini della Repubblica. Scritti su fascismo, antifascismo e continuità dello Stato*, Bollati Boringhieri, Torino, 1995, p. 72. La traducción es propia.

3. LA CONTINUIDAD DEL ESTADO ESPAÑOL DESDE LA PERSPECTIVA DE ADOLF MERKL

El inicio de la historia constitucional española se remonta al año 1808, cuando los levantamientos contra el absolutismo del rey Carlos IV y del gobierno regido por el príncipe Manuel Godoy decretaron, pese a algunos sucesivos intentos de restauración, el fin del Antiguo Régimen. Desde aquel momento España ha conocido «nueve Constituciones», entre las cuales la vigente de 1978, «tres casos de reformas parciales y varios Proyectos que no llegaron a ser aprobados»[10]. En realidad, cabe considerar que la primera constitución, es decir el Estatuto de Bayona otorgado en el mismo 1808 por el invasor francés, no tuvo alguna aplicación, como otras constituciones en la historia siguiente; que la segunda constitución, la célebre gaditana de 1812, murió y fue resucitada varias veces, nunca tampoco gozando de estable observancia; que otras constituciones, entre las cuales la republicana de 1931, duraron pocos años; y finalmente que, además de la vigente, una cierta estabilidad tuvieron solamente la constitución del período de la restauración de los Borbones (1876-1923) y el sistema de las Leyes Fundamentales de la época de Franco.

De considerar la naturaleza conflictiva que en España siempre ha caracterizado las relaciones políticas, no sorprende que casi todas las transformaciones constitucionales hayan determinado allí una ruptura ideológica, a menudo radical, con el período anterior. Sin embargo, esto no significa que se trate necesariamente de rupturas revolucionarias, como demuestra el caso de la Constitución de 1845, que se desarrolló según las formas de revisión previstas de la precedente de 1837, aunque representase un explicito reajuste conservador de ella. Incluso la transformación de la forma de gobierno de la monárquica a la republicana en 1873 se desarrolló de manera absolutamente pacifica, como un hecho natural e insoslayable, si bien la abdicación del rey constitucional Amadeo de Saboya no resultó conforme a la misma Constitución, que pretendía en esos casos una aceptación formal por parte de las Cortes.

De todo modo, según las categorías de Merkl, hubo seguramente una ruptura jurídica en la transición de la dictadura primorriverista a la Segunda República y obviamente da esta al régimen de Franco, así como el régimen franquista difería en muchos rasgos fundamentales del de Primo de Rivera. Cabe luego notar que la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado de 26 de julio de 1947, al restaurar la monarquía le dejaba a Franco la posibilidad de elegir a su sucesor; y que, cuando finalmente en 1969 Franco decidió no elegir al heredero legítimo, el "liberal" don Juan de Borbón, sino a su hijo Juan Carlos, dejó entender su intención de crear su propia línea de sucesión, rompiendo explícitamente con la histórica. Además, el heredero no tomó el titulo tradicional de "príncipe de Asturias", sino el inédito de "príncipe de España". Por lo tanto, quizás

10 J.A. González-Ares, *Historia constitucional de la España contemporánea*, op. cit., p. 23.

no hubo alguna verdadera instauración monárquica, pero seguramente tampoco una restauración; al máximo una reinstauración, como asimismo se dijo[11].

Se ha discutido si las siete Leyes Fundamentales en que progresivamente se encarnó el régimen puedan considerarse una verdadera constitución en el sentido de las anteriores. Al respecto, debe primeramente considerarse como, entre ellas, no se encontraban dos leyes tal vez más fundamentales, las de 30 de enero de 1938 y de 8 de agosto 1939, que atribuían a Franco la "suprema potestad de dictar normas jurídicas con carácter general". A pesar de su indudable interés, podemos aquí dejar de lado la cuestión, al asumir una definición más ancha de constitución, como sistema de documentos que sirve para regular las vertientes esenciales —o bien así estimados— del Estado. En este sentido, el Estado franquista tenía una constitución, tal y como cualquiera otro Estado.

Esto establecido, debe ahora recordarse que, a vertebrar España bajo Franco, el 9 de marzo de 1937 se introdujo un primer documento de alcance constitucional, el Fuero del Trabajo, que recobraba los asuntos sindicalistas del corporativismo fascista italiano. Esto ocurría en armonía con los rasgos ideológicos del líder del partido único —la Falange Española Tradicionalista y de las Juntas de Ofensiva Nacional Sindicalista (FET y de las JONS), luego también llamada Movimiento Nacional— y cuñado de Franco, Ramón Serrano Súñer. Sin embargo, el aislamiento de este de la cumbre del poder hizo surgir, durante la II Guerra Mundial e inmediatamente tras su conclusión, documentos más inspirados a tradiciones políticas españolas. Se trata de leyes que afectan vertientes más directamente jurídico-institucionales: la Ley Constitutiva de las Cortes (17 de julio de 1942), en la que no se exprimía un intento realmente representativo —tanto más que solo al Caudillo le quedaba por el momento el poder legislativo—, sino la idea típicamente franquista de "democracia orgánica"; el Fuero de los Españoles (17 de julio de 1945), que reconocía retóricamente los derechos humanos y civiles básicos, así como una teórica participación de las Cortes a la legislación sobre estos asuntos; la Ley de Referéndum Nacional (22 de octubre de 1945), que implicaba por el Jefe del Estado la posibilidad de convocar plebiscitos de resultado no vinculante respecto a proyectos de leyes elaboradas por las Cortes; y la dicha Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado. Esta preveía dos novedades que resultarán muy importantes durante la Transición: la posibilidad de reformar o derogar las Leyes Fundamentales con el voto de dos tercios de las Cortes y la confirma por un referéndum, así como la creación de un Consejo del Reino, cuyas competencias específicas limitarían el poder del sucesor de Franco. La sexta ley fundamental fue la Ley de Principios del Movimiento Nacional (17 de mayo de 1958), con la que Franco regulaba la cuestión de la naturaleza

11 Como afirmó Franco en una sesión plenaria de las Cortes, «el Reino que nosotros, con asentimiento de la Nación, hemos establecido, nada debe al pasado; nace de aquel acto decisivo del 18 de julio [1936, esto es la fecha del alzamiento], que constituye un hecho histórico transcendental que no admite pactos ni componendas» (citado en S. Juliá, *Transición. Historias de una política española (1937-2017)*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2017, p. 316).

ideológica del Estado frente a las transformaciones históricas, políticas y sociales, que habían creado fracturas entre las diferentes "familias" del régimen. Finalmente, la Ley Orgánica del Estado (10 de enero de 1967) resumía los principios de las precedentes, pero introduciendo algunos pequeños cambios sustanciales, como una tímida restricción de los poderes del Jefe del Estado, la constitucionalización de la figura del Presidente del Gobierno[12] y un aumento cosmético de la representatividad de las Cortes a través de la introducción de los llamados "procuradores familiares"[13].

Todas estas leyes pueden entenderse en dos maneras, no necesariamente alternativas. Por una parte, ellas querían brindar una garantía de la pervivencia del régimen y de su ideología, al hacer imposible para el futuro un poder pleno come el del Caudillo. En este sentido, la Ley Orgánica del Estado excluía explícitamente, en la primera de sus disposiciones transitorias, que al futuro rey se le reconociesen las prerrogativas normativas asignadas a Franco por las ya mencionadas leyes de 1938 y 1939. Al mismo tiempo, el conjunto de las Leyes Fundamentales puede también describirse como una ruta de paulatina, aunque retenida y a veces obstaculizada, flexibilización del régimen, a pesar de no encarnar un verdadero acercamiento a la democracia. Por lo demás, esto era lo que requería el progreso social, económico y cultural que el país había vivido tras la II Guerra Mundial, al encontrarse de hecho en el hemisferio político, además que geográfico, occidental. Consiguientemente, se puede afirmar que, a la muerte del Caudillo, el 20 de noviembre de 1975, ya se podía hablar en cierto sentido de un "postfranquismo en vida de Franco"[14].

La situación aparecía en realidad del todo particular. Según la Ley Orgánica del Estado, al rey Juan Carlos I ahora se le debía reconocer, más allá de la jefatura efectiva de las fuerzas armadas, "el supremo poder político y administrativo", lo que lo volvía

---

12 Pese a esto, Franco se hizo sustituir como presidente del Gobierno solamente en 1973, cuando fue nombrado en su lugar el fiel Luis Carrero Blanco. Tras el asesinado de este por los terroristas de ETA (20 diciembre de 1973), se nominó presidente a Carlos Arias Navarro, el cual se mantuvo en el cargo hasta 1976 y fue consiguientemente el último presidente de la época franquista y el primero de la nueva era monárquica.

13 Como negación parcial de la supuesta unidad legislativa, Joaquín Varela Suanzes-Carpegna subraya el hecho de que «cada una de estas Leyes Fundamentales se aprobó por un procedimiento diferente. El Fuero del Trabajo se hizo mediante decreto, la Ley de Cortes emanó del jefe del Estado, el Fuero de los Españoles se elaboró con intervención de las Cortes; la Ley de Referéndum la expidió el jefe del Estado; en la elaboración de la Ley de Sucesión intervinieron las Cortes y se sometió a referéndum; la Ley de Principios del Movimiento Nacional la promulgó el jefe del Estado ante las Cortes y se sometió a referéndum, y, por último, la Ley Orgánica del Estado se leyó ante las Cortes y se sometió también a referéndum» (*Historia constitucional de España*, edición de Ignacio Fernández Sarasola, Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 506).

14 Esta es como mínimo la opinión de José Luis Comellas, por la cual se puede ver la *Historia de España contemporánea*, Rialp, Madrid, 19965, pp. 530-533. Según este autor, que no parece encontrar respaldo en otros historiadores, el mismo nombramiento de un monárquico como Arias Navarro excluía la voluntad y la posibilidad de pensar en un "franquismo después de Franco". Es verdad que Arias Navarro no supo decidirse entre una defensa del ligado franquista, a la que se sentía vinculado por su cargo y por su historia, y una cautelosa apertura a reformas políticas.

teóricamente casi en un rey absolutista[15]. En realidad, como señala Victoria Prego, «para muchas de [sus] atribuciones el Rey necesita[ba] el acuerdo del Gobierno, del Consejo del Reino o de las Cortes. Ésta e[ra] la única limitación que t[enía] el nuevo jefe del Estado. Una limitación que, en tiempos de Franco, era puramente simbólica pero que ahora se ha[bía] convertido en auténtica y, a veces, en insuperable»[16]. Igualmente, sean lo que fueren sus sentimientos al respecto, el Rey comprendió pronto que su único papel en la situación podría ser él de aparecer como «un Rey constitucional antes de que España hubiera Constitución»[17] y de utilizar su posición para impulsar el desarrollo de un sistema más moderno, es decir democrático, por mucho que esto significara su reducción a figura poco más que honorifica.

Para fortuna del Rey, Franco murió una semana antes de la renovación de un cargo esencial, el de Presidente de las Cortes y del Consejo del Reino, hasta aquel momento ocupado por el conservador Alejandro Rodríguez de Valcárcel. Como sucesor, el Rey logró hacer elegir a su profesor de derecho político, Torcuato Fernández-Miranda, hombre de profunda habilidad estratégica. De esta Fernández-Miranda, junto a los ministros más reformistas del Gobierno, se sirvió para impulsar a las últimas Cortes franquistas a asumir algunas medidas de signo claramente innovador, entre las cuales se hallaba una primera Ley sobre el Derecho de Asociación Política (14 de junio de 1976). Esta creaba un registro de las asociaciones admitidas por el Ministerio de Gobernación, lo que significaba una primera apertura al multipartidismo, si bien bajo el control del Estado, que por ejemplo nunca habría legalizado el Partido Comunista.

Sin embargo, de su talante táctico Fernández-Miranda se sirvió sobre todo en julio de 1976 tras la caída del débil Gobierno de Carlos Arias Navarro, incapaz de hacer verdaderas reformas, así como de tranquilizar a los conservadores. Puesto que la principal tarea del Consejo del Reino era la de proponer al jefe del Estado tres nombres para el reemplazo, Miranda supo introducir en la terna al ministro de Movimiento Adolfo Suárez, un político sí de origen falangista, pero muy cercano al Rey, y que había sabido esconder bien a muchos de sus colegas su nueva disposición reformista. Frente

15 Este es el texto integral del artículo 6 de la Ley: "El Jefe del Estado es el representante supremo de la Nación; personifica la soberanía nacional; ejerce el poder supremo político y administrativo; ostenta la Jefatura Nacional del Movimiento y cuida de la más exacta observancia de los Principios del mismo y demás Leyes fundamentales del Reino, así como de la continuidad del Estado y del Movimiento Nacional; garantiza y asegura el regular funcionamiento de los Altos Órganos del Estado y la debida coordinación entre los mismos; sanciona y promulga las leyes y provee a su ejecución; ejerce el mando supremo de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire; vela por la conservación del orden público en el interior y de la seguridad del Estado en el exterior; en su nombre se administra justicia; ejerce la prerrogativa de gracia; confiere, con arreglo a las leyes, empleos, cargos públicos y honores; acredita y recibe a los representantes diplomáticos y realiza cuantos actos le corresponden con arreglo a las Leyes fundamentales del Reino". Sin embargo, los artículos siguientes determinaban esta descripción con especificaciones y límites.

16 V. Prego, *Así se hizo la Transición*, op. cit., p. 366.

17 J. Tusell, *La política*, en *Historia de España Menéndez Pidal*, tomo XLII: *La Transición a la democracia y el reinado de Juan Carlos I*, Espasa Calpe, Madrid, 2003, p. 74.

a las Cortes franquistas, que percibían consciente o inconscientemente pertenecer a una época pasada, las razones del cambio necesitaban ahora solo un gobierno fuerte y seguro de sus objetivos. Suárez cogió esta oportunidad impulsando a las Cortes a promulgar una Ley de Reforma Política —en toda regla una octava Ley Fundamental, aprobada el 18 de noviembre de 1976 y confirmada por referéndum el 15 de diciembre del mismo año—, que ya en su artículo primero afirmaba: "La democracia, en el Estado español, se basa en la supremacía de la Ley, expresión de la voluntad soberana del pueblo"[18]. Además, desmintiendo el rechazo de pocos meses antes, se aprobó una enmienda al Código penal, que sacó fácticamente de la ilegalidad muchos de los partidos existentes en España; y luego una nueva Ley sobre el Derecho de Asociación Política (8 de febrero de 1977), que eliminaba el control previo del Gobierno sobre las intenciones de los partidos y preparaba la trayectoria institucional adecuada para una rápida legalización del PCE. Finalmente, Suárez procedió a corto plazo por decreto a una serie de ulteriores reformas, como la abolición del Movimiento y la introducción de la libertad sindical. Todo entonces estaba listo para las inminentes elecciones de las nuevas Cortes dotadas de tarea constituyente, que se celebraron el 15 de junio de 1977, y para el consiguiente definitivo cumplimiento de la democratización de España.

Resumiendo, así se produjo un fenómeno raro, que se ha definido con el oxímoron de "ruptura pactada" y que ha sido descrito por Javier Tusell con esta alternativa: «una ruptura por procedimientos reformistas o una reforma tan profunda que hizo desaparecer radicalmente a lo reformado»[19]. En otros términos, como también se dijo, el propósito quedó siempre ir "de la ley a la ley", y no hubo absolutamente nada que ver, excepto obviamente por los resultados, con lo que había ocurrido solo un año antes en la otra dictadura ibérica con la llamada Revolución de los Claveles. Para lo que aquí nos interesa, según las categorías de Merkl, se puede entonces afirmar que, a pesar de su naturaleza política, que puede también remontar a los Reyes Católicos o incluso

---

18 Sobre los hechos que llevaron a la promulgación de esta ley, véase ivi, pp. 85-90. En palabras de Hernández Gil, ella era «un mínimo normativo de naturaleza esencialmente política y de carácter constitucional, en el que resaltan la nota de la temporalidad y el fin a llevar a cabo: el tránsito de un sistema político a otro» (*El cambio político español y la Constitución*, op. cit., p. 146). Entonces, como nota Maria Elena Cavallaro, la Ley de Reforma Política «no fue una ley democrática. La reforma no contenía en sí elementos homologables a los de los sistemas de democracia liberal. Era una reforma procedural, no substancial. No modificaba el balance de los poderes a nivel ni institucional ni político. El gobierno conservaba la primacía y el poder de control sobre el Parlamento, y no se borraba la clase dirigente franquista a nivel local» (*La Spagna oltre l'ostacolo. La transizione alla democrazia: storia di un successo*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2012, p. 141; la traducción es propia). No es un caso si la oposición tradicionalista invitó al voto contrario en el referéndum, mientras la de izquierda, comunista y socialista, invitó, aunque con poco entusiasmo, a la abstención. De todo modo, «así Suárez llevaba a cabo la primera etapa del pasaje "legal" de la dictadura a la democracia. Derogaba de hecho las Leyes Fundamentales, y paralelamente convencía a la oposición de no oponerse al control del gobierno sobre el proceso en curso, al menos hasta la celebración de las primeras elecciones democráticas» (ivi, p. 144).

19 J. Tusell, *La política*, op. cit., p. 55. Sin embargo, cabe considerar el restablecimiento de la Generalitat catalana, creada en 1932, lo que «constituye un caso excepcional en el sentido que fue quizá el único aspecto rupturista del proceso de transición español al restablecerse una institución nacida en la legalidad republicana» (ivi, p. 128).

antes, la España moderna tiene una fecha de nacimiento jurídica y, tan molesto como pueda sonar, esta se identifica con gran probabilidad con el día de la derrota definitiva del ejército republicano y el fin de la Guerra Civil, el 1 de abril de 1939.

4. LA CONTINUIDAD HISTÓRICA Y POLÍTICA DE ESPAÑA

Siguiendo al ya citado González-Ares, las numerosas constituciones españolas difieren por algunos rasgos fundamentales, entre los cuales se sitúan, por ejemplo, la división de poderes, las relaciones con la Iglesia católica y la cuestión de los derechos y las libertades de los ciudadanos. El más importante de estos rasgos, desde el cual los otros pueden en buena medida deducirse, es quizá el concepto de soberanía, cuya evolución describe una notable vertiente de discontinuidad en la historia política y jurídica española. Si el Antiguo Régimen veía la soberanía como cualidad personal del Rey, la Constitución de Cádiz, al proponer un primer germen de soberanía popular, ponía al centro del Estado la Nación, esto es una "persona" particular en la cual los individuos se unen transformándose en algo diferente y superior a ellos mismos. Pese a un sentimiento de reacción a la conquista francesa, de corte explícitamente francés eran entonces muchos de los conceptos utilizados por los constituyentes gaditanos. En cambio, aunque no de manera explícita, entre las líneas del Estatuto Real otorgado en 1834 por María Cristina, viuda de Fernando VII y Gobernadora del Reino en lugar de su hija Isabel, se halla expuesta la doctrina de la "Constitución interna", según la cual «existe una Constitución histórica integrada por la Monarquía y las Cortes», y «estas instituciones fundamentales son anteriores y superiores al texto escrito que pueda aprobar o derogar una Asamblea»[20]. A continuación, si la Constitución de 1837, al remitirse solo en su preámbulo a la soberanía nacional, no dejaba en claro su posición, la de 1845 era, sin embargo, explicita sobre el principio de la descrita soberanía compartida. Solo en 1868, con la institución de la monarquía constitucional, se hablará de nuevo de soberanía nacional, esta vez con explícitos rasgos democráticos, y se reducirá el poder del Rey a poder constituido y no constituyente; mientras el Proyecto de Constitución de la Primera República de 1873, luego no realizado, llegaría a hablar, por primera vez y en el mismo camino, de soberanía popular.

El tramo moderno del constitucionalismo español se abre en cambio en 1876 con un documento dibujante las exigencias de la Restauración de los Borbones. En ello se intenta por lo tanto renovar el ya citado principio de la Constitución interna, reconociendo además a las Cortes solo el papel de órgano colaborativo. Sin embargo, el envejecimiento político de este principio ya se sería visto si la dictadura primorriverista hubiese llegado a transformar en realidad su Anteproyecto constitucional, que, de acuerdo con las modas políticas contemporáneas, substituía el poder del Rey con el del Estado, abriendo así la ruta al autoritarismo personalista. En los hechos, la doctrina de la Constitución interna fue definitivamente desmentida en sentido opuesto

20 J.A. González-Ares, *Historia constitucional de la España contemporánea*, op. cit., p. 99.

por la proclamación de la soberanía popular en la Constitución republicana de 1931, según la cual «es el pueblo en su conjunto —entendido no como una clase social, sino como una totalidad— quien legitima, quien actúa como soporte de todos los poderes del Estado»[21]. Resuelta la larga excepción del régimen de Franco, cuyos principios constitucionales ya hemos expuesto, finalmente la Constitución de 1978 afirma, en su preámbulo, que la Nación española proclama su voluntad de "consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular"; y, al artículo 1, apartado 2, que "la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado".

Lo que ahora se ha dicho, pese a su relevancia, no hace obviamente adecuado para la situación española el concepto de discontinuidad de Burdeau, ni por el pasado ni por el presente. A distancia de décadas, es verdad que la Transición aparece en algunos rasgos un cambio aún más profundo que otros que se produjeron a través del uso de la violencia o de forzamientos institucionales. Pero, es asimismo verdad que nunca, en el siglo XX como en el XIX, se ha tenido en el país una consciencia difundida de un cambio radical y definitivo de la identidad nacional. Quedando en la misma similitud del erudito francés, muchos importantes capítulos se han añadido a la historia de España en el curso del tiempo, muchas páginas se han seguramente pasado, pero jamás su libro se ha definitivamente cerrado.

Considerado esto, mayor interés revisten, sin duda, por nuestro discurso los análisis de Claudio Pavone sobre la continuidad política y administrativa del Estado. Siguiendo su línea argumentativa, se tiene que subrayar que, después de 1975, una ruptura relativa pudo atañer solo a la clase dirigente del país, aunque no de inmediato y solo cuando sus miembros se sustrajeron a la competición electoral o no tuvieron éxito en ella. En realidad, como nota con cierta ironía Paloma Aguilar, «esta democracia es el único régimen en la España [del siglo XX] que no ha pedido cuentas a los líderes del régimen precedente»[22]. Además, no solamente el principal protagonista de la Transición, Adolfo Suárez, procedía de la experiencia falangista, sino también su primer sucesor en la presidencia del Gobierno, Leopoldo Calvo-Sotelo, había sido, en la época franquista, procurador en las Cortes por el tercio sindical. Cabe luego tener en cuenta que algunos de los procuradores más reluctantes se convencieron a votar la Ley de Reforma solo con la promesa de algunas garantías —más supuestas que reales— para su supervivencia política: un número de 40 escaños reservado a la nómina regia en el Senado y una ley electoral mayoritaria para el Senado y no estrictamente proporcional para el Congreso de los Diputados[23]. Finalmente, no debe olvidarse que entre los siete

21 Ivi, p. 272.

22 P. Aguilar, *Justice, Politics and Memory in the Spanish Transition*, in A. Barahona De Brito, C. González-Enríquez, P. Aguilar, *The politics of memory. Transitional Justice in Democratizing Societies*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 98.

23 Se produjo así «un éxito espectacular: de los 531 procuradores que formaban la Cortes del Reino, 425 votaron a favor de un proyecto de ley que implicaba su desaparición; sólo 59 votaron en contra, 13 se

miembros de la Ponencia que redactó el Anteproyecto de la Constitución de 1978 se hallaban dos que habían desempeñado cargos importantes en el régimen precedente, a saber, Manuel Fraga y Gabriel Cisneros. Este último, elegido por el partido de Suárez (UCD), había sido, entre otros, el autor del primer discurso "aperturista" de Arias como presidente del Gobierno, por el cual se habló durante un tiempo del "espíritu del 12 de febrero"[24].

Suárez, que venía en realidad de una familia mayoritariamente republicana, apareció en el escenario político en 1954 como secretario del gobernador civil y jefe provincial del Movimiento en Ávila, Fernando Herrero Tejedor. Después de que, en 1962, Herrero fue elegido en la Secretaría General del Movimiento, Suárez, que había ingresado también en el Opus Dei, se vio atribuir en el tiempo los siguientes cargos: director de programas de TVE en 1965, director de la primera cadena de TVE en 1967, procurador en Cortes en 1967, gobernador civil de Segovia en 1968, y finalmente director general de TVE en 1969. A este último período remonta su amistad con el futuro Rey, hasta aquel momento desconocido en el país y cuya imagen entró en los hogares de los españoles gracias precisamente a la televisión. Cuando en 1975 en un accidente de tráfico falleció Herrero, recientemente nombrado ministro de Movimiento, la carrera de Suárez, al momento vicesecretario general de su mentor, padeció solo un breve, y quizás oportuno, retraso. Ya a final de 1975 nombrado él mismo ministro de Movimiento, su figura empezó a caracterizarse come lo que le hacía falta a la Transición: en las palabras de su sucesor Calvo-Sotelo, «un hombre nuevo, pero no del todo, joven pero no mucho, falangista pero no en exceso, monárquico pero no de forma exclusiva»[25]. En resumen, el máximo posible intérprete de la discontinuidad en la continuidad[26].

En este sentido, aparece interesante la composición del primer Gobierno Suárez, en el cual se hallaban representados sobre todo los sectores más reformistas del tardofranquismo, como por ejemplo el célebre grupo de inspiración democristiana Tácito, al que habían pertenecido el ministro de Asuntos Exteriores Marcelino Oreja y el de Justicia Landelino Lavilla. No había, cabe subrayar, en este gobierno miembros que hubiesen combatido en la Guerra Civil, aunque uno había sido ministro durante la época de Franco y 5 vicesecretarios. Además, en las elecciones de 1977, solo una parte

---

abstuvieron y otros 34 no se presentaron a la votación» (S. Juliá, *Transición*, cit., pp. 379-380).

24 Los otros miembros de la Ponencia eran: Miguel Herero (UCD), José Pedro Pérez Llorca (UCD), Gregorio Peces-Barba (PSOE), Miquel Roca (catalanista) e Jordi Solé Tura (PCE). Entre los siete, solo Fraga y Tura eran profesores de Derecho Político.

25 Citato in Tusell, *La política*, op. cit., p. 78

26 Célebres han quedado las palabras en ese momento ambiguas que Suárez dijo frente a las Cortes, defendiendo como ministro la Ley sobre el Derecho de Asociación Política, y que pueden representar un compendio de su acción política en la Transición: «Vamos a elevar a la categoría política de lo normal lo que a nivel de calle es simplemente normal» (citado en V. Prego, *Así se hizo la Transición*, op. cit., p. 477).

en definitiva marginal de los elegidos para UCD —25 diputados y 20 senadores— tenía un pasado como procurador en las Cortes franquistas[27].

El centrismo de Suárez no tuvo larga vida y su estrella ya se había ocultado a comienzos de los años Ochenta, dando origen a la temporada de los gobiernos socialistas guiados por Felipe González, que terminará solo en 1996. La oposición a estos se reunió alrededor de la compleja figura de Manuel Fraga, ya ministro de Información y Turismo entre 1962 y 1969, luego vicepresidente del Gobierno y ministro de Gobernación entre diciembre de 1975 y julio de 1976. En cierto sentido, Fraga pertenecía a los sectores reformistas del régimen y a él se le debía una importante acción de limitación de la censura y de liberalización de la prensa. Pese a esto, se exprimió durante la Transición en favor de un frenazo a las reformas demasiado radicales del sistema, en parte por convicción, en parte por cautela y en parte porque decepcionado del hecho de que estas habían sido encomendadas al instinto de Suárez y no a sus sofisticados proyectos intelectuales. Frente al éxito momentáneo de las políticas suaristas, Fraga comprendió que su papel en una democracia en curso de realización podría ser solamente encarnar lo que llamaba el "franquismo sociológico" de la mayoría silenciosa de los españoles. La coalición llamada Alianza Popular, que fundó en 1976, recogía entonces algunas asociaciones políticas del pasado régimen y daba amparo a algunos de sus representantes, no siempre seleccionados, como demuestra el caso del mismo Arias Navarro (luego no elegido), en los sectores liberales del franquismo.

En las primeras elecciones libres, entre los 16 diputados elegidos para AP se encontraban 7 ministros de los gobiernos de Franco y 12 que habían sido procuradores de las Cortes franquistas; pero ya en 1979 Coalición Democrática, de que AP representaba la parte absolutamente mayoritaria, se había liberado de muchos personajes impresentables, aunque por Unión Nacional se presentara una figura central del viejo integrismo católico como Blas Piñar. A esta altura, en los hechos, AP ya quería volverse en un partido de derecha constitucional, que simplemente rechazaba acuerdos con las oposiciones de izquierdas. Sin embargo, los resultados electorales de los años Ochenta demostraron que, por razón de su pasado, Fraga nunca podría ser un candidato alternativo a González para el Gobierno de España. Cambiado su nombre en el actual de Partido Popular, el movimiento de Fraga pudo alcanzar el poder solo con la llegada a su cumbre de la nueva generación guiada por José María Aznar; un político que, aunque proviniese de una familia muy cercana al régimen[28], en 1975 tenía solo 22

27 Más en general, un quinto de los miembros de las Cortes que aprobaron la Constitución había desempeñado algún cargo durante el franquismo, mientras el 15% había combatido en la Guerra Civil en uno u otro bando. Para una descripción analítica de la formación de las primeras Cortes democráticas véase M.Á. Giménez Martínez, *Renovación y continuidad de la élite política española durante la Transición a la democracia: el caso de las Cortes Constituyentes (1977-1979)*, en: *Historia constitucional*, no. 15, Ediuno, Oviedo, 2014, pp. 255-277.

28 Su abuelo, el periodista vasco Manuel Aznar Zubigaray, fue bajo el franquismo director de periódicos y embajador, además de encontrarse entre los fundadores de la agencia de prensa EFE. Su padre, Manuel Aznar Acedo, fue también un importante periodista de radio y televisión en la época de Franco.

años y había al máximo pertenecido al Frente de Estudiantes Sindicalistas, una asociación que propugnaba una recuperación purista de los ideales del Movimiento. De todo modo, Fraga, dejada la dirección del partido, logró la presidencia de la Junta de la Comunidad de Galicia, que mantuvo desde 1990 hacia 2005.

Un discurso particular merece obviamente el asunto de la continuidad en el ejército, la verdadera *vis movens* de la historia política española en los siglos. Durante las casi cuatro décadas de la dictadura, sus altos mandos nunca se habían cambiado más de lo necesario y, en 1976, de los 95 generales de brigada 68 aún pertenecían a la generación de la Guerra. Este inmovilismo y las transformaciones sociales que España había vivido, pese a todos los programas de adoctrinamiento en las academias, habían normalmente suscitado sentimientos más democráticos en algunos sectores minoritarios, como demuestra la creación en los últimos años del régimen de una clandestina Unión Militar Democrática (UMD). El vicepresidente para Asuntos de la Defensa del Gobierno Suárez, Manuel Gutiérrez Mellado, que también pertenecía al número de los oficiales de alto rango que habían combatido en la Guerra Civil, quiso evitar un improviso cambio de rumbo, pero elaboró asimismo unas medidas en vista de una renovación gradual del ejercito que, a partir de los futuros nombramientos, lo adecuase a la nueva temporada ideológica. El ejército no debía inmiscuirse más, como muchas veces había ocurrido, en los asuntos políticos, pero este objetivo debía conseguirse sin irritar demasiado a los militares y cuidando también que paradójicamente no se produjese, como en Portugal, una conversión de los efectivos más jóvenes a la extrema izquierda. Pese a estas preocupaciones, cabe subrayar que el ejército no quiso o no pudo jugar, en estas circunstancias, un papel determinante, no secundariamente por su profundo sentimiento de lealtad a Franco que, en su testamento, así había rogado a los españoles: "Por el amor que siento por nuestra Patria, os pido que perseveréis en la unidad y en la paz, y que rodeéis al futuro Rey de España, Don Juan Carlos de Borbón, del mismo afecto y lealtad que a mí me habéis brindado, y le prestéis, en todo momento, el mismo apoyo de colaboración que de vosotros he tenido"[29].

Como en el ejército, todos los funcionarios administrativos, cualesquiera que fuesen su responsabilidad en el régimen precedente, quedaron en sus cargos. Por obvias razones, no pudieron —ni tampoco quisieron— tomarse medidas parecidas a la Ley de depuración de funcionarios de 10 de febrero de 1939, que afectaba al personal admi-

29 Texto leído en TVE por Carlos Arias Navarro el 20 de noviembre de 1975. No representan una excepción los complejos acontecimientos del fallido golpe de Estado del 23 de febrero de 1981. Como afirma el escritor Javier Cercas en su obra maestra *Anatomía de un instante*, uno de los relatos más completos de estos acontecimientos, los militares habían creído que nunca habría contradicción entre lo pedido por Franco y por el Rey. Al comprender su error, muchos eligieron de todo modo para la lealtad y esto fue uno de los motivos del fracaso del golpe (véase J. Cercas, *Anatomía de un instante*, Mondadori, Barcelona, 2009, pp. 41-42). Además, nota Tusell, «la política de nombramientos seguida no dejaba de tener su fundamento. Si no persiguió a lo más peligrosos, tampoco les concedió los puestos decisivos»; mientras los nombrados «quizá no eran demócratas beligerantes; pero tenían sentido de la disciplina y de la fidelidad a la Monarquía» (*La política*, op. cit., p. 151).

nistrativo republicano[30]. Se dieron, en cambio, una serie de leyes de amnistía, siempre más extensas, con el objetivo de ajustar definitivamente las cuentas con el pasado; lo que significaba referirse, sin diferencias, tanto a los excesos de los derechistas en las últimas cuatro décadas como a los actos de resistencia al régimen antecedente y a sus desperdicios tras la muerte de Franco. Concretamente, la última y más completa de estas leyes, la Ley de Amnistía de 15 de octubre de 1977, preveía al artículo 1 (I) que quedasen amnistiados "a) todos los actos de intencionalidad política, cualquiera que fuese su resultado, tipificados como delitos y faltas realizados con anterioridad al día quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis, b) todos los actos de la misma naturaleza realizados entre el quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis y el quince de junio de mil novecientos setenta y siete, cuando en la intencionalidad política se aprecie además un móvil de restablecimiento de las libertades públicas o de reivindicación de autonomías de los pueblos de España, c) todos los actos de idéntica naturaleza e intencionalidad a los contemplados en el párrafo anterior realizados hasta el seis de octubre de mil novecientos setenta y siete, siempre que no hayan supuesto violencia grave contra la vida o la integridad de las personas"[31]. Se excluían consiguientemente de la amnistía los actos de insubordinación militar y los delitos de naturaleza moral como la homosexualidad, el recurso al aborto y hasta el utilizo de anticoncepcionales; lo que aparecía paradójico al incluirse, en cambio, los actos de terroristas que habían derramado mucha sangre inocente.

Estas limitaciones aún se explican por la voluntad de no irritar más de lo necesario al ejército y a sus sectores más conservadores, en un momento en el cual el objetivo principal —en los hechos no logrado— era cerrar cuentas con el terrorismo vasco. Seguramente, desde el principio, no se encontraron grandes problemas en el reconocimiento ni de la parificación de tratamiento de las victimas republicanas a las del campo franquista, sobre todo con respecto a la concesión de pensiones, ni del derecho de

30 Siempre Cavallaro nota de todo modo que el aparato administrativo «había sufrido una profunda evolución que le consintió de crecer en número y de emanciparse del régimen empezando por la Ley de Reforma de la pública administración, aprobada en 1959 gracias a la propuesta de los tecnócratas» (*La Spagna oltre l'ostacolo*, cit., p. 144; por tecnócratas se entienden los funcionarios políticos pertenecientes al Opus Dei, cuyo máximo representante era Carrero Blanco, que en los años Sesenta y Setenta intentaron, con cierto éxito, la modernización de España a través de su aislamiento de algunos principios ideológicos falangistas).

31 El articulo 2 tipificaba los actos amnistiados en todo caso: "a) Los delitos de rebelión y sedición, así como los delitos y faltas cometidos con ocasión o motivo de ellos, tipificados en el Código de justicia Militar. b) La objeción de conciencia a la prestación del servido militar, por motivos éticos o religiosos. c) Los delitos de denegación de auxilio a la Justicia por la negativa a revelar hechos de naturaleza política, conocidos en el ejercicio profesional. d) Los actos de expresión de opinión, realizados a través de prensa, imprenta o cualquier otro medio de comunicación. e) Los delitos y faltas que pudieran haber cometido las autoridades, funcionarios y agentes del orden público, con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos incluidos en esta Ley. f) Los delitos cometidos por los funcionarios y agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas". Como se ve, el articulo reúne los delitos de ambas partes, puesto que las letras a-d se refieren a la antigua oposición, mientras las letras e y f se refieren a los actos del poder constituido.

reintegración de los despedidos del trabajo por motivaciones políticas. En cambio, no terminó absolutamente la "cruzada" contra UMD, que era en realidad una asociación pequeña y con arraigo solo en las grandes ciudades, y sus miembros tuvieron que esperar hasta 1986 su reincorporación formal, pese a que el ejército seguí oponiéndoles muchos obstáculos prácticos. Igualmente, si ya en 1978 se amplió la amnistía a todos los miembros del ejército republicano, hubo que esperar la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 1990 para que se iniciase una política de indemnización para los detenidos por motivos políticos durante el régimen de Franco[32].

5. PARA CONCLUIR: EL FIN DEL OLVIDO

Las fechas ahora citadas nos dicen que esta tímida superación del pasado tuvo lugar no solo durante los primeros gobiernos de Suárez, en cierto sentido herederos de la tradición franquista, sino también cuando a ellos le sustituyeron los herederos de la República, en particular el PSOE, que administró todo el proceso de maturación de la España democrática. Esto pudo ocurrir, se ha dicho, a través de un "pacto del olvido", es decir un pacto no escrito que partía desde la convicción que una convivencia pacífica sería posible en España solo olvidando los excesos de ambos los bandos en la Guerra Civil. Además, la derecha tenía que olvidar que había ganado la Guerra, mientras que la izquierda olvidaba el hecho de que la República había sido derrotada por un golpe ilegal. En general, la izquierda olvidaba los acosos sufridos en casi cuarenta años de franquismo y llegaba a aceptar la impunidad hasta para verdugos y torturadores. Consiguientemente, como se ha dicho, se trató no de "olvidar" sino de "echar al olvido"[33], cerrando más bien un "pacto de silencio" o incluso, come afirma Javier Cercas, un "pacto de memoria". Es decir, se fingía que se hubiera olvidado lo que se seguía recordando muy bien y que se tenía que recordar muy bien, para que no ocurriera más[34].

El olvido o, si se quiere, el silencio o la memoria han sido respetados durante años por todos los actores políticos, pero eso no podía durar al infinito. Se le oponía el definitivo fortalecimiento de las instituciones democráticas y el presentarse de generaciones que no habían vivido ni la Guerra ni la Transición y no eran en condiciones de comprender sus reticencias y recelos. Otro motivo es el desarrollo, en las últimas décadas, de una cultura jurídica de los derechos humanos universales, a la que se conjuga la concepción de la intemporalidad e imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad.

---

32 Una lista de las varias medidas que se han adoptado en esta dirección en el curso del tiempo se encuentra en P. Aguilar, *Políticas de la memoria y memoria de la política. El caso español en perspectiva comparada*, Alianza Editorial, Madrid, 2008, pp. 506-512.

33 Véase G. Ranzato, *Il passato di bronzo. L'eredità della guerra civile nella Spagna democratica*, Laterza, Roma-Bari, 2006, pp. 44-46. Lo interesante de este ensayo se encuentra en la refutación del cliché, frecuente en la España actual, que ve a todos los republicanos como demócratas ajenos a la violencia política no justificable.

34 Véase J. Cercas, *Anatomía de un instante*, op. cit., pp. 108-111. Cercas también ha hablado de la renuncia por parte de todos al convencimiento de haber tenido razón.

Finalmente, al olvido eterno se oponía el hecho de que la Transición se desplegó sobre cúmulos de cadáveres —en mayor número republicanos— que se hallaban amasados en fosas comunes y cuyos familiares andaban en el tiempo muriendo sin haberles dado una digna sepultura. Sin embargo, a estos motivos cabe desagradablemente añadirles uno exclusivamente político, es decir el hecho histórico, ocurrido en 1996, del primer cambio en el Gobierno entre socialistas y populares; lo que, con la desmentida de una actitud consolidada y de los habituales esquemas de lucha política, llevó a los vencidos a subrayar persistentemente el origen franquista de los adversarios y sus pertinaces nostalgias ideológicas.

El resultado principal de esta nueva temporada fue de todo modo la llamada Ley de la Memoria Histórica de 26 de diciembre 2007, promulgada durante el nuevo gobierno socialista presidido por José Luis Rodríguez Zapatero[35]. Su preámbulo expresa rotundamente una "condena del franquismo" fundada sobre el principio de los derechos humanos, y afirma en su final que, si bien no "es tarea del legislador implantar una determinada memoria colectiva", lo es "reparar a las víctimas, consagrar y proteger, con el máximo vigor normativo, el derecho a la memoria personal y familiar como expresión de plena ciudadanía democrática, fomentar los valores constitucionales y promover el conocimiento y la reflexión sobre nuestro pasado". Consecuencia de este preámbulo era, entre otros, un compromiso para terminar con las injusticias que aún afectaban a algunos que habían luchado para la democracia —hablándose explícitamente de UMD—, para facilitar la búsqueda de los cadáveres aún no detectados de las víctimas de la Guerra Civil y de los sucesivos episodios de represión, y para eliminar los símbolos franquistas que quedaban en las ciudades españolas[36]. El actual Gobierno de coalición, presidido por el socialista Pedro Sánchez, ha querido luego actualizar y puntualizar las disposiciones anteriores con la Ley de Memoria Democrática de 19 de octubre de 2022, que ahora en su preámbulo afirma explícitamente que "la historia no puede construirse desde el olvido y el silenciamiento de los vencidos", y que "el olvido no es opción para una democracia".

La dos Leyes citadas introducen así, en la reciente historia española, un sello oficial de discontinuidad, que seguramente no puede inscribirse en los significados antes descritos, pero que tiene un indudable alcance sugestivo. No puede ser este el lugar

35 El verdadero título de la ley es Ley por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura.

36 La ley habla de "escudos, insignias, placas y otros objetos o menciones conmemorativas de exaltación, personal o colectiva, de la sublevación militar, de la Guerra Civil y de la represión de la Dictadura" (art. 15, ap. 1). Asimismo, al referirse al sepulcro monumental de Franco en el Valle de los Caídos, le Ley disponía que fuera transformado en un monumento para todas las víctimas de la Guerra Civil y de la represión y prohibía que en ello tuvieran lugar manifestaciones nostálgicas: En este modo se abría de hecho la discusión sobre la oportunidad de la traslación en otro cementerio de los restos del Caudillo, lo que ha tenido lugar el 24 de octubre de 2019. Sobre las modalidades de la exhumación y las polémicas suscitadas puede verse A. Anderlini, *Il corpo del Caudillo. La doppia sepoltura di Francisco Franco e la transizione della Spagna alla democrazia*, La Vela, Lucca, 2023, en particular pp. 117-154.

para dedicarse a un asunto que, particularmente en las últimas décadas, y no solamente en España, ha desencadenado un verdadero diluvio de diferentes y contrapuestos pareceres. De todo modo, su complejidad no oculta la oportunidad de algunas medidas tomadas para corregir las distorsiones producidas por aquel proceso rápido y a veces improvisado que fue la Transición. Sin embargo, es asimismo legítimo, en nuestra opinión, sembrar una duda: puesta la conflictividad que se va produciendo en las sociedades democráticas contemporáneas y que a veces —piénsese solo al caso estadounidense— ya ha superado el umbral de alerta, ¿resulta siempre oportuno por parte de la política reabrir debates sobre hechos —aunque trágicos— a los que el tiempo ha quitado de algún modo su potencial de enfrentamiento? Y, desde otro punto de vista, ¿no es una característica virtuosa de las democracias consentir un libre debate científico entre los historiadores y poderles consiguientemente dejar solo a estos los asuntos de la memoria? Sin pretender resolver el dubio en pocas palabras, tampoco se puede negar que él se vuelve incluso más apremiante, al pensar que a menudo, detrás de altos llamamientos a principios de justicia, se encuentran más vulgares objetivos de rentabilidad política.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguilar, Paloma, *Justice, Politics and Memory in the Spanish Transition*, in A. Barahona De Brito, C. González-Enríquez, P. Aguilar, *The politics of memory. Transitional Justice in Democratizing Societies*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 92-118

Aguilar, Paloma, *Políticas de la memoria y memoria de la política. El caso español en perspectiva comparada*, Alianza Editorial, Madrid, 2008

Anderlini, *Il corpo del Caudillo. La doppia sepoltura di Francisco Franco e la transizione della Spagna alla democrazia*, La Vela, Lucca, 2023

Burdeau, Georges, *Traité de science politque*, vol. IV, L.G.D.J., Paris, 1969

Cavallaro, Maria Elena, *La Spagna oltre l'ostacolo. La transizione alla democrazia: storia di un successo*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2012

Cercas, Javier, *Anatomía de un instante*, Mondadori, Barcelona, 2009

Comellas, José Luis, *Historia de España contemporánea*, Rialp, Madrid, 19965

Fiedler, Wilfried, *Staatskontinuität und Verfassungsrechtssprechung*, Karl Alber, München, 1970

Fleiner-Gerster, Thomas, *Allgemeine Staatslehre*, unter Mitarbeit von P. Hänni, Springer, 19952

Giménez Martínez, Miguel Ángel, *Renovación y continuidad de la élite política española durante la Transición a la democracia: el caso de las Cortes Constituyentes (1977-1979)*, en: *Historia constitucional*, no. 15, Ediuno, Oviedo, 2014, pp. 255-277

González-Ares, José Agustín, *Historia constitucional de la España contemporánea (1808-1975)*, Colex, A Coruña, 2022

Hernández Gil, Antonio, *El cambio político español y la Constitución*, Planeta, Barcelona, 1982

Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, trad. y prólogo de Fernando de los Ríos Urruti, Fondo de Cultura Económica, México, 2000 (1914)

Juliá, Santos, *Transición. Historias de una política española (1937-2017)*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2017

Merkl, Adolf, *Die Rechtseinheit des österreichischen Staates. Eine staatsrechtliche Untersuchung auf Grund der Lehre von der lex posterior*, in «Archiv des öffentlichen Rechts», N. 1, Bd. XXXVII, 1918, pp. 56-121

Merkl, Adolf, *Das Problem der Rechtskontinuität und die Forderung des einheitlichen rechtlichen Weltbildes*, in «Zeitschrift für öffentliches Recht», N. 4, Bd. V, 1926, pp. 497-527

Pavone, Claudio, *La continuità dello Stato. Istituzioni e uomini*, in *Alle origini della Repubblica. Scritti su fascismo, antifascismo e continuità dello Stato*, Bollati Boringhieri, Torino, 1995, pp. 70-159

Prego, Victoria, *Así se hizo la Transición*, Plaza & Janés, Barcelona, 1995

Ranzato, Gabriele, *Il passato di bronzo. L'eredità della guerra civile nella Spagna democratica*, Laterza, Roma-Bari, 2006

Ridolfi, Giorgio, *Identità e continuità dello Stato. Un'indagine filosofico-giuridica*, Castelvecchi, Roma, 2022

Schönborn, Walther, *Staatensukzessionen*, in F. Stier-Somlo et al., *Handbuch des Völkerrechts*, Bd. II, Abt. 2, W. Kohlhammer, 1913

Tusell, Javier, *La política*, en *Historia de España Menéndez Pidal*, tomo XLII: *La Transición a la democracia y el reinado de Juan Carlos I*, Espasa Calpe, Madrid, 2003, pp. 37-373

Varela Suanzes-Carpegna, Joaquín, *Historia constitucional de España*, edición de Ignacio Fernández Sarasola, Marcial Pons, Madrid, 2020

JOSÉ MARÍA HEREDIA: UN JURISTA CUBANO EN LA PRIMERA ÉPOCA FEDERAL DEL ESTADO DE MÉXICO

Mario A. Téllez G.*
Víctor Aarón Torres Rosas**

RESUMEN: En este trabajo se hace una revisión preliminar de la actividad de José María Heredia en el Estado de México como jurista; aunada a las muchas otras que desarrolló en el Estado, particularmente como poeta.

Palabras clave: José Ma. Heredia, primera época federal, jurista, sinodal.

ABSTRACT: This paper provides a preliminary review of José María Heredia's activities in the State of Mexico as a jurist, in addition to the many other activities he developed in the State, particularly as a poet.

Keywords: José Ma. Heredia, first federal period, jurist, synod.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. QUEHACER JURÍDICO DE HEREDIA. III. LOS EXÁMENES DE ABOGADOS EN EL ESTADO DE MÉXICO. IV. HEREDIA COMO SINODAL. V. COMENTARIOS FINALES. VI. REFERENCIAS.

I. INTRODUCCIÓN

La complicada actividad política desarrollada durante las primeras décadas del siglo XIX en el Estado de México estuvo a cargo de destacados y controvertidos políticos. Para el primer tercio del siglo fueron actores importantes —políticos de primera línea— como Melchor Múzquiz, Lorenzo de Zavala o José María Luis Mora, por nombrar a los que, quizá, han sido más estudiados. Entre estos personajes, que tuvieron una fuerte injerencia en la vida pública local y nacional, vivió José María Heredia y Heredia: un abogado de profesión, tal vez con más talento y reconocimiento para la literatura, nacido en Cuba y con una importante actividad política durante los primeros años de vida posindependencia en el Estado de México. No en balde huyó de su país por las mismas razones.[1]

El primer acercamiento de José María Heredia (Santiago de Cuba, 1803; Ciudad de México, 1839) con el ejercicio y la aplicación de las leyes se debe a la vida profesional que desempeñó su padre, el doctor José Francisco Heredia y Mieses (Santo Domingo,

* Profesor titular. UAM Cuajimalpa.
** Alumno del doctorado. El Colegio de Michoacán.

1 Para Rafael Rojas Heredia es un poeta romántico y liberal moderado; editor del periódico *El Conservador*, *ídem*, "El tradicionalismo republicano. José Ma. Heredia y el periódico *El Conservador*", Pani, Erika (coordinadora), *Conservadurismo y derechas en la historia de México*, México, FCE, Conaculta, 2009.

1 de diciembre de 1766; Ciudad de México, 1820), quien fue un abogado recibido en derecho canónico en el Seminario Conciliar de Santo Domingo y con una actividad profesional de largo alcance territorial. Después de su primera estancia en México Heredia y Mieses se trasladó a Cuba donde practicó su profesión; además se desempeñó como consejero jurídico en la Florida,[2] fue nombrado oidor de la Real Audiencia en Caracas en 1810 y, posteriormente, alcalde del crimen para la Audiencia de México, cargo que ocupó hasta su muerte en 1820.[3] Muy probablemente el bagaje y trayectoria de su padre fue uno de los motivos para que José María Heredia se encaminara por la vida jurídica desde temprana edad.

José María Heredia eligió el derecho como el área en la que se desarrollaría de manera profesional y a la par tendría una amplia trayectoria como poeta, docente y escritor, entre sus otras facetas. Realizó cursos de derecho civil en la Universidad de la Habana y en la Universidad de México, para, finalmente, recibir el título de abogado ante la Audiencia de Puerto Príncipe el 9 de junio de 1823.[4] La ideología política de este personaje influyó de manera determinante en su accionar y, de alguna forma, su trayectoria profesional comenzó con el rechazo que este mostró al gobierno de la monarquía hispana en Cuba. Simpatizó y militó abiertamente con movimientos independentistas que buscaban la separación o autonomía de la isla.[5] Durante su estancia en Cuba —entre 1821 y 1823— convivió con pensadores liberales de la talla Domingo del Monte —moderado reformista que impulsó círculos literarios entre liberales americanos—, el argentino José Antonio Miralla, el ecuatoriano Vicente Rocafuerte, los colombianos José Fernández Madrid y Diego Tanco Bosmeniel, y el peruano Manuel Lorenzo Vidaurre. En 1823 ingresó en la rama de Caballeros Racionales de la secta Soles y Rayos de Bolívar, organización de carácter masónico. Hacia 1823 se inscribió junto con otros conspiradores liberales en la milicia cívica de la isla con la intención de aprovechar el adiestramiento militar a fin de usarlo en un eventual levantamiento proindependentista. Sin embargo, fue descubierto y tuvo que huir de la isla hacia Estados Unidos, donde inició su exilio. Cabe destacar que durante su estancia en Cuba hizo pública su "Oda a los habitantes del Anáhuac" contra el gobierno imperial impuesto por Agustín de Iturbide.[6]

Su actividad como jurista no es menos apreciada que la de poeta, pero en México logró desempeñarse como Juez de primera instancia y de distrito, Fiscal y Magistrado de la Audiencia Territorial del Estado de México y diputado del Congreso local de la entidad

---

2 Blas Bruni Celli, *Memorias del Regente Heredia*, Caracas, Academia Nacional de Historia, 1956, pp.15-16.

3 Mark Burkholder y Dewitt Samuel Chandler, *De la impotencia a la autoridad: la corona española y las audiencias*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984, pp.312-402.

4 Manuel García Garofalo Mesa, *Vida de José María Heredia en México, 1825-1839*, Toluca, Gobierno del Estado de México, 2001, p.155.

5 Onoria Céspedes Argote y Jorge Olvera García, *Política y pedagogía en el pensamiento de José María Heredia y Heredia*, Toluca, Universidad Autónoma del Estado de México, 2014, pp. 11, 42, 72.

6 Augier, Ángel (comp.), *Epistolario de José María Heredia,* La Habana, Editorial Letras Cubanas, 2005, pp.10-13.

mexiquense. Una vez consumada la Independencia de México, la Audiencia —ahora territorial— continuó fungiendo como máximo tribunal de justicia a nivel federal hasta 1824 cuando se proclamó la Constitución federal y con ella se pactó la instauración de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y, además, se le delegó a las entidades federativas la administración de justicia en el interior de sus territorios. Por razones todavía no aclaradas por completo, la Audiencia de México quedó incorporada al territorio del Estado de México como tribunal de alzada, más allá del primer periodo federal.[7]

Pero la Audiencia de México, como institución jurídica de tradición española, no era desconocida para Heredia. Como señalamos, su padre desempeñó el cargo de alcalde del crimen. Y fue gracias a la labor de José Francisco en ese tribunal que su hijo conoció a Isidro Yáñez —padre de Jacoba Yáñez, la esposa de José María Heredia—, y quién también formó parte del mismo tribunal desempeñando el cargo de magistrado durante y después del régimen novohispano.[8]

La cercanía de Heredia con el ejercicio del derecho es una faceta del personaje que se ha explorado poco, a pesar de que la mayor parte de los estudios elaborados sobre Heredia se refieren a obras biográficas; quizá su actividad poética ha sido mejor valorada. Desde hace ya casi dos décadas, la investigadora de origen cubano radicada en el Estado de México Onoria Céspedes reactivó el interés sobre las múltiples facetas en las que se desarrolló Heredia,[9] y pese a que dedica tres gruesos tomos para compilar e interpretar su trabajo como diputado,[10] uno para sus poesías[11] y otro más para su pensamiento político y pedagógico,[12] queda pendiente revisar su faceta como jurista. Este

---

7 Téllez G., Mario A., "El Poder Judicial del Estado de México 1824-1870", *Revista Mexicana de Historia del Derecho*, vol. 27, (2013), pp.101-105.

8 Además de magistrado de la Real Audiencia, de la Audiencia Territorial y de la Audiencia del Estado de México, Isidro Yáñez fue regente de México junto con Agustín de Iturbide y sirvió como magistrado y presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Arnold, Linda, *Burocracia y burócratas en México, 1742-1835*, México, Editorial Grijalbo, 1991, pp.95-132.

9 Gracias a la labor y gestión de la profesora Céspedes, desde hace algunos años se dedica un espacio en el repositorio institucional de la Universidad Autónoma del Estado de México, para la compilación y publicación de la obra de Heredia en México. Véase en http://ri.uaemex.mx/handle/20.500.11799/57891. Consultado el 5 de agosto de 2024.

10 Onoria Céspedes (comp.), *José María Heredia y Heredia diputado*, Toluca, Instituto de Estudios Legislativos de la LV Legislatura del Estado de México, 2005. Onoria Céspedes (comp.), *Labor legislativa del humanista José María Heredia y Heredia en el Estado de México. Tomo I*, Toluca, XLI Legislatura del Estado de México / Universidad Autónoma del Estado de México, 2022. Onoria Céspedes (comp.), *Labor legislativa del humanista José María Heredia y Heredia en el Estado de México. Tomo II*, XLI Legislatura del Estado de México / Universidad Autónoma del Estado de México, 2022.

11 Onoria Céspedes y Enrique Saínz de la Torriente (comps.), *Poesías. José María Heredia y Heredia. Edición Nueva York 1825. Edición Toluca 1832,* Toluca, Universidad Autónoma del Estado de México / H.Ayuntamiento de Toluca / Biblioteca Nacional de Cuba José Martí / Unión de Escritores y Artistas de Cuba, 2017.

12 Onoria Céspedes y Jorge Olvera García (comps.), *Política y pedagogía en el pensamiento de José María Heredia y Heredia*, Toluca, Universidad Autónoma del Estado de México, 2014.

trabajo no se plantea hacer esta revisión, el objetivo es agregar otra de sus actividades en su ejercicio profesional como jurista: sinodal en la titulación de abogados del Estado de México para la primera época federal.

II. QUEHACER JURÍDICO DE HEREDIA

Con la finalidad de comprender cómo fue que José María Heredia se convirtió en uno de los polifacéticos políticos de la esfera estatal mexiquense durante la primera época federal, considerado por destacados políticos como un profesional comprometido con la educación y el derecho, revisaremos de forma breve su incursión en el mundo de la política.

El andar de Heredia por suelos mexicanos durante su segunda estancia en México[13] comenzó con la invitación hecha por el entonces presidente Guadalupe Victoria, en agosto de 1825, mientras que el cubano se encontraba exiliado en Norteamérica. Dicha invitación habría tenido como principal cometido la integración de Heredia en las labores políticas del primer mandatario federal. Su arribo a suelo mexicano se dio el 15 de septiembre de ese mismo año y para enero de 1826 fue nombrado 5° oficial de la Secretaría de Estado y del Despacho de Relaciones Interiores y Exteriores.[14]

La labor jurídica de Heredia comenzó en el ámbito federal. A partir de la promulgación de la Carta Magna de 1824, el poder judicial de la federación residía, según lo estipulado en el artículo 123, en una corte suprema de justicia, tribunales de circuito y juzgados de distrito.[15] Con el fin de gestionar adecuadamente la justicia, el país se segmentó en distritos y se estableció en cada uno un tribunal presidido por un juez letrado, quien era el responsable de atender todos los asuntos civiles de interés federal.

El nombramiento de los jueces de distrito era responsabilidad del Poder Ejecutivo, quien lo hacía basándose en una terna presentada por la Suprema Corte de Justicia

---

13 José María, junto con su familia, tuvo una primer estadía en México luego del nombramiento de su padre como alcalde del crimen para la Audiencia de México en 1817. Tras la muerte de José Francisco Heredia, la familia tuvo que regresar a Cuba.

14 . Fue también en ese año cuando inauguró la divulgación extensiva de sus múltiples obras literarias en suelo mexicano con la publicación de *El Iris*, la primer revista dedicada al público femenino en México Después de la publicación de *El Iris* (1826), Heredia sería un personaje comprometido con el periodismo mexiquense, publicó: *El Argos* (1826), *Miscelánea* (1829), *El Conservador* (1831), *El Fanal* (1832), y se hizo cargo, por un breve tiempo, de la parte literaria del *Diario del Gobierno de la República Mexicana* (1839). García-Garafalo, *Vida y obra*, pp. 195, 223. Guillermo Schmidhuber de la Mora, José María Heredia. Sus años en México, Toluca, Gobierno del Estado de México / Fondo Editorial del Estado de México, 2017, pp.17-20.

15 Manuel Dublán y José María Lozano (eds.), *Legislación Mexicana o Colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la Independencia de la República*, Tomo I, pp. 719-737. En Mario Téllez y José López Fontes (compiladores), *La legislación mexicana de Manuel Dublán y José María Lozano*, México, El Colegio de México / Suprema Corte de Justicia de la Nación / Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, 2004.

de la Nación. Esta corte debía convocar a los ciudadanos calificados para ocupar dicho cargo.[16] Así, el 15 de noviembre de 1826, la Corte Suprema emitió una convocatoria dirigida a juristas del territorio mexicano para ocupar varios juzgados vacantes en la república. Heredia se postuló para el cargo en Veracruz. Tras un proceso en el que se evaluaron los méritos de los candidatos, el ministro de Justicia y Negocios Eclesiásticos, Miguel Ramos Arizpe, propuso a José María Heredia como juez de distrito de Veracruz. Esta decisión fue respaldada por el entonces presidente de la república, Guadalupe Victoria, y fue aceptada por José María el 23 de febrero de 1827, según su propia contestación.[17] No obstante, el 8 de mayo del mismo año, y ya en calidad de juez, Heredia informó al secretario del despacho de Justicia y Negocios Eclesiásticos que debido a la oposición de algunas facciones políticas que veían en su origen extranjero una limitante para ocupar el cargo, renunciaba a este.[18] Debemos recordar que justo en esos años, la discusión sobre la permanencia o expulsión de los españoles que permanecían en México estaba en boga.[19] Fue, quizá, el impulso de la facción que promovía el exilio de los peninsulares la que cargó contra el cubano; isla en ese entonces aún era una posesión española.

El motivo de su renuncia, según el propio Heredia, se debió al "espíritu mezquino [...] de nacionalismo" que imperaba en México que no reconocía talento o virtud más allá del lugar de nacimiento. Pero en una carta enviada a su madre, Heredia expresó otro motivo de carácter personal: "por ella más que por otras causas, he renunciado al juzgado de Veracruz", refiriéndose a su futura esposa, Jacoba Yáñez. Y si esto no era suficiente, adujo otro motivo para renunciar en una misiva enviada a Domingo del Monte: la disminución del salario para los jueces de distrito y el monto le sería insuficiente para subsistir.[20]

A la par de este primer intento, por petición expresa de Heredia y Heredia, el entonces gobernador del Estado de México, Melchor Múzquiz, y el congreso local le otorgaron la habilitación para ejercer la abogacía en la entidad en junio de 1826.[21] En mayo de 1827 fue nombrado juez de letras del distrito de la villa de Cuernavaca, jurisdicción que para aquel entonces aun pertenecía al territorio mexiquense. Para dicho nombramiento pudo haber tenido injerencia la amistad que tenía con el entonces gobernador del estado Lorenzo de Zavala o la relación personal que sostenía con Isidro Yáñez,

16 *Ibid.*

17 Archivo General de la Nación (AGN), Instituciones Gubernamentales: época moderna y contemporánea/Administración Pública Federal S. XIX/Justicia/Justicia (118). /Contenedor 039/Volumen 187/Expediente 3; Augier, *op. cit.,* pp. 316-317. "Nombramiento como juez de distrito".

18 AGN, Instituciones Gubernamentales: época moderna y contemporánea/Administración Pública Federal S. XIX/Justicia/Justicia (118) /Contenedor 039/Volumen 187/Expediente 3.

19 Para este tema puede verse el clásico texto de Harold Sims, *La expulsión de los españoles de México, 1821-1828*, México, Fondo de Cultura Económica / Secretaria de Educación Pública, 1985, pp. 112-116, 128-142.

20 Augier, *Epistolario,* pp.331, 335.

21 Céspedes, *Labor legislativa*, pp.2-13.

presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y padre de Jacoba Yáñez a quien ya cortejaba y con quien contrajo matrimonio el 15 de septiembre de 1827. De esta forma Heredia se incrustó en la estructura del Poder Judicial del Estado, como el encargado de la administración e impartición de justicia en primera instancia.

En diciembre de 1828 Heredia fue nombrado fiscal interino de la Audiencia.[22] Allí se mantuvo hasta 1830, cuando el nuevo gobernador del estado, antagónico de Lorenzo de Zavala, quien lo nombró originalmente, decidió destituirlo y nombrar en su lugar a Manuel Diez de Bonilla. A partir de ese momento, José María Heredia regresó a su puesto como juez de letras en Cuernavaca.

El 7 de febrero de 1831 volvió a ser parte de la Audiencia del Estado, ya en Toluca como capital, nombrado por el gobernador del estado Melchor Muzquiz.[23] De acuerdo a García-Garófalo, formaban parte de la Audiencia también Agustín Fernández de San Salvador, José María Esquivel, Mariano Buen Abad, Antonio Barquera y Manuel Diaz.[24] Este mismo año, el Congreso del Estado determinó comenzar con el bosquejo de los proyectos de codificación y decidió crear una comisión encargada de elaborar los códigos judiciales para el Estado de México en la que también participó. El primero sería el código penal, para lo cual se designaron como representantes del Consejo de Gobierno, el Tribunal Superior de Justicia del Estado y la Audiencia. Esta comisión estuvo compuesta además por Mariano Esteva, Agustín Gómez Eguiarte y Francisco Ruano Calvo. Aunque se sabe que esta comisión alcanzó a trazar un primero borrador, este nunca llegó a publicarse ni a entrar en vigor.[25]

Su primer nombramiento como sinodal para examen se dio en 1831, por el entonces gobernador Melchor Múzquiz.[26] Durante ese mismo año, en una carta enviada a su madre, Heredia hacía gala del estima que poseía de parte del gobernador escribiendo "gozo de muy buena opinión con el actual gobierno" lo cual habría sido uno de los factores que lo llevaron a recibir tal nombramiento. El gobernador era la autoridad designada para nombrar a los sinodales para el primer examen al que se sometían los aspirantes a abogados.

---

22 Augier, *Epistolario*, p.385.

23 Augier, *Epistolario*, pp 472-473.

24 García Garófalo Mesa, *Vida y obra*, p.476

25 García Garófalo, *Vida y obra*, pp.378, 392. El bosquejo del Código finalizaba con la siguiente sentencia escrita por el propio Heredia: "los pueblos verán con satisfacción y ratitud que sus mandatarios se afanan en cumplir sus sagrados deberes, y en mejorar los resortes de la administración, promoviendo en una buena legislación la mejor garantía del orden y la libertad; empresa que es ardua y difícil, más no por eso debe dejarse con un desaliento vergonzoso; que lo excelente es a veces el mas temible enemigo de lo mejor, y aunque los nuevos Códgos llevan el infalible sello de la impercepción humana, serán inmensamente superiores a los Fueros, Partidas y Recopílaciones y los legisladores que hagan este presente Estado, podrán gloriarse de él como de una larga serie de acciones virtuosas, y decir con el poema latino: Exegi momentum". Véase Marco Antonio Díaz de León, "Bosquejo general de Código Penal para el Estado de México", en Martín Gabriel Barrón Cruz (coord.), Cinco ordenamientos penales del siglo XIX, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales / Ilustre y Nacional Colegio de Abogados, 2010, p. 41.

26 Schmidhuber de la Mora, *José María Heredia*, pp.19-21.

En febrero de 1833, fue elegido diputado para la legislatura estatal. Durante su tiempo en la legislatura, elaboró un nuevo proyecto de código penal para el Estado de México, que corrió la misma suerte que el anterior, ya que no se discutió en el pleno y solo se archivó. Apenas cuatro meses después, presentó su renuncia a la legislatura del estado debido, una vez más, a la incompatibilidad con otros miembros de la cámara, por lo que regresó a su cargo en la Audiencia del Estado.[27] En esta ocasión, recibió un nuevo nombramiento del entonces gobernador Lorenzo de Zavala; ocupó de manera interina la fiscalía que había dejado vacante José María Esquivel, quien había sido nombrado magistrado del Supremo Tribunal de Justicia del Estado.[28] Ese mismo año, comenzó a impartir las cátedras de Literatura General y de Historia Antigua y Moderna en el Instituto Literario del Estado de México.

El 13 de octubre de 1834, por decreto del gobernador Manuel Diez de Bonilla se nombró director del Instituto Literario a José María Heredia por sus buenos servicios y trayectoria. Además, conformó la "Junta del Instituto Literario" integrada por el propio Heredia y por Antonio Madrid, José María Ruíz, Santiago Barrientos y José Urbano Fonseca y Martínez —también sinodal de los exámenes de abogado—. La finalidad de esa junta era la de apoyar al director del Instituto en las actividades administrativas para asegurar y afianzar el correcto funcionamiento de la institución. Sin embargo, los esfuerzos del gobierno duraron poco tiempo, en octubre de 1835 el Instituto fue clausurado y Heredia tuvo que abandonar el cargo. El Estado pasó a ser Departamento y su capital se mudó la ciudad de México. Sus logros al frente de esta institución estatal fueron la creación de una biblioteca y la introducción de su obra *Lecciones de Historia Universal* como base para la enseñanza de la historia en el Instituto.[29]

Pero las posibilidades de ocupar un nuevo encargo o repetir en alguno siguieron. En febrero de 1835 Heredia recibiría una vez más el cargo de fiscal de la Audiencia del Estado de México, esta vez en propiedad. Sin embargo, en una de sus cartas, Heredia se decía sabedor de que su vínculo con el tribunal se vería interrumpido y que era probable que terminara ocupando, de nueva cuenta, el juzgado de Cuernavaca. La situación se complicó aún más con la implantación del régimen centralista ya que se les notificó a los ministros que la Audiencia probablemente sería suprimida.[30] A esta preocupación se sumó la ausencia en los pagos de salarios a los empleados del tribunal; la astringencia económica fue constante en esos años y en las décadas por venir. Hacía septiembre de 1835, Heredia mencionó a su madre que se le había informado que el tribunal subsistiría y sería trasladado a la Ciudad de México. Pero en 1836, nueva legislación impuso como requisito para los juristas que ocupaban algún cargo en los

27 Augier, *Epistolario*, pp.472-473.
28 Archivo Histórico del Estado de México (AHEM), fondo gobernación, sección gobernación, serie justicia, vol. 2, exp. 30.
29 García-Garófalo, *Vida y obra,* p.534.
30 Augier, *Epistolario*, pp.398-434.

tribunales del país la nacionalidad mexicana por nacimiento, por lo que la salida de Heredia como ministro era inminente.[31]

La Suprema Corte de Justicia de la Nación fue la encargada de determinar quiénes serían los integrantes de la nueva Audiencia departamental, y aunque Heredia gozaba de muy buenas recomendaciones como el mismo reconoció en una carta a su madre el 4 de noviembre de 1837 que: "desde 20 de julio último dejé de ser ministro de la Audiencia, porque en el arreglo que dije a su merced estaba pendiente, me dejaron fuera porque me declararon interino como a otros, y me cogió el carro de la maldita constitución nueva, que exige a los magistrados el nacimiento de la República".[32] Pero una vez más, gracias a sus buenas relaciones con algunos miembros del gobierno estatal, fue nombrado secretario de la segunda secretaria del Tribunal Superior de Justicia del Departamento de México, el mismo que suplió en funciones a la Audiencia departamental, el 9 de marzo de 1838.[33] Este sería el ultimo cargo que ocupó antes de fallecer en mayo de 1839.

III. LOS EXÁMENES DE ABOGADOS EN EL ESTADO DE MÉXICO

El tema de la graduación de los abogados durante el siglo XIX en el centro del país, afortunadamente, no es nuevo. Ha ocupado a investigadores como Jaime del Arenal, Alejandro Mayagoitia, Francisco de Icaza, entre otros. Nosotros nos hemos ocupado del caso de los abogados en el Estado de México.

Vista en perspectiva, la graduación de los abogados en el Estado de México estuvo encaminada a prolongar el *statu quo* forjado desde el mundo colonial; parecía mucho más fácil continuar con el estado de cosas existente que plantearse innovaciones que podrían complicar todavía más el panorama.[34]

El primer decreto 15 fue de junio de 1824 y allí se abordaron básicamente cuatro puntos en los que se intentaba de una forma un poco deshilvanada dar inicio a un difícil comienzo de la administración estatal: 1º. poner orden a los cursos que había que pasar para ser abogado; 2º. Cuándo podía iniciarse las prácticas en estudio de abogado; 3º. limitar las dispensas que podían obtener los estudiantes para el mismo fin; y, 4º. los requisitos que debían reunir quiénes querían examinarse para abogados que eran básicamente los mismos que en la Colonia; los cuales fueron precisados en 1826.

En este año se expidieron dos decretos. Uno en abril (decreto 63) y el otro (decreto 65) en junio. En aquél se declaraba brevemente que todos los abogados del país estaban

31 Augier, *Epistolario*, pp.450-454.
32 Augier, *Epistolario*, p.477.
33 Augier, *Epistolario*, p.483.
34 Salvo aclaración expresa, de aquí hasta el final del apartado se han omitido las citas porque este texto ha sido obtenido principalmente de Téllez G., Mario A., "Los abogados en el Estado de México entre 1824-1835. Más apuntes para su estudio", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, vol. 43, 2019, 535-549 pp.

habilitados para "ejercer sus funciones en el Estado sin necesidad de matrícula en el colegio de abogados". Y las razones de esta disposición tenían que ver principalmente con la necesidad de incorporar abogados en los distintos ámbitos de la vida estatal, restándole poder al Colegio de Abogados asentado en la ciudad de México —además de que desapareció de forma intermitente en esos años— y por la mudanza que los poderes estatales harían a San Agustín de las Cuevas (hoy Tlalpan) en unos pocos meses. Había que permitir la movilidad de otros abogados procedentes de distintas zonas del país a la entidad. Hay evidencias documentales de que por lo menos desde 1823 existieron esfuerzos por parte de la Diputación Provincial de México —antecedente político del Estado de México—, en particular del olvidado pero importante diputado Benito José Guerra para incorporar letrados a los juzgados de primeras letras. Para 1826 los esfuerzos continuaron pero sin los mejores resultados. El otro decreto (65) de junio del mismo año es relativamente breve, apenas con dos artículos —el primero con tres fracciones— pero en los hechos formalizó la continuidad casi de todas las formas coloniales a la vida republicana para convertirse en abogado, *mutatis mutandi,* y dando precisión a lo que ya se había apuntado desde el decreto anterior de 1824. En el primer artículo de ese decreto 65 se establecieron los requisitos para ser abogado: fracc.1ª. Haber estudiado jurisprudencia en alguno de los colegios de la república; fracc. 2ª. haber practicado por tres años en un estudio de abogado; y, fracc. 3ª. haber sido examinado por el Supremo Tribunal de Justicia estatal, los cuales, eran similares a los que se pedían desde el Antiguo Régimen, pero en el artículo 2º introdujo un cambio muy importante al señalar precisamente que se presentaría un examen ante el Supremo Tribunal —no ante la Audiencia—, en vez de los dos que los usos habían establecido. Antes, primero se presentaba un examen ante la Academia Teórico Práctica y luego, uno segundo, ante la Audiencia. Y es en este punto en el que cobra gran relevancia este artículo 2º porque, por un lado, intentó dar un paso más en la lucha que había en la entidad por establecer la división de poderes, frente a la oposición que representó la propia Audiencia para concretar la división de poderes en la entidad, y por el otro, tomar distancia de la Academia Teórico Práctica y del Colegio de Abogados que estaban asentadas en la Ciudad de México y que no cambiarían de residencia como lo tendría que hacer el Estado; aunados a los problemas que el propio Colegio tuvo para sobrevivir luego de su desaparición entre 1826 y 1829. Este decreto también añadió la frase "mientras se arregla definitivamente esta materia". Lo cual dejaba a la vista que el gobierno tenía pensado algo para más tarde. Pero lo que no se explica ni se sabe es por qué no lo resolvió en ese momento. Podemos suponer que se trataba de la institución que debía aplicar el otro examen para tener los dos que tradicionalmente se aplicaban en los años previos.

Así, casi cuatro años después en 1830, tardó en llegar la solución al problema, cuando se publicó, en los hechos, la última disposición relacionada con los abogados del período, la cual se refirió precisamente al primer examen para los aspirantes a abogados. Este decreto 124 detalló que además de cumplir con lo establecido por las leyes vigentes, básicamente el decreto 65, presentarían un primer examen ante *"letrados" elegidos por el gobernador* (subrayado nuestro). Los aspirantes debían "ser calificados por riguroso examen en la ciencia de los derechos". El examen debía durar entre hora

y media y dos cuando máximo, y era necesario acreditarlo para presentar el segundo ante el Tribunal, con el mismo tiempo de duración.

Y es a partir de este decreto 124 de 1830 que José Ma. Heredia pudo incorporarse por primera vez como sinodal en los exámenes de aspirantes a abogado en el Estado. Como ya lo vimos este abogado tuvo una constante participación en la Audiencia territorial; desconocemos si por elección personal o por decisión de quienes lo nombraron. En todo caso, lo que sí es cierto, a partir de todas las evidencias de las que disponemos, es que siempre supo acomodarse en uno y otro bando para ocupar un cargo de cierta relevancia en la entidad, a veces más importante que otra pero tuvo una presencia constante en la incipiente burocracia estatal prácticamente hasta el momento de su muerte.

IV. HEREDIA COMO SINODAL

Hemos revisado, *grosso modo*, la actividad jurídica emprendida por José María Heredia en el Estado de México. Su labor desde la Audiencia de México, la Cámara de Diputados, el Instituto Literario del Estado de México y sus vínculos con otras instituciones con las cuales pudo colaborar. Fue su formación como abogado y la estima que gozó de parte del ejecutivo estatal —dígase Melchor Múzquiz, Lorenzo de Zavala o Manuel Diez de Bonilla— lo que le permitió ser considerado como jurado para varios exámenes teórico-prácticos en compañía de otros destacados abogados como Mariano Buen Abad, José Urbano Fonseca, Mariano Esteva o Francisco Suarez Iriarte. Como puede observarse en la tabla 1, Heredia solo pudo formar parte del jurado que evaluaba a los aspirantes en el primer examen dado que, como señalamos líneas atrás, el segundo examen era aplicado por el Supremo Tribunal de Justicia del Estado, del que Heredia nunca fue parte, como si lo fue, por ejemplo, Mariano Buen Abad quien, además, participó como jurado tanto del primero como del segundo examen en distintos momentos.

Es curioso que a diferencia del cubano, varios de los abogados y políticos que figuran como jurados en el primero o segundo examen, lograron forjarse una trayectoria política destacable —cuando menos— en la esfera estatal. Acotándonos a aquellos que, al igual que Heredia, fueron nombrados como jurados al primer examen por el gobernador, y por citar algunos ejemplos, tenemos a Mariano Buen Abad —cercano a Heredia y quien fue padrino de bautizo de Loreto, una de las hijas del cubano— quien formó parte de la Audiencia del Estado de México al menos desde 1825 —cuando era relator de cámara—,[35] posteriormente fue nombrado ministro del Supremo Tribunal de Justicia del Estado, en 1832,[36] y luego sería parte del Tribunal de Justicia del Departamento

35 AGPJEM (Archivo General del Poder Judicial del Estado de México), Fondo Instituciones de México Siglo XIX, Sección Administrativo, Serie Correspondencia, Expediente Lista de los señores magistrados y subalternos de la Excelentísima Audiencia de este estado.

36 Decreto núm. 251 en el que se nombró al presidente y ministros del Supremo Tribunal de Justicia del Estado, Téllez G., Mario A., *El poder legislativo en México. Temas y casos de institucionalización, historia y derecho*, (contiene DVD con la legislación estatal 1824-2005) *Colección de Decretos,* tomo II, México, LV Legislatura *et al*, 2006, pp.192-193.

de México con el régimen centralista.[37] Caso similar es el de Mariano Esteva quien fue nombrado consejero del ejecutivo durante una de las administraciones del gobernador Melchor Múzquiz, en 1826,[38] diputado del primer y segundo Congreso Constitucional del Estado de México entre 1830 y 1832,[39] cargo al cual renunció dado su nombramiento como ministro del Supremo Tribunal de Justicia del Estado, en 1832.[40] José Urbano Fonseca, otro caso semejante, fue nombrado uno de los abogados encargados de juzgar a los magistrados del Supremo Tribunal en 1829 y 1835,[41] a nivel federal fue encargado del despacho del Ministerio de Justicia del 10 de septiembre de 1851 al 13 de febrero de 1852,[42] y fue parte de la comisión integrada en 1862 que sería encargada de redactar una propuesta de código criminal.[43] Fue parte de la comisión encargada de la redacción del Código Penal y de Procedimientos Penales nombrada por Maximiliano de Habsburgo en 1865, junto con Teodosio Lares y Juan B. Herrera.[44]

Tabla 1. Exámenes teórico-prácticos para recibirse de abogado en los que Heredia fungió como sinodal, 1831-1835[45]

Año / Nombre del sustentante	Institución de educación	Jurado 1° examen	Jurado 2° examen (presidente y magistrados del Supremo Tribunal de Justicia del Estado)
1831 José María Lacunza	Colegio Nacional de San Juan de Letrán	Mariano Buen Abad José María Heredia José Urbano Fonseca 11/05/1831	José Domingo Rus Vicente Güido de Güido Juan Wenceslao Barquera José María Rosas Francisco Ruano Calvo 13/05/1831

37 AGPJEM, Fondo Gobernación, Serie Gobernación, Sección Justicia, volumen IV. Exp. 2. Creación del Tribunal Superior del Departamento y nombramiento de los magistrados que lo corresponden.

38 Téllez, tomo I, 2006, p.99.

39 Jorge Reyes Pastrana, *Relación de Legisladores Mexiquenses que destacaron en la vida política y cultural de México*, Toluca, Secretaría de Asuntos Parlamentarios del Poder Legislativo del Estado de México, 2020, p. 5.

40 Téllez, tomo II, 2006, pp.192-193.

41 Téllez, tomo II, 2006, pp.81-365.

42 José María Bocanegra, *Memorias para la Historia de México independiente 1822-1846. Tomo I*, México, Imprenta del Gobierno Federal, 1892, p.576.

43 La elaboración de la propuesta de código quedó inconclusa debido a la intervención francesa. Elisa Speckman Guerra, "La justicia penal en el siglo XIX y las primeras décadas del XX (los legisladores y sus propuestas)", en Óscar Cruz Barney, Héctor Fix-Fierro y Elisa Speckman Guerra (coords.), *Los Abogados y la formación del Estado Mexicano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México / Ilustra y Nacional Colegio de Abogados de México / Instituto de Investigaciones históricas, 2013, p. 427.

44 Islas de González, "Código Penal para el Distrito Federal y territorios Federales de 1871", Martín Gabriel Barrón Cruz (coord.), *Cinco ordenamientos penales del siglo XIX*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales / Ilustre y Nacional Colegio de Abogados, 2010, p. 791.

45 Estos son los exámenes que se han localizado pero es muy probable que haya otros tantos no localizados todavía.

Año / Nombre del sustentante	Institución de educación	Jurado 1º examen	Jurado 2º examen (presidente y magistrados del Supremo Tribunal de Justicia del Estado)
1831 Manuel Rivera	Colegio de San Buenaventura Tlatelolco	Mariano Buen Abad José María Heredia José Urbano Fonseca 15/09/1831	José Domingo Rus Juan Wenceslao Barquera José María Rozas 21/09/1831.
1831 José Victoriano Martínez Basurto	Seminario Conciliar de México	Mariano Buen Abad José María Heredia José Urbano Fonseca 19/10/1831	José Domingo Rus Juan Wenceslao Barquera Francisco Ruano Calvo 22/10/1831
1831 Anastasio de la Pascua	Colegio de San Idelfonso	José María Heredia José Urbano Fonseca Mariano Esteva 20/12/1831	Vicente Güido de Güido Juan Wenceslao Barquera Francisco Ruano Calvo Bernardino Olmedo 22/12/1831
1833 Manuel Tejada y Borica		José María Heredia Francisco Suárez Iriarte Mariano Buen Abad 19/11/1833	José María Rosas Juan José Zamorano José María Esquivel 25/11/1833
1834 José Mariano Solorzano		José del Villar José María Heredia Ramón Gamboa 18/01/1834	José María Torres Cataño Juan José Zamorano José María Jauregui 20/01/ 1834
1834 Juan de la Portilla	Universidad Pontifica de México	José del Villar José María Heredia Ramón Gamboa 19/01/1834	José María Torres Cataño Juan José Zamorano José María Jauregui 21/01/1834
1834 Francisco Peña Flores	Seminario Conciliar de México	Francisco Suárez Iriarte José del Villar José María Heredia 21/03/1834	José María Rosas Juan José Zamorano José María Esquivel 22/04/1834
1834 Mariano Sánchez Aparicio	Universidad Pontifica de México	Francisco Suárez Iriarte José del Villar José María Heredia 27/04/1834	José María Rosas Juan José Zamorano José María Esquivel 2/05/1834
1835 José María Urquidi y Cardeña	Seminario Conciliar de México	José María Heredia José Urbano Fonseca Antonio Madrid 17/03/1835	José María Rosas Juan José Zamorano José Gabriel Gómez de la Peña 20/03/1835
1835 Manuel Ruiz Castañeda	Colegio Nacional de San Juan de Letrán	José María Heredia José Urbano Fonseca Manuel Díaz 14/06/1835	José María Rosas Mariano Buen Abad José Gabriel Gómez de la Peña 16/06/1835

Fuente: López Fontes y Téllez, 2003.

De entre los aspirantes a los que Heredia evaluó destaca José María Lacunza, un brillante político mexicano que ocupó cargos importantes en la administración pública estatal, como el cargo de ministro del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México,[46] y a nivel nacional, donde se desempeñó como Secretario de Relaciones Interiores y Exteriores de 1849 a 1851, encargado del despacho de Hacienda (algunos días en 1849 y 1850), director General de Fondos e Instrucción Pública en 1863, presidente del Consejo de Estado —desde el establecimiento del gobierno de Maximiliano de Habsburgo— en 1864, y Ministro de Hacienda —cargo que asumió brevemente— en 1866. A lo anterior debemos sumar su destacada vida intelectual como profesor, directivo y fundador de espacios culturales y de educación como el Colegio de San Juan de Letrán, el Colegio de las Vizcaínas o la Academia de Letrán.[47]

Señalado el primer vinculo, algunos autores refieren un nexo entre Heredia y Lacunza. A decir de García Garofalo, las *Lecciones de Historia Universal* escritas y usadas por el cubano en el Instituto Literario del Estado de México, habrían luego sido retomadas y empleadas por Lacunza para impartir su catedra en el Colegio de San Juan de Letrán.[48] Ángel Muñoz Fernández matiza la idea anterior y señala que Lacunza pudo haber usado la obra original de Alexander Fraser Tytler. El mismo Muñoz Fernández ha señalado que Heredia pudo haberse vinculado con distintos personajes del círculo de la Academia de San Juan de Letrán —aquel club literario formado por José María Lacunza donde convivieron y compartieron literatos y políticos como Andrés Quintana Roo, Guillermo Prieto, José Ignacio Ramírez o Manuel Payno—.[49] Otros escritores de origen cubano que indagaron sobre el destino de los restos mortales de Heredia a finales del siglo XIX y principios del XX, sostienen que José de Jesús Heredia y Yáñez —hijo de Heredia y Jacoba Yáñez— mencionó que el epitafio inscrito en la tumba de su padre había sido compuesto por Lacunza.[50] A lo anterior debemos sumar la carta publicada en *El Nacional* por José Sebastián Segura donde informaba la ubicación de los restos mortales de Heredia en el panteón de Santa Paula desde 1844, nota acompañada por la inscripción presuntamente ideada por Lacunza: "Su cuerpo envuelve del sepulcro el velo; pero lo hacen la ciencia, la poesía y la pura virtud que en mi alma ardía, inmortal en la tierra y en el cielo".[51]

V. COMENTARIOS FINALES

Sin duda alguna la labor de José M. Heredia dentro del ámbito cultural fue sobresaliente, pues a las múltiples publicaciones periódicas debemos sumar sus *Lecciones de Historia Universal*, así como sus poesías publicadas en algunos tomos a nivel interna-

46 Téllez, tomo IV, 2006, p.122.
47 Rojas, 2009, p.159.
48 García Garofalo, *Vida y obra*, p.536.
49 Ángel Muñoz Fernández, *Los muchachos de Letrán José María Lacunza. Estudio y recopilación*, México, Factoría Ediciones, 12-15, 257.
50 En su mayoría periodistas o biógrafos citados en García Garofalo. *Vida y obra*, pp.748-760.
51 Muñoz Fernández, *Los muchachos de Letrán*, p. 49-50.

cional. Esta labor cultural, ligada a su desarrollo profesional en el mundo jurídico, y su cercanía con varios personajes del ámbito estatal y federal, le valieron ocupar diversos cargos, principalmente en la Audiencia y editor de distintos periódicos; aunque parece que el mayor reconocimiento internacional lo alcanzó como poeta. "Ha sido considerado por la historiografía literaria como uno de los autores emblemáticos de la transición del neoclasicismo al romanticismo en Hispanoamérica".[52]

Hasta ahora no sabíamos que había participado como sinodal en los exámenes de abogado. Para ser incluido en las listas de las que se escogerían había que tener el visto bueno del gobernador en turno, lo cual confirma las buenas relaciones que Heredia tenía a esos niveles.

A la vista de la información que distintos especialistas han reunido en torno a su figura nos quedamos con dos elementos que son constantes a lo largo de su presencia en el centro del país. La denuncia reiterada de que su condición de extranjero lo obligó a renunciar a distintos cargos públicos, al menos esa fue la razón pública que expresó, pero al mismo tiempo la habilidad para vincularse con los líderes de los grupos dominantes que se los dieron, de uno y otro bando. No estamos seguros que su condición de "liberal moderado", como lo reconoció Rafael Rojas, le alcanzara para encontrar todos los espacios que logró entre los grupos antagónicos.[53] Nos inclinamos a pensar que esa sensación de extranjería —a veces incómoda para él— le ayudó a flexibilizar sus posicionamientos en el momento oportuno; acomodarse era una condición indispensable para sobrevivir. Rafel Rojas también lo reconoció como oscilante. Su talento literario tal vez fue mayor que su talento político pero éste le permitió desarrollar aquel; de cualquier forma, destacar en ambos espacios nos parece encomiable y más en una época tan intensa y tan cambiante. Tal vez ese esfuerzo y su romanticismo lo llevaron a morir a los 36 años.

VI. REFERENCIAS.

Fuentes documentales

AGN Archivo General de la Nación

AHEM Archivo Histórico del Estado de México

AGPJEM Archivo General del Poder Judicial del Estado de México

Bibliografía.

Arnold, Linda, *Burocracia y burócratas en México, 1742-1835*, México, Editorial Grijalbo, 1991, pp. 95-132.

52 Erika Pani, "El ministro que no lo fue: José María Lacunza y la Hacienda Imperial", en Leonor Ludlow (coord.), *Los secretarios de Hacienda y sus proyectos (1821-1933). Tomo II*, México, Instituto de Investigaciones Históricas / Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, pp.37-39.

53 Rojas, 2009, p.162 y 168.

Augier, Ángel (comp.), *Epistolario de José María Heredia*, La Habana, Editorial Letras Cubanas, 2005, pp. 10-13.

Bocanegra, José María, *Memorias para la Historia de México independiente 1822-1846. Tomo I*, México, Imprenta del Gobierno Federal, 1892.

Bruni Celli, Blas, *Memorias del Regente Heredia*, Caracas, Academia Nacional de Historia, 1956, pp. 15-16.

Burkholder, Mark y Dewitt Samuel Chandler, *De la impotencia a la autoridad: la corona española y las audiencias*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984, pp.312-402.

Céspedes Onoria Argote y Jorge Olvera García, *Política y pedagogía en el pensamiento de José María Heredia y Heredia*, Toluca, Universidad Autónoma del Estado de México, 2014, pp. 11, 42, 72.

Céspedes, Onoria (comp.), *José María Heredia y Heredia diputado*, Toluca, Instituto de Estudios Legislativos de la LV Legislatura del Estado de México, 2005.

Céspedes, Onoria (comp.), *Labor legislativa del humanista José María Heredia y Heredia en el Estado de México.* Tomo I_II, Toluca, XLI Legislatura del Estado de México / Universidad Autónoma del Estado de México, 2022.

Céspedes, Onoria y Enrique Saínz de la Torriente (comps.), *Poesías. José María Heredia y Heredia. Edición Nueva York 1825. Edición Toluca 1832,* Toluca, Universidad Autónoma del Estado de México / H. Ayuntamiento de Toluca / Biblioteca Nacional de Cuba José Martí / Unión de Escritores y Artistas de Cuba, 2017.

Díaz de León, Marco Antonio, "Bosquejo general de Código Penal para el Estado de México", en Martín Gabriel Barrón Cruz (coord.), *Cinco ordenamientos penales del siglo XIX*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales / Ilustre y Nacional Colegio de Abogados, 2010, pp. 21-48.

García Garofalo Mesa, Manuel, *Vida de José María Heredia en México, 1825-1839*, Toluca, Gobierno del Estado de México, 2001, p. 155.

Islas de González Mariscal, Olga, "Código Penal para el Distrito Federal y territorios Federales de 1871", Martín Gabriel Barrón Cruz (coord.), Cinco ordenamientos penales del siglo XIX, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales / Ilustre y Nacional Colegio de Abogados, 2010, pp. 449-791.

López Fontes, José, y Mario Téllez González, *Escribanos y abogados del siglo XIX mexiquense, 1803-1905*, México, Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, 2003.

Muñoz Fernández, Ángel, *Los muchachos de Letrán José María Lacunza. Estudio y recopilación*, México, Factoría Ediciones, 1997.

PLEM, *Colección de decretos y órdenes del Congreso Constituyente del Estado Libre y Soberano de México. Tomo I*, Toluca, Imprenta de J. Quijano, 1848.

PLEM, *Colección de decretos de los Congreso Constitucionales del Estado Libre y Soberano de México. Tomo II*, Toluca, Imprenta de J. Quijano, 1850.

PLEM, *Colección de decretos del primer Congreso Constitucional del Estado Libre y Soberano de México. Tomo IV*, Toluca, Imprenta de Quijano, 1851.

Pani, Erika, "El ministro que no lo fue: José María Lacunza y la Hacienda Imperial", en Leonor Ludlow (coord.), *Los secretarios de Hacienda y sus proyectos (1821-1933). Tomo II*, México, Instituto de Investigaciones Históricas / Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

Reyes Pastrana, Jorge, *Relación de Legisladores Mexiquenses que destacaron en la vida política y cultural de México*, Toluca, Secretaría de Asuntos Parlamentarios del Poder Legislativo del Estado de México, 2020.

Rojas, Rafael, "El tradicionalismo republicano. José Ma. Heredia y el periódico *El Conservador*", Pani, Erika (coordinadora), *Conservadurismo y derechas en la historia de México*, México, Fondo de Cultura Económica / Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 2009.

Schmidhuber de la Mora, Guillermo, *José María Heredia. Sus años en México*, Toluca, Gobierno del Estado de México / Fondo Editorial del Estado de México, 2017, pp. 17-20.

Sims, Harold D., *La expulsión de los españoles de México*, 1821-1828, México, Fondo de Cultura Económica / Secretaria de Educación Pública, 1985

Téllez G., Mario A., y José López Fontes (compiladores)

La legislación mexicana de Manuel Dublán y José María Lozano, México, El Colegio de México / Suprema Corte de Justicia de la Nación / Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, 2004.

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., "El Poder Judicial del Estado de México 1824-1870", *Revista Mexicana de Historia del Derecho*, vol. 27, 2013, pp.101-105.

—, "Los abogados en el Estado de México entre 1824-1835. Más apuntes para su estudio", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, vol. 43, 2019, 535-549 pp.

DEFINICIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE REMOCIÓN DE MAGISTRATURAS ELECTORALES LOCALES

Luis Octavio Vado Grajales*

RESUMEN: La definición de los elementos que conforman la remoción de las magistraturas electorales locales: (i. Causas; ii. Instancia competente; y, iii. Procedimiento), se obtiene de la interpretación del marco aplicable y de la doctrina judicial de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Dado que impacta directamente en la integración y funcionamiento de los tribunales electorales locales, su revisión debe hacerse a partir de la vigencia de los principios de independencia e imparcialidad como medidas institucionales de salvaguarda de la justicia electoral en los estados. En virtud de que los tribunales electorales son órganos constitucionales autónomos a nivel local, cuyos nombramientos competen al Senado de la República (como lo ha sostenido la Sala Superior del TEPJF), para la remoción de sus magistraturas debe acudirse al juicio político establecido en el artículo 110 de la Constitución federal, y no al que compete a los congresos estatales. Si quisiera instaurarse un procedimiento específico de remoción de las magistraturas, deberían tenerse en cuenta: i. la facultad del Senado para designar; ii. asegurar el debido proceso; y, iii. acreditar que la destitución se basa en conductas ilegales que atentan contra la función jurisdiccional y no solamente bajo criterios de oportunidad política.

Palabras clave: Magistratura, jurisdicción electoral, remoción, juicio político, debido proceso, Senado de la República.

ABSTRACT: The definition of the elements that compose the removal of local electoral magistrates: (i. Causes; ii. Competent instance; and, iii. Procedure), is obtained from the interpretation of the applicable framework and the judicial doctrine of Mexico's Superior Chamber of the Electoral Court. Given that it directly impacts the integration and functioning of local electoral courts, it must be reviewd on the basis of the validity of the principles of independence and impartiality as institutional measures to safeguard electoral justice in the states Given that the electoral courts are autonomous constitutional bodies at the local level, whose appointments are the responsibility of the Senate of the Republic (as has been maintained by the Superior Chamber of the Electoral Court, for the removal of their magistrates we must refer to the impeachment trial established in the article 110 of the federal Constitution, and not that which is the responsibility of state congresses. If a specific procedure for removing magistrates were to be established, the following should be taken into account: i. the power of the Senate to appoint; ii. ensure due process; and, iii. prove that the dismissal is based on illegal conduct that threatens the jurisdictional function and not only based on criteria of political opportunity.

Keywords: Magistrates, electoral jurisdiction, removal, impeachment, due process, Senate of the Republic.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. SUPUESTOS DE REMOCIÓN. 2.1. RAZÓN DE SER DE LAS GARANTÍAS JUDICIALES. 2.2. Estudio de las garantías judiciales. 2.2.1. Independencia en

* Profesor investigador de la Escuela Judicial Electoral. ORCID 0000-0002-4810-0612

sentido estricto. 2.2.2. Inamovilidad y responsabilidad. 2.2.3. Garantías económicas. 2.2.4. Carrera judicial. 2.3. Supuestos de remoción. 3. PROCEDIMIENTO DE REMOCIÓN. 3.1. Ausencia de regulación específica. 3.2. Procedencia del juicio político. 3.3. ¿Juicio político local o federal?. 4. PROPUESTA DE REFORMA. 5. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este texto consiste en presentar los supuestos de remoción de las magistraturas electorales locales[1], la definición del procedimiento a seguir, el criterio sostenido por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación[2]; así como plantear la posibilidad de una reforma legal, para arribar a las conclusiones.

La pertinencia del tema radica en que, al contrario de lo que sucede en el caso de la remoción de consejerías de organismos públicos locales electorales, respecto de magistraturas no se ha resuelto favorablemente alguna destitución, entre otras razones posibles, debido a la falta de claridad en cuanto al procedimiento a seguir.

Así, la utilidad de este trabajo radica en ofrecer información sistematizada y actual, que permita entender a cabalidad el fenómeno de la remoción de magistraturas, en particular respecto del procedimiento a seguir, así como sugerencias precisas para el caso de una reforma legal.

Este trabajo, por tanto, se centrará en un análisis exclusivamente jurídico, sin consideración alguna a los supuestos políticos que hayan dado lugar a alguna solicitud de remoción. El método utilizado para la investigación es sistemático-funcional.

2. SUPUESTOS DE REMOCIÓN

2.1. RAZÓN DE SER DE LAS GARANTÍAS JUDICIALES

Debemos enmarcar este apartado en la noción de garantías judiciales[3]; es más, desde el concepto de garantías procesales. Esto resulta relevante porque, a final de cuentas, debemos formularnos las siguientes preguntas para abordar la remoción de magistraturas:

a) ¿Por qué causa puede darse la remoción?

b) ¿Quién tiene la facultad de remover?

---

1 En lo siguiente, magistraturas.

2 Utilizaré el acrónimo SS.

3 Para el tema de las garantías judiciales de las magistraturas, véase. Vado Grajales, Luis Octavio. "Las garantías judiciales de la judicatura local en México" en: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Número 28. México pp. 221 a 236. Órgano de difusión del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. 2017.

c) ¿Cuál es el procedimiento a desahogar?

Ahora bien, la remoción por sí misma no puede ser un fin, sino un procedimiento, que debe atender a un fin constitucionalmente tutelado. Por tanto, la pregunta más importante que debemos hacernos es: ¿cuál es el fin al que atiende el procedimiento de remoción?

Y la respuesta es: a la tutela de las garantías procesales y judiciales.

Las garantías procesales se refieren al conjunto de protecciones que el derecho estatuye a favor de quienes participan en un proceso[4]. De esta manera, cuentan con garantías las partes, pero también quienes juzgan.

El ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia lo expresó con claridad:

> … no es un privilegio de los jueces el que sean inamovibles, el que se les pague adecuadamente y el que cuando terminen determinado tiempo de servicio tengan derecho a una jubilación o retiro, aquí está de por medio un interés social muy elevado y ese interés social consiste en la garantía de acceso a la jurisdicción, conforme a la cual el Juez tiene que estar suficientemente calificado para impartir justicia pronta, completa, imparcial y profesional. (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1999, pág. 87).

En el segundo caso, se denominan "garantías judiciales", y comprenden una serie de disposiciones sustantivas tanto como adjetivas, cuya finalidad es tutelar la independencia e imparcialidad de las personas juzgadoras.

Es importante recordar esto: las garantías judiciales no son privilegios a favor de una casta judicial. Son condiciones mínimas para el adecuado y responsable ejercicio del encargo, en beneficio de las personas justiciables.

Respecto de las definiciones de independencia e imparcialidad que se seguirán en este texto, retomo las que se encuentran en el Código Modelo de Ética de la Justicia Electoral Mexicana:

> Independencia
>
> La toma de decisión debe estar ordenada por la recta voluntad y la sana crítica del propio juzgador de manera autónoma, orientada sólo por la ley garantizando a las partes un proceso legítimo, fundado y justificado sin influencia, condición ni subordinación a creencia política, presión mediática o instrucción jerárquica su-

4 "Garantías procesales. 1. Como tales pueden considerarse los instrumentos jurídicos establecidos tanto por la C (Constitución) federal como por las leyes orgánicas del Poder Judicial y los diversos códigos procesales sobre la independencia e imparcialidad del juzgador, así como respecto a las prerrogativas de las partes en el proceso, con el objeto de lograr la resolución rápida y justa de las controversias." Fix-Zamudio, Héctor, "Garantías procesales" en *Diccionario jurídico mexicano.* Volúmenes D y E-H. México. Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México. 1994. p. 1520.

perior —directa o indirecta— que corrompa la transparencia e igualdad de oportunidades. No se someta ni se deje influir por los poderes ejecutivo o legislativo. Tampoco por los juicios mediáticos ni fuerzas políticas o sociales.

Imparcialidad

Mantener durante el proceso electoral, para sí mismo y ante los que observan, una posición neutral, sin prejuicios y sin favorecer o perjudicar deliberadamente a las partes. Esta conducta debe manifestarse tanto fuera como dentro de los tribunales para mantener y aumentar la confianza de la sociedad, de los litigantes y de los justiciables. La carencia de imparcialidad es el primer vicio que observa la comunidad atenta en un proceso electoral. La imagen y la dignidad de la judicatura dependen de ella. Como servidor público electoral es la primera enmienda a la que debe avocarse.[5]

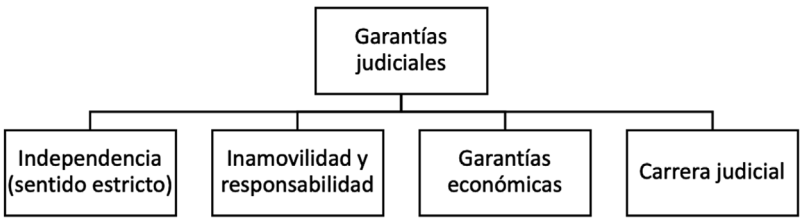
Un Código de ética pretende establecer parámetros de excelencia en el actuar, por lo que plasma el ideal al que debe aspirarse. En el caso del código que aquí se utiliza, resulta relevante en tanto se refiere específicamente a la justicia electoral mexicana, tanto la local como la federal. Constituye, por tanto, una compilación de valores que de hecho asumen las magistraturas objeto de este artículo.

Este tipo de disposiciones no pueden utilizarse para fincar la responsabilidad de un servidor público, pero sí para la exigencia ética de la adecuada prestación del servicio judicial electoral[6].

De las descripciones anteriores, la independencia y la imparcialidad tutelan el derecho de las partes a una justicia cimentada en lo acreditado en el proceso respectivo, por tanto, excluyendo las injerencias motivadas en intereses personales de quienes juzgan, presiones de otros poderes o de sus superiores, etc.

2.2. Estudio de las garantías judiciales

Ahora bien, definido el sentido de las garantías judiciales, analicemos brevemente su materialización concreta:



5 Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. *Código Modelo de Ética de la Justicia Electoral Mexicana*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. México. 2023. Pp. 51-52.

6 *Semanario Judicial de la Federación*. México. Décima época. Tesis (I Región)8o.44 A (10a.) en https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/8vhxMHYBN_4klb4HLlHY/%22%C3%89tica%20judicial%22 (08 de marzo de 2024)

2.2.1. Independencia en sentido estricto

La independencia se predica del órgano judicial, pero se proyecta en cada una de las personas juzgadoras. Esto es, cada magistratura cuenta con esta garantía, a fin de que pueda realizar su trabajo con apego a lo alegado y probado en el expediente, conforme su recto entendimiento del derecho y de los hechos.

Esta garantía se desdobla en un doble sentido. Por un lado, la independencia externa, en virtud de la cual una persona juzgadora, con independencia de su jerarquía, no puede "sugerir" o "recomendar" a otra el trámite o la resolución debida a un litigio.

Desde luego existe el sistema recursal, en cuya virtud un asunto dictado por un tribunal puede ser conocido en segunda instancia por otro, que podrá confirmar, modificar o revocar el acto o resolución impugnados. Pero esto se ejercita en virtud de las competencias otorgadas al órgano en el sistema jurídico.

2.2.2. Inamovilidad y responsabilidad

La inamovilidad consiste en la permanencia en el encargo, pero no puede entenderse como la absoluta irresponsabilidad. Por tanto, es posible separar o destituir a una persona juzgadora del encargo que desempeña, siempre que se cumplan los siguientes elementos:

1. Causas expresas previstas en ley
2. Procedimiento de remoción que respete los principios del debido proceso
3. Desahogo adecuado del procedimiento de remoción
4. Decisión del órgano competente

2.2.3. Garantías económicas

En general el salario de las personas servidoras públicas debe ser suficiente y pagado oportunamente. En el caso de las magistraturas, destaca que el artículo 117 (Congreso Constituyente, 1917), que en su fracción III precisa que el salario de las juezas y los jueces integrantes de los poderes judiciales locales debe ser adecuado, irrenunciable y no disminuible durante el encargo.

Sin embargo, la regulación de los tribunales comiciales locales se encuentra en la fracción IV, numeral 5, por lo que, siguiendo una interpretación sede material[7], dado que

7 "El argumento *sedes materiae*, en primer lugar, sería aquél por medio del cual la atribución o justificación del significado de un enunciado se realiza a partir del lugar que ocupa en el contexto normativo del que forma parte, ya que se piensa que la localización topográfica proporciona información sobre su contenido por ser fruto de un plan del legislador y, por tanto, manifiesta su voluntad." Ezquiaga

no se trata de la judicatura prevista en la diversa fracción III, no cuentan con la garantía del salario tal como se mencionó en el párrafo anterior.

Ahora bien, es en el artículo 116 de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales[8] (Congreso de la Unión, 2014), en donde se establece que la remuneración de las magistraturas no podrá ser disminuible.

2.2.4. Carrera judicial

Esta se desdobla en dos contenidos. Por un lado, en la formación del personal judicial mediante actividades que les brinden conocimientos, así como habilidades necesarias para el adecuado ejercicio de sus atribuciones; por otro, consiste en la posibilidad de ocupar diversos cargos dentro de la estructura, conforme se desahoguen los procedimientos respectivos.

En cuanto al nombramiento de las magistraturas, el artículo 115 de la LGIPE (Congreso de la Unión, 2014) no se prevé preferencia alguna respecto del personal que labora en los tribunales electorales locales.

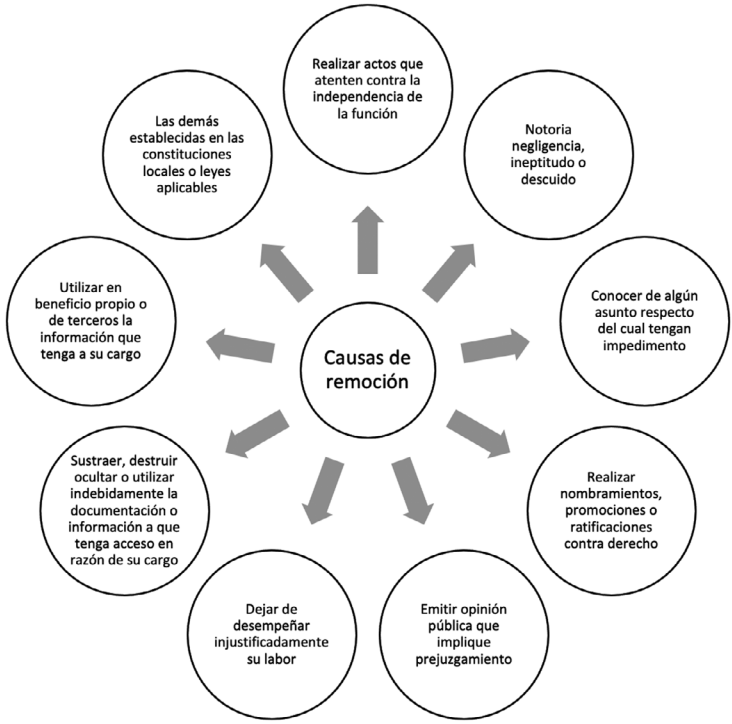
2.3. Supuestos de remoción

El nombramiento de una magistratura es por tiempo determinado, en este caso, por siete años, conforme al artículo 106 de la LGIPE (Congreso de la Unión, 2014), pudiendo ser removidas en los supuestos siguientes[9]:

Ganuzas, Francisco Javier. *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*. México. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. 2006. p. 115.

8 LGIPE en lo siguiente

9 *Diario Oficial de la Federación*. México. 02 de marzo de 2023.



Como puede observarse las causas de remoción están previstas de manera expresa en la ley, de manera que se cumple el primer requisito de los tres que se apuntaron en el numeral 2.2.2.

De la lectura de las causas transcritas, se desprende la relación que guardan respecto de la imparcialidad y la independencia, pues atienden a situaciones que, de presentarse, afectarían el correcto desempeño de la función jurisdiccional.

Existe un cúmulo de impedimentos, que constituyen supuestos legales en razón de los que la magistratura debe separarse del conocimiento del asunto (Vado Grajales, Curso de Teoría General del Proceso, 2022, pág. 84), dado que está en riesgo su imparcialidad. Así, cuando se presenta alguna de ellas, la magistratura debe manifestarla mediante una excusa o exponerse a que alguna de las partes señale la situación y le recuse; el impedimento es la causa, la excusa y la recusación es la manifestación de la misma. En el caso de la judicatura electoral local, los impedimentos se encuentran en el artículo 113 de la LGIPE (Congreso de la Unión, 2014), al que se remite para su consulta.

Ahora bien, siguiendo las preguntas planteadas al inicio de este capítulo, ¿quién tiene la facultad de remover? Y ¿mediante qué procedimiento?

3. PROCEDIMIENTO DE REMOCIÓN

3.1. Ausencia de regulación específica

La LGIPE fija las competencias de los tribunales electorales locales, los requisitos para acceder a una magistratura, así como las bases del procedimiento de designación; como vimos, también los supuestos de remoción. Sin embargo omite regular un procedimiento específico a seguir para realizarla.

Esto contrasta con el caso de las consejerías de OPLE, respecto de las cuales sí se establece un procedimiento para la remoción, en el artículo 113 del cuerpo legal en mención.

Así, el numeral 118 de la Ley en cita refiere que las magistraturas podrán ser privadas de sus cargos en los términos del Título Cuarto de la Constitución nacional, y las leyes de responsabilidades de los servidores públicos aplicables.

3.2. Procedencia del juicio político

La remisión al Título Cuarto constitucional se materializa en lo dispuesto por el artículo 110, segundo párrafo, de dicho cuerpo legal:

> Art. 110. Los ejecutivos de las entidades federativas, Diputados locales, Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia Locales, en su caso, los miembros de los Consejos de las Judicaturas Locales, así como los miembros de los organismos a los que las Constituciones Locales les otorgue autonomía, sólo podrán ser sujetos de juicio político.

Podemos observar que no hay una remisión expresa respecto de las magistraturas, así, ¿cómo se ancla en el precepto transcrito la posibilidad de removerlas mediante el juicio político?

La primera opción podría encontrarse en la referencia expresa a las magistraturas de los tribunales superiores de justicia. Esta posibilidad me parece equivocada, en razón de que la propia LGIPE, en su artículo 105 numeral 2, precisa que los tribunales electorales locales no formarán parte de los poderes judiciales estatales.

La segunda opción, que estimo correcta, se encuentra en la naturaleza de órganos constitucionales autónomos que tienen los tribunales electorales locales. Esto se fundamenta en el citado artículo 105, en su numeral 1, que reconoce a dicha judicatura especializada el carácter de autónoma en materia técnica y de gestión; también, de la referencia que se encuentra en cada constitución local respecto de la autonomía del tribunal comicial de su entidad.

Esta postura se robustece con lo decidido en la tesis que se transcribe:

TRIBUNAL ELECTORAL DEL DISTRITO FEDERAL. AL SER UN ÓRGANO DE GOBIERNO DEL DISTRITO FEDERAL TIENE LEGITIMACIÓN PARA PROMOVER CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. El Tribunal Electoral del Distrito Federal es la máxima autoridad jurisdiccional para la solución de conflictos en dicha materia con autonomía en su funcionamiento e independencia en sus decisiones, y cuenta con las siguientes características: 1. Tiene su origen en las disposiciones constitucionales que prevén la existencia de este tipo de autoridades, tanto en los Estados como en el Distrito Federal (artículos 122, apartado C, base primera, fracción V, inciso f), en relación con el 116, fracción IV, incisos b) al i), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos). 2. Mantiene relaciones de coordinación con los otros órganos del Estado, pues ello es necesario para lograr una efectiva configuración y funcionamiento del modelo del Estado de derecho que se pretende. 3. Tiene a su cargo funciones primarias u originarias del Estado que requieren ser eficazmente atendidas en beneficio de la sociedad, como lo es la función jurisdiccional electoral en el Distrito Federal. 4. Goza de autonomía funcional, ya que puede emitir sus resoluciones y determinaciones sin sujetarse a indicaciones o directrices de algún órgano o poder, las cuales son definitivas e inatacables; lo anterior, porque al ser la máxima autoridad en materia electoral en el Distrito Federal, realiza una de las funciones primarias u originarias del Estado, consistente en la función jurisdiccional de emitir resoluciones conforme a las cuales resuelva las controversias que se presenten en la materia de su competencia. 5. Cuenta con autonomía presupuestaria, elabora anualmente su proyecto de presupuesto de egresos, el cual remitirá al Jefe de Gobierno del Distrito Federal para que éste, en los términos en que le fue presentado, lo incorpore dentro del proyecto de Presupuesto de Egresos de la entidad; autonomía que también se encuentra en el aspecto relativo a que maneja, administra y ejerce su presupuesto, es decir, se autodetermina en el manejo de sus recursos económicos sujetándose siempre a la normatividad de la materia. En atención a lo antes expuesto, es evidente que el Tribunal Electoral del Distrito Federal, como órgano constitucional autónomo, cuenta con legitimación para promover las controversias constitucionales a que se refiere el inciso k) de la fracción I del artículo 105 constitucional.

Controversia constitucional 31/2006. Tribunal Electoral del Distrito Federal. 7 de noviembre de 2006. Mayoría de nueve votos. Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Disidente: Genaro David Góngora Pimentel. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Laura Patricia Rojas Zamudio y Raúl Manuel Mejía Garza.[10]

Del criterio anterior, se desprende que los tribunales electorales locales son órganos constitucionales autónomos, por referencia a las constituciones locales, al reunir cinco características[11]:

---

10 *Semanario Judicial de la Federación*. México. Novena época. Tesis P./J. 19/2007 (9a.). En https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/lvhyMHYBN_4klb4H8cym/%22Legitimaci%C3%B3n%20para%20promover%20controversia%20constitucional%22 (08 de marzo de 2024).

11 Una lista ampliada de las características propias de un órgano constitucional autónomo, que estimo cumple en diseño los tribunales electorales locales, incluye las de autonomía, mecanismos de integración no provenientes del ejecutivo, apoliticidad, inmunidades, responsabilidades, transparencia, intan-



Por su parte, este criterio se muestra también en decisiones de SS, como sucede con la recaída en el expediente SUP-0P-29/2017[12], en la que se sostiene que el Tribunal Electoral del Estado de Quintana Roo cuenta con los requisitos anteriores y, por tanto, es un órgano autónomo.

Por tanto, si las magistraturas son quienes encabezan a un órgano constitucional autónomo, que es el tribunal electoral local, entonces por tal razón están sujetos al juicio político.

Será entonces mediante este procedimiento que se pueda proceder a la destitución de una magistratura, siempre que se incurra en alguno de los supuestos ya señalados.

Debe observarse que una magistratura puede realizar algún acto que, sin dar lugar la destitución, de lugar a una responsabilidad diversa, dentro del sistema de responsabilidades de las personas servidoras públicas, lo que supera la intención de este texto.

3.3. ¿Juicio político local o federal?

Dado el sistema doble de responsabilidades de personas funcionarias públicas, que dependiendo el caso será federal o local, una vez que hemos determinado que la destitución de las magistraturas se debe tramitar en juicio político, la pregunta es si este debe ser federal o local.

En un primer vistazo podría considerarse que el juicio político procedente debe ser el local. Esto se desprendería de considerar que se trata de funcionariado público local, no federal.

En contra de la anterior consideración militan dos razones:

La primera consiste en que, si el nombramiento de las magistraturas proviene del Senado de la República, conforme el artículo 106, párrafo 2 de la LGIPE (Congreso de la

---

gibilidad, y funcionamiento interno apegado al estado de Derecho. Cárdenas García, José Fernando. *Manual de Derecho Constitucional*. México. Tirant lo Blanch. 2020. P. 636.

12 Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. *SUP-0P-29/2017*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. México. 2017. En https://www.te.gob.mx/sentenciasHTML/convertir/expediente/SUP-OP-29-2017 (08 de marzo del 2024).

Unión, 2014), por mayoría de razón debería corresponderle a dicho órgano la remoción de las mismas.

Sin embargo, no bastaría con que una aparente o real lógica sostuviera la incorrección de que un órgano distinto al que realiza el nombramiento ordene la destitución, ya que el derecho podría preverlo de esta manera. Más no se encuentra una prevención legal en tal sentido.

La segunda razón se encuentra explicada en la sentencia del asunto (SUP-JDC-259/2017, SUP-JDC-260/2017 y SUP-JDC-261/2017 acumulados , 2017). Este caso tuvo por origen el dictamen de la Comisión de Justicia de la Legislatura de Quintana Roo, mediante el cual admitió la denuncia de juicio político contra diversas magistraturas del Tribunal Electoral de Quintana Roo.

En el asunto citado no se debatió si se actualizaba alguno de los supuestos de remoción, sino la competencia de una Legislatura local para admitir y, por tanto, conocer el juicio político que desembocara en la remoción de las magistraturas denunciadas.

Se afirma en dicha sentencia:

> En los debates celebrados por los legisladores con motivo del proceso de reforma constitucional, puede advertirse que una de las finalidades perseguidas fue evitar la intromisión de los actores locales en la conformación de los órganos jurisdiccionales , lo cual, de acuerdo al Gobierno de la República, abona a que la justicia electoral asegure su independencia.
>
> En concordancia con la reforma constitucional, se publicó la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales el veintitrés de mayo de dos mil catorce, la cual dispuso, en su artículo 105, párrafo 2 que los órganos jurisdiccionales especializados en materia electoral de cada entidad federativa, gozarán de autonomía técnica y de gestión en su funcionamiento e independencia en sus decisiones, sin estar adscritos a los poderes judiciales de las entidades federativas, lo cual evidencia claramente la voluntad del legislador de que ninguno de los Poderes de los Estados debe tener injerencia en el funcionamiento de los Tribunales Electorales locales.
>
> Con lo expuesto hasta este punto, se advierte que la reforma constitucional y legal en materia electoral de dos mil catorce, tuvo como una de sus finalidades el fortalecimiento de las autoridades jurisdiccionales electorales locales, para garantizar su independencia e imparcialidad, lo cual se logró, no sólo a través del procedimiento de selección, sino también al dotarlos de determinados derechos en el ejercicio de la función jurisdiccional, como son precisamente, la permanencia y estabilidad en su cargo, así como la seguridad económica.
>
> Bajo esta lógica, cuando un ciudadano considera que se vulnera, de manera indirecta, su derecho a integrar un órgano electoral y, por tanto, a ejercer su cargo como magistrado electoral, a través de la imposición de una sanción; se advierte que tal circunstancia está relacionada con los principios constitucionales de autonomía e independencia rectores de la función del Tribunal Electoral local.

> El procedimiento de juicio político para los Magistrados de los Tribunales Electorales, específicamente, del de Quintana Roo, debe ser sustanciado ante el Congreso de la Unión (Cámara de Diputados como órgano acusador y Cámara de Senadores como jurado de sentencia), de conformidad con lo que dispone el propio artículo 110 de la Ley Fundamental
>
> Esta interpretación es acorde y dota de efecto útil a la reforma constitucional de diez de febrero de dos mil catorce, que, como ya se dijo, tuvo la finalidad del Poder Reformador de fortalecer la autonomía e independencia de las autoridades electorales, blindándolas de cualquier injerencia de las autoridades a concluir lo contrario sería constitucionalmente incongruente con la propia modificación, pues aceptar que los Poderes de las entidades, como en el caso es el Congreso del Estado, puede decidir sobre la destitución o remoción de los Magistrados del Tribunal Electoral de Quintana Roo, vaciaría de contenido la intención del Poder Reformador de la Constitución, precisamente de fortalecer los principios de independencia y autonomía de dichos tribunales, especialmente evidenciado a través del mecanismo de nombramiento, el cual se trasladó del ámbito competencial normativo local, al de la Federación.

De lo transcrito se extrae lo siguiente:

Primera premisa. El procedimiento de remoción se vincula con la independencia y la imparcialidad judicial

Segunda premisa. Tanto el procedimiento de nombramiento como el de remoción de las magistraturas tiene como uno de sus supuestos el apartarles de las presiones **políticas locales**

Conclusión. Por tanto, el procedimiento de remoción debe ser el correspondiente al juicio político federal.

De este asunto se desprendió la tesis siguiente:

> JUICIO POLÍTICO. LA COMPETENCIA PARA SUSTANCIARLO EN CONTRA DE QUIENES DESEMPEÑAN LAS MAGISTRATURAS ELECTORALES LOCALES CORRESPONDE AL CONGRESO DE LA UNIÓN. De la interpretación sistemática de los artículos 109, fracción I y 110, primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos , se obtiene que el juicio político, como instrumento de control de la responsabilidad política de los servidores públicos, tiene la finalidad de sancionar a aquellos que, en el ejercicio de sus funciones, incurran en actos u omisiones que vulneren a la propia Constitución o a las leyes federales. Por su parte, los artículos 116 constitucional y 105 de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales , disponen que los Tribunales Electorales de las entidades federativas, gozan de autonomía técnica y de gestión en su funcionamiento e independencia en sus decisiones y no están adscritos a los poderes judiciales de aquéllas. En ese sentido, el procedimiento de juicio político contra quienes se desempeñan en las magistraturas electorales locales, debe ser sustanciado por el Congreso de la Unión (Cámara de Diputados como órgano acusador y Cámara de Senadores como jurado de sentencia), puesto

> que, en primer lugar, ello garantiza la protección de su autonomía en el ejercicio de sus funciones frente a las autoridades de la entidad de que se trate; y, en segundo término, porque si su nombramiento corresponde al Senado de la República y no a los congresos locales, debe ser también un órgano de ese nivel el que tramite y resuelva el citado medio de control político.
>
> Sexta Época
>
> Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-259/2017 y acumulados.—Actores: Víctor Venamir Vivas Vivas y otros.—Autoridades responsables: XV Legislatura del H. Congreso de Quintana Roo y otras.—18 de mayo de 2017.—Mayoría de cinco votos.—Ponente: Felipe Alfredo Fuentes Barrera.—Disidentes.—Indalfer Infante Gonzales y José Luis Vargas Valdez.—Secretarios: José Francisco Castellanos Madrazo y Rolando Villafuerte Castellanos.[13]

El cargo de la magistratura no otorga una irresponsabilidad a quien lo desempeña, lo que sería contrario a las garantías procesales y, por tanto, al derecho a la impartición de justicia. La remoción, en el modelo legal actual, es competencia exclusiva del Senado de la República, mediante el desahogo del procedimiento de juicio político, que encomienda la acusación a la Cámara de Diputados.

El juicio político, entonces, deberá desahogarse conformo lo dispuesto en la Constitución mexicana, así como la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

Este procedimiento de responsabilidad tiene la característica de que no puede ser controlado en sede jurisdiccional en cuanto a su resultado[14], aunque si en el procedimiento[15].

4. PROPUESTA DE REFORMA

Podemos observar la ausencia de un procedimiento específico para la remoción de las magistraturas. Esto no quiere decir que sea imposible remover a aquella que falte al desempeño adecuado de su función, pues la propia LGIPE contiene los supuestos para que esto suceda.

También debe considerarse que existe una remisión expresa de la ley en cita al procedimiento de responsabilidades previsto en la Constitución.

---

13 *IUS electoral*. México. Tesis V/2019. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. En https://www.te.gob.mx/iuse/media/compilacion/compilacion2.htm (08 de marzo del 2024).

14 *Semanario Judicial de la Federación*. México. Novena época. Tomo XXXI. Tesis 1a./J. 37/2010 (9a). p. 94. En https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/qfZsMHYBN_4klb4HWsAN/%22%C3%93rgano%20de%20sentencia%22 (08 de marzo del 2024).

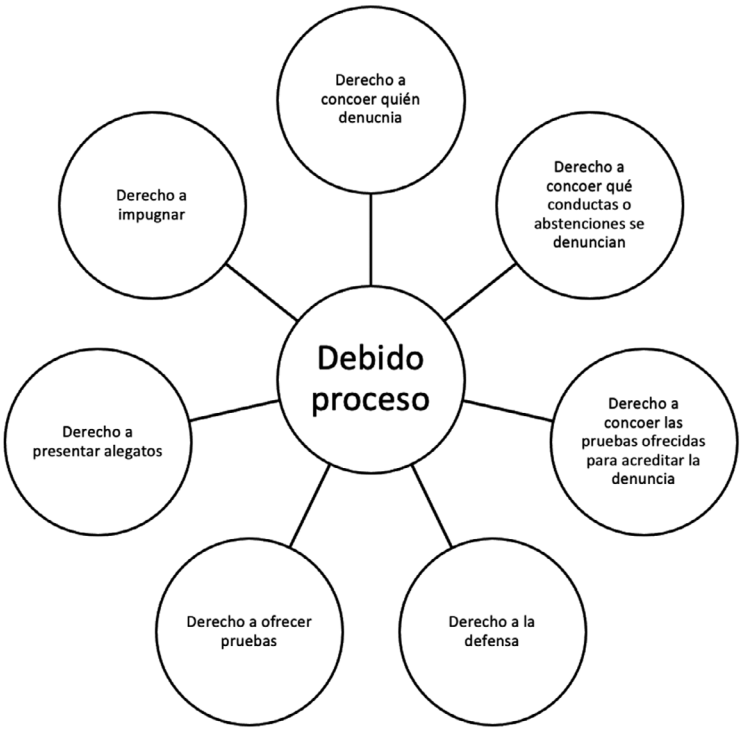
15 *Semanario Judicial de la Federación*. México. Décima época. Libro 2. Tomo I. Tesis P./J. 40/2013 (10a.). p. 95. En https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/bvVpMHYBN_4klb4Hr-HU/%22Responsabilidad%20pol%C3%ADtica%22 (08 de marzo del 2024).

Esto no ha impedido la presentación de diversas iniciativas para fijar un procedimiento específico de reforma, por ejemplo, por parte del entonces senador Jorge Luis Preciado Rodríguez, (Senado de México, 2017), quien estimó que no existía procedimiento de remoción, lo que no se comparte por lo expresado en este texto.

No considero indispensable la creación de un procedimiento de este tipo. Sin embargo, en caso de que así se estime necesario, deberían considerarse los siguientes aspectos:

1. Mantener la facultad de remoción en el Senado de la República, dado que es el órgano que realiza los nombramientos
2. Desarrollar un procedimiento que respete los principios del debido proceso[16]

Estos principios son los siguientes:



Debe observarse que la naturaleza del Senado es la de ser un órgano político, y por tanto, políticas son sus determinaciones. Pero la remoción de una magistratura debe

16 *Semanario Judicial de la Federación. México.* Décima época. Libro 3. Tomo I. Tesis 1a./J. 11/2014 (10a.). p. 396. En https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2005716 (08 de marzo del 2024).

implicar la acreditación de las conductas legales, que ponen en en riesgo la independencia y la imparcialidad, por tanto, las garantías procesales de las partes. No debe ser una decisión tomada por cuestiones meramente políticas o por discrepar de las consideraciones jurídicas de una sentencia, como se desprende del siguiente criterio:

> JUICIO POLÍTICO. NO PUEDEN CONSTITUIR MATERIA DEL PROCEDIMIENTO RELATIVO, LAS CONSIDERACIONES JURÍDICAS DE UNA RESOLUCIÓN EMITIDA POR UN ÓRGANO JURISDICCIONAL DE LOS PODERES JUDICIALES ESTATALES. El artículo 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece como prerrogativa de los Poderes Judiciales Estatales, la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, consistente en que los tribunales resuelvan los conflictos que se someten a su conocimiento con total libertad de criterio, sin la injerencia de algún otro poder y sin relación de subordinación o dependencia de algún otro poder u órgano del Estado. De ahí que las consideraciones jurídicas de una resolución judicial no puedan analizarse a través de un juicio político, porque ello implicaría vulnerar la autonomía del Poder Judicial Local, al no respetarse los principios de autonomía, de reserva de decir el derecho y de división de poderes, aunado a que ello constituiría una invasión a la esfera competencial del Poder Judicial, pues la autoridad encargada de llevar a cabo ese procedimiento se arrogaría facultades que no le corresponden.
>
> Controversia constitucional 328/2001. Poder Judicial del Estado de Guerrero. 18 de noviembre de 2003. Mayoría de nueve votos. Disidente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Pedro Alberto Nava Malagón y Alejandro Cruz Ramírez.[17]

En razón de lo explicado en este texto, la posibilidad de impugnar en un procedimiento de remoción que se diseñara expresamente, podría darse respecto de algunos actos de su desahogo, pero no contra la decisión definitiva.

5. CONCLUSIONES

Tanto la independencia como la imparcialidad judicial son garantías necesarias para la impartición de justicia que, efectivamente, lo sea. Su tutela, por conducto de las garantías judiciales, es necesaria para proteger los derechos de las partes.

Como expuse, dentro de las garantías judiciales de las magistraturas se encuentra la inamovilidad, que tiene por contrapartida la responsabilidad. Los cargos judiciales no son patrimonio de las personas nombradas, sino un deber que deben de cumplir en beneficio de los justiciables.

---

17 *Semanario Judicial de la Federación*. México. Tomo XX. Tesis: P./J. 55/2004 (9a.). p. 1155. En https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/WvhyMHYBN_4klb4HUKTv/%22Juicio%20pol%C3%ADtico%22 (08 de marzo del 2024).

La LGIPE regula los supuestos de remoción de magistraturas, y remite al procedimiento de juicio político. Ha sido necesario que la SS precise que, el juicio político aplicable, es el federal y no el local, por las razones ya explicadas. Ya definido lo anterior, contamos con certeza acerca del procedimiento a seguir y el órgano competente para atenderlo.

En caso de que el legislativo estime necesario diseñar un procedimiento de remoción, lo que sería jurídicamente posible, debe considerarse el respeto al debido proceso, estimando que, si bien la decisión es necesariamente política, debe estar motivada por cuestiones jurídicas.

BIBLIOGRAFÍA

Cárdenas García, José Fernando. Manual de Derecho Constitucional. México. Tirant lo Blanch. 2020.

Congreso Constituyente. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Diario Oficial de la Federación. México. 1917.

Diario Oficial de la Federación. México. 02 de marzo de 2023.

Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana. México. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. 2006.

Fix-Zamudio, Héctor. "Garantías procesales" en Diccionario jurídico mexicano. Volúmenes D y H-E. México. Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México. 1994.

Senado de la República. "Sen. Preciado presentó iniciativa sobre la remoción de Magistrados Electorales" en https://www.youtube.com/watch?v=urYLLc6DKnU (08 de marzo del 2024).

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Inamovilidad de jueces y magistrados del Poder Judicial Local. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. 1993.

Semanario Judicial de la Federación. México. Décima época. Tesis (I Región)8o.44 A (10a.) en https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/8vhxMHYBN_4klb4HLlHY/%22%C3%89tica%20judicial%22 (08 de marzo de 2024)

Semanario Judicial de la Federación. México. Décima época. Libro 2. Tomo I. Tesis P./J. 40/2013 (10a.). p. 95. En https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/bvVpMHYBN_4klb4Hr-HU/%22Responsabilidad%20pol%C3%ADtica%22 (08 de marzo del 2024).

Semanario Judicial de la Federación. México. Novena época. Tomo XXXI. Tesis 1a./J. 37/2010 (9a). p. 94. En https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/qfZsMHYBN_4klb4HWsAN/%22%C3%93rgano%20de%20sentencia%22 (08 de marzo del 2024).

Semanario Judicial de la Federación. México. Tomo XX. Tesis: P./J. 55/2004 (9a.). p. 1155. En https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/WvhyMHYBN_4klb4HUKTv/%22Juicio%20pol%C3%ADtico%22 (08 de marzo del 2024).

Semanario Judicial de la Federación. México. Novena época. Tesis P./J. 19/2007 (9a.). En https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/lvhyMHYBN_4klb4H8cym/%22Legitimaci%C3%B3n%20para%20promover%20controversia%20constitucional%22 (08 de marzo de 2024).

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Código Modelo de Ética de la Justicia Electoral Mexicana. México. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. 2023.

Ius electoral. México. Tesis V/2019. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. En: https://www.te.gob.mx/iuse/media/compilacion/compilacion2.html (08 de marzo del 2024).

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. SUP-0P-29/2017. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. En https://www.te.gob.mx/sentenciasHTML/convertir/expediente/SUP-OP-29-2017 (08 de marzo del 2024).

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. SUP-JDC-259/2017, SUP-JDC-260/2017 y SUP-JDC-261/2017 acumulados. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. En https://www.te.gob.mx/sentenciasHTML/convertir/expediente/SUP-JDC-259-2017 (08 de marzo del 2024).

Vado Grajales, Luis Octavio. "Las garantías judiciales de la judicatura local en México" en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Número 28. México. Órgano de difusión del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. 2017. pp. 221-236.

Vado Grajales, Luis Octavio. Curso de Teoría General del Proceso. México. UBIJUS. 2022.

LA INVESTIGACIÓN CLÍNICA Y EL CONSENTIMIENTO INFORMADO: EVOLUCIÓN, DESAFÍOS Y OPORTUNIDADES DESDE SU RÉGIMEN JURÍDICO

Fernando Villaseñor Rodríguez

RESUMEN: La investigación clínica es crucial en la medicina moderna, enfocada en evaluar la seguridad y eficacia de nuevos tratamientos para mejorar la atención médica y desarrollar innovaciones. Estos estudios, realizados bajo estrictos protocolos, deben priorizan la protección y derechos de los participantes. El consentimiento informado es esencial en este proceso, asegurando que los participantes tomen decisiones conscientes y voluntarias. Este texto examinará la evolución, regulación y desafíos de la investigación clínica y del consentimiento informado, destacando su importancia en la medicina actual.

Palabras clave: investigación clínica, consentimiento informado, bioética, derecho a la salud, derechos del paciente y participante en estudios médicos.

ABSTRACT: Clinical research is crucial in modern medicine, focusing on evaluating the safety and efficacy of new treatments to improve medical care and develop innovations. These studies must be conducted under strict protocols, prioritizing the protection and rights of participants. Informed consent is essential in this process, ensuring that participants make conscious and voluntary decisions. This text will examine the evolution, regulation, and challenges of clinical research and informed consent, highlighting their importance in current medicine.

Keywords: clinical research, informed consent, bioethics, right to health, rights of the patient and participant in medical studies.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. LA INVESTIGACIÓN CLÍNICA. A. Regulación internacional de la investigación clínica. 1. El Código de Núremberg (1947). 2. La Declaración de Helsinki (1964). 3. Pautas éticas internacionales para la investigación relacionada con la salud con seres humanos (1982). 4. Guías para las Buenas Prácticas Clínicas (ICH, E6-R1) (1995). B. Regulación de la investigación clínica en México. II. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO. A. Regulación internacional del consentimiento informado. B. Regulación del consentimiento informado en México. III. RETOS ACTUALES. CONCLUSIONES. FUENTES.

INTRODUCCIÓN

La investigación clínica es un pilar esencial en la medicina contemporánea, cuyo objetivo es profundizar en el conocimiento sobre la prevención, diagnóstico y tratamiento de diversas enfermedades. Mediante estudios meticulosos realizados en seres humanos, este tipo de investigación evalúa tanto la seguridad como la eficacia de nuevos medicamentos, dispositivos médicos, terapias y procedimientos. Los hallazgos obtenidos no solo son cruciales para mejorar la calidad de la atención médica, sino que también impulsan el desarrollo de innovaciones que pueden salvar vidas.

Atendiendo a la seguridad y bienestar de los participantes, el proceso de investigación clínica se debe realizar bajo protocolos rigurosos. Estos estudios se llevan a cabo en varias etapas, comenzando con pruebas preliminares para evaluar la seguridad y culminando en ensayos más amplios que verifican la eficacia y monitorean los efectos secundarios. La participación de voluntarios es crucial en todas las fases, y se prioriza siempre su bienestar y derechos.

En este sentido, asegurar el consentimiento informado de los participantes es un elemento esencial en la investigación clínica. Este requisito ético y legal garantiza que reciban información completa sobre los detalles del estudio, incluyendo los riesgos y beneficios posibles. Legalmente, el consentimiento informado se refiere al derecho de cada paciente o participante a recibir información clara, completa y comprensible sobre el tratamiento o estudio en el que va a participar, lo que le permite tomar una decisión consciente y voluntaria. Como se explicará más adelante, este proceso implica mucho más que simplemente firmar un documento, ya que requiere una comunicación continua entre el paciente y el profesional de salud, asegurando que la participación sea verdaderamente voluntaria y sin coacción.

En este texto se analizarán ambas figuras, empezando por la historia, naturaleza y regulación de la investigación clínica a nivel internacional y nacional, destacando cómo ha evolucionado hasta convertirse en un elemento clave de la medicina moderna. Se examinarán las normas que rigen esta práctica y su desarrollo, influenciado por hitos éticos y científicos, así como las similitudes y diferencias en su regulación internacional y en México.

Seguidamente, se explorará la importancia del consentimiento informado como un elemento esencial dentro de la investigación clínica. Se discutirá cómo este proceso protege los derechos de los participantes y fortalece la legitimidad de los estudios, además de su relevancia en la práctica médica en general. Como en el caso de la investigación clínica, se hará referencia a la normatividad internacional y nacional para esta figura.

Finalmente, se analizarán los desafíos y oportunidades futuras para ambas instituciones, esenciales para el avance de la medicina moderna.

I. LA INVESTIGACIÓN CLÍNICA

La Organización Mundial de la Salud (OMS) define la investigación clínica como "cualquier estudio de investigación que asigna de manera prospectiva a participantes humanos o grupos de humanos a una o más intervenciones sanitarias a fin de evaluar los efectos en los resultados sanitarios. Un ensayo clínico también puede denominarse ensayo de intervención siendo una intervención cualquier cosa que tenga un impac-

to en la salud, desde fármacos y procedimientos quirúrgicos hasta educación, dieta y ejercicio".[1]

Por lo que hace a sus características Abreu Hernández y Cruz Flores[2] le reconocen los siguientes rasgos centrales:

a) El contacto directo del investigador o sus asistentes con personas específicas.

b) El enfoque en el estudio de la enfermedad: su prevención, tratamiento y desenlaces.

c) La existencia de un vínculo de los resultados de la investigación con personas concretas. Se hacen contrastes entre personas sanas y enfermas, entre personas con diferentes grados de enfermedad, con diferentes exposiciones, con diferente carga genética, o entre personas con tipos de evolución disímiles o con distintas respuestas a la enfermedad, o que reciban dosis o tratamientos diferentes; la investigación clínica siempre es comparativa.

d) La diferenciación con la investigación básica, misma que no vincula los resultados con individuos concretos, y no implica riesgos mayores, por lo cual no requiere de todo el procedimiento informado, sino sólo de la aceptación del individuo.

En lo que respecta a su historia, Suárez-Obando y Ordoñez[3] argumentan que las Primeras Pautas Prusianas sobre Investigación constituyen un primer antecedente de la regulación actual en investigación clínica y del consentimiento informado. Las Primeras Pautas Prusianas sobre Investigación, establecidas en 1891, regulaban la investigación con prisioneros e incluían como requisito que el prisionero diera su consentimiento para ser sometido a un tratamiento experimental y, por tanto, son pioneras tanto en la regulación de la investigación clínica, como del consentimiento informado.

Por otro lado, y respecto de los países de *common law*, y sobre todo en EE. UU., el desarrollo sobre estos temas ha sido prolífico, aunque atendiendo a consideraciones diferentes que los países de tradición civil como el nuestro. Sullivan, Crowley (et. al)[4] han narrado, que la regulación sobre estos temas se sustenta en una doctrina de daños y en una serie de escándalos corporativos y de investigación. Dentro de estos hitos,

---

1 What is a clinical trial? (WHO) Disponible en: https://www.who.int/clinical-trials-registry-platform.

2 Abreu Hernández, Luis Felipe, and Gabriela De la Cruz Flores. "Consentimiento Informado en la Investigación con Seres Humanos, retos debidos a las asimetrías sociales y vulnerabilidad." *México, UNAM* (2017). p. 72-73.

3 Suárez-Obando, Fernando, and Adriana Ordoñez. "Ética de la Investigación científica: la fiebre amarilla, la Comisión Reed y el origen del consentimiento informado." *Infectio* 14.3 (2010): 206-216.

4 O'Sullivan, Lydia, et al. "Contributory factors to the evolution of the concept and practice of informed consent in clinical research: A narrative review." *Contemporary Clinical Trials Communications* 19 (2020).

destacan el escándalo de Tuskegee que sacó a la luz experimentos en los que desde 1932 se inyectaba sífilis a sujetos de prueba afroamericanos y que no terminó sino hasta el reporte Belmont de 1979; el escándalo Beecher de 1966 que reveló 22 casos de conducta poco ética y maltrato hacia los sujetos de prueba por parte de investigadores de prestigiadas universidades en EEUU; el caso de Henrietta Lacks que desde 1977 demostró que había sido una práctica común y solapada el tomar sangre y tejidos sin el consentimiento de pacientes para la investigación oncológica en hospitales públicos, entre otros.

Pero a pesar de los anteriores referentes, en este estudio sostengo que los antecedentes más relevantes de carácter internacional (y que tienen efectos directos en la normatividad mexicana) son los siguientes:

A. Regulación internacional de la investigación clínica

1. El Código de Núremberg (1947)

Los experimentos perpetrados por los médicos nazis entre 1933 y 1945 en prisioneros de campos de concentración incluyeron la esterilización quirúrgica y por radiación, así como ensayos con medicamentos, a menudo para probar tratamientos para enfermedades con las que las víctimas habían sido deliberadamente infectadas. Los experimentos realizados por los médicos nazis tenían como único propósito el avance de la ciencia, sin ninguna consideración por los derechos o deseos de los participantes. Debido a ello, los juicios de Núremberg (1945-1946) incluyeron la condena de 23 médicos en el llamado "Juicio de los Médicos"[5]. La codificación de las conclusiones de estos juicios se publicó en el Código de Núremberg de 1947,[6] el cual establece reglas mínimas para la experimentación e investigación, siendo las más relevantes las siguientes:

a) Consentimiento voluntario: es el principio fundamental en la investigación clínica ética. Implica que cualquier persona que participe en un experimento debe hacerlo de manera libre, sin ningún tipo de coacción, engaño o presión. Para que el consentimiento sea válido, el sujeto debe tener la capacidad legal para otorgarlo, lo cual implica que debe estar mentalmente capacitado y ser mayor de edad. Además, es crucial que el individuo esté plenamente informado sobre el experimento en el que va a participar, incluyendo su naturaleza, propósito, duración, los métodos que se utilizarán, y los posibles riesgos e inconvenientes que pueda enfrentar. Este conocimiento permite al participante tomar una decisión consciente y bien informada sobre su participación.

---

5 Goytortúa Chambon, F. J., "El consentimiento informado en el entorno de la vacunación obligatoria…", *Jurídica Ibero*, año 7, núm. 14, enero-junio 2023.

6 Andruet, Armando y María del Pilar Hiruela De Fernández. "El código de Nuremberg y su vinculación con el consentimiento informado." Anuario de Derecho Civil 6 (2001): 179-196.

b) Beneficio para la sociedad: Además del consentimiento informado, el experimento debe tener un propósito que prometa resultados beneficiosos para la sociedad y que no puedan ser obtenidos por otros medios menos invasivos. Esto establece una justificación ética para la investigación, asegurando que el experimento tenga un valor significativo que justifique los riesgos involucrados. Los investigadores deben diseñar y conducir el experimento de tal manera que minimicen cualquier sufrimiento o daño físico o mental innecesario para los participantes. Este principio subraya la responsabilidad de los investigadores de priorizar el bienestar de los sujetos humanos.

c) Prohibición de muerte y daños graves: Otro aspecto esencial es la prohibición de llevar a cabo experimentos que puedan causar la muerte o daños graves, a menos que los propios investigadores se ofrezcan como sujetos. Esta regla refleja la gravedad de exponer a otros a riesgos extremos, destacando que tales riesgos solo pueden ser asumidos por aquellos que están directamente involucrados en la investigación y entienden plenamente las consecuencias. Además, el riesgo asociado con el experimento nunca debe exceder la importancia del problema que se busca resolver, lo que asegura que los beneficios potenciales siempre superen los riesgos.

d) Implementación de medidas de protección: siendo necesarias para garantizar la seguridad de los participantes, incluso ante la más mínima posibilidad de daño. Esto incluye disponer de dispositivos y procedimientos que puedan prevenir cualquier tipo de lesión, incapacidad o muerte durante el experimento. Además, el científico responsable debe estar preparado para detener el experimento en cualquier momento si considera, basándose en su juicio profesional, que la continuación de este podría resultar en daño para el participante. Este principio enfatiza la necesidad de una supervisión constante y la disposición a priorizar la seguridad del sujeto sobre los objetivos del experimento.

2. La Declaración de Helsinki (1964)[7]

A pesar de su carácter revolucionario y progresivo, dado que el Código de Núremberg no se implementó como ley, los investigadores quedaron con la libertad de interpretar y aplicar las pautas a su manera, o no aplicarlas en absoluto. En vista de lo anterior, y partiendo de los trabajos de la Asociación Médica Mundial y de su Comité de Ética, en 1953 se presentó una primera propuesta para un documento de posición conocido como la "Resolución sobre Experimentación Humana"[8].

---

7 Declaración de Helsinki de la AMM – Principios éticos para las investigaciones médicas en seres humanos. Adoptada por la18ª Asamblea Médica Mundial, Helsinki, Finlandia, junio 1964 y enmendada en: Tokio (1975), Venecia (1983), Hong Kong (1989),Somerset West, Sudáfrica (1996) y Edimburgo (2000).

8 Del Percio, Damián. "La Declaración de Helsinki: sinopsis de su nacimiento y evolución." Revista argentina de Reumatología 20.1 (2020): 17-24.

El documento, en primer lugar, resaltaba el respeto hacia el individuo. Además, diferenciaba entre la investigación con voluntarios sanos y la investigación realizada en pacientes que ya están siendo sometidos a tratamientos médicos, lo cual no se mencionaba en el Código de Núremberg. La Resolución también permitía la investigación en personas incapaces de dar consentimiento informado, eso sí, bajo las más estrictas regulaciones.

La discusión de la Resolución continuó por bastantes años, dando lugar a modificaciones incluso días antes de la Asamblea General de Helsinki en 1964 donde, finalmente, fue adoptada como Declaración en una versión que refleja el carácter de las versiones posteriores: un compromiso equilibrado, alejado de demandas poco realistas, pero claro en las normas centrales para la protección de los participantes.[9]

En lo concreto, la Declaración tiene las siguientes características esenciales:

a) Salvaguarda del paciente por encima del avance científico: En la investigación con humanos, el interés de la ciencia y la sociedad nunca debe tener prevalencia sobre consideraciones relacionadas con el bienestar del sujeto. Los intereses y salvaguardas del paciente siempre son prioritarios. Se prohíbe categóricamente a los investigadores solicitar a los pacientes/voluntarios hacer sacrificios por "el bien de la humanidad".

b) Consentimiento informado como elemento esencial: Un paciente o voluntario no debe ser parte de un estudio clínico sin su conocimiento y aceptación. Debe proveérsele con suficiente información que le permita actuar y decidir con libertad. Es el deber de los investigadores compartir y explicar detalladamente el tratamiento o medicamento que se usará, los posibles riesgos involucrados, su derecho a retirarse del estudio y su derecho a una compensación en caso de eventos adversos.

c) Información sobre los derechos del paciente: Esto deberá hacerse de manera verbal y también deberá constar en un formato de consentimiento informado que le será provisto en el lenguaje que mejor entienda. El paciente deberá dar su consentimiento informado voluntariamente, sin violencia, intimidación o error.

d) Participación de menores e incapaces: La Declaración permite la participación de niños como sujetos de estudio, siempre y cuando tengan el permiso de su tutor o representante. Incluso reconoce la posibilidad de que enfermos terminales y sujetos mentalmente incapaces participen en los estudios clínicos, siempre y cuando otorguen su consentimiento por medio de un representante. Quienes no pudieran otorgar su consentimiento sólo podrán participar en casos excepcionales y previamente aprobados por los Comités de ética correspondientes.

---

9 Abajo, Francisco J. de. "La Declaración de Helsinki VI: una revisión necesaria, pero ¿suficiente?" *Revista Española de Salud Pública* 75 (2001): 407-420.

e) Carga de responsabilidad: La carga de la investigación y de la salvaguarda del paciente es solamente responsabilidad del investigador: La investigación con sujetos humanos solo debe ser llevada a cabo por personas calificadas y bajo supervisión de una persona competente clínicamente. La responsabilidad por los sujetos humanos siempre recae en la persona medicamente calificada y nunca en los sujetos de investigación, aun cuando éstos hayan consentido la investigación. El investigador debe estar debidamente capacitado para manejar efectos secundarios adversos.

f) Protocolo de investigación: El cual debe ser revisado por un Comité de Revisión Institucional. La Declaración de Helsinki señala claramente que el diseño y realización de la investigación debe constar previamente en un protocolo de experimentación. Este protocolo debe ser analizado por un Comité Especial de Expertos o por el Comité de Revisión Institucional. El Comité deberá contar con información sobre el financiamiento, los patrocinadores y otros posibles conflictos de interés para el sujeto, también deberá monitorear las investigaciones y experimentos clínicos una vez iniciados.

g) Limitación de placebos: El uso de estudios controlados con placebo sólo está permitido en condiciones específicas. Estrechamente relacionado con la salvaguarda del paciente, la Declaración prohíbe el uso de los grupos placebo siempre que haya disponible un tratamiento de demostrada eficacia. Es obligatorio siempre comparar el tratamiento o medicamento en estudio contra el que a la fecha de elaborar el estudio sea considerado el más efectivo. El contraste debe ser siempre entre un nuevo tratamiento y uno anterior para determinar cuál es más efectivo, no para determinar cuál es menos efectivo que un placebo.[10]

3. Pautas éticas internacionales para la investigación relacionada con la salud con seres humanos (1982)[11]

En 1982, el Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas (CIOMS) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) establecieron una serie de pautas que sirvieran para asegurar que la investigación que involucra a sujetos humanos se realice de manera ética, respetuosa y en consonancia con los derechos humanos.

Las pautas subrayan la importancia de minimizar los riesgos y maximizar los beneficios. Se requiere que los investigadores diseñen y conduzcan estudios de manera que minimicen los posibles riesgos para los participantes, al mismo tiempo que maximizan

10 Carreño-Dueñas JA. Consentimiento informado en investigación clínica: un proceso dinámico. pers. bioét. 2016; 20(2).

11 Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas (CIOMS). "Pautas Éticas Internacionales para la Investigación Relacionada con la Salud con Seres Humanos". Organización Mundial de la Salud (OMS), 2016.

los beneficios potenciales de la investigación. Este principio resalta la necesidad de una evaluación cuidadosa de riesgos y beneficios antes de comenzar un estudio, así como la supervisión continua durante todo el proceso de investigación. La investigación ética siempre debe priorizar el bienestar de los participantes, asegurando que su salud y seguridad no se vean comprometidas en aras del avance científico.

Quizás lo verdaderamente distintivo en esta regulación es que aborda la cuestión de la equidad y la justicia en la investigación. Lo anterior incluye la selección equitativa de los participantes en la investigación, asegurando que las poblaciones vulnerables no sean explotadas y que las cargas y beneficios de la investigación se distribuyan de manera justa. Las pautas también enfatizan la importancia de realizar investigaciones en países de ingresos bajos y medios de una manera que sea sensible a los contextos locales y respete los derechos de las comunidades. Esto incluye involucrar a las comunidades durante el proceso de investigación, obtener el consentimiento comunitario cuando sea apropiado, y asegurarse de que los hallazgos de la investigación se compartan con aquellos que podrían beneficiarse de ellos. Lo anterior es especialmente relevante en los países en desarrollo, dada su situación socioeconómica, leyes y regulaciones, así como acuerdos ejecutivos y administrativos.

4. Guías para las Buenas Prácticas Clínicas (ICH, E6-R1) (1995)[12]

Las Guías para las Buenas Prácticas Clínicas (BPC) de la Conferencia Internacional de Armonización (ICH, E6-R1) constituyen un pilar fundamental para la ejecución de ensayos clínicos a nivel mundial. La ICH, integrada por entidades reguladoras y la industria farmacéutica de Europa, Japón y Estados Unidos, desarrolló estas guías con el objetivo de armonizar los requisitos técnicos para el registro de medicamentos, facilitando así la aprobación de nuevos tratamientos en distintas regiones del mundo. 13

Uno de los principios de las BPC es la protección de los participantes en los ensayos clínicos, lo que se logra a través de la aplicación de principios éticos rigurosos como el respeto por las personas, la beneficencia y la justicia. Las guías exigen que todos los ensayos clínicos se realicen según un protocolo aprobado que debe ser revisado por un comité de ética independiente antes de que el estudio comience.

Otro elemento clave de las BPC es la integridad y calidad de los datos recopilados durante el ensayo clínico. Las guías ICH E6-R1 especifican que los ensayos deben diseñarse de manera que los datos generados sean precisos, completos y verificables. Esto implica un control estricto sobre los métodos de recolección de datos, la entrada de información en bases de datos electrónicas y la gestión de los datos para evitar errores

12 Conferencia Internacional de Armonización (ICH). "E6 (R1) Guía Tripartita y Armonizada para la Buena Práctica Clínica". Bruselas, 1996.

o manipulaciones. La calidad de los datos es esencial para que los resultados del ensayo sean confiables y puedan ser utilizados en la aprobación de nuevos medicamentos.

La gestión adecuada de la documentación es otro aspecto esencial de las BPC según las guías ICH E6-R1. Toda la documentación relacionada con el ensayo, incluidos los registros de los participantes, los resultados de las pruebas y los informes de monitoreo, debe ser archivada y mantenida con cuidado. Esta documentación es fundamental no solo para asegurar que el ensayo se ha llevado a cabo conforme al protocolo aprobado, sino también para permitir auditorías por parte de las autoridades reguladoras. Un adecuado manejo de la documentación asegura la trazabilidad de cada aspecto del estudio, facilitando la verificación de su conformidad con las normativas y la evaluación de los resultados.

Las guías también destacan la importancia de la monitorización y la auditoría durante los ensayos clínicos. La monitorización implica la revisión continua del progreso del ensayo para asegurar que se esté llevando a cabo de acuerdo con el protocolo, mientras que la auditoría consiste en una revisión independiente de los procesos y documentos del ensayo. Estos procedimientos son fundamentales para identificar y corregir cualquier desviación o problema que pueda surgir durante el estudio, garantizando que los ensayos se realicen de manera correcta y segura.

Finalmente, las BPC ponen un fuerte énfasis en la formación del personal que participa en los ensayos clínicos. Todos los miembros del equipo, desde los investigadores principales hasta los técnicos de laboratorio, deben estar capacitados en las normativas de BPC y en los procedimientos específicos del estudio. La competencia del personal es crucial para asegurar que los ensayos se realicen de manera ética y científica, minimizando los riesgos para los participantes y asegurando la validez de los datos obtenidos.

B. Regulación de la investigación clínica en México

En nuestro país, las anteriores regulaciones internacionales han sido adaptadas y armonizadas con la normatividad nacional.

En términos institucionales, el principal organismo encargado de esta materia es el Sistema Nacional de Salud, que tiene su fundamento en el artículo 4 de la Constitución y está regulado por la Ley General de Salud (LGS). Esta última normativa identifica como autoridades sanitarias al presidente de la República, al Consejo de Salubridad General, a la Secretaría de Salud y a los gobiernos de las entidades federativas (artículo 4, LGS).

En lo que respecta a la investigación para la salud, se establece que su desarrollo será orientado por la Secretaría de Educación Pública, en coordinación con la Secretaría de Salud y con la participación correspondiente del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (artículo 97, LGS). Para ello, se ordena mantener un registro de los centros

de investigación, los investigadores, sus publicaciones científicas y su desempeño (artículo 99, LGS).

A nivel federal las dos comisiones encargadas de supervisar las investigaciones clínicas a su cargo son:

a) La Comisión Nacional de Bioética (CONBIOETICA) creada en 1992 pero con carácter orgánico hasta el año de 2005, tiene la función de coadyuvar tanto en la salvaguarda de la dignidad como el respeto de los derechos humanos en la atención médica y en la investigación en salud.

b) La Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS), creada en 2001 como un órgano de la Secretaría de Salud, tiene como objetivo proteger a la sociedad de riesgos sanitarios relacionados con alimentos, medicamentos y otros productos, así como prevenir efectos nocivos ambientales en l a salud. Dentro de sus funciones, la Comisión de Autorización Sanitaria supervisa y autoriza ensayos clínicos.[13]

Por lo que hace a la parte sustantiva, el título quinto de la Ley General de Salud, denominado "Investigación para la Salud", establece los lineamientos y principios que deben seguirse en la investigación de salud que involucre a seres humanos o sus muestras biológicas.

Asimismo, y con el fin de desarrollar el título quinto de la LGS, surge el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud (RLGSMIS), que define la investigación en salud como "un factor determinante para mejorar las acciones encaminadas a proteger, promover y restaurar la salud del individuo y de la sociedad en general; para desarrollar tecnología mexicana en los servicios de salud y para incrementar su productividad".[14]

Retomando las directrices internacionales, el artículo 100 de la LGS establece que la investigación en seres humanos deberá adaptarse a los principios científicos y éticos que justifiquen la investigación médica; que sea el único método por el cual se pueda obtener este conocimiento; que se asegure que el sujeto de experimentación no se expone a riesgos ni daños innecesarios; se cuente con el consentimiento informado por escrito del sujeto de investigación o de su representante legal y se realice únicamente por profesionales de la salud en instituciones médicas autorizadas y vigiladas por las autoridades sanitarias correspondientes.

---

13 López-Pacheco, M. C., *et al*. "Normatividad que rige la investigación clínica en seres humanos y requisitos que debe cumplir un centro de investigación para participar en un estudio clínico en México." *Acta pediátrica de México* 37.3 (2016): 175-182.

14 Considerandos del RLGSMIS. Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de enero de 1987.

La LGS también indica que, para obtener el dictamen favorable necesario para conducir un estudio clínico, el investigador debe obtener una aprobación escrita y fechada del Comité de Ética en Investigación para el protocolo del estudio. Según el artículo 41 Bis de la LGS, este "Comité de Ética en Investigación" es el encargado de evaluar y aprobar los protocolos de investigación en seres humanos y sus muestras biológicas, atendiendo las recomendaciones éticas pertinentes y elaborando guías y lineamientos éticos institucionales para la investigación en salud, asegurando el seguimiento de sus recomendaciones.[15]

El Comité de Ética en Investigación a su vez, deberá funcionar de acuerdo con lo establecido en la LGS, RLGSMIS, las disposiciones, lineamientos y guías emitidas por la CONBIOETICA, lo establecido en las Buenas Prácticas Clínicas (ICH-E6-R1) y demás disposiciones aplicables.

Sobre la información de los pacientes y su derecho a la confidencialidad, el Comité de Ética en Investigación también deberá establecer e implementar una "política general sobre la confidencialidad de la información".[16]

Sobre la ejecución en sí de los estudios clínicos, la NOM-012-SSA3-2012 engloba las características, funciones, obligaciones y/o responsabilidades que debe poseer el investigador principal que estará a cargo de la investigación. En este sentido, se señala como investigador principal, "aquel profesional de la salud que es responsable de conducir, coordinar, dirigir y vigilar la ejecución de una investigación para la salud en seres humanos y que cuenta con la formación académica y experiencia adecuada para ello".[17]

El investigador principal tiene la obligación de conocer y aplicar lo establecido en la LGS, en sus reglamentos y en las Buenas Prácticas Clínicas (ICH-E6-R1) antes, durante y después de la conducción de la investigación, incluyendo la confidencialidad del proyecto, así como el apego al protocolo clínico. Debe proteger la vida, dignidad, integridad, derecho, privacidad, proporcionar asistencia médica y salvaguardar la salud de los sujetos que participen en la investigación propuesta; aplicando su conocimiento y ética para cumplir con este deber sobre cualquier otro interés. El investigador principal tiene además la responsabilidad de reportar todo evento adverso derivado de la investigación de acuerdo con lo establecido en la NOM-220-SSA1-2012 "Instalación y operación de la farmacovigilancia."

La NOM-012-SSA3-2012 también establece otros criterios necesarios para llevar a cabo proyectos de investigación en salud que involucran a seres humanos. En este

15 Sotelo, Roxana Nayeli Guerrero, y José Eduardo Orellana Centeno. "Régimen jurídico de los comités de ética en investigación biomédica." *Dikê: Revista de Investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica* 31 (2022): 1-37.

16 *Ídem.*

17 NORMA Oficial Mexicana NOM-012-SSA3-2012, que establece los criterios para la ejecución de proyectos de investigación para la salud en seres humanos. Publicada en el DOF el 04/01/2013.

sentido, indica que el investigador no debe realizar modificaciones o cambios al protocolo sin el acuerdo previo del patrocinador y la revisión y aprobación favorable del Comité de Ética en Investigación, salvo en situaciones de peligro inmediato para los sujetos del estudio. Además, si el estudio se finaliza o suspende prematuramente por cualquier motivo, el investigador debe informar de manera inmediata a los sujetos del estudio, garantizarles un tratamiento y seguimiento adecuado, y notificar tanto al Comité de Ética en Investigación como a COFEPRIS.

Para el investigador principal también se establece la responsabilidad de elaborar, integrar, utilizar, archivar y asegurar el resguardo del expediente clínico del sujeto en investigación de acuerdo con lo establecido en la NOM-168-SSA1-1998, "del Expediente Clínico" así como en las Buenas Prácticas Clínicas (ICH-E6-R1). Sobre los expedientes clínicos, la NOM-004-SSA3-2012 establece los criterios científicos, éticos, tecnológicos y administrativos obligatorios en la elaboración, integración, uso, manejo, archivo, conservación, propiedad, titularidad y confidencialidad del expediente clínico, el cual se constituye en una herramienta de uso obligatorio para el personal del área de la salud, de los sectores público, social y privado que integran el Sistema Nacional de Salud.

Asimismo, la NOM-004-SSA3-2012 establece que toda investigación en seres humanos debe realizarse en una institución que disponga de la infraestructura y capacidad suficiente para proporcionar atención médica adecuada, o a través de terceros si es necesario, en caso de efectos adversos relacionados con el protocolo de investigación. La institución también debe contar con un servicio de atención para emergencias médicas.[18]

II. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

El consentimiento informado es un componente crucial que garantiza el bienestar y la salud de las personas sometidas a una intervención médica y tiene un significado distinto según se aplique en la práctica clínica o en la investigación científica.

El consentimiento informado en la práctica clínica se enmarca en la relación entre el médico y el paciente, donde su principal propósito es el tratamiento y beneficio individual del paciente. Por lo tanto, este tipo de consentimiento informado está regido por principios legales y éticos asociados a la responsabilidad médica y la prestación de servicios de salud.[19]

En contraste, el consentimiento informado en la investigación clínica tiene como objetivo principal el avance científico y la mejora de la salud pública, beneficiando a la

18 López-Pacheco, M. C., *et al.* "Normatividad que rige la investigación clínica en seres humanos y requisitos que debe cumplir un centro de investigación para participar en un estudio clínico en México." *Acta pediátrica de México* 37.3 (2016): 175-182.

19 *Cfr.* Vázquez Guerrero, Arturo Rafael, *et al.* "Consentimiento informado. ¿Requisito legal o ético?." Cirujano general 39.3 (2017): 175-182.

humanidad en su conjunto. En este contexto, el consentimiento informado se regula bajo principios éticos como la beneficencia, la no maleficencia, la autonomía y el respeto hacia los participantes en los estudios.

Sobre los dos sentidos y significados del consentimiento informado, Abreu Hernández y Cruz Flores[20] señalan las tres grandes diferencias siguientes:

a) Direccionalidad: en un entorno clínico, es el paciente quien solicita atención médica y el médico quien la proporciona; mientras que, en la investigación, los investigadores son quienes solicitan la participación de los pacientes, y estos últimos deben dar su consentimiento para ser incluidos. Por lo tanto, la dirección de estas interacciones es contraria.

b) Incertidumbre: en la práctica clínica habitual, se enfrenta lo que ya es conocido, con riesgos limitados y menor incertidumbre. Sin embargo, la investigación clínica implica un enfrentamiento con lo desconocido, presentando mayores riesgos y, por ende, una mayor incertidumbre.

c) Constricción relativa: en la práctica clínica, no existe un compromiso temporal predeterminado que obligue al paciente a continuar con un médico específico o a seguir un tratamiento particular. En contraste, en la investigación clínica, se establece un plazo definido, con la obligación de administrar ciertos medicamentos y aplicar técnicas específicas que deben ser cumplidas rigurosamente según lo establecido en el protocolo de investigación.

Ya que en esta investigación el significado que nos interesa es el del consentimiento informado en la investigación clínica, éste fue definido por la Declaración de Helsinki como "la obtención del consentimiento escrito de un individuo o de su representante legal para participar en una investigación médica. El consentimiento debe ser voluntario y otorgado después de que el individuo haya comprendido la información que se le ha proporcionado. Esta información debe incluir los objetivos de la investigación, los métodos utilizados, las fuentes de financiación, los posibles conflictos de intereses, las afiliaciones institucionales del investigador y los beneficios y riesgos calculados. Si el consentimiento no se puede obtener por escrito, el proceso debe documentarse formalmente ante testigos."[21]

Como un primer antecedente de esta figura cabe resaltar la Comisión Reed, formada a principios del siglo XX y que jugó un papel pionero en la historia del consentimiento informado durante sus investigaciones sobre la fiebre amarilla en Cuba. Esta comisión, liderada por el médico estadounidense Walter Reed, se enfrentó al desafío ético de realizar experimentos que involucraban a voluntarios humanos para descubrir cómo se transmitía la enfermedad. Consciente de los riesgos significativos que implicaban

20 Abreu y Flores, *Op. Cit.* P. 73.
21 Declaración de Helsinki, *Op. Cit.*

sus experimentos, la Comisión Reed implementó un proceso formal en el que se proporcionaba a los participantes un documento similar a un contrato. Este documento detallaba los riesgos involucrados, la falta de un tratamiento efectivo contra la fiebre amarilla, y aseguraba que la participación de los sujetos fuera completamente voluntaria, marcando un avance crucial en la protección de los derechos de los participantes.[22]

El enfoque de la Comisión Reed sobre el consentimiento informado estableció un precedente importante, ya que fue una de las primeras veces que se formalizó la necesidad de obtener un consentimiento claro y voluntario antes de realizar experimentos médicos. Aunque el concepto de consentimiento informado evolucionaría significativamente en las décadas posteriores, la Comisión Reed sentó las bases para lo que se convertiría en un principio fundamental en la ética de la investigación: la necesidad de respetar y proteger la autonomía de los sujetos al proporcionarles toda la información relevante para que puedan tomar decisiones conscientes sobre su participación en la investigación.

Por otro lado, en Europa, las Segundas Pautas Prusianas sobre Investigación de 1900, requerían que el sujeto diera su "consentimiento inequívoco" tras recibir una "explicación adecuada de las posibles consecuencias negativas" de la intervención, lo que podría considerarse un antecedente del consentimiento informado. También se establecía que solo un médico podía realizar o autorizar estas intervenciones, y que el cumplimiento de todos los requisitos y las circunstancias del caso debía ser documentado en la historia clínica.[23]

A. Regulación internacional del consentimiento informado

La protección de las pautas no duró por mucho tiempo ya que los médicos nazis experimentaron sin consideración por el bienestar de los sujetos humanos. Como consecuencia, los jueces del tribunal de Núremberg condenaron la falta de consentimiento de los participantes y sobre el particular incluyeron en el Código de 1947, como mostré en el apartado sobre la investigación clínica, la exigencia de un consentimiento que fuera voluntario, competente, informado y comprendido.

El consentimiento informado también se convirtió en un pilar para la Declaración de Helsinki de 1964. Al respecto, ésta establece que los investigadores deben obtener el consentimiento informado de los participantes antes de involucrarlos en un estudio. Este consentimiento debe basarse en una comprensión clara y adecuada de la naturaleza, el propósito, los riesgos y los beneficios del estudio. Además, la Declaración de Helsinki enfatiza que el consentimiento debe ser dado libremente, sin coerción, y que los participantes deben tener la capacidad legal y mental para tomar decisiones informadas. En casos donde los individuos no puedan dar su consentimiento por sí mis-

22 Suárez-Obando, Fernando, y Adriana Ordoñez. "Ética de la Investigación científica: la fiebre amarilla, la Comisión Reed y el origen del consentimiento informado." *Infectio* 14.3 (2010): 206-216.

23 *Ídem.*

mos, la declaración permite la obtención de un consentimiento sustituto, pero siempre con el máximo respeto a la autonomía y los derechos de los participantes.

A lo largo de sus revisiones, la Declaración de Helsinki ha fortalecido las normas éticas relacionadas con el consentimiento informado, reflejando la evolución del entendimiento global sobre la importancia de proteger a los sujetos de investigación. La versión original de 1964 ya introducía la idea de que el consentimiento debía ser obtenido "siempre que fuera posible",[24] teniendo en cuenta la psicología del paciente. Sin embargo, las revisiones posteriores han ampliado este concepto, destacando la importancia de la transparencia, la claridad en la comunicación, y la obligación de garantizar que los participantes comprendan plenamente la información proporcionada; no basta con firmar, hay que comprender.

Conforme con ello, la Declaración de Helsinki ha servido como una guía fundamental para garantizar que la participación en la investigación médica sea voluntaria y esté basada en un conocimiento completo. Sus principios se han recogido también en las Pautas Éticas Internacionales para la Investigación Relacionada con la Salud con Seres Humanos de 1982. En este sentido y de acuerdo con las pautas, el consentimiento informado garantiza que los participantes estén completamente al tanto de la naturaleza de la investigación, incluyendo su propósito, procedimientos, riesgos y beneficios, y que tengan la libertad de decidir si desean o no participar.

Las pautas también subrayan que el consentimiento debe obtenerse de manera voluntaria, sin coerción ni influencia indebida, y que los participantes deben tener la capacidad de comprender la información proporcionada. En casos donde las personas no puedan proporcionar un consentimiento informado, como menores de edad o personas con discapacidades cognitivas, las pautas establecen la necesidad de un consentimiento sustituto adecuado y otras salvaguardas adicionales. En esta regulación se establecen 26 puntos que deben revisarse, aprobarse y compartirse para poder recabar y asegurar el consentimiento informado.

Por último, en las Guías para las Buenas Prácticas Clínicas (ICH, E6-R1) de 1995, se señala que el protocolo de investigación se debe describir claramente cómo se obtendrá el consentimiento informado de los participantes, garantizando que comprendan completamente el propósito, los riesgos y los beneficios del estudio, y que su participación sea voluntaria.

B. Regulación del consentimiento informado en México

La primera regulación sobre el consentimiento informado en México se estableció en el Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos de 1973. Este código se refería al

24 Abajo, Francisco J., *Op. Cit.*

consentimiento informado en dos artículos: el Artículo 191, que lo requería para realizar investigaciones médicas que implicaran algún riesgo, y el Artículo 202, que lo establecía como necesario para la extracción de órganos y tejidos con fines de trasplante[25]. Posteriormente, la Ley General de Salud de 1984, que reemplazó al mencionado Código Sanitario, estableció en su artículo 7, fracción IV que "cuando se pretenda realizar alguna investigación médica o científica en seres humanos, se deberá contar siempre con el consentimiento previo e informado por escrito del individuo."

En mi opinión, sin embargo, el principal referente para el consentimiento informado en la investigación es el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud (RLGSMIS), emitido en 1987.[26] Este reglamento, con sus reformas y correcciones, sigue siendo el parámetro legal en México que define y detalla el consentimiento informado, alineándose con las normativas internacionales. Específicamente, en su artículo 20 el RLGSMIS establece que el consentimiento informado es el acuerdo por escrito en el que el sujeto de investigación, o su representante legal, autoriza su participación con pleno conocimiento de los procedimientos y riesgos implicados, y con la libertad de decisión sin coacción.

Además, el reglamento exige en su artículo 21 que la explicación dada al sujeto de investigación sea clara y completa, permitiéndole comprender los siguientes aspectos:

a) La justificación y los objetivos de la investigación.

b) Los procedimientos que vayan a usarse y su propósito, incluyendo la identificación de los procedimientos que son experimentales.

c) Las molestias o los riesgos esperados.

d) Los beneficios que puedan obtenerse.

e) Los procedimientos alternativos que pudieran ser ventajosos para el sujeto.

f) La garantía de recibir respuesta a cualquier pregunta y aclaración a cualquier duda acerca de los procedimientos, riesgos, beneficios y otros asuntos relacionados con la investigación y el tratamiento del sujeto.

g) La libertad de retirar su consentimiento en cualquier momento y dejar de participar en el estudio; sin que por ello se creen perjuicios para continuar su cuidado y tratamiento.

---

25 López-de la Peña, Xavier A. "El consentimiento informado en la legislación en salud de México", *Gac Méd Méx* Vo1.132 No. 5.

26 Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de enero de 1987.

h) La seguridad de que no se identificará al sujeto y que se mantendrá la confidencialidad de la información relacionada con su privacidad.

i) El compromiso de proporcionarle información actualizada obtenida durante el estudio, aunque ésta pudiera afectar la voluntad del sujeto para continuar participando.

j) La disponibilidad de tratamiento médico y la indemnización a que legalmente tendría derecho, por parte de la institución de atención a la salud, en el caso de daños que la ameriten, directamente causados por la investigación, y

k) Que, si existen gastos adicionales, éstos serán absorbidos por el presupuesto de la investigación.

El artículo 22 del RLGSMIS agrega que el consentimiento informado deberá formularse por escrito y deberá reunir los siguientes requisitos:

a) Será elaborado por el investigador principal, indicando la información señalada en el artículo anterior y de acuerdo con la norma técnica que emita la Secretaria.

b) Será revisado y, en su caso, aprobado por la comisión de ética de la institución de atención a la salud.

c) Indicará los nombres y direcciones de dos testigos y la relación que éstos tengan con el sujeto de investigación.

d) Deberá ser firmado por dos testigos y por el sujeto de investigación o su representante legal, en su caso. Si el sujeto de investigación no pudiere firmar, imprimirá su huella digital y a su nombre firmará otra persona que él designe, y

e) Se extenderán por duplicado, quedando un ejemplar en poder del sujeto de investigación o de su representante legal.

Por otro lado, un tema que se ha ido desarrollando con los años de teoría y práctica sobre el consentimiento informado es el de la capacidad del sujeto que participa en la investigación clínica. Esta capacidad implica dos elementos: un elemento cognitivo en el cual la persona que otorga el consentimiento tiene la capacidad de entender y comprender los aspectos relacionados a la investigación y de los cuales está siendo informado, siendo esto indispensable para que el sujeto de investigación analice, manifieste y sostenga la decisión; y un segundo elemento que tiene una connotación legal y que está relacionado a que el sujeto de investigación sea mayor de edad, o en su caso que el que otorga el consentimiento sea el representante legal;[27] es decir capacidades de ejercicio y de goce.

27 Hernández-Mier, César, *et al.* "The informed consent in medical research." *Revista CONAMED* 23.1 (2018): 43-46.

Sobre estas capacidades jurídicas y el tema en sí del consentimiento, hay que tener en cuenta que el acto jurídico del consentimiento informado también tiene un desarrollo que detallan minuciosamente Hernández y Flores[28] en los siguientes términos:

a) Comunicación inicial: Consistente en informar a los candidatos potenciales a formar parte de un estudio, se les debe dar una perspectiva general sobre los objetivos, justificación, procesos de aprobación, riesgos y beneficios potenciales en lo individual, las maniobras que se van a realizar, así como los compromisos y responsabilidades que asumirá, así como las garantías para la confidencialidad de sus datos e información. En esta fase también se establecen las obligaciones de los investigadores y patrocinadores siendo estos últimos obligados solidarios. También debe quedar claro que el participante se puede retirar en cualquier momento del estudio y que aun así deberá tener derecho a terminar su tratamiento regular. Esta fase termina con la aceptación o rechazo a participar en la investigación lo cual deberá plasmarse en el documento escrito denominado carta de "consentimiento informado".

b) Comunicación del trayecto: Una vez iniciada la investigación, el participante puede manifestar sus dudas, así como indicar reacciones secundarias y efectos adversos, debiendo recibir respuestas claras. El participante también asume el deber de respetar los términos de la investigación en cuanto a las dosis, horarios, pautas alimenticias y de ejercicios, reporte de síntomas, etc. Es importante recordarle al participante que conserva en todo momento la posibilidad de retirar su consentimiento y abandonar, previo aviso, el estudio. El tratamiento no se deberá suspender incluso cuando éste se retire del estudio ya que eso sería condicionar su permanencia.

c) Comunicación final y compromisos ulteriores: Al finalizar el estudio se debe agradecer e informar a los participantes sobre los resultados y beneficios directos para ellos, así como para pacientes en un futuro. También se les debe informar sobre los posibles efectos secundarios o secuelas posteriores al estudio. En caso de que suceda alguna de éstas, será responsabilidad del investigador y, solidariamente, de su patrocinador, otorgarle la atención necesaria o, si procede, otorgar la indemnización correspondiente. Si el estudio fuera patrocinado, se le deberá ofrecer un trato o condiciones preferentes para continuar con el acceso al fármaco, tratamiento o tecnología a fin de que su aplicación no se interrumpa al concluir la investigación. Esta tercera fase, igual que las anteriores, debe documentarse y dejar constancia.

Por el proceso anterior, es que el consentimiento informado no se reduce a un simple documento escrito con carácter legal; es un intercambio continuo de comunicación entre el investigador o el profesional de la salud y el participante. Este proceso implica

28 Hernández y Flores, *Op. Cit.* p. 87-89.

explicar de manera clara y comprensible los objetivos, riesgos, beneficios y alternativas del estudio o tratamiento propuesto, asegurando que el participante comprenda completamente la información antes de tomar una decisión. El consentimiento informado debe permitir que el participante haga preguntas, exprese sus dudas, y reciba respuestas adecuadas para que su decisión sea verdaderamente voluntaria y fundamentada.

Además, el documento que formaliza el consentimiento es solo una parte del proceso. El verdadero consentimiento informado requiere que la comunicación sea adaptativa y continua, considerando las necesidades y la capacidad de comprensión del participante. Esto incluye poder revisar la información a lo largo del estudio o tratamiento, especialmente si surgen nuevos riesgos o se hacen cambios en el protocolo. Por lo tanto, más que un trámite burocrático o un documento legal, el consentimiento informado debe ser una manifestación del respeto por la autonomía y los derechos del participante, garantizando que su participación sea consciente y libre de coacción.

III. RETOS ACTUALES

Más allá de lo estrictamente jurídico y la idea de que con la firma de la carta de consentimiento se asegura la voluntad y el bienestar de los participantes en estudios clínicos, hay muchos temas que deben considerarse y que implican retos y oportunidades.

Así, por ejemplo, la investigación clínica ha sido objeto de preocupaciones éticas cuando es influenciada por grandes corporaciones transnacionales. Estas empresas, en su búsqueda de maximizar beneficios, pueden optar por realizar sus ensayos clínicos en países donde las regulaciones son menos estrictas o donde existe mayor corrupción en la protección de los participantes. En estos entornos, la supervisión ética puede ser insuficiente, lo que pone en riesgo la seguridad y los derechos de los sujetos de investigación, a menudo sin el adecuado consentimiento informado.

Esta práctica contribuye a la perpetuación de las desigualdades globales, particularmente en la relación norte-sur. Los países del norte, con mayores recursos y marcos regulatorios más robustos, exportan parte del riesgo asociado con la investigación clínica a países del sur, donde las poblaciones vulnerables pueden ser más fácilmente explotadas. La falta de infraestructura adecuada y la debilidad de los sistemas de salud en estos países permiten que las corporaciones minimicen costos y tiempo, pero a expensas de la ética y la equidad.

Como resultado, se agravan las disparidades ya existentes entre el norte y el sur global. Mientras que los países desarrollados se benefician de los avances científicos y los nuevos tratamientos, las poblaciones de los países en desarrollo son utilizadas como sujetos de prueba, a menudo sin ver los beneficios de esas investigaciones. Esta dinámica no sólo refuerza la subordinación económica y política del sur, sino que también plantea serias interrogantes sobre la justicia global y la responsabilidad de las empresas en la promoción de la salud mundial.

Por otro lado, sobre el consentimiento informado, que en su núcleo implica la posibilidad de conocer, entender y aceptar, se pueden identificar al menos los siguientes problemas estructurales:

a) Barreras lingüísticas: Se da por hecho que quien firma un formulario de consentimiento lo hace con un completo entendimiento de su contenido. No obstante, evaluar la comprensión que el participante tiene del ensayo es complicado, ya que no existe un método estándar para medir cuán bien ha entendido la información proporcionada. Esto sugiere que puede haber un cierto grado de malentendido. Estos malentendidos pueden surgir debido a traducciones incorrectas o insuficientes del idioma. Como resultado, muchas personas firman el consentimiento sin estar realmente conscientes de lo que están aceptando, lo que puede llevar a que se retiren de los estudios clínicos en etapas posteriores. Por lo tanto, la responsabilidad del investigador se incrementa cuando se llevan a cabo estudios en participantes que hablan diferentes idiomas.[29]

b) Influencia Religiosa: El proceso de consentimiento informado está diseñado para dar a cada participante la libertad de decidir si acepta o rechaza el tratamiento médico recomendado. A veces, su decisión de participar en proyectos de investigación está influenciada por sus creencias religiosas. Es común observar que la metodología del experimento entre en conflicto con las normas de comportamiento establecidas por la religión del participante.[30]

c) Influencia cultural: La perspectiva liberal individualista, que prevalece en las directrices internacionales y los códigos éticos, prioriza la autonomía individual y la voluntariedad, relegando los intereses y el bienestar comunitario. Aconsejar a alguien que considere las opiniones de líderes comunitarios o familiares, o que ponga el bienestar comunitario por encima del propio, sería visto como una forma de coerción. Respetar la autonomía de una persona implica reconocer su "derecho a tomar decisiones, mantener puntos de vista y actuar según sus propios valores y creencias".[31] Desde esta perspectiva, la familia es vista como "una construcción social sin una realidad independiente", [32] lo que justifica que el individuo sea la única autoridad en la toma de decisiones, sin depender de conexiones sociales como la familia, la cual solo puede ser parte del proceso si la persona lo permite explícitamente.

---

29 Escobedo C, Guerrero J, Lujan G, Ramirez A, Serrano D. *Ethical Issues with Informed Consent*. Disponible en: http://www.cstep.cs.utep.edu/research/ezine/EzineEthicalIssueswithInformedConsent.pdf.

30 Nijhawan LP, Janodia MD, Muddukrishna BS, Bhat KM, Bairy KL, Udupa N, Musmade PB. *Informed consent: Issues and challenges*. J Adv Pharm Technol Res. 2013 Jul;4(3):134-40.

31 Beauchamp, Tom, and James Childress. "Principles of biomedical ethics: marking its fortieth anniversary." *The American Journal of Bioethics* 19.11 (2019): 9-12.

32 Fan, Ruiping. "Informed consent: Why family-oriented?" *Family-oriented informed consent: East Asian and American perspectives*. Cham: Springer International Publishing, 2015. 3-23.

En contraste al individualismo occidental, la ética Ubuntu de varias naciones africanas,[33] así como las culturas asiáticas,[34] por poner solamente dos ejemplos, consideran que la madurez moral se refleja en la capacidad de entender la interdependencia entre el bienestar individual y comunitario, y en el equilibrio entre el bien propio y el de los demás. Aquellos que no desarrollan estas habilidades se consideran moralmente inmaduros y pueden perder los beneficios derivados del cuidado mutuo. En este contexto, la toma de decisiones médicas se entiende como un proceso colectivo más que individual.[35]

Estas dos visiones representan diferencias fundamentales en la práctica clínica y en los procedimientos de consentimiento informado. Para una persona otorgar el consentimiento de manera individualista puede implicarle una sanción social equiparable al ostracismo. Esto también debe ser considerado por los investigadores y diseñadores de los programas de investigación.

d) Falsas expectativas: Aunque no haya barreras de idioma o impedimentos religiosos que interfieran en la comunicación entre el investigador y el participante, pueden surgir malentendidos debido a expectativas erróneas que los participantes tienen sobre los resultados del experimento. Algunos pacientes temen ser tratados únicamente como "modelos experimentales" en los estudios, mientras que otros rechazan participar porque conocen antecedentes históricos de fraudes y malas prácticas en ensayos clínicos.[36]

e) Percepciones de los Pacientes: Muchos pacientes piensan que participar en ensayos clínicos les supondrá una carga adicional. Tienden a creer que el tratamiento convencional es el más seguro y temen los efectos secundarios desconocidos de nuevos tratamientos. Esto hace que convencer a estos pacientes y obtener su consentimiento informado sea especialmente difícil. En ciertos casos, proporcionar demasiada información sobre los posibles efectos secundarios puede asustar al paciente innecesariamente, alejándolo de una cirugía o procedimiento que podría ser crucial para salvar o mejorar su vida.[37]

---

33 *Cfr.* Kalabuanga, Marion, et al. "The Challenges of Research Informed Consent in Socio Economically Vulnerable Populations: A Viewpoint From the Democratic Republic of Congo." D*eveloping World Bioethics* 16.2 (2016): 64-69.

34 *Cfr.* Masaki, Sakiko, Hiroko Ishimoto, and Atsushi Asai. "Contemporary issues concerning informed consent in Japan based on a review of court decisions and characteristics of Japanese culture." *BMC medical ethics* 15 (2014): 1-7.

35 Ekmekci, Perihan Elif, and Berna Arda. "Interculturalism and informed consent: Respecting cultural differences without breaching human rights." Cultura 14.2 (2017): 159-172. Y *Cfr.* Kuczewski, Mark, and PATRICK J. McCRUDEN. "Informed consent: Does it take a village? The problem of culture and truth telling." *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics* 10.1 (2001): 34-46.

36 Villamañán, Elena, et al. "Informed consent in clinical research; Do patients understand what they have signed?" *Farmacia Hospitalaria* 40.3 (2016): 209-218.

37 *Ídem*

f) Menores de Edad: En investigaciones que involucran a menores, es necesario obtener el consentimiento o la autorización de los padres. Además, si el niño tiene más de 7 años, también se requiere obtener su "asentimiento". Existe el argumento de que los niños pueden participar activamente en la investigación y tienen derecho a recibir información, ser escuchados, que sus deseos y sentimientos sean considerados, y a otorgar o negar su consentimiento si se determina que son capaces de hacerlo. El problema surge cuando los padres otorgan su consentimiento, pero el niño se rehúsa a dar su consentimiento.[38]

g) Personas y Grupos Vulnerables: Los grupos vulnerables incluyen a personas que son absoluta o relativamente incapaces de proteger sus intereses. Obtener el consentimiento informado es crucial cuando se trabaja con ellos, especialmente con algunos grupos como personas con discapacidades de aprendizaje. Puede haber problemas potenciales para comprender de qué trata la investigación, cuál será su papel en ella y cómo se utilizará la investigación. Por lo tanto, obtener el consentimiento informado puede ser difícil y es necesario tener un cuidado especial al desarrollar las estrategias adecuadas para comunicar las implicaciones de participar en la investigación.[39]

h) Datos personales y privacidad: Otro desafío importante en la investigación clínica es la gestión de datos personales y la privacidad. Con el avance de las tecnologías digitales y el uso masivo de datos médicos, proteger la confidencialidad de los participantes es esencial. En México, el RLGSMS requiere que los investigadores adopten medidas de seguridad sólidas y obtengan el consentimiento explícito para el uso de datos, lo que puede complicar la recolección de información y aumentar los costos. El incumplimiento de estas normativas puede resultar en sanciones graves y dañar la reputación de las instituciones. Además, existe el reto de que muchos participantes carecen del conocimiento necesario para manejar sus datos adecuadamente, lo que resalta la responsabilidad de los investigadores en educarlos y orientarlos correctamente.

Por otro lado, Hernández y Flores[40] han identificado el problema de la vulnerabilidad en los otorgantes del consentimiento informado existiendo las tres dimensiones siguientes:

a) La vulnerabilidad que surge del ambiente: limita la libertad individual al restringir el acceso a oportunidades, recursos y derechos fundamentales. La exclusión social impide que millones de personas accedan a una educación adecuada, servicios sociales de calidad y buenos empleos, lo que afecta su integración en

38 Child Assent Requirement 2010 Disponible en: http://www.nhlbi.nih.gov/childrenandclinicalstudies/terms_assent.php

39 Ethical Principles for Researching Vulnerable Groups 2003 May. Disponible en: http://www.ofmdfmni.gov.uk/ethicalprinciples.pdf.

40 Hernández y Flores, *Op. Cit.* p. 87-89

la sociedad y contribuye a la aparición de enfermedades, conocidas como los "determinantes sociales de la salud".

b) La vulnerabilidad que surge de la falta de capacidades personales: derivada de un entorno de exclusión, resulta en un acceso limitado a la educación y un menor capital cultural y oportunidades sociales. Aunque estas limitaciones se derivan de las condiciones materiales, están profundamente arraigadas en la mente de las personas como competencias sociales adquiridas, afectando su habilidad para navegar y mejorar su situación.

c) La vulnerabilidad asociada con la enfermedad: La enfermedad provoca la pérdida de capacidades físicas, psicológicas y sociales, lo que puede impedir trabajar y agotar los recursos económicos familiares. Esta situación, agravada por desventajas sociales y económicas, aumenta la vulnerabilidad del individuo y limita su libertad. Cuando estas vulnerabilidades se combinan, erosionan aún más la autonomía de las personas, llevándolas a aceptar situaciones que en otras circunstancias rechazarían.

CONCLUSIONES

En conclusión, el análisis de la evolución, regulación y desafíos de la investigación clínica y del consentimiento informado resalta su importancia crucial en la medicina actual. Con el avance de la investigación clínica hacia nuevas fronteras, la regulación efectiva del consentimiento informado se convierte en una piedra angular para proteger los derechos y la autonomía de los pacientes. La evolución histórica demuestra la necesidad de adaptarse a los cambios tecnológicos y a las demandas éticas emergentes, mientras que los desafíos contemporáneos subrayan la urgencia de perfeccionar los procesos de consentimiento para garantizar que sean transparentes y comprensibles para todo tipo de sujetos. En última instancia, una regulación robusta y dinámica en estos ámbitos no solo refuerza la integridad y la confianza en la práctica médica, sino que también asegura que la innovación y la ética avancen conjuntamente, beneficiando a los pacientes y a la sociedad en su conjunto.

En consonancia con lo anterior, es fundamental establecer un marco normativo que aborde los retos actuales de la investigación clínica. A pesar de los avances logrados desde el siglo XX, en respuesta a las atrocidades de experimentación forzada, aún existen oportunidades para mejorar la regulación a nivel internacional. Es crucial que estas normas se actualicen periódicamente para reflejar los avances científicos y las nuevas realidades éticas.

En México, por su parte, es esencial adaptar e implementar adecuadamente este marco normativo internacional en el derecho nacional. Esto no solo implica incorporar las mejores prácticas internacionales, sino también desarrollar regulaciones específicas para enfrentar los desafíos locales en la investigación clínica. La armonización de las leyes mexicanas con las normativas internacionales fortalecería la protección de los

participantes, mejoraría la calidad y ética de la investigación, y aumentaría la confianza pública, posicionando a nuestro país como un líder regional en el ámbito clínico, siempre que se logre un equilibrio entre la promoción científica y la protección de los derechos humanos.

FUENTES

Abajo, Francisco J. de. "La Declaración de Helsinki VI: una revisión necesaria, pero ¿suficiente?" Revista Española de Salud Pública 75 (2001): 407-420.

Abreu Hernández, Luis Felipe, and Gabriela De la Cruz Flores. "Consentimiento Informado en la Investigación con Seres Humanos, retos debidos a las asimetrías sociales y vulnerabilidad." México, UNAM (2017). p. 72-73.

Andruet, Armando, and María del Pilar Hiruela De Fernández. "El código de Nuremberg y su vinculación con el consentimiento informado." Anuario de Derecho Civil 6 (2001): 179-196.

Beauchamp, Tom, and James Childress. "Principles of biomedical ethics: marking its fortieth anniversary." The American Journal of Bioethics 19.11 (2019): 9-12.

Carreño-Dueñas JA. "Consentimiento informado en investigación clínica: un proceso dinámico." Pers.bioét. 2016; 20(2).

Child Assent Requirement 2010 January. [Last accessed on 2011 May 6]. Available from: http://www.nhlbi.nih.gov/childrenandclinicalstudies/terms_assent.php.

Conferencia Internacional de Armonización (ICH). "E6 (R1) Guía Tripartita y Armonizada para la Buena Práctica Clínica." Bruselas, 1996.

Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas (CIOMS). "Pautas Éticas Internacionales para la Investigación Relacionada con la Salud con Seres Humanos". Organización Mundial de la Salud (OMS), 2016.

Considerandos del RLGSMIS. "Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de enero de 1987."

Declaración de Helsinki de la AMM – Principios éticos para las investigaciones médicas en seres humanos. Adoptada por la18ª Asamblea Médica Mundial, Helsinki, Finlandia, junio 1964 y enmendada en: Tokio(1975), Venecia (1983), Hong Kong (1989), Somerset West, Sudáfrica (1996) y Edimburgo (2000).

Del Percio, Damián. "La Declaración de Helsinki: sinopsis de su nacimiento y evolución." Revista argentina de Reumatología 20.1 (2020): 17-24.

Ekmekci, Perihan Elif, and Berna Arda. "Interculturalism and informed consent: Respecting cultural differences without breaching human rights." Cultura 14.2 (2017): 159-172.

Escobedo C, Guerrero J, Lujan G, Ramirez A, Serrano D. "Ethical Issues with Informed Consent." [Last accessed on 2011 Apr 29]. Disponible en: http://www.cstep.cs.utep.edu/research/ezine/EzineEthicalIssueswithInformedConsent.pdf.

Fan, Ruiping. "Informed consent: Why family-oriented?." Family-oriented informed consent: East Asian and American perspectives. Cham: Springer International Publishing, 2015. 3-23.

Goytortúa Chambon, F. J. "El consentimiento informado en el entorno de la vacunación obligatoria…" Jurídica Ibero, año 7, núm. 14, enero-junio 2023.

Hernández-Mier, César, et al. "The informed consent in medical research." Revista CONAMED 23.1 (2018): 43-46.

Kalabuanga, Marion, et al. "The Challenges of Research Informed Consent in Socio-Economically Vulnerable Populations: A Viewpoint From the Democratic Republic of Congo." Developing World Bioethics 16.2 (2016): 64-69.

Kuczewski, Mark, and PATRICK J. McCRUDEN. "Informed consent: Does it take a village? The problem of culture and truth telling." Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics 10.1 (2001): 34-46.

López-Pacheco, M. C., et al. "Normatividad que rige la investigación clínica en seres humanos y requisitos que debe cumplir un centro de investigación para participar en un estudio clínico en México." Acta pediátrica de México 37.3 (2016): 175-182.

Masaki, Sakiko, Hiroko Ishimoto, and Atsushi Asai. "Contemporary issues concerning informed consent in Japan based on a review of court decisions and characteristics of Japanese culture." BMC medical ethics 15 (2014): 1-7.

Nijhawan LP, Janodia MD, Muddukrishna BS, Bhat KM, Bairy KL, Udupa N, Musmade PB. "Informed consent: Issues and challenges." J Adv Pharm Technol Res. 2013 Jul; 4(3):134-40.

NORMA Oficial Mexicana NOM-012-SSA3-2012, Que establece los criterios para la ejecución de proyectos de investigación para la salud en seres humanos. Publicada en el DOF el 04/01/2013.

O'Sullivan, Lydia, et al. "Contributory factors to the evolution of the concept and practice of informed consent in clinical research: A narrative review." Contemporary Clinical Trials Communications 19 (2020): 100634.

REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA DE INVESTIGACION PARA LA SALUD publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de enero de 1987.

Sotelo, Roxana Nayeli Guerrero, and José Eduardo Orellana Centeno. "Régimen jurídico de los comités de ética en investigación biomédica." Dikê: Revista de Investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica 31 (2022): 1-37.

Suárez-Obando, Fernando, and Adriana Ordoñez. "Ética de la Investigación científica: la fiebre amarilla, la Comisión Reed y el origen del consentimiento informado." Infectio 14.3 (2010): 206-216.

Vázquez Guerrero, Arturo Rafael, et al. "Consentimiento informado. ¿Requisito legal o ético?." Cirujano general 39.3 (2017): 175-182.

Villamañán, Elena, et al. "Informed consent in clinical research; Do patients understand what they have signed?" Farmacia Hospitalaria 40.3 (2016): 209-218.

What is a clinical trial? (WHO). Disponible en: https://www.who.int/clinical-trials-registry-platform

DISCURSOS

PALABRAS DEL SEÑOR RECTOR DON EMILIO GONZÁLEZ DE CASTILLA DEL VALLE EN LA CEREMONIA DE INAUGURACIÓN DEL CICLO ESCOLAR 2024–2025 DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO

Querido maestro don Fausto Rico, bienvenido una vez más a nuestra Escuela; vocales miembros de la Junta Directiva, amigas y amigos todos.

¡Qué suerte tuvo Copérnico! Sí, suerte de no haber tenido Inteligencia Artificial Generativa en su momento.

Si hubiera existido ya lo que hoy conocemos como Inteligencia Artificial Generativa, nunca habría llegado a la conclusión de que la Tierra no es el centro del universo.

Todo el mundo del conocimiento se le hubiese volcado encima y le hubiera dicho, ¡no, no, la Tierra *sí* es el centro del universo! Fue un proceso de estudio, de análisis de reflexión lo que llevó a Copérnico a concluir que la Tierra no es el centro del universo, contra toda opinión de aquel momento. ¡Qué suerte tuvo, entonces, de que no hubiera IAG, porqué llegó a una verdad real y no a una verdad artificial o meramente formal!

Esto es una forma eufemística y simpática de reiterar que hoy en día, cuando vivimos en la era tecnológica y de la novedosa Inteligencia Artificial Generativa, como abogados y como estudiantes, no debemos dejarnos llevar por esa verdad formal de un cúmulo de conocimientos que están en la nube, que se procesan por algoritmos y que nos dan un resultado que, a lo mejor, no coincide con la verdad real, con la auténtica realidad.

Por eso, sin dejar de reconocer las ventajas de los instrumentos tecnológicos que nos invaden hoy en día, no debemos olvidar la imperiosa necesidad de llevar a cabo un proceso racional, valorativo, de reflexión —como aquel de Copérnico—, porque eso es lo que nos va a llevar a identificarnos con la verdad real, no así con la verdad formal que un proceso tecnológico sustentado en algoritmos nos dice que es, porqué a lo mejor no coincide con la verdad real, con la verdad "a secas".

Ese es el proceso analítico racional que caracteriza nuestra Escuela y por eso tenemos que, sin dejar de reconocer estas nuevas herramientas, utilizarlas sin perder el aspecto analítico racional de reflexión, de diálogo, de diálogo pacífico y fructífero, que nos lleve al conocimiento de la verdad real y eso es lo que debemos desarrollar en el proceso de enseñanza-aprendizaje en esta Escuela.

Lo hemos hecho durante 112 años, pero ahora en un entorno completamente distinto, en donde entre otras cosas tenemos a esta tecnología que nos invade, por lo que no debemos perder, sino por el contrario, fomentar aún más ese proceso racional reflexivo.

Porqué al hacerlo, sobre todo amigas y amigos de nuevo ingreso, van a poder dialogar e intercambiar ideas con sus maestros y seguramente, en uno de esos diálogos, ustedes van a encontrar la disciplina jurídica y al maestro líder que los va a conducir y que va a marcar su trayectoria como estudiantes y cómo abogados en el ejercicio de la profesión.

Hace 51 años a mí me sucedió eso con el maestro don Fausto Rico, mi profesor de Primer año, quien me cautivo y me llevó por la senda de la materia Civil, y aquí me tienen ahora, décadas después, como civilista; a ustedes les va a pasar lo mismo y no pierdan la oportunidad de celebrar y agradecer a la Escuela y a sus maestros, sobre todo a ese maestro líder que les va a marcar por el resto de su vida. Por eso, para mí, es un honor, contar en este evento, una vez más con la presencia de quien me marcó desde hace 51 años en mi vida como estudiante y como abogado: el maestro don Fausto Rico Álvarez.

Tendrán la oportunidad de leer toda su literatura jurídica que ha inspirado al mundo de los juristas mexicanos hoy en día. Sin duda es una luz de conocimiento, y seguramente ustedes obtendrán esa luz, su propia luz que los oriente, a lo mejor desde el primer año en la carrera, hecho que los irá marcando a cada una, a cada uno, en los estudios y en el ejercicio profesional.

Tenemos que reconocer que ahora estamos viviendo un entorno completamente distinto al que estábamos acostumbrados, pues hemos entrado no solamente en una época de la gran tecnología, que puede obnubilar nuestro pensamiento, sino también a un entorno en dónde el país avanza hacia un modelo y un esquema muy diferente al que vivimos las últimas décadas.

Así como hoy estamos inaugurando este curso, así también el Congreso de la Unión está analizando un cambio importantísimo que impactará en lo que es el sistema democrático y de justicia de nuestro país.

Nosotros, como Escuela, somos ajenos a todo fin político y a toda creencia religiosa, pero eso no quiere decir que no podamos hacer estudios racionales, críticos y constructivos que nos orienten.

El Centro de Investigación e Informática Jurídica de nuestra Escuela, cuyos integrantes están aquí, elaboraron un extraordinario estudio, que entregamos a los Diputados el viernes pasado, con ánimo constructivo y no destructivo; por supuesto, queremos agradecer este esfuerzo de nuestros investigadores, que esperamos pueda aportar ideas y reflexiones a ese debate nacional tan importante.

Comentaba yo la semana pasada, con los alumnos de nuevo ingreso, que el Derecho es cambiante y no es estático; sin embargo, de pronto la velocidad de los cambios se

apresuró y de repente, hay algunos que son vertiginosos, extraordinarios y distintos, y esto que estamos viviendo es uno más, pero no es nuevo: ya en 1912 se discutía la "Jeffersonian Democracy", que era precisamente sustento de la elección de jueces y magistrados, y ya desde entonces, don Emilio Rabasa, fundador de la Escuela, a quién precisamente recordamos en este auditorio que lleva su nombre, con la inteligencia y brillantez que lo caracterizaban, ya señalaba, desde hace más de cien años, los riesgos de elegir a jueces y magistrados por el voto popular. Volvemos a los debates de antaño; por ello, necesitamos retomar las sólidas ideas y el magisterio de juristas como Rabasa.

La historia nos enseña que ya desde las Bases Orgánicas de 1843 se hablaba de la elección popular de los jueces y magistrados. Más adelante, en la Constitución de 1857, se estableció que los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación fueran electos por la vía del voto indirecto, y para sorpresa de los políticos de entonces, los Ministros de esa época, a pesar de su filiación política y de su amistad con el presidente Benito Juárez, tuvieron la integridad y el valor de fallar en su contra. Ese fue un momento luminoso de la historia jurídica mexicana, que lamentablemente no se repitió sino hasta las últimas décadas.

En efecto, ya que por más de una centuria, durante el porfiriato y luego en el régimen revolucionario, tuvimos una Corte sumisa hasta que a finales del siglo XX, se reformó el marco constitucional y el máximo tribunal del país, renovado y con más vigor gracias a sus nuevas atribuciones, pudo actuar con plena independencia y libertad, para fortalecer el Estado Democrático de Derecho, por el que los estudiantes y los abogados de hoy, seguimos luchando.

No sabemos qué va a ocurrir con este gran cambio que se está proponiendo. Lo que sí es muy claro es que más que un motivo de desánimo, es un fuerte incentivo más para los abogados y en especial para los estudiantes de las nuevas generaciones, principalmente para seguir estudiando el Derecho, con la esencia de sus principios universales, porqué entonces tendrán los conocimientos y las herramientas para luchar por el Estado Democrático de Derecho, compromiso vital que será responsabilidad, sin duda, de las nuevas generaciones.

Hay que reiterarlo: en esta Escuela, el entorno actual, más que ser un momento de oscuridad y de tristeza, es uno de oportunidad y estímulo para perseverar en la vocación y estudiar esos principios fundamentales, porque serán ustedes, los jóvenes, a quienes corresponderá llevar a cabo esa lucha por el Derecho en nuestro país.

Muchas gracias.

Dicho lo anterior, declaramos inaugurado el nuevo Año Lectivo 2024-2025 de la Escuela Libre de Derecho con todos ustedes, deseándoles el mayor éxito.

Muchas gracias.

Emilio González de Castilla del Valle

NECROLÓGICA

FRANCISCO DE ICAZA DUFOUR (1944-2024)

Jaime del Arenal Fenochio

Le gustaba viajar, pero tuvo pánico a los aviones; fue notario público, pero le gustó siempre más la historia; disfrutó por más de 55 años de la docencia, pero apenas hizo algunos discípulos y muy pocos amigos entre sus miles de alumnos. Sin vocación para el poder pretendió dirigir una compleja institución en tiempos de transición y no consiguió su propósito si bien jugó desde su trinchera un sabio papel moderador. No fue lo que llamaríamos una persona simpática (todo lo contrario, para quienes no tuvieron la dicha de conocerlo), pero reía y hacía reír a sus amigos, porque apenas y uno abría la coraza en la que su personalidad reservada siempre encontró refugió aparecía el amigo leal y afectuoso, caracterizado por su tremenda timidez, su humor negro, su sentido práctico y su juicio, siempre certero, realista, contundente y ... sarcástico. Fue esposo ejemplar, amante padre y muy cariñoso abuelo. Después de su familia, su religión y su patria lo que más amó y apasionó fue la historia, concretamente la historia jurídica a la que no pudo dedicarle el tiempo que hubiere deseado por razones profesionales. Apenas y publicó cinco libros, un breve folleto y casi una treintena de artículos de fondo, más escasas presentaciones y comentarios y un par de discursos, ¡rarísimos!, pues tampoco tuvo el gusto por hablar a otros públicos que no fuera el de sus alumnos. Sin embargo, su obra, en ocasiones señera y hoy dispersa, le valieron el reconocimiento nacional e internacional: perteneció al Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, a la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación, y al Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, y fue vocal por años de la Junta Directiva de la Escuela Libre de Derecho y director del comité editorial de la misma encargado, en consecuencia, de editar y publicar la *Revista de Investigaciones Jurídicas*. Junto con Miguel S. Macedo, Toribio Esquivel Obregón, y Javier de Cervantes —su maestro— forma ya parte de aquel esfuerzo muchas veces aislado e incomprendido para mantener dentro de las aulas de Derecho en México la presencia de la Historia del Derecho mexicano, hoy nuevamente amenazada por disciplinas de aparente mayor "utilidad" o de dudosa novedad.

Efectivamente, durante el tiempo en que tuve la fortuna de cursar con él la "Historia del Derecho Patrio" a mediados de la década de los setenta del pasado siglo, Icaza aparecía como un planeta solitario dentro de la enseñanza del Derecho: la disciplina apenas aparecía en el plan de estudios de alguna universidad estatal y en la propia Facultad de Derecho de la UNAM se consideraba optativa en los estudios de licenciatura o indispensable en el posgrado, si bien aquí comenzaba a destacarse la obra y el magisterio de Guillermo F. Margadant. Con su ininterrumpida labor docente por 57 años en la Escuela

Libre de Derecho y, por algunos años, en la Ibero, en La Salle y en la Pontificia; con sus iniciativas editoriales de enorme trascendencia no sólo nacional sino continental, y con su escasa pero ejemplar labor historiográfica Francisco de Icaza Dufour —"Don Pancho Icaza"— (Ciudad de México, 4 de enero de 1944 – Tlalpan, 18 de abril de 2024) permanecerá como el maestro de Historia del Derecho mexicano por excelencia y como uno de los pilares que vinieron a dar a esta disciplina el soporte necesario para consolidarla ¡por fin! en el campo curricular de los estudios jurídicos como una disciplina indispensable para la correcta y completa formación de los juristas mexicanos.

Al margen de su importante contribución a esta disciplina y al notariado que constituyó su quehacer profesional en la notaría 111 de la Ciudad de México por décadas, vale la pena recordar ahora dos momentos atípicos de la vida de don Francisco de Icaza. Atípicos en cuanto si bien estuvo dotado como pocos para la docencia, no sólo por vocación sino por sus cualidades didácticas, no constituyeron su forma normal de expresión, dado su evidente timidez y aparente adustez. Me refiero a las dos ocasiones en que tuvo la oportunidad de dirigirse al claustro de profesores y alumnos de la Escuela Libre de Derecho con ocasión de las ceremonias de inauguración de los cursos escolares 1989-1990 y 2013-2014. Ambas constituyen una magnífica oportunidad para acercarnos al Icaza profesor, al Icaza íntimo, al Icaza jurista más que al Icaza notario e historiador de que da fe la bibliografía final. Sobre todo, nos acercan a la entrañable y amorosa relación que Don Pancho Icaza tuvo siempre con su Escuela, así como a la permanente preocupación que tuvo por su destino.

La primera ocasión tuvo lugar el 4 de septiembre de 1989 en el Auditorio de la Escuela. Tenía entonces cuarenta y cinco años y se encontraba en la plenitud de su vida docente y profesional. Ahí expuso, citando lo mismo a Unamuno, Ortega y Gasset, Mallarmé y Kierkegaard que a Rabasa, Agustín Rodríguez, Herrera y Lasso, y Gustavo R. Velasco, un auténtico manifiesto en pro de la libertad y de la exigencia académica. En efecto, la libertad de la Escuela —afirmó— es el valor más destacado tanto por lo que respecta a sus relaciones con los poderes políticos y eclesiásticos como referida a la libertad de cátedra que debe imperar en toda institución docente de instrucción profesional. Libertad que no podía ser puesta en riesgo so pretexto de los cambios que las nuevas circunstancias y el devenir de tiempo exigían hacer a la institución:

> De aquí que el cambio deberá se profundamente razonado y guiado por la prudencia…
>
> La abolición o el cambio de esos valores, implicaría si no la desaparición de la Escuela, sí la pérdida de su identidad, lo cual sería traicionar la lucha y los esfuerzos de quienes la crearon en 1912, los sacrificios de aquéllos que por largo tiempo sufrieron la falta de reconocimiento oficial, a los grandes juristas que generosamente han compartido sus conocimientos y a todos aquéllos que concebimos a la libertad como el principal don divino

Se refería, desde luego, a esos otros valores también fundamento de la Escuela y que debían ser fomentados y fortalecidos: el compromiso y la responsabilidad de profesores y

estudiantes —"la razón de ser de esta institución"— dentro del acatamiento al tradicional principio de que el "orden y la disciplina deben ser confiados al honor de los alumnos"; el conocimiento de la propia historia escolar; y la exigencia, concebida como la única vía para alcanzar la por entonces y todavía hoy tan cacareada "excelencia académica". Sólo de esta manera consideraba el maestro Icaza se podía alcanzar y hacer realidad el "espíritu de servicio a la sociedad" y enfrentar con éxito las mayores amenazas que siempre (y también hoy) han acechado a la Libre de Derecho: "todo fin de lucro e interés político".

La segunda ocasión, se llevó a cabo, en el mismo lugar, a mediados de agosto de 2013, habiéndose cumplido apenas el primer centenario de la Escuela Libre, y, si bien más breve pero más erudita que la anterior, exhibe la consideración de un jurista y un profesor de Derecho plenamente realizado que ve venir el inminente declive de su vida docente y profesional con serenidad, orgullo y compromiso. Ahí nos recordó a todos, presentes o ausentes, y de las manos nuevamente de Unamuno y de Ortega y Gasset, y de las de Agustín Basave y de Margadant, que la Escuela Libre se proponía "las tres funciones esenciales de la educación superior: 1. La enseñanza de una profesión. 2. La transmisión de la cultura y 3. La investigación científica y formación de nuevos hombres de ciencia", lo que obligaba a distinguir entre disciplinas dedicadas a analizar "las diversas ramas del Derecho" y las "materias formativas [...] cuya finalidad es la transmisión de la cultura al alumnado"; todas destinadas a "entender e interpretar la realidad de nuestro tiempo". El tema de la libertad volvió a ser subrayado:

> nuestra Escuela se denomina libre y ello puede ser visto desde diversos ángulos. Primero, porque la Institución desde su fundación fue independiente tanto del poder civil como del eclesiástico; en segundo lugar, fue motivo de su fundación el respeto irrestricto a la libertad de cátedra y a la expresión de las ideas; y por último, la formación del alumnado se hace con la convicción, según palabras de Unamuno, de que "solo el que sabe es libre y más libre el que más sabe. No proclaméis la libertad de volar, sino dad alas".

Descanse en paz el culto, querido, divertido y siempre respetado Maestro, jurista y profesor libre de una Escuela —todavía— libre.

BIBLIOGRAFÍA DE DON FRANCISCO DE ICAZA DUFOUR (1966-2013)[1]

Historia del Derecho Hispano Indiano

1. *La abogacía en el reino de la Nueva España, 1521-1821* (1998). Libro
2. *Plus ultra: la Monarquía Católica en Indias, 1492-1898* (2008). Libro
3. "Breve reseña histórica de la legislación civil en México desde la época precortesiana Hasta 1854" (1972).

1 Todas las siguientes obras fueron publicadas en México salvo que se señale lo contrario.

4. "Breves notas sobre la organización territorial de la Nueva España" (1977).
5. "Los señoríos de vasallos en Indias" (Santiago de Chile 1989)
6. "El ducado y el señorío de Atlixco", (Madrid, España,1991).
7. "Reflexiones en torno a la celebración del V Centenario" (1992).
8. ["El Real e Ilustre Colegio de Abogados de México" (1992)][2]
9. "De la libertad y capacidad del indígena" (1993).
10. "Idea cortesiana de la Bula" (1993).
11. "De los abogados y su celestial patronazgo" (1995).
12. "Conquistas mexicanas en el Pacífico" (1996).
13. "Santiago de Tlatelolco" (Valladolid, España, 2002).
14. "Simbolismo y simbología de las Siete Partidas" (2004).
15. "Presentación" a Felipe Tena Ramírez, *El ideario político-constitucional de los criollos mexicanos de 1808* (2010).
16. "La gobernación tlaxcalteca en el virreinato", (2011).
17. "El Palacio del Marqués del Apartado" (2013).
18. Coordinó los *Estudios Histórico-Jurídicos* que acompañaron la primera edición mexicana y americana de la *Recopilación de leyes de los Reynos de las Indias de 1680* (1987).
19. Promovió la primera edición de la *Recopilación de Indias* de Antonio de León Pinelo, llevada a cabo por Ismael Sánchez Bella (1992).
20. Coordinó los estudios críticos que acompañaron la edición mexicana del Códice autógrafo de 1568 de la *Historia verdadera de la conquista de la Nueva España,* y aquí hizo la presentación del estudio "Bernal Díaz del Castillo y sus descendientes" de Édgar Juan Aparicio (1992).

Historia del Derecho Mexicano. Siglo XIX

21. "El Movimiento Conservador frente al derecho de propiedad" (1971).
22. "La Sociedad Católica y sus escuelas de jurisprudencia" (1984).
23. "La codificación civil en México, 1821-1884" (1985).
24. "La codificación civil" (1998).
25. "El municipio de la Ciudad de México bajo la normación gaditana" (San Juan, Puerto Rico, 2003)
26. "Reflexiones jurídicas en torno a la Independencia mexicana y el Primer Imperio" (2004).

---

2 El texto lo pronunció en el X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano celebrado en el puerto de Veracruz el martes 21 de abril de 1992 pero no lo dio para ser publicado en la Memoria correspondiente. Quizá se halle entre sus papeles.

27. “Antecedentes hispánicos de las Leyes de Reforma” (2009).

Historia del Derecho Mexicano. Siglo XX

28. “La constitución de los cristeros” (2006).

Notariado: Historia y Función

29. *El certificado de vivienda* (1966). Tesis profesional

30. “De los escribanos públicos en Nueva España” (1984).

31. “La ordenación notarial en la Recopilación de Indias” (1987).

32. “Los escribanos en los señoríos de la Nueva España” (Santiago de Chile, 1987).

33. “Las escribanías mayores de la gobernación y guerra de la Nueva España” (1988).

34. “Influencia del *Ius Commune* en el derecho notarial mexicano” (1992).

35. “Introducción” al facsímile de los *Estatutos del Real Colegio de Escribanos de México*, 1793 (1992).

36. “Introducción” al facsímile de *Elogio de San Juan Apóstol y Evangelista*, 1793 por Fray Nicolás Joseph de Lara (1992).

37. “El notariado. Profesión, función u oficio” (2004).

38. “Contestación” al Discurso de Recepción de Francisco Javier Arce Gargollo a la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación: El principio de favor testamenti en la legislación y jurisprudencia mexicanas” (2009).

Biografías

39. “Nicolas de Yrolo Calar y su obra” (1987).

40. *Hernán Cortés* (2002). Libro

41. *Miguel López de Legazpi* (2002). Libro

42. *Pedro Moya de Contreras* (2003). Libro

Varia

43. “Discurso pronunciado el 4 de septiembre de 1989 en la apertura del curso escolar 1989-1990”, vol. 13 (1989).

44. “Discurso del Lic. Francisco de Icaza Dufour en la ceremonia de inauguración de cursos 2013-2014” (2013).

45. *El altar de Dolores (Una tradición mexicana)* (1998). Folleto

MARIO ALBERTO BECERRA POCOROBA (1955-2024)

Mario Alberto Becerra Becerril

Mi papá fue un hombre polémico, amado y admirado por muchos, pero también odiado y poco querido por otros. Bien decía que era "imposible caerle bien a todos". Lo cierto, es que aún los que no lo "querían" lo respetaban y le reconocían sus destrezas o habilidades como abogado.

Me platicaba que cuando estudiaba en la prepa del CUM, no soñaba con ser alguien "millonario y famoso", sino "respetado". Creo, y la historia me dará o no la razón, que logró su cometido con creces.

Siempre que le preguntaban, decía que quería llegar a los 100 años, pero murió relativamente joven, a los 68 el pasado 17 de junio de 2024, justo un día después del día del padre. Su cuerpo perdió la batalla después de sufrir varios episodios en los que su salud se fue deteriorando poco a poco. Sin embargo, aún y cuando se fue de este mundo relativamente joven, puedo decir sin temor a equivocarme que tuvo una vida muy plena y con grandes logros.

De carácter fuerte, fue muy necio hasta el último de sus días y siempre quiso hacer las cosas a su manera. Siempre fue frontal y no se callaba las cosas. No conozco a nadie que haya librado más batallas con temas de salud que mi amado "*Topes*", como todos le llamaban de cariño. Esa misma tenacidad y vigor los demostró a lo largo de su vida y trataré de platicarles un poco en los próximos renglones. Un "spoiler": nadie le regaló absolutamente nada y fue un hombre que empezó desde cero. Un hombre "self made". Quizá por eso siempre que pudo ayudó a quienes se lo pedían y fue un hombre sumamente bondadoso.

Nació el 10 agosto de 1955 en la Ciudad de México en el seno de una familia muy unida y cariñosa. A los 18 años, sin saber en lo que se metía —como él mismo me lo platicó—, tomó una decisión que marcó y definió su futuro: estudiar para abogado en la Escuela Libre de Derecho (ELD). Esos cinco años de estudiante bastaron para que nunca más se separara de su amada alma mater.

En el ámbito profesional, abrió su despacho un 15 de septiembre de 1983 a los tempranos 28 años de edad. Decidió dedicarse al Derecho Fiscal, pues platicaba que una tarde en la casa del papá de uno de sus amigos, escuchaban música clásica y salió a la plática el tema de los derechos de autor y el impuesto sobre la renta y fue precisamente de esa platica, que surgió la idea de que escribiera su tesis de licenciatura, que se intituló «El

derecho de autor y el impuesto sobre la renta». Así, después de escribir su tesis —la cual por cierto fue laureada por el sínodo examinador—, tomó la decisión de enfocar su práctica profesional en el derecho tributario.

Abogado de grandes asuntos contra Hacienda y con un gran conocimiento del Derecho Fiscal, fue sin duda un gran líder y un gran jefe en su despacho. Muchos fuimos sus pupilos en los más de 30 años que litigó y atestiguamos sus destrezas, sus habilidades de negociador y sus increíbles habilidades como litigante.

La ELD fue otra de sus grandes pasiones y le dedicó buena parte de su vida. En 1981, a sus apenas 26 años, empezó a dar clases como profesor titular de Derecho Fiscal en quinto año en la ELD y fue padrino de generación de 40 de sus 44 generaciones. Su examen era quizá uno de los más complicados y temidos en la carrera, pero con su método de enseñanza logró algo que muy pocos profesores hemos logrado: hacer amena y didáctica una materia sumamente técnica, complicada y que para muchos es aburrida. No por nada alguna vez escuché decir que mi *Topes* era "el padre del Derecho Fiscal en la ELD". Su clase, sin duda, influenció a varios de sus alumnos que hoy son grandes abogados fiscalistas.

Además, fue Rector de la ELD durante el periodo 1998-2004, es decir, llegó a su rectoría apenas a los 42 años y, para no aburrir al lector, basta decir que con su llegada se cambió el status quo, se inició la modernización de la Escuela y se permitió que cualquier profesor pudiera llegar a ser Rector sin cumplir con arcaicas tradiciones. Rompió paradigmas y fue el primer Rector que "humanizó" el cargo para acercarse a los alumnos.

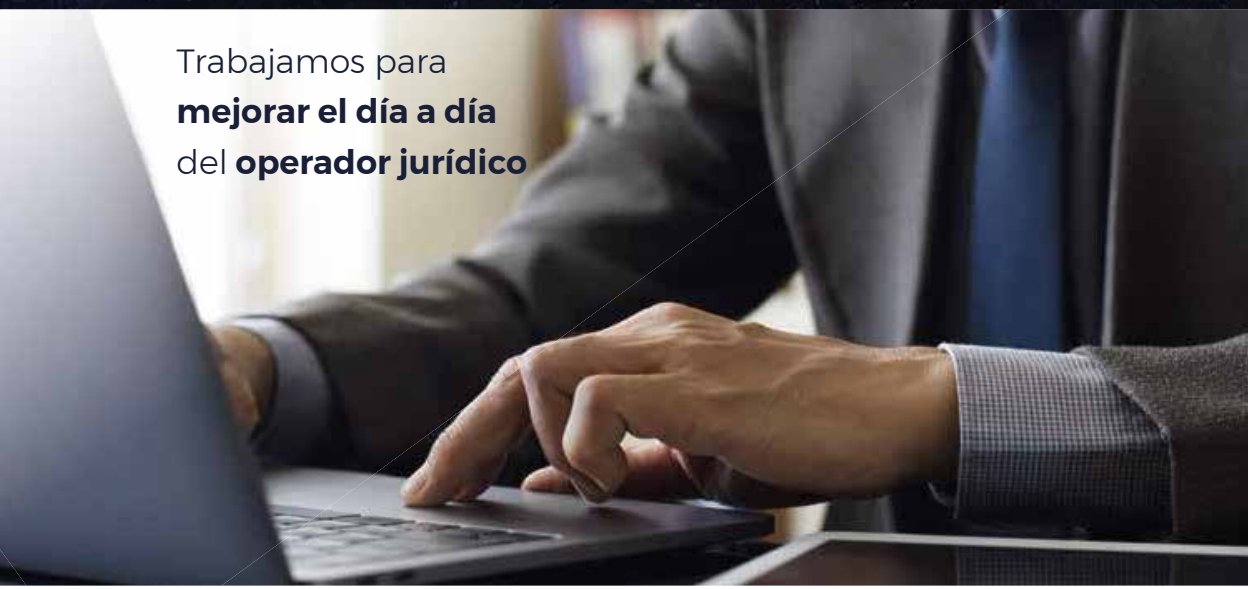
El día de su funeral acudieron cientos de personas a despedirlo. Tuve la fortuna de conocer a muchas personas que me compartieron historias de mi papá que marcaron sus vidas para bien.

Fue un gran papá y abuelo muy cariñoso. Extrañaré tus consejos. Extrañaré nuestras llamadas y pláticas. Fui afortunado de tenerte en mi vida y quiero que sepas que siempre te amaré.

Hasta que nos volvamos a encontrar. Vuelo muy alto *Chief*.

tirant PRIME

Inteligencia jurídica
en expansión



Adéntrese en el universo
de **soluciones jurídicas**

+52 1 55 65502317

atencion.tolmex@tirantonline.com.mx

prime.tirant.com/mx/